

BGer 6B_763/2020 vom 23. März 2022

Bundesgericht, 2022-03-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_763_2020

FR: TF 6B_763/2020 du 23 mars 2022

IT: TF 6B_763/2020 del 23 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

Gemäss Bundesgerichtsgesetz ist in der Begründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht ist keine Appellationsinstanz. Statt den vorinstanzlich vorgetragenen Standpunkt erneut frei zu diskutieren, ist bei der als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägung der Vorinstanz anzusetzen (BGE 146 IV 297 E. 1.2; vgl. Urteil 6B_970/2017 vom 17. Oktober 2017 E. 4: "la motivation doit être topique, c'est-à-dire se rapporter à la question juridique tranchée par l'autorité cantonale").

Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; 140 III 264 E. 2.3). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung über ein erhebliches Ermessen verfügt (BGE 146 IV 297 E. 2.2.5; 144 V 50 E. 4.1 f.; 120 Ia 31 4b). Willkür ist nicht bereits gegeben, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder sogar vorzuziehen ("préférable") wäre (BGE 141 I 49 E. 3.4, 70 E. 2.2). Verbleibende, bloss abstrakte oder theoretische Zweifel sind nicht von Bedeutung, da sie immer möglich sind (BGE 146 IV 297 E. 2.2.5; 145 IV 154 E. 1.1). Auf appellatorische Kritik tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, aus der Anklageschrift sei nicht ersichtlich, welche der auf den verschiedenen Datenträgern gespeicherten Bilder von der Anklage umfasst seien. Sie lasse auch unter Beizug der Akten keine Schlüsse zu, welche Bilder effektiv gemeint seien. Dementsprechend sei es ihm nicht möglich gewesen zu beurteilen, ob die Daten verbotenen Inhalt hätten oder nicht.

E. 2.2

Die Vorinstanz hält dieser bereits im kantonalen Verfahren vorgetragene Argumentation entgegen, aus der Anklageschrift ergebe sich ohne Weiteres, dass es sich um 67 Bilddateien und 3 Videodateien handle, die im Auswertungsbericht der IT-Forensik mit dem Untertitel "Bilder/Videos mit Kinderpornografie" (UA act. 1621 ff.) aufgelistet seien; dort seien auch die Dateinamen der drei Videos aufgeführt (UA act 1641 f.). Auf der CD/DVD in den Akten befänden sich insgesamt 96 Bilder, von denen verschiedene doppelt enthalten seien. Das Privatgutachten setze sich ausschliesslich mit diesen 67 Bilddateien und den 3 Videos auseinander. Mithin wisse der Beschwerdeführer genau, welche 67 Bilder und 3 Videodateien mit der Anklage gemeint seien. Er habe sich wirksam verteidigen können (Urteil S. 9 f.).

E. 2.3

Gemäss Art. 9 Abs. 1 StPO kann eine Straftat nur "wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts" gerichtlich beurteilt werden. Die Anklageschrift bezeichnet daher "möglichst kurz, aber genau: die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung" (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (Art. 350 StPO). Das Akkusationsprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 147 IV 439 E. 7.2). Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann. Er darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (BGE 143 IV 63 E. 2.2; Urteil 6B_593/2020 vom 19. Oktober 2020 E. 1.2.2).

E. 2.4

Es ist keine Verletzung des Anklagegrundsatzes auszumachen. Der Beschwerdeführer wusste genau, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird (BGE 143 IV 63 E. 2.2). Entsprechend konnte er seine Verteidigung richtig vorbereiten. In der Anklageschrift mussten die Bilder nicht einzeln beschrieben werden. Die nähere Begründung der Anklage erfolgt an Schranken; es ist Sache des Gerichts, den Sachverhalt verbindlich festzustellen (Urteil 6B_1059/2019 vom 10. November 2020 E. 2.3.1). Da der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt nicht von jenem abweicht, wie er in der Anklageschrift umschrieben ist, ist keine Verletzung des Anklagegrundsatzes ersichtlich (vgl. Urteil 6B_893/2015 vom 14. Juni 2016 E. 2.4.1).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Verteidigungsrechte durch die Verweigerung des Einsichtsrechts in das forensische Image unter dem Titel des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO (vgl. Beschwerde S. 7, 8). Er habe bereits bei der Erstinstanz die Herausgabe des Hauptbeweismittels und mehrfach die Einsichtnahme/Zustellung der 1:1-Sicherungskopie der Originalfestplatte (forensisches Image) beantragt. Bis jetzt habe weder er noch sein Verteidiger Einsicht in das Hauptbeweismittel nehmen können. Es wäre allenfalls möglich zu prüfen, ob die Daten vom Nutzer des Computers überhaupt konsumiert worden seien. Es sei absolut relevant, ob die technische Auswertung lege artis erfolgt sei.

E. 3.2

Die Vorinstanz hält fest, das Akteneinsichtsrecht erstrecke sich selbstredend auch auf als Beweismittel beschlagnahmte Daten. Gehe es hingegen um pornografische Bilder und Videos, die gemäss Art. 197 Abs. 6 StGB der Einziehung unterliegen, komme eine Aushändigung an den Beschuldigten im Rahmen der Akteneinsicht nicht infrage. In der Regel bleibe eine auf die Verteidigung beschränkte Einsichtnahme der elektronischen Daten möglich. Die inkriminierten Bilder und Videos, deren Konsum, Beschaffung und Herstellung dem Beschwerdeführer vorgeworfen werde, befänden sich auf einer CD/DVD in den Akten. Unter diesen Umständen sei es nicht zu beanstanden, dass ein allfälliges "forensisches Image", bei dem es sich um nichts anderes als um eine 1:1-Kopie des Originaldatenträgers handle, welches im Sinne eines technischen Zwischenschritts der

Erstellung des Vollzugsberichts und der CD/DVD gedient habe, nicht zusätzlich zu den Akten im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO genommen worden sei.

E. 3.3

Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör namentlich das Recht, die Akten einzusehen. Es handelt sich um den prozessualen Anspruch auf Akteneinsicht während des laufenden Verfahrens. Die Parteien können spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens einsehen (Art. 101 Abs. 1 StPO ; unter Vorbehalt von Art. 108 StPO ; Urteil 6B_880/2020 vom 1. Februar 2021 E. 1.6.2). Dieses Akteneinsichtsrecht wurde dem Beschwerdeführer und seiner Verteidigung nicht verweigert, da die anklagegegenständlichen Dateien unbestritten in den Akten sind. Nach konstanter Rechtsprechung ist das Akteneinsichtsrecht nicht absolut; bei dessen Einschränkung gilt eine Zurückhaltung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips (BGE 146 IV 218 E. 3.1.2).

Das Einsichtsrecht berechtigt den Berechtigten auf Einsicht in die Originalakten am Sitz der Behörde (NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, Rz. 643). Beim forensischen Image handelt es sich weder um eine Originalakte noch um das Hauptbeweismittel, sondern lediglich um eine interne Arbeitskopie der IT-Forensik (oben E. 3.2). Der Beschwerdeführer verfügte über die massgebenden und in den Akten vorfindlichen Dateien. Er liess darüber ein Privatgutachten erstellen, das von der Vorinstanz weder als notwendig noch angemessen für die Verteidigung beurteilt wird (Urteil S. 31). Trotz dieses Gutachtens ist der Beschwerdeführer auch unter Berücksichtigung seiner sich nachfolgend als bloss appellatorisch erweisenden Einwände nicht in der Lage, ein Einsichtsinteresse zu substantizieren. Inwiefern das forensische Image als bloss technische Zwischenkopie (und nicht die Originaldateien) über die vom Beschwerdeführer angegebenen Fragen beweistauglich sein sollte (Art. 139 Abs. 2 StPO), erschliesst sich daher aus den Beschwerdevorbringen nicht. Die Vorinstanz hatte bei der Kantonspolizei (Forensik, ITK) einen Bericht vom 27. Februar 2020 über die beschlagnahmten Datenträger eingeholt. Der Beschwerdeführer äusserte sich dazu zweimal im Rahmen der Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft (Urteil S. 4). Unter diesen Voraussetzungen ist auch der in Art. 6 StPO verankerte Untersuchungsgrundsatz sowie das rechtliche Gehör nicht verletzt, wenn das Strafgericht nicht von Amtes wegen noch weitere Beweiserhebungen vornimmt (unten E. 3.5.3; Urteil 6B_159/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 2.3.3).

E. 3.4

Der Beschwerdeführer anerkennt, dass die Vorinstanz aufgrund des Privatgutachtens einen Amtsbericht einholte, und macht eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" sowie die nicht korrekte Feststellung des Sachverhalts geltend, da es letztlich darum gehe, ob bewiesen sei, dass er die strittigen Bilder und Videodateien effektiv besessen und konsumiert habe. Der alleinige Besitz genüge nicht. Es könne nicht sein, dass erst ein Gutachten erstellt werden müsse, nur um polizeiliche Akten zu verstehen und allfällige Fehlinterpretationen erkennen zu können (Beschwerde S. 10). "Um die objektiven als auch subjektiven Tatbestandselemente der Pornografie zweifelsfrei zu beweisen, hätte die Vorinstanz mindestens ein unabhängiges Gutachten einholen müssen. [...] Wird ein Sachverhalt trotz unüberwindbarer Zweifel zulasten der beschuldigten Person ausgelegt und wird der Zweifel nicht durch ein unabhängiges Gutachten aus dem Weg geräumt, ist die

Sachverhaltsfeststellung unter Verletzung des Gebots in dubio pro reo erfolgt" (Beschwerde S. 11).

Der Beschwerdeführer verkennt den Gehalt von Art. 10 Abs. 3 StPO. Ob ein Sachverhalt als "pornografisch" zu qualifizieren ist, ist als Rechtsfrage vom Gericht zu beurteilen und bedarf als solche keiner Begutachtung (vgl. bereits Urteil S. 32). Die Vorinstanz beurteilt einzig die in der Anklage genannten Dateien. Dabei ist nicht ersichtlich, inwiefern der Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweislastmaxime (vgl. Urteil 6B_272/2020 vom 9. Juni 2021 E. 2.3.2) betroffen sein sollte. Geht es nicht um eine Beweis-, sondern um eine Rechtsfrage, nämlich den normativen Beurteilungsspielraum des Gerichts, greift der Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel nicht; ebensowenig findet er Anwendung auf die Frage, welche Beweismittel zu berücksichtigen und wie sie gegebenenfalls zu würdigen sind (Urteil 6B_257/2020 vom 24. Juni 2021 E. 4.8.1). Unter dem Gesichtspunkt der Beweiswürdigungsmaxime besagt der Grundsatz, dass sich das Gericht nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Der Grundsatz ist verletzt, wenn das Gericht an der Schuld hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Dies prüft das Bundesgericht unter der Voraussetzung einer qualifizierten Anfechtung (Art. 106 Abs. 2 BGG) auf Willkür hin (BGE 145 IV 154 E. 1.1; 138 V 74 E. 3; 124 IV 86 E. 2a; Urteil 6B_272/2020 vom 9. Juni 2021 E. 2.3.2). Wie sich nachfolgend ergibt, beurteilt die Vorinstanz die aufgeworfenen Frage willkürfrei.

E. 3.5.1

Die Datenträger wurden im Rahmen einer Hausdurchsuchung in der damaligen Wohnung des Beschwerdeführers beschlagnahmt, ausgewertet und im Vollzugsbericht mit dem forensischen Auswertungsbericht sowie einem weiteren Vollzugsbericht und dem vorinstanzlich eingeholten Amtsbericht dokumentiert (Urteil S. 11 f.). Die Bezweiflung der Qualifikation des den Amtsbericht erstellenden Beamten der Kriminalpolizei (Forensik, ITK; Urteil S. 12 f.) ist nicht substantiiert (Beschwerde S. 12). Das legale pornografische Material wurde bei der Auswertung der Datenträger nicht erfasst, sodass die vom Privatgutachter genannte Zahl von 17'000 legalen "pornografischen" Bilddateien nicht zu verifizieren ist. Dem Umstand, dass das Verhältnis von legaler und illegaler Pornografie allgemein gewisse Hinweise auf den subjektiven Tatbestand geben kann, kommt hier keine ausschlaggebende Bedeutung zu, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt (Urteil S. 13).

Es besteht aufgrund der Vollzugsberichte bei sämtlichen 67 Bilddateien die theoretische Möglichkeit, dass diese ohne ein aktives Zutun des Beschwerdeführers im Cache abgespeichert und dort teilweise automatisch wieder gelöscht wurden. Theoretisch besteht auch die Möglichkeit, dass er die Bilder nicht visuell auf dem Bildschirm wahrgenommen hatte (preemptive caching beim Scrollen). Ein rein technischer Nachweis, ob der Beschwerdeführer die Bilder ganz oder teilweise gesehen hatte, ist daher nicht möglich. Auch insoweit erweist sich das Beweisbegehren als untauglich. Wie die Vorinstanz festhält, ist diese Sachfrage im Rahmen der Gesamtwürdigung zu entscheiden (Urteil S. 14 f.); sie übersieht dabei auch nicht die Rechtsprechung zu im Cache gespeicherten pornografischen Dateien bei ungeübten Computer- oder Internetbenutzern hinsichtlich des subjektiven Tatbestands (BGE 137 IV 208 E. 4.2.2).

E. 3.5.2

Nach dem aktuellen Vollzugsbericht ist es korrekt, dass die drei Video-Dateien im ungelöschten Zustand auf der externen Festplatte gefunden wurden. Gemäss Zeitstempel wurden die Filme nach ihrer "Erstellung" später auf die externe Harddisk kopiert. Damit ist zweifelsfrei erstellt, dass diese Dateien aktiv abgespeichert wurden. Weiter deutet der Dateipfad stark auf ein bewusstes Ablegen an einem bestimmten Ort der Festplatte, wo diese wieder gefunden werden konnten. Eine bloss unbewusste Speicherung liegt unter diesen Umständen ausserhalb einer vernünftigen Betrachtungsweise (Urteil S. 15). Als wesentlich beurteilt die Vorinstanz, dass auf den ausgewerteten Geräten spezifische Suchbegriffe eingegeben wurden (dazu Urteil S. 15 f.). Zahlreiche Bilder wurden während der Eingabezeit abgespeichert (file created). Ganz offensichtlich suchte der Beschwerdeführer nach sehr jungen männlichen Personen (auch unter dem Namen eines verurteilten einschlägigen Produzenten). Diese Suchanfragen stellen wesentliche Indizien dar. Der Beschwerdeführer konnte dazu keine schlüssigen Aussagen machen (Urteil S. 16 f.).

E. 3.5.3

Im Strafverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 StPO). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst die Pflicht der Behörde, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien zu würdigen und die ihr angebotenen Beweise abzunehmen, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (BGE 141 I 60 E. 3.3). Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird nicht Beweis geführt (Art. 139 Abs. 2 StPO). Das Gehörsrecht ist nicht verletzt, wenn die Strafbehörden in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen können, ihre Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 144 II 427 E. 3.1.3 ; 141 I 60 E. 3.3). Die Rüge unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung prüft das Bundesgericht als Tatfrage nur unter dem Aspekt der Willkür (Art. 97 Abs. 1 BGG ; Urteil 6B_159/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 2.3.3 mit Hinweisen). Diese Rüge bedarf der qualifizierten Begründung im Sinne von Art. 106 Abs. 2 BGG , andernfalls darauf nicht einzutreten ist (oben E. 1; BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; Urteil 6B_1182/2020 vom 4. Januar 2022 E. 3.2).

An dieser qualifizierten Begründung fehlt es, wenn der Beschwerdeführer einwendet (Beschwerde S. 10 ff.), die Verurteilung "unter anderem" aufgrund angeblicher Suchanfragen berücksichtige die Sprache in der Pornografie nicht (so bei den Suchanfragen wie "gay teens", "jungs am wixsen" usw., denn auch jung aussehende Personen zwischen 18 und 25 Jahren würden als "teen" bezeichnet); die Verurteilung beruhe auf Suchbegriffen, die nicht zweifelsfrei von ihm stammten und keine eindeutige Zuordnung zu explizit kinderpornografischem Inhalt erlaubten; es sei technisch nicht einmal erstellt, ob er - oder der Nutzer - die Bilder und Videodateien tatsächlich konsumiert bzw. angeschaut hätten und ob die Bilder in für Pornografie "nützlicher" Grösse dargestellt worden seien; es sei nicht abschliessend geklärt, ob die polizeiliche Auswertung nach den Regeln der Kunst erfolgt sei; der Amtsbericht sei nicht von unabhängiger Seite erfolgt; eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten, die durch einen fachlichen Laien nachvollzogen werden könne, sei durch die Vorinstanz nicht erfolgt; berechtigte Zweifel an der Sachdarstellung der Anklage würden übergangen usw. Er sei freizusprechen.

Die Vorinstanz verkennt nicht, dass die Unterscheidung von illegaler Pornografie mit Darstellern unter 18 Jahren und legaler Pornografie mit volljährigen Darstellern schwierig

sein kann (mit Hinweis auf ISENRING/KESSLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 22 zu Art. 197 StGB). Eine genaue Auseinandersetzung mit jedem Bild erübrige sich, da der hart-pornografische Charakter der Bilder offensichtlich sei. Bei zwei Videodateien geht die Vorinstanz dagegen "in dubio pro reo" davon aus, dass es sich jeweils um einen volljährigen Mann handeln könnte (Urteil S. 19). Die Vorinstanz widerlegt ferner gestützt auf einschlägige bundesgerichtliche Urteile, dass Suchbegriffe wie "teens" oder "jungs am wachsen" nichts mit Kinderpornografie zu tun hätten (Urteile 6B_997/2018 vom 25. Februar 2019 E. 1.2.2; 6B_180/2015 vom 18. Februar 2016 E. 3.3.3; 6B_557/2015 vom 28. Januar 2016 E. 3). Der Begriff "Jungs" ziele nicht primär auf das Geschlecht, sondern auf das jugendliche Alter ab (Urteil S. 21). In der Gesamtwürdigung besteht für die Vorinstanz kein Zweifel, dass der Beschwerdeführer die bewusst gespeicherten Videodateien auch angesehen und konsumiert hat (Urteil S. 17). In der Folge weist sie den Beweisantrag des Beschwerdeführers auf Erstellung eines (technischen) Gutachtens in antizipierter Beweiswürdigung ab, da keine Unklarheiten mehr bestünden (Urteil S. 18). Die Einwände des Beschwerdeführers sind bloss appellatorischer Natur, mit der sich keine Willkür substantzieren lässt. Der blosser Widerspruch zu Erwägungen der Vorinstanz qualifiziert eine Entscheidung noch nicht als willkürlich (BGE 141 IV 369 E. 6.3). Rein theoretische Zweifel sind nicht relevant (oben E. 1). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der Verzicht auf eine technische Begutachtung willkürlich erfolgt wäre (Urteile 6B_159/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 2.3.3; 6B_112/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 1.2.2).

E. 3.6

Die Qualifikation der inkriminierten Dateien als pornografisch im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB (der 67 Bilddateien des Konsums und einer Videodatei des Konsums und der Herstellung) ist nicht Gegenstand der Beschwerde.

E. 4

Die umfangreichen Rechtsbegehren zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen sind im Hinblick auf die Gutheissung der Beschwerde mit der Folge eines vollumfänglichen Freispruchs gestellt (Beschwerde S. 16 ff.). Ausgangsgemäss ist mangels weitergehender Begründung (oben E. 1) darauf nicht einzutreten.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG ; BGE 142 III 138 E. 5.1 ; 129 I 129 E. 2.3.1). Der Beschwerdeführer hat die Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Praxisgemäss werden der unterliegenden Person bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege mit nachgewiesener Bedürftigkeit die bundesgerichtlichen Gerichtskosten herabgesetzt.

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