

BGer 6B_954/2019 vom 20. Mai 2020

Bundesgericht, 2020-05-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_954_2019

FR: TF 6B_954/2019 du 20 mai 2020

IT: TF 6B_954/2019 del 20 maggio 2020

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz stelle den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest und verletze Art. 197 Abs. 4 sowie 5 und Art. 135 Abs. 1 bis StGB. Er macht geltend, hinsichtlich des ersten Films sei nicht nachgewiesen, dass tatsächlich eine sexuelle Handlung mit dem Esel stattgefunden habe, da dessen Genitalien nicht sichtbar seien. Weil keine sexuelle Handlung explizit zu sehen und der Film mit kurdischer Tanzmusik untermalt sei, müsse davon ausgegangen werden, dass sexuelle Handlungen zur Belustigung des Betrachters lediglich vorgetäuscht würden. Der Film sei nicht in objektiver Weise darauf angelegt, sexuelle Erregung zu erwecken. Gleiches gelte für den Film mit dem Huhn. Einerseits sei aufgrund der schlechten Qualität des Films gar nicht klar, ob das Huhn explizit in eine sexuelle Handlung miteinbezogen worden sei; jedenfalls wäre dies nicht sichtbar. Andererseits diene auch dieser Film ausschliesslich der Belustigung und sei nicht darauf angelegt, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Damit seien beide Filme nicht als harte Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB zu qualifizieren. Bei den Gewaltdarstellungen handle es sich zumindest ansatzweise um eine Art dokumentarische Filmaufnahmen, die Gewalttätigkeiten darstellten, um die Folgen individueller oder kollektiver Gewalt exemplarisch zu illustrieren und das kritische Bewusstsein für deren Verwerflichkeit zu wecken oder zu schärfen. Es sei daher "im Zweifel" davon auszugehen, dass keine verbotene Gewaltdarstellung vorliege. Schliesslich ver falle die Vorinstanz in Willkür, wenn sie in subjektiver Hinsicht davon ausgehe, er habe zum Zeitpunkt des Erhalts der Filme beziehungsweise der Weiterleitung bereits über technische Kenntnisse verfügt. Vielmehr sei er ein ungeübter Computer- beziehungsweise Smartphone-Nutzer und habe nicht gewusst, dass die Daten automatisch auf seinem Gerät gespeichert werden, weshalb sich auch die Frage des Löschens für ihn nicht gestellt habe.

E. 1.2

Die Vorinstanz erwägt zum ersten Film, das erstinstanzliche Gericht sei zutreffend zum Schluss gelangt, dass der Esel aufgrund des Gesamtzusammenhangs explizit in eine sexuelle Handlung eingebunden werde. Das Video zeige, wie ein junger Mann sexuell mit einem Esel verkehre. Es sei zu sehen, wie der Mann seinen Penis mehrfach in den Esel einführe und dieser sich dabei im Einklang mit den Stossbewegungen des Mannes bewege. Auch wenn die Genitalien des Tieres aufgrund der Kameraperspektive nicht direkt zu sehen seien, werde die sexuelle Handlung damit explizit dargestellt. Insbesondere sei das Glied des Mannes mehrfach zu sehen. Es könne somit gerade nicht von einer blossen Andeutung des Sexualverkehrs gesprochen werden. Das Video sei als pornographisch zu qualifizieren. Daran vermöge auch die musikalische Untermalung mit kurdischer Tanzmusik nichts zu ändern. Andernfalls könnte die Qualifikation jeglicher Inhalte als pornographische Darstellung alleine durch entsprechende Musik verhindert werden, was zu überaus

stossenden Ergebnissen führen würde. Gleiches gelte für das Video mit dem Huhn. Darin werde gezeigt, wie ein Junge seinen Penis mit einer ruckartigen Bewegung in ein Huhn einführe, worauf von Letzterem eine akustische Reaktion auf den Vorgang wahrzunehmen sei. Mithin werde auch in diesem Video das Huhn eindeutig in eine sexuelle Handlung miteinbezogen und es könne - insbesondere aufgrund des klar ersichtlichen Geschlechtsteils des Jungens - nicht darauf ankommen, dass die Geschlechtsteile des Tieres nicht sichtbar seien. Es könne auch bei diesem Video nicht gesagt werden, dass lediglich der Eindruck einer sexuellen Handlung habe erweckt werden wollen. Aufgrund des expliziten Inhalts könne dem Video der sexuell aufreizende Charakter nicht von vornherein abgesprochen werden. Daran ändere nichts, dass der Junge aufgrund seiner eigenen Handlung offensichtlich Belustigung empfinde. Im Übrigen sei dieses Video auch als kinderpornographisch zu qualifizieren, was jedoch aufgrund des Verschlechterungsverbots vorliegend unbeachtlich bleibe. Der Beschwerdeführer habe hinsichtlich der beiden Videos, die er über WhatsApp erhalten und in der Folge auf seinem Mobiltelefon belassen habe, die Tatvariante des mehrfachen Besitzes von verbotener Pornographie zum Eigenkonsum erfüllt (Art. 197 Abs. 5 Satz 1 StGB). Hinsichtlich des Videos mit dem Esel habe er zudem den objektiven Tatbestand des Überlassens verbotener Pornographie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 1 StGB erfüllt, da er dieses einem Bekannten via Facebook geschickt habe (Urteil S. 7 ff.).

In subjektiver Hinsicht gelangt die Vorinstanz gestützt auf die Aussagen des Beschwerdeführers zum Schluss, dieser habe gewusst, dass sich die fraglichen Dateien auf seinem Mobiltelefon befanden und dass Videos, die er über WhatsApp erhalte, automatisch auf diesem gespeichert werden. Der Beschwerdeführer sei auf diversen sozialen Netzwerken vertreten gewesen und habe diese anwenden können, seine Vorbringen, er sei technisch nicht versiert und habe nicht verstanden, was er tue, seien damit als Schutzbehauptungen zu qualifizieren (Urteil S. 9 f.).

Zu der Gewaltdarstellung im dritten Video erwägt die Vorinstanz, das Video zeige, wie ein Mann aus nächster Nähe von mehreren Personen erschossen werde, wobei aus der Perspektive eines Täters gefilmt werde, von dem nur der Arm und teilweise die Füße zu sehen seien. Das Opfer falle aufgrund der Schüsse innert kürzester Zeit zu Boden, worauf der nun unmittelbar über dem Opfer stehende Kameraträger mehrere Schüsse direkt auf dessen Kopf abfeue. Bei Schüssen auf eine Person, die sich nicht verteidigen könne, handle es sich zweifellos um eine Darstellung von Gewalt, die extreme Leiden verursache. Es bestünden im Weiteren keine Anhaltspunkte dafür, dass keine reale Begebenheit gezeigt werde. Das Video wirke somit real und zeige die Gewaltanwendung beziehungsweise die Tötung eindringlich. Aufgrund der Vielzahl der Schüsse, insbesondere der mehrfachen Schüsse auf den Kopf des mutmasslich bereits toten Opfers, sei zudem von einem regelrechten Gewaltexzess zu sprechen. Das Video sei in keinem erkennbaren Kontext eingebettet, sondern zeige einzig die Tötung. Wo es aufgenommen worden sei und wer im Video gezeigt werde, sei nicht bekannt und auch nicht erkennbar. Über den Hintergrund des Videos könne nur spekuliert werden. Der Aufnahme könne kein schutzwürdiger kultureller oder wissenschaftlicher Wert zuerkannt werden. Sie sei als verbotene Gewaltdarstellung im Sinne von Art. 135 StGB zu qualifizieren. Da der Beschwerdeführer das Video via WhatsApp zugesandt erhalten und in der Folge auf seinem Mobiltelefon belassen habe, habe er den Tatbestand des Besitzes von Gewaltdarstellungen gemäss Art. 135 Abs. 1bis StGB erfüllt (Urteil S. 10 f.).

Schliesslich verneint die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum gehandelt habe. Sie erwägt, ihm sei zwar zu glauben, dass er sich in Bezug auf die Strafbarkeit seines Verhaltens geirrt habe. Allerdings sei dieser Irrtum vermeidbar gewesen, da sich ein gewissenhafter Mensch über die strafrechtliche Relevanz von tierpornographischen Darstellungen sowie Gewaltdarstellungen informiert hätte. Es wäre für den Beschwerdeführer zumutbar gewesen, sich über die (Il-) Legalität seines Tuns zu informieren (Urteil S. 11).

E. 1.3.1

Nach Art. 135 Abs. 1bis StGB macht sich unter anderem strafbar, wer Ton- oder Bildaufnahmen besitzt, die, ohne schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert zu haben, grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen. Dieser Straftatbestand erfasst nur Darstellungen exzessiver Gewalt (vgl. Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des StGB und des MStGB [Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie], BBl 1985 II 1045 Ziff. 214.9). Er wird entsprechend restriktiv angewandt (Urteil 6B_149/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 1.3.2 mit Hinweisen).

E. 1.3.2

Nach Art. 197 Abs. 4 beziehungsweise Abs. 5 StGB macht sich unter anderem strafbar, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Abs. 1 der Bestimmung, die sexuelle Handlungen mit Tieren zum Inhalt haben, überlässt beziehungsweise zum eigenen Konsum besitzt. Als Gegenstände im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB gelten insbesondere pornographische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen und Abbildungen.

Der Begriff der Pornographie setzt zum einen voraus, dass die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sind, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, 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. (Weiche) Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB ist dabei ohne besondere Betonung des Genitalbereichs begrifflich kaum denkbar. "Zeichnen sich die sog. 'Erotikfilme' durch ein betontes Wegsehen vom Genitalbereich aus, so leben pornographische Erzeugnisse vom betonten Hinsehen". Entscheidend ist der Gesamteindruck (vgl. BGE 144 II 233 E. 8.2.3 S. 242 f.; 133 II 136 E. 5.3.2 i.f. S. 145; 133 IV 31 E. 6.1.1 S. 34; 131 IV 64 E. 10.1.1 S. 66 f.; Urteil 6B_997/2018 vom 25. Februar 2019 E. 2.1; je mit Hinweisen). Bei der harten Pornographie (Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB) kommt zum pornographischen Charakter einer Darstellung gemäss Abs. 1 mindestens eines von drei weiteren Merkmalen hinzu: Der Einbezug von minderjährigen Personen, Tieren oder Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen. Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen oder andere Gegenstände die sexuelle Handlungen mit Tieren zum Inhalt haben sind als harte Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB zu qualifizieren, wenn das Tier explizit und direkt sichtbar in eine sexuelle Handlung mit einem Menschen (unter Einbezug dessen Geschlechtssteilen) einbezogen wird. Nicht strafbar ist die Darstellung sexueller Handlungen unter Tieren oder die blossе Anwesenheit eines Tieres ohne dessen Einbezug (ISENRING/KESSLER, in: Basler Kommentar,

Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 20 f., 24 zu Art. 197 StGB).

E. 1.3.3

Besitz im Sinne von Art. 135 Abs. 1 bis und Art. 197 Abs. 5 StGB erfordert in objektiver Hinsicht tatsächliche Sachherrschaft. Strafbar macht sich unter anderem, wer zunächst unvorsätzlich in den Besitz von verbotenem pornographischem Material gelangt ist und dieses nach Kenntnisnahme seines Inhalts weiter aufbewahrt. Die Herrschaftsmöglichkeit an Daten kommt demjenigen zu, der diese auf seinen Datenträgern gespeichert hat. In subjektiver Hinsicht bedarf es des Herrschaftswillens. Hinsichtlich der Speicherung mittels technischer Geräte wird erwartet, der Täter habe Kenntnis um die Funktionsweise und den Inhalt der Speicherung. Denn wer eine Sache beherrschen will, weiss um ihre Existenz (vgl. BGE 137 IV 208 E. 4.1 S. 212 f. mit Hinweisen). Das Bundesgericht entschied, das bewusste Belassen von verbotenen pornographischen Dateien im Cache-Speicher falle unter den Tatbestand des Besitzes. Es erwog in diesem Zusammenhang, ob ein (ungeübter) Computer-/Internetbenutzer von der Existenz des Cache-Speichers und den darin enthaltenen Daten Kenntnis habe, sei nach den konkreten Umständen im Einzelfall zu entscheiden. Wer um die automatische Speicherung der strafbaren pornographischen Daten wisse und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht lösche, manifestiere dadurch seinen Besitzwillen, selbst wenn er darauf nicht mehr zugreife (BGE 137 IV 208 E. 4.2.2 S. 214 f.; NADINE HAGENSTEIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 65 ff. zu Art. 135 StGB).

E. 1.3.4

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann vor Bundesgericht 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 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (Art. 9 BV ; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503, 241 E. 2.3.1 S. 244; je mit Hinweisen; zum Begriff der Willkür BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244 mit Hinweisen). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 145 I 26 E. 1.3 S. 30; 143 IV 500 E. 1.1 S. 503; je mit Hinweis). Auf ungenügend begründete Rügen oder rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 145 I 26 E. 1.3 S. 30; 145 IV 154 E. 1.1 S. 156; je mit Hinweisen).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und damit Tatfragen. Solche prüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375; 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4 f.).

E. 1.4.1

Das Video "Esel" betreffend stellt die Vorinstanz zunächst fest, das Tier werde explizit in eine sexuelle Handlung eingebunden beziehungsweise die sexuelle Handlung werde explizit dargestellt und nicht bloss angedeutet (Urteil S. 7). Dabei handelt es sich um eine tatsächliche Feststellung, die für das Bundesgericht verbindlich ist, da der Beschwerdeführer in seinen Ausführungen nicht darlegt, dass die Vorinstanz in Willkür verfällt. Der Esel wird explizit und direkt sichtbar in eine sexuelle Handlung mit dem

Mann, dessen Glied im Video mehrfach deutlich zu sehen ist, einbezogen. Dass die Genitalien des Tieres aufgrund der Kameraperspektive nicht direkt zu sehen sind, ändert daran nichts. Soweit der Beschwerdeführer sein Vorbringen, es liege "ein der Belustigung motivierter Einbezug des Esels" vor, damit begründet, dass keine sexuelle Handlung explizit zu sehen ist, ist darauf nach dem Gesagten nicht weiter einzugehen. Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass die musikalische Untermalung nichts an der rechtlichen Qualifikation des Videos als verbotene Pornographie zu ändern vermag. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, könnte andernfalls die Qualifikation jeglicher Inhalte als pornographische Darstellung alleine durch entsprechende Musik verhindert werden (Urteil S. 7).

E. 1.4.2

Unbegründet sind auch die Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich der vorinstanzlichen Beurteilung des Videos "Huhn". Wiederum zeigt er nicht auf, dass die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, wonach der Junge seinen Penis mit einer ruckartigen Bewegung in das Huhn einführt und dieses mithin eindeutig in eine sexuelle Handlung miteinbezogen wird (Urteil S. 7), schlechterdings unhaltbar ist. In rechtlicher Hinsicht ist sodann nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz trotz des Umstands, dass der Junge aufgrund seiner eigenen Handlung Belustigung empfindet, zum Schluss gelangt, das Video sei objektiv darauf angelegt, den Betrachter sexuell aufzureizen. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie das Video als verbotene Pornographie qualifiziert.

E. 1.4.3

Hinsichtlich des dritten Videos bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass darin grausame Gewalttätigkeiten gegen einen Menschen eindringlich dargestellt werden und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzt wird. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urteil S. 10; vgl. auch BBl 1985 II 1045 f. Ziff. 214.9; HAGENSTEIN, a.a.O., N. 21 ff. zu Art. 135 StGB). Der Beschwerdeführer stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die Gewaltdarstellung sei schutzwürdig, weil sie einen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert habe. Eines kulturellen Werts entbehren Darstellungen, die sich im Wesentlichen darin erschöpfen, Grausamkeiten bloss zur Unterhaltung oder Belustigung darzubieten. Dokumentarische oder künstlerische Werke hingegen führen Grausamkeiten vor Augen, um die Folgen individueller oder kollektiver Gewalt exemplarisch zu illustrieren und das kritische Bewusstsein für deren Verwerflichkeit zu wecken oder zu schärfen. Es kommt entscheidend auf diesen Kontext der dargestellten Grausamkeiten an. Ist er gegeben und wird Gewalt weder verherrlicht noch verharmlost, so lässt sich ein kultureller Wert annehmen. Der wissenschaftliche Wert hängt von der Notwendigkeit der Darstellung für Lehre und Forschung ab (BBl 1985 II 1046 Ziff. 214.9; vgl. auch BGE 131 IV 64 E. 10.1.3 S. 68 f. mit Hinweisen). Die Vorinstanz verfällt weder in Willkür noch verletzt sie Bundesrecht, wenn sie dem fraglichen Video jeglichen schützenswerten Charakter abspricht. Sie erwägt zutreffend, dass das Video in keinen erkennbaren Kontext eingebettet ist, sondern einzig die Tötung eines Mannes aus nächster Nähe durch mehrere Schüsse in den Kopf aus der Perspektive eines der Täter zeigt. Das Video enthält keinerlei Informationsgehalt, der im Rahmen einer dokumentarischen oder medialen Berichterstattung von Interesse sein könnte; vielmehr stellt es lediglich rohe Gewaltanwendung dar. Ein schutzwürdiger kultureller oder wissenschaftlicher Wert ist weder dargelegt noch ersichtlich, weshalb der objektive Tatbestand von Art. 135 Abs. 1 bis StGB erfüllt ist.

E. 1.4.4

In subjektiver Hinsicht vermag der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen keine Willkür in den vorinstanzlichen Feststellungen aufzuzeigen, wonach er gewusst habe, dass Videos, die er über WhatsApp erhalte, automatisch auf dem Mobiltelefon gespeichert werden und sich verbotene Dateien auf seinem Mobiltelefon befanden. Diesen Schluss stützt die Vorinstanz nicht nur auf die Aussagen des Beschwerdeführers, sondern auch auf den Umstand, dass dieser notwendigerweise auf die Foto- beziehungsweise Videogalerie seines Mobiltelefons zugreifen müssen, um seinem Bekannten das Video via Facebook zugänglich zu machen. Mit diesem zutreffenden Argument setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Ebenso wenig äussert er sich zur vorinstanzlichen Feststellung, wonach er offensichtlich über die erforderlichen Kenntnisse verfügt habe, um das Video von seinem Mobiltelefon auf Facebook hochzuladen, und auch angegeben habe, er erhalte auf verschiedenen Applikationen immer wieder Fotos sowie Videos, und er habe sein Facebook-Profil zu einem späteren Zeitpunkt gelöscht. Die Vorinstanz verfällt nicht in Willkür, wenn sie daraus sowie aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer auch selbst Fotos und Videos verschickte beziehungsweise hochlud, schliesst, er habe gewusst, dass die per WhatsApp erhaltenen Dateien automatisch auf seinem Mobiltelefon gespeichert werden und er diese hätte löschen müssen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Cache-Speicher manifestiert seinen Besitzwillen, wer um die automatische Speicherung der strafbaren pornographischen Daten weiss und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht löscht (vgl. E. 1.3.3). Gleiches gilt vorliegend für die per WhatsApp erhaltenen Dateien. Da der Beschwerdeführer wusste, dass diese verbotenen Dateien automatisch auf seinem Mobiltelefon gespeichert werden und er diese dennoch nicht löschte, hat er seinen Besitzwillen manifestiert.

E. 1.4.5

Der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht nicht geltend, er habe sich in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum (Verbotsirrtum; Art. 21 StGB) befunden, weshalb diese Frage vorliegend nicht zu prüfen ist (vgl. Urteil S. 11). Zusammengefasst sind die vorinstanzlichen Schuldsprüche wegen mehrfachen Besitzes zum Eigenkonsum und Überlassens von Tierpornographie sowie Besitzes von Gewaltdarstellungen weder unter Willkürgesichtspunkten zu beanstanden noch verletzen sie Bundesrecht.

E. 2

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, da die Rechtsbegehren von vornherein aussichtslos waren (Art. 64 Abs. 1 BGG). Entsprechend sind dem Beschwerdeführer die Gerichtskosten aufzuerlegen. Dessen Mittellosigkeit ist anzunehmen. Die Gerichtskosten sind daher praxisgemäss herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

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