

GR_GERICHTE SK1 2022 65 vom 7. November 2023

GR Gerichte, 2023-11-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2022_65

FR: GR_GERICHTE SK1 2022 65 du 7 novembre 2023

IT: GR_GERICHTE SK1 2022 65 del 7 novembre 2023

Regeste

Pornografie, Übertretung des BetmG etc. | StGB 187-200 Sexuelle Integrität

Erwägungen

E. 1

Eintreten und Umfang der Berufung

E. 1.1

Gegen das angefochtene Urteil des Regionalgerichts Plessur vom 21. Juni 2022 ist die Berufung zulässig (Art. 398 Abs. 1 StPO). Die Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- und formgerecht erhobene Berufung und Anschlussberufung ist einzutreten.

E. 1.2

Das Berufungsgericht kann das Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend überprüfen (Art. 398 Abs. 2 StPO). Unter Vorbehalt von Art. 404 Abs. 2 StPO erwachsen die mit der Berufungs- und Anschlussberufungserklärung nicht angefochtenen Punkte in Rechtskraft (BGer 6B_896/2020 v. 7.10.2020 E. 3; 6B_428/2013 v. 15.4.2014 E. 3.3; 6B_694/2012 v. 27.6.2013 E. 1.3). Vorliegend ist die Einstellung des Verfahrens betreffend mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes bis zum 21. Juni 2019, der Schuldspruch betreffend mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes sowie die Einziehung der Gegenstände, abgesehen von den Festplatten, nicht angefochten worden und damit in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 437 StGB; Art. 402 StPO).

E. 2

Anklagevorwurf

E. 2.1

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten mit der Anklageschrift vom 24. März 2021 zusammengefasst vor, im Zeitraum vom 16. bis zum 17. April 2020, um ca. 00.16 Uhr, über seine IP-Adresse an der B._____ in C._____ im Tauschnetzwerk BitTorrent mehrmals verbotene kinderpornografische Dateien ganz oder teilweise heruntergeladen zu haben. Konkret habe er sich insgesamt drei Bilder und 53 Videos mit tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen, 418 Bilder mit nicht tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und

E. 2.2

Aus der Formulierung "konkret" geht hervor, dass die Anklage sich auf die Dateien beschränkt, die im genannten Zeitraum heruntergeladen und dann auf den Festplatten gespeichert wurden. 3. Anklagegrundsatz 3.1. Die Verteidigung monierte, es fehle an einer

ausreichenden Substantiierung der Anklageschrift, zumal aus dieser nicht hervorgehe, welche der sichergestellten Bilder und Videos tatsächlich Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB enthielten (act. H.1 Rz. 16). 3.2. Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 9 und 325 StPO; Art. 29 Abs. 2 sowie Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 149 IV 128 E. 1.2 m.w.H.). Die beschuldigte Person muss unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. 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. m.w.H.). Solange klar ist, welcher Sachverhalt der beschuldigten Person vorgeworfen wird, kann auch eine fehler-

E. 4

/ 35 acht Bilder mit sexuellen Handlungen mit Tieren beschafft und auf den elektronischen Datenträgern seines NAS QNAP TVS-871T und des Notebooks Lenovo gespeichert. Aufgrund des Peer-to-Peer-Charakters des BitTorrent Netzwerkes habe der Beschuldigte diese Dateien zum gleichzeitigen Download zur Verfügung gestellt. Der Beschuldigte habe mit den Stichworten "xxx", "Anal", "3D", "hentai", "skinny", "tight", "teen Workout" gezielt nach pornografischem Material, insbesondere nach jungen Frauen, gesucht. Aufgrund seiner Kenntnisse im IT-Bereich und im Wissen, dass mit den Begriffen "xxx" und "teen" verbotene Dateien heruntergeladen werden können, habe er mindestens in Kauf genommen, sich im offenen Peer-to-Peer-Netzwerk Dateien mit verbotenen kinderpornografischem Inhalt und verbotener Zoophilie über elektronische Mittel zu beschaffen, zu besitzen und diese Dateien auch weiter in Verkehr zu bringen.

E. 4.1

Die Verteidigung stellte die Beweisanträge, es sei eine neue psychiatrische Exploration des Beschuldigten, eventualiter eine Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens vom 25. Januar 2022, vorzunehmen, D. _____ und E. _____ seien als Zeuginnen einzuvernehmen, vom Bundesamt für Polizei seien Akten einzufordern und es sei ein IT-Gutachten zu erstellen (act. H.1 Rz. 1 ff.). 4.2.1. Die Verteidigung begründete die Anträge auf Zeugeneinvernahme von D. _____, der damaligen Lebenspartnerin des Beschuldigten, sowie E. _____, der Mutter des Beschuldigten, damit, dass Erstere zum relevanten Tatzeitpunkt mit diesem in einer Hausgemeinschaft gelebt habe, sich zur Art, Menge und Wirkung der konsumierten Substanzen, den damaligen Exzessen und – wie auch die Mut-

E. 4.4

Der Antrag der Verteidigung, es sei ein IT-Fachgutachten in Bezug auf die Frage, welche Datenmengen sich auf den sichergestellten Datenträgern des Beschuldigten befinden und welcher Prozentsatz davon die inkriminierten Dateien gemäss Anklage ausmachen würden, zu erstellen (act. H.1 Rz. 18; act. A.2 Rz. 14.6), ist abzuweisen. Dies ergibt sich aus den

Akten. Die Menge der inkriminierten Daten kann auf dem Memory-Stick abgelesen werden (StA act. 4.10). Der

E. 4.5

Auf die weiteren Beweisanträge wird in den materiellen Erwägungen eingegangen. 5. Verwertbarkeit

E. 5

/ 35 hafte und unpräzise Anklage nicht dazu führen, dass es zu keinem Schuldspruch kommen darf. Die nähere Begründung der Anklage erfolgt an Schranken (BGE 149 IV 128 E. 1.2 m.w.H.). 3.3. Aus dem Anklagesachverhalt geht in casu klar hervor, welche Verhaltensweisen dem Beschuldigten (das Herunterladen und Abspeichern am 16. bis 17. April, 00.16 Uhr, sowie das automatische Anbieten an Dritte) zur Last gelegt werden. Es wird auch hinreichend klar festgehalten, wie viele Videos und Bilder mit tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen, mit nicht tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und mit sexuellen Handlungen mit Tieren ihm zur Last gelegt werden. Diese Dateien finden sich sowohl elektronisch sowie als ausgedruckte Liste bei den Akten, geordnet nach Qualifizierung, womit klar hervorgeht, welche Videos und Bilder als Pornografie mit tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen, mit nicht tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und mit sexuellen Handlungen mit Tieren angesehen und dem Beschuldigten zur Last gelegt werden (StA act. 4.17). Dem Beschuldigten und seinem Verteidiger wurde bei der Staatsanwaltschaft Gelegenheit geboten, die Videos anzuschauen. Diese Möglichkeit wurde auch wahrgenommen (vgl. act. H.3 Frage V.41; siehe auch Vorhalt anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 16. Juni 2020 [StA act. 4.14 Frage 47]; StA act. 4.18 Frage 6), womit der Beschuldigte auch inhaltlich Kenntnis der Videos hatte. Von neuen Anschuldigungen vor Schranken kann keine Rede sein. Für den Beschuldigten war klar ersichtlich, welche Vorwürfe Gegenstand der Anklage bilden. Er verfügt über alle notwendigen Informationen, um sich hinreichend verteidigen zu können. Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes ist zu verneinen. 4. Beweisanträge

E. 5.1

Als Beweismittel, dass der Beschuldigte im Zeitraum vom 16. bis zum 17. April 2020 über seine IP-Adresse verbotene kinderpornografische Dateien heruntergeladen und anschliessend besessen hat, stützt sich die Anklage auf eine Excel-Tabelle der Bundeskriminalpolizei (fedpol; StA act. 4.10 S. 3 auf DVD), welche die vom Beschuldigten im angeklagten Zeitraum heruntergeladenen Dateien auflistet. Weiter stützt sie sich auf die Zusammenstellung der im Zuge der darauf folgenden Hausdurchsuchung auf den Festplatten gefundenen Dateien (StA act. 4.17; act. 4.10 USB-Stick). Umstritten ist, ob diese Beweismittel rechtmässig erhoben wurden.

E. 5.2

Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit ist zunächst darauf einzugehen, wie diese Beweismittel entstanden. Gemäss Bericht des Bundesamts für Polizei, fedpol, Bundeskriminalpolizei, Abteilung BKP-IFC-IFC4, vom 18. Mai 2020 (StA act. 4.11) habe eine NGO in Florida, USA, ein Child Protection System (fortan CPS) entwickelt. Dies sei ein System, mit welchem offene Peer-to-Peer-Netzwerke überwacht werden können. Konkret benutze CPS Schlüsselwörter, um Dateien aufzulisten, deren Namen auf kinderpornografischen Inhalt schliessen lassen. Die NGO verfüge selber über keine strafbaren

Dateien, sondern stütze die Überwachung auf Hashwerte der Dateien, die von Ermittlern aus der ganzen Welt, die dieses System benutzten, übermittelt würden. Für jede gefundene Datei suche CPS alle Benutzer, die diese Datei teilten, und liste die Schweizer Nutzer auf. Wenn ein Nutzer mehrere als "child notifiable" kategorisierte Dateien ganz oder teilweise heruntergeladen habe und das Überwachungs-Tool in unterschiedlichen Abständen entdeckt habe, dass dieser Nutzer kinderpornografische Dateien heruntergeladen oder verbreitet habe, erstelle das Kommissariat IFC4 der Bundeskriminalpolizei ein Dossier. Die Überwachung dieser Netzwerke durch CPS ermögliche es, eine Excel-Tabelle zu erstellen, die angebe, wann eine IP-Adresse online entdeckt und welche Dateien zu diesem Zeitpunkt festgestellt worden seien. Der Bericht des fedpol führt weiter aus, im vorliegenden Fall sei für die IRC-Anfrage (Information Request Component; mit IRC vermittelt der Dienst Überwachung Post- und Fernmelde

E. 5.3

Fest steht, dass die Rückverfolgung einer Datei zu einer IP-Adresse nicht als verbotene Beweiserhebungsmethode gemäss Art. 140 StPO zu qualifizieren ist, welche in jedem Fall zur absoluten Unverwertbarkeit der damit erhobenen Beweise führt (Art. 141 Abs. 1 StPO). 5.4.1. Die StPO enthält Bestimmungen zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise (Art. 141 StPO). Danach dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nur verwertet werden, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind (Art. 141 Abs. 2 StPO). Wieweit die Beweisverbote auch greifen, wenn nicht staatliche Behörden, sondern Privatpersonen Beweismittel sammeln, wird in der Strafprozessordnung nicht explizit geregelt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht in Anlehnung an die Doktrin davon aus, dass von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar sind, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht. Bei der Interessenabwägung ist derselbe Massstab wie bei staatlich erhobenen Beweisen anzuwenden. Die Verwertung ist damit nur zulässig, wenn dies zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist (BGE 147 IV 16 E. 1.1; 147 IV 9 E. 1.3.1; 146 IV 226 E. 2; BGer 6B_68/2023 v. 9.10.2023 E. 2.1.1). Als schwere Straftaten im Sinne des Gesetzes kommen vorab Verbrechen in Betracht (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1; 146 I 11 E. 4.2; 137 I 218 E. 2.3.5.2; je mit Hinweisen). Der Begriff der schweren Straftat ist im Lichte der Schwere der konkreten Tat und der gesamten sie begleitenden Umstände und nicht nach dem abstrakt angedrohten Strafmass zu prüfen (BGE 147 IV 16 E. 6; 147 IV 9 E. 1.4.2; BGer 6B_68/2023 v. 9.10.2023 E. 2.1.1). Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der beschuldigten Person an der Unverwertbarkeit des fraglichen Beweises (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1; BGer 6B_68/2023 v. 9.10.2023 E. 2.1.1). 5.4.2. Beim Tatbestand der Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB in Bezug auf tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen handelt es sich

E. 5.5

Im Ergebnis ist die Feststellung der IP-Adresse des Beschuldigten sowie seiner Netzwerkaktivitäten, die Excel-Liste der heruntergeladenen Dateien, verwertbar. Somit basierte auch die Hausdurchsuchung als Folge davon auf einem dringenden Tatverdacht. Von einer unzulässigen Beweisausforschung, sog. "fishing expedition", wenn der Zwangsmassnahme kein genügender Tatverdacht zugrunde liegt, sondern aufs

Geratewohl, aber gezielt Beweiserhebungen getätigt werden, womit die entsprechenden Ergebnisse nicht verwertbar sind (Niklaus

E. 6

/ 35 ter – zu den Auswirkungen derselben äussern könne (act. A.2 Rz. 10 f.; act. H.1 Rz. 4 S. 6). 4.2.2. Der Beschuldigte führte zwar aus, seine Lebenspartnerin habe die exzessiven Phasen mitbekommen, habe gewusst, dass er Crack konsumiere (act. H.3 Fragen VI.2, 21 und 24), sagte aber auch, das Einzige, was sie von ihm gesehen habe, sei gewesen, wenn er heimgekommen sei, bevor er sich in sein Zimmer eingeschlossen habe (act. H.3 Frage VI.5). Wenn er konsumiert habe, dann nur nachts und eingeschlossen in sein Zimmer, sein Büro (act. H.3 Frage VI.2 und 6). Er habe sich von seiner Lebenspartnerin zurückgezogen und sich vor seiner Familie versteckt (act. H.3 Frage VI.2 und 18). Seine Lebenspartnerin habe versucht, ihn zu unterstützen, ihn da rauszuholen, aber dadurch habe er sich noch mehr versteckt (act. H.3 Frage VI. 23 und 24). Damit können weder die Mutter noch die Lebenspartnerin Angaben zum Zustand des Beschuldigten im inkriminierten Zeitpunkt machen. Es ist so auch schlicht nicht vorstellbar, dass die Lebenspartnerin nähere Angaben zu Art und Menge der konsumierten Substanzen in dieser Nacht machen kann als der Beschuldigte selber. Die Verteidigung führte als weiteres Argument für die Befragung der Mutter aus, dass sie Aussagen machen könne, dass sich der Konsum im privaten wie auch im beruflichen Umfeld enorm nachteilig ausgewirkt habe, womit sich die gutachterlichen Ausführungen, das Konsummuster sei nicht so ausgeprägt gewesen, dass es längere Arbeitsunfähigkeiten, behandlungsbedürftige Intoxikationen oder andere Komplikationen zur Folge gehabt habe, widerlegt werden könnten (act. A.2 Rz. 11). Weder lassen sich dem Bericht vom 29. Dezember 2020 der behandelnden Fachärztin für Psychiatrie, F._____, die den Beschuldigten seit 2009 kennt, oder anderen Akten entsprechende Angaben entnehmen noch gab der Beschuldigte gegenüber der Gutachterin Entsprechendes an (RG act. 44 S. 11 f., 15 und 17). Die Beweisanträge der Zeugenbefragung der Mutter und damaligen Lebenspartnerin des Beschuldigten sind daher abzuweisen. 4.3.1. Die Vorinstanz liess ein Gutachten betreffend die Psychopathologie sowie die Schuldfähigkeit des Beschuldigten erstellen (RG act. 36 und 44). Die Verteidigung rügte, es unterbleibe eine schlüssig begründete Einschätzung des Schweregrades der Intoxikation in Kombination mit der Psychopathologie für den Tatzeitpunkt. Insoweit schweige sich das Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit aus bzw. gebe keine schlüssige Antwort dazu (act. H.1 Rz. 1 S. 2). 4.3.2. Zutreffend führte die Verteidigung aus, dass es nach so langer Zeit schwierig ist, die Schuldfähigkeit ex post zu bestimmen (act. H.1 Rz. 1 S. 2). Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass aus diesem Grund nicht ersichtlich ist, wie eine

E. 6.1

Die Excel-Liste, welche sich auf der DVD (StA act. 4.10 S. 3) befindet, die als Anhang des Berichts des Bundesamts für Polizei, fedpol, Bundeskriminalpolizei, Abteilung BKP-IFC-IFC4, vom 18. Mai 2020 (StA act. 4.11; siehe auch StA act. 4.17 S. 2) und im technischen Ermittlungsbericht vom 24. Juli 2020 (StA act. 4.7 S. 7) erwähnt ist, listet die Dateien auf, welche der Beschuldigte am

E. 6.2

Der Beschuldigte räumte ein, mit den Schlagwörtern "anal", "3D", "hentai", "skinny", "tight", "teen", "workout" und weiteren (es handelt sich damit nicht um eine abschliessende

Aufzählung) nach pornografischem Material gesucht zu ha-

15 / 35 ben (StA act. 4.14 Frage 30; StA act. 4.18 Frage 3). Auf welcher Tatsachengrundlage bzw. auf der Grundlage welcher Suchbegriffe die inkriminierten Datensätze heruntergeladen worden sind, ist damit – soweit überhaupt erforderlich – erstellt und der diesbezügliche Beweis Antrag (act. H.1 Rz. 18; act. A.2 Rz. 14.2) abzuweisen.

E. 6.3

Dass die inkriminierten Dateien über ein Peer-to-Peer-Netzwerk heruntergeladen wurden, ergibt sich aus dem Bericht der Bundeskriminalpolizei vom

E. 6.4

Im Ergebnis lässt sich der Anklagesachverhalt insoweit erstellen, als dass der Beschuldigte im Zeitraum vom 16. und 17. April 2020, ca. 00.16 Uhr, 51 Dateien (alle in der Liste StA act. 4.17 S. 4 mit Ausnahme der Bilder und der zwei Videos "Bathub-Creamthroat-Throatpie-with-Thai-Teen-Heather-Deep.mp4" und "Open 49 – 12Yr girl 14Yr boy.avi") heruntergeladen, auf seinen Festplatten gespeichert sowie durch das offene Peer-to-Peer-Netzwerk Dritten zum Download zur Verfügung gestellt hat. Damit ist auch der diesbezügliche Beweis Antrag abzuweisen (act. H.1 Rz. 18; act. A.2 Rz. 14.1).

E. 6.5

Die Verteidigung beantragte den Beizug des Berichts der Bundeskriminalpolizei IFC 5 vom 18. Februar 2020, der im technischen Ermittlungsbericht der Kantonspolizei Graubünden vom 24. Juni 2020 (StA act. 4.7) erwähnt sei, zumal sich dieser nicht bei den Akten befinde (act. H.1 Rz. 13). Beim erwähnten Bericht muss es sich um denjenigen vom 18. Mai 2020 handeln, welcher bei den Akten liegt (StA act. 4.11). Denn die Datumsangabe 18. Februar 2020 muss ein Verschieden sein, wie auch die Vorinstanz annahm. Dies lässt sich entgegen der Ver-

16 / 35 teidigung abschliessend beurteilen. Denn zeitlich ist es schlicht nicht möglich, im Februar einen Bericht über Downloads von inkriminierten Dateien, welche im April erfolgten, zu erstellen. Dass die Abteilung mit "IFC 5" statt "IFC 4" bezeichnet wurde, muss ein weiterer Verschieden sein, denn inhaltlich wird der in den Akten liegende Bericht des fedpols (StA act. 4.11) wiedergegeben. Darüber hinaus wird nicht dargelegt, weshalb der beantragte Beizug trotz des in den Akten befindlichen Berichts vom 18. Mai 2020 erforderlich sein soll. Der Beweis Antrag ist abzuweisen wie auch der Antrag auf Beizug des Dossiers der Bundeskriminalpolizei betreffend den Beschuldigten mit Einschluss der im Bericht erwähnten Excel-Liste (act. H.1 Rz. 13), denn diese befinden sich auf der DVD, welche bei den Akten liegt (StA act. 4.10 S. 3; siehe auch Hinweis im technischen Ermittlungsbericht vom 24. Juli 2020 [StA act. 4.7 S. 7 unter "Bemerkung"] und StA act. 4.17 S. 1 und 2) und wurde der Verteidigung sogar anlässlich der Berufungsverhandlung auch noch in ausgedruckter Form ausgehändigt (act. H.4 S. 5). 7. Rechtliche Würdigung 7.1.1. Nach Art. 197 Abs. 4 StGB macht sich strafbar, wer pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder tatsächliche sowie nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt. 7.1.2. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind

Medien pornografisch, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren; sie als bloss physiologische Reiz- Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die Würde des Menschen negieren (BGE 144 II 233 E. 8.2.3; 133 II 136 E. 5.3.2 i.f.; 131 IV 64 E. 10.1.1; BGer 6B_997/2018 v. 25.2.2019 E. 2.1.1). Der Begriff "tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen" betrifft sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen (BGer 6B_304/2021 v. 2.6.2022 E. 1.3.1; 6B_997/2018 v. 25.2.2019 E. 2.1.1). Der Begriff "nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen" umschreibt hingegen den sogenannten virtuellen Kindsmissbrauch und zielt auf Sachverhalte, in welchen die sexuellen Handlungen mit gestalterischen oder elektronischen Mitteln dargestellt werden, beispielsweise in Comics oder in Computerspielen (BGer 1B_189/2018 v. 2.5.2018 E. 3.2).

17 / 35 7.2.1. Die 51 Videodateien wurden ausgewertet und enthalten gemäss forensischem Ermittlungsbericht vom 24. Juli 2020 (StA act. 4.8) Darstellungen von realen sexuellen Handlungen jeglicher Art, die von, an, mit oder vor Minderjährigen (unter 18 Jahren) vorgenommen werden (StA act. 4.9 und 4.17 S. 4 f.; gekennzeichnet als "kipo", dazu siehe StA act. 4.9 S. 3; Bilder werden vom Anklagesachverhalt nicht erfasst). Es handelt sich somit um sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen Minderjährigen und damit um tatsächliche sexuelle Handlungen mit minderjährigen Personen. Die Dateinamen, welche fast alle Angaben zum Alter und zu den Handlungen beinhalten, sind zudem eindeutig. So zum Beispiel "[...] Man Fucks 12Yo Boy, cums good on his dick & 10Yo Girl up ass but no cum.avi" oder "11Yo Boy And Pretty 10Yo Russian Girl Having Sex First Time –Play and Fuck On Bed [...]" (StA act. 4.17 S. 4). Auch der Beschuldigte, welchem zusammen mit seinem Rechtsvertreter Einsicht in die Videos gewährt wurde, stellte nicht in Abrede, dass es sich um Videos mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen handelt (act. H.3 Frage V.41; siehe auch Vorhalt anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 16. Juni 2020 [StA act. 4.14 Frage 47]; StA act. 4.18 Frage 6). Damit scheidet die Tatbestandsvariante von Dateien mit nicht tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen gemäss Satz 1 von Art. 197 Abs. 4 StGB aus. 7.2.2. Der Beschuldigte erfüllt mit seinem Verhalten mehrere in Art. 197 Abs. 4 StGB aufgezählte Tatbestandsvarianten. Durch das Herunterladen beschaffte er sich die verbotenen Dateien. Die Tatbestandsvariante des Besitzes ergibt sich aus dem Abspeichern der Dateien auf dem NAS, diejenige des Inverkehrbringens aus dem, dass Dritten die Dateien aufgrund der Funktionsweise des Peer-to-Peer-Netzwerks zum Download zur Verfügung standen. 7.3.1. In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 StGB Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt (Bernhard Isenring/Marin A. Kessler, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Basel 2019, N 76 zu Art. 197 StGB). Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Wissen, die sog. intellektuelle Vorsatzkomponente, ist die Voraussetzung des Wollens. Gefordert wird, dass der Täter den Straftatbestand verwirklicht in Kenntnis aller zum objektiven Tatbestand gehörenden Umstände (Daniel Jositsch [Hrsg.], Strafrecht I, Verbrechenlehre, 10. Aufl., Zürich 2022, S. 117). Neben dem Wissen um die reale Möglichkeit der Tatbestands-erfüllung verlangt der Vorsatz auch den Willen, den Tatbestand zu verwirklichen. Der Täter muss sich gegen das rechtlich geschützte Gut entscheiden. Die-

E. 7

/ 35 neue psychiatrische Exploration nach dreieinhalb Jahren sowie einigen stationären Klinikaufenthalten des Beschuldigten weiteren Aufschluss über seine Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt liefern soll. Das Gutachten verschweigt die Schwierigkeit nicht, sondern führt aus, die Einschätzung des Schweregrades der Symptome zum Tatzeitpunkt gestalte sich problematisch, da für diesen Zeitraum keine ärztlichen oder anderweitigen Berichte vorliegen würden, die unmittelbare Rückschlüsse auf das damalige psychische Zustandsbild erlauben würden. Der Schweregrad der Intoxikation könne nur annäherungsweise geschätzt werden (RG act. 44 S. 23). Entgegen der Verteidigung ist aber keine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Einschränkung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitraum zu bejahen (act. H.3 Rz. 1 S. 2 f.). Das Gutachten nähert sich der Frage der Schuldfähigkeit an, indem es den Gesamtkontext beleuchtet. Zum Schweregrad der Intoxikation weist es darauf hin, dass aufgrund des regelmässigen Konsums von einer Toleranzentwicklung auszugehen sei (RG act. 44 S. 23). Auch führen die Gutachterinnen aus, es könne angenommen werden, dass der psychische Zustand des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt in Folge des Unfalltods seines Vaters seit längerer Zeit instabil gewesen sei und er zur Kompensation und Regulation der vorwiegend affektiven Symptome sowohl psychotrope Substanzen wie auch Sexualität in Form von Pornografiekonsum eingesetzt habe. Aus dieser letztlich dysfunktionalen Strategie habe sich ein wiederkehrendes Verhaltensmuster entwickelt, bei dem der Beschuldigte in häuslichem Umfeld fast ritualisiert über mehrere Stunden unter Einfluss von Alkohol, zum Teil auch Kokain, nach eigenen Angaben legales pornografisches Material konsumiert habe. Mit diesen Episoden seien auch Vorbereitungshandlungen in Form des Auslösens von Downloads pornografischer Materialien via Smartphone aus einem Peer-to-Peer-Netzwerk auf den Heimrechner verbunden gewesen (RG act. 44 S. 23). Das Gutachten weist damit darauf hin, dass der Beschuldigte während diesen Exzessen pornografisches Material konsumierte, der Download dessen aber auch ausserhalb dieser Exzesse stattfand. Es stützt sich dabei auf die Aussagen des Beschuldigten. Auch in den Einvernahmen gab er an, wenn er das [pornografische Material] mit dem Handy gesucht habe, sei er ja nicht zuhause gewesen und habe das nicht konsumieren können; wenn er irgendwo gewesen sei und etwas eingegeben habe, habe es das zuhause runtergeladen zum späteren Konsum (act. H.3 Fragen V.15 und 17; siehe auch StA act. 4.18 Frage 1 und 2). Das Gutachten weist – wie erwähnt – darauf hin, dass das Konsummuster nicht so ausgeprägt gewesen sei, dass es längere Arbeitsunfähigkeiten, behandlungsbedürftige Intoxikationen oder andere Komplikationen zur Folge gehabt habe (RG act. 44 S. 23). Der Beschuldigte ist im April 2020 noch seiner Arbeit nachgegangen und konnte seinen Zustand insoweit verstecken, als ihn sein Arbeitgeber erst vor dem ersten Klinikaufenthalt im Okto-

E. 7.5

Im Ergebnis hat sich der Beschuldigte der Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB strafbar gemacht.

E. 8

/ 35 ber 2021 (RG act. 44 S. 22) – mithin eineinhalb Jahre später – auf seinen gesundheitlichen Zustand und die ungenügende Arbeitsleistung angesprochen hat (act. H.3 Frage VI.9). Das Gutachten sieht zwar Gedächtnislücken als plausibel an, weist aber darauf hin, dass solche nicht damit gleichzusetzen seien, dass eine Person ihr Handeln während dieses Zeitraums nicht habe steuern können (RG act. 44 S. 23). Weiter konnte der Beschuldigte

viele der von ihm verwendeten Suchbegriffe bei der ersten polizeilichen Befragung am 16. Juni 2020 aufzählen (StA act. 4.14 Frage 30). Mithin erweist sich das Ergebnis des Gutachtens, es seien keine Hinweise auf eine Einschränkung der Schuldfähigkeit gegeben, als nachvollziehbar und schlüssig. 4.3.3. Die Verteidigung brachte weiter vor, die Klinik G._____ habe im Austrittsbericht vom 24. Oktober 2022 – ebenso wie die Psychiatrie H._____ im Austrittsbericht vom 18. Oktober 2023 – erstmals die Diagnose instabile Persönlichkeitsstörung Borderline-Typ gestellt. Es bleibe unklar, ob und welche Schlussfolgerungen sich aus einer solchen Zusatzdiagnose für die Beurteilung der Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt ergeben können (act. H.1 Rz. 2). Dem Bericht von F._____, Fachärztin Psychiatrie und Psychotherapie, bei welcher der Beschuldigte seit 2009 in Behandlung ist, ist eine entsprechende Diagnose nicht zu entnehmen (RG act. 16.2 und 16.3). Das Gutachten vom 25. Januar 2022 befasst sich mit dieser Thematik. Es kommt zwar zum Schluss, es seien nicht alle allgemeinen Kriterien gemäss IDC-10 erfüllt. Eine Persönlichkeitsstörung werde aus gutachterlicher Sicht als unwahrscheinlich beurteilt, zumal das Beschwerdebild durch das Krankheitsbild hinreichend erklärt werde (RG act. 44 S. 21). Es berücksichtigt im Rahmen des psychischen Erkrankungsbildes aber einen Verdacht (RG act. 44 S. 22), womit dieser Aspekt nicht ausser Acht gelassen wurde. Insofern und aufgrund des zur Frage der Schuldfähigkeit Ausgeführten ist eine Notwendigkeit einer erneuten bzw. weitergehenden Abklärung zu verneinen. 4.3.4. Im Ergebnis ist sowohl der Antrag auf eine neue psychiatrische Exploration wie auch der Antrag auf Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens vom 25. Januar 2022 abzuweisen.

E. 8.1

Die Staatsanwaltschaft hat Anschlussberufung erhoben. Insofern kommt das Verbot der reformatio in peius nicht zur Anwendung, womit das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil auch zu Ungunsten des Beschuldigten abändern und eine höhere Strafe aussprechen kann (vgl. Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO e contrario).

E. 8.2

Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Strafzumessung korrekt dargelegt (act. E.1 E. 7.1 ff.). Darauf kann verwiesen werden.

E. 8.3

Der Tatbestand der Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB sieht einen Strafrahmen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe sind in der Regel innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen und führen nur beim Vorliegen ausserordentlicher Umstände zur Erweiterung des Strafrahmens (BGE 136 IV 55 E. 5.8). Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, den ordentlichen Strafrahmen zu verlassen. 8.4.1. Was die objektive Tatschwere anbelangt, fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte insgesamt 51 Videos nicht nur heruntergeladen und auf seinem NAS abgespeichert, sondern aufgrund des Peer-to-Peer-Netzwerks auch Dritten zum Download zur Verfügung gestellt hat. Damit hat er die Tatbestandsvarianten des Beschaffens, Besitzens und in Verkehr Bringens erfüllt. Die Videos beinhalten alle sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen, teilweise Übergriffe von Erwachsenen auf Kinder. Durch das Herunterladen der Videos schuf der Beschuldigte eine Nachfrage, die die Herstellung weiterer solcher Erzeugnisse und damit einhergehend den Missbrauch der Kinder antreibt. Durch die Zurverfügungstellung zum Download trug der Beschuldigte zur Weiterverbreitung von

Kinderpornografie bei. Bei 51 Videos, die er innert 24 Stunden und 16 Minuten herunterlud, kann nicht von einer geringen Anzahl gesprochen werden (vgl. BGer 6B_1027/2021 v. 5.6.2023 E. 2.4.2, in welchem das Bundesgericht es als unzutreffend erachtete, 22 Videos mit kinderpornografischem Inhalt als verhältnismässig geringe Anzahl zu bezeichnen). Die geschützten Rechtsgüter – der Schutz Jugendlicher und Erwachsener vor ungewollter Konfrontation mit entsprechenden Erzeugnissen, die ungestörte Entwicklung von Kindern und Jugendlichen, der Schutz gegen die abstumpfende (korrumpierende) Wirkung von Gewaltdarstellungen, die geeignet sind, beim (erwachsenen) Betrachter die Bereitschaft zu erhöhen, selbst gewalttätig zu agieren oder die Gewalttätigkeit anderer gleichgültig hinzunehmen (vgl. E. 5.4.2) – wurden damit beachtlich beeinträchtigt. Die objekti-

E. 8.5

Aufgrund der Tatschwere ist eine Geldstrafe als auszusprechen. Eine Freiheitsstrafe erscheint vorliegend aus Gründen der spezialpräventiven Effizienz nicht erforderlich, zumal der Beschuldigte keine einschlägigen Vorstrafen aufweist

E. 8.6

Die Höhe des Tagessatzes bestimmt das Gericht gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum. Der Beschuldigte gab anlässlich der Befragung in der Berufungsverhandlung an, ab dem folgenden Tag eine 20%-Arbeitsstelle zu haben sowie beim RAV angemeldet zu sein. Sein Einkommen werde ungefähr CHF 4'200.00 betragen (act. H.3 Frage IV.1 und 7). Diese Angabe korreliert – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (act. H.4 S. 2) – mit den eingereichten Belegen, wonach er Taggelder von netto CHF 178.00 bezieht und der versicherte Verdienst CHF 6'004.00 beträgt (act. B.8 bis B.10). Es ergibt sich ein Tagessatz von CHF 110.00 (CHF 4'200.00 pro Monat minus Pauschalabzug von 20% = CHF 3'360.00 / 30 = CHF 112.00).

E. 8.7

Nach Art. 51 i.V.m. Art. 110 Abs. 7 StGB ist jede in einem Strafverfahren verhängte Haft anzurechnen. Die Polizeihaft von zwei Tagen ist demnach an die Geldstrafe anzurechnen.

8.8.1. Die Vorinstanz sprach für den in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch betreffend Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG und der mehrfachen Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG eine Busse von CHF 100.00 aus, mit Verweis auf ein leichtes Verschulden – der Beschuldigte habe geringe Mengen leichter Drogen und verbotener psychoaktiver Substanzen für den Eigenkonsum besessen und während knapp eines Jahres mehrfach Betäubungsmittel konsumiert (vgl. act. E.1 E. 7.6.2). Der Beschuldigte beantragte, es sei von Strafe Umgang zu nehmen, eventualiter eine Busse von nicht mehr als CHF 100.00 auszusprechen (act. H.1 S. 1).

8.8.2. Der Antrag auf Strafbefreiung ist abzuweisen. Der Beschuldigte konsumierte gemäss eigenen Angaben fünf bis zehn Gramm Crack pro Tag (act. H.3 Frage V.4). Angesichts dessen kann nicht von einem einmaligen oder sehr geringen Konsum bzw. einer geringfügigen Schuld gesprochen werden. Die Einstellung des Verfahrens für die bereits verjährte Zeitperiode vom 18. Juni 2017 bis 21. Juni 2019 ist rechtskräftig. Inwiefern das

Beschleunigungsgebot vorliegend verletzt worden sein soll, legt die Verteidigung nicht dar (act. H.1 Rz. 18) und ist ange-

E. 9

/ 35 Umfang der insgesamt heruntergeladenen pornografischen Dateien wurde mit fünf Terabyte angegeben.

E. 9.1

Der Vollzug der Geldstrafe ist in Anwendung von Art. 42 Abs. 1 StGB auf- zuschieben, zumal vorliegend keine Umstände – insbesondere keine Vorstrafen – ersichtlich sind, die für eine ungünstige Prognose sprechen. Die Probezeit wird in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (vgl. act. E.1 E. 7.5) auf zwei Jahre fest- gesetzt. 9.2.1. Eine bedingte Strafe kann mit einer Busse (Art. 106 StGB) verbunden wer- den (Art. 42 Abs. 4 StGB). Die Verbindungsbusse soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Betracht kommen, wenn trotz Gewährung des bedingten Voll- zugs einer Geld- oder Freiheitsstrafe in gewissen Fällen mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Busse ein spürbarer Denkkzettel verpasst werden soll. Die Stra- fenkombination dient hier spezialpräventiven Zwecken. Das Hauptgewicht liegt auf der bedingten Freiheits- oder Geldstrafe, während der unbedingten Verbindungs- busse nur untergeordnete Bedeutung zukommt (BGer 6B_337/2022 v. 12.7.2023 E. 1.3.1, zur Publikation vorgesehen). 9.2.2. Der Beschuldigte hat nicht mit direktem Vorsatz nach Kinderpornografie gesucht (StA act. 4.14 Frage 27 und 47; StA act. 4.18 Frage 1), distanzierte sich mehrmals klar davon und erklärte glaubhaft, dass ihn die inkriminierten Videos anekelten bzw. er diese widerlich finde (StA act. 4.18 Frage 6; act. H.4 S. 10; act. H.3 Frage V.41) und er nicht pädophil sei (StA act. 4.14 Fragen 37 ff.; StA act. 4.16 Frage 8), für was auch gutachterlich keine forensisch-psychiatrischen Indikatoren auszumachen waren (RG act. 44 S. 23). Zumal er weiter glaubhaft darlegte, dass für ihn illegale Pornografie der "schlimmste Stempel" und schwer zu

E. 10

/ 35 verkehr Auskunftsbegehren der Behörden an die Anbieterinnen; <https://www.li.admin.ch/de/themen/programm-fmu>, zuletzt besucht am 21.12.2023) die Datei "[...] 10Yo Firsthair – 10Yo Boy 12Yo Girl Fuck 4m39S.avi" benutzt wor- den. Entgegen der Behauptung der Verteidigung (act. H.1 Rz. 14) befindet sich diese Datei sowohl in der Excel-Tabelle des fedpols (StA act. 4.10 S. 3, Tabelle S. 2, 19. Datei von unten) wie auch in der Tabelle der sichergestellten Dateien auf den Festplatten des Beschuldigten gemäss forensischem Ermittlungsbericht (StA act. 4.17 S. 4 oberste Datei). Dem Bericht ist ferner zu entnehmen, dass sich durch die vom IFC4 durchgeführte IRC-Anfrage ergeben habe, dass die IP- Adresse zum Zeitpunkt des Herunterladens der kinderpornografischen Dateien an den Beschuldigten vergeben gewesen sei. Daraus geht hervor, dass das CPS nicht von einem bestimmten Benutzer bzw. einer bestimmten IP-Adresse ausgeht, sondern inkriminierte Dateien überwacht und aufgrund des Downloads einer solchen auf eine bestimmte IP-Adresse stösst. Eine weitere Erläuterung der Funktionsweise des CPS in einem IT-Fachgutachten, wie von der Verteidigung beantragt (act. H.1 Rz. 18 S. 16; act. A.2 Rz. 14.5), erüb- rigt sich damit. Weiter geht hervor, dass das CPS als System zur Überwachung von Peer-to-Peer-Netzwerken zwar von einer NGO entwickelt wurde, aber vom fedpol wie auch von Ermittlern aus der ganzen Welt genutzt wird. Es liegt mithin nicht eine Überwachung durch Dritte, sondern durch die Bundeskriminalpolizei vor. Inwieweit eine Unverwertbarkeit vorliegen soll, wenn die Bundeskriminalpoli- zei bei der

Überwachung von kinderpornografischen Dateien feststellt, dass diese über eine gewisse IP-Adresse heruntergeladen wurden, erschliesst sich dem Kantonsgericht nicht. Andernfalls würde sich die Frage der Verwertbarkeit auch stellen, wenn Polizisten auf Streife kriminelle Handlungen feststellen und rapportieren würden. Denn die Ermittlung strafbarer Handlungen bildet die Kernaufgabe der Polizei. Dazu gehört auch die Fahndung nach Konsumenten illegaler Pornografie im Internet. Es wurde mit Hilfe des CPS-Systems ausgehend von illegalen Dateien, welche die Ermittlungsbehörden in einem Peer-to-Peer-Netzwerk entdeckten, ermittelt, von welcher IP-Adresse die Datei heruntergeladen wurde. Diese Vorgehensweise stellt nicht eine Beweisausforschung, sondern eine reine Täterermittlung dar. Die auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse wurden als Bericht (StA act. 4.11) von fedpol an die Staatsanwaltschaft übermittelt. Aus den übermittelten Informationen ergab sich zusammen mit der Ermittlung des Anschlussinhabers ein Verdacht gegen den Beschuldigten auf Beschaffung, Besitz und Weiterverbreitung illegaler Pornografie. Die Staatsanwaltschaft war daher verpflichtet, ein Strafverfahren zu eröffnen (vgl. dazu BGer 6B_623/2019 v. 5.2.2020 E. 2.1; 6B_57/2015

E. 10.4

Dem Beschuldigten ist ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB aufzuerlegen. 11. Einziehung

E. 11

/ 35 v. 27.1.2016 E. 3.1) und konnte gestützt auf diesen Tatverdacht eine Hausdurchsuchung anordnen. Selbst wenn Dritte – vorliegend die NGO – das Peer-to-Peer Netzwerk überwacht sowie die IP-Adresse des Beschuldigten festgestellt hätten und dies rechtswidrig erfolgt sein sollte, wäre – wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird – die Verwertbarkeit zu bejahen.

E. 11.1

In Bezug auf die sichergestellten Festplatten beantragte der Beschuldigte deren Aushändigung nach vorgängiger Löschung bzw. Vernichtung der sich darauf befindenden kinderpornografischen Dateien (act. H.1 S. 1).

E. 11.2

Art. 197 Abs. 6 StGB sieht vor, dass bei Straftaten nach Abs. 4 und 5 die Gegenstände eingezogen werden. Die Voraussetzungen von Art. 69 Abs. 1 StGB sind nicht mehr nachzuweisen (Stefan Trechsel/Carlo Bertossa, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N 17 zu Art. 197 StGB). Auf den acht Festplatten des NAS QNAP sowie auf der Samsung Festplatte befinden sich fünf Terabyte Daten, darunter wurden gemäss forensischem Ermittlungsbericht vom 24. Juli 2020 pornografische Dateien mit (nicht) tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen sowie sexuellen Handlungen mit Tieren gefunden (vgl. StA act. 4.8 S. 2 f.). Damit sind die Festplatten einzuziehen. 12. Löschung DNA-Profil

E. 12

/ 35 um ein mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bewehrtes Delikt, mithin um ein Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB). Art. 197 Abs. 4 wie auch Abs. 5 StGB bezwecken im Wesentlichen einerseits den Schutz Jugendlicher und Erwachsener vor ungewollter Konfrontation mit entsprechenden Erzeugnissen und damit auch die ungestörte Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Andererseits richten sie sich gegen die

abstumpfende (korrumpierende) Wirkung von Gewaltdarstellungen, die geeignet sind, beim (erwachsenen) Betrachter die Bereitschaft zu erhöhen, selbst gewalttätig zu agieren oder die Gewalttätigkeit anderer gleichgültig hinzunehmen. In der Botschaft des Bundesrats zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie zu seiner Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs) vom 4. Juli 2012 wird übereinstimmend ausgeführt, der erhöhte Strafrahmen für reale Kinderpornografie (in Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB) sei angebracht, weil deren Herstellung in aller Regel mit schweren Delikten gegen die Darstellenden sowie mit sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung verbunden sei (vgl. Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch [Lanzarote-Konvention] sowie zu seiner Umsetzung [Änderung des Strafgesetzbuchs] v. 4.7.2012, BBl 2012 7571 ff., S. 7620). Das Interesse an der Verwertbarkeit ist als äusserst gewichtig einzustufen (BGE 124 IV 106 E. 3caa; BGer 6B_1439/2021 v. 28.11.2022 E. 2.3.4; 1B_189/2018 v. 2.5.2018 E. 3.3). 5.4.3. Die Schwere der vorliegend konkreten Tat ergibt sich daraus, dass es sich – wie zu erstellen sein wird – um 51 Videos mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen handelt, welche durch das Peer-to-Peer-Netzwerk Dritten zum Download angeboten (vgl. E. 6.3 und 7.2.1.) und damit nicht nur weiterverbreitet, sondern so auch die Nachfrage nach entsprechenden Produktionen angekurbelt und das Leid, mithin die sexuelle Ausbeutung, gewaltsame und erniedrigende Behandlung der minderjährigen Darstellenden mitverantwortet wurde. Es liegt ein beachtlicher Eingriff in das geschützte Rechtsgut vor. Insgesamt ist von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen. Daran vermag – entgegen dem Beschuldigten (act. H.1 Rz. 17.5 S. 16) – nichts zu ändern, dass das vorliegende Tatverschulden im Spektrum aller Tatvarianten des Vorwurfs der Pornografie nicht als schwer zu beurteilen ist (vgl. E. 8.4.1 f.; siehe BGer 6B_1439/2021 v. 28.11.2022 E. 2.3.4, in welchem der Beschuldigte ein einziges Video an einen überschaubaren Personenkreis sendete und dafür mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen bestraft wurde).

E. 12.1

Der Beschuldigte beantragte, die Kantonspolizei Graubünden bzw. die zuständigen Amtsstellen des Kantons und Bundes seien richterlich anzuweisen, das vom Beschuldigten erstellte DNA-Profil und sämtliche damit zusammenhängenden Daten im Informationssystem und auf anderen Datenträgern zu löschen (act. H.1 S. 1).

E. 12.2

Eine Anordnung der Löschung ist weder gesetzlich vorgesehen noch erforderlich. Für die Löschung eines DNA-Profiles ist nicht das Gericht zuständig, sondern das fedpol. Das Gericht hat sich auf eine entsprechende Meldung zu beschränken. Gemäss Art. 16 Abs. 1 und 2 DNA-Profil-Gesetz (SR 363) löscht das Bundesamt für Polizei (fedpol) die DNA-Profile, die nach Art. 255 und 257 StPO erstellt worden sind. Gemäss Art. 12 DNA-Profil-Verordnung (SR 363.1) melden die Kantone fedpol das Eintreten der gesetzlichen Voraussetzungen für die Löschung von Profilen nach den Art. 16-19 des DNA-Profil-Gesetzes. Im Kanton Graubünden meldet die Kantonspolizei (Kriminaltechnischer Dienst) als zentrale Meldestelle den zuständigen Bundesbehörden das Eintreten der gesetzlichen

E. 13

/ 35 5.4.4. Die IP-Adresse des Beschuldigten sowie seine Download-Aktivität im inkriminierten Zeitpunkt bilden die Beweisgrundlage für den strafrechtlichen Vorwurf, ohne die es nicht zur Hausdurchsuchung und Einziehung der Festplatten gekommen wäre. Andere direkte Beweismittel zur Aufklärung des untersuchten Delikts standen nicht zur Verfügung. Hätte die Polizei selber das öffentlich zugängliche Peer-to-Peer-Netzwerk nach kinderpornografischen Dateien durchforstet, hätte sie die IP-Adresse, welche die inkriminierten Dateien heruntergeladen und geteilt hat, feststellen können. Die entscheidende Frage, ob die Überwachung der Netzwerkaktivität und die Beschaffung der IP-Adresse zulässig gewesen wären, wenn der Tatverdacht bekannt gewesen wäre (vgl. BGer 6B_68/2023 v. 9.10.2023 E. 2.3), ist vorliegend zu bejahen. 5.4.5. Der Beschuldigte bewegte sich in einem öffentlich zugänglichen Peer-to-Peer-Netzwerk, als er die inkriminierten Dateien herunterlud (vgl. E. 6.3). Die Situation könnte mit einer Observation an für die Öffentlichkeit einsehbaren Orten verglichen werden. Die Excel-Tabelle hält die Downloadaktivität des Beschuldigten am 16. April 2020, 20.36 Uhr (MEZ), sowie am 17. April 2020, 00.16 Uhr (MEZ), fest. Von einer systematischen oder ständigen Überwachung des Beschuldigten kann keine Rede sein. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf die Observation von Personen an für die Öffentlichkeit einsehbaren Orten (vgl. BGE 143 IV 387 E. 4.6 m.w.H.) handelt es sich vorliegend insofern um einen bescheidenen Eingriff in die grundrechtliche Position des Beschuldigten. 5.4.6. Das öffentliche Interesse an der Aufklärung der Tat überwiegt das private Interesse des Beschuldigten bei Weitem. Die Eindämmung von Kinderpornografie ist gerade mit Bezug auf das erwähnte Leid der minderjährigen Darstellenden, den bezweckten Schutz der ungestörten Entwicklung Minderjähriger sowie die Verhinderung von Nachahmung bzw. Umsetzung des Gesehenen in die Realität ein hoch zu gewichtiges Ziel im öffentlichen Interesse (vgl. BGer 6B_1439/2021 v. 28.11.2022 E. 2.3.4 m.H.a. u.a. BGE 147 IV 9 E. 3.2), welches durch das private Interesse des Beschuldigten an der Geheimhaltung seiner IP-Adresse und Netzwerkaktivitäten nicht relativiert wird.

E. 14

/ 35 Schmid/Daniel Jositsch, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 1067), kann vorliegend – entgegen der Verteidigung (act. H. 1 Rz. 17.5) – nicht gesprochen werden. 6. Erstellung des Anklagesachverhalts

E. 14.1

Nach Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt sich eine Anpassung des vorinstanzlichen Kostenentscheids. Dementsprechend gehen die Untersuchungskosten der Staatsanwaltschaft in Höhe von CHF 8'885.00 und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens von CHF 7'770.00 (Gerichtsgebühr von CHF 4'000.00, Gutachterkosten von CHF 3'770.00) zulasten des Beschuldigten. 14.2.1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens anteilmässig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Für Entscheide im Berufungsverfahren wird eine Gerichtsgebühr von CHF 1'500.00 bis CHF 20'000.00 erhoben (vgl. Art. 7 VGS [BR 350.210]). Vorliegend wird die Gerichtsgebühr auf CHF 6'000.00 festgesetzt. 14.2.2. Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung insofern, als er nicht der Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB, sondern nur gemäss Satz 2 schuldig gesprochen wird. Darüber hinaus unterliegt er. Daher sind die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von CHF

4'800.00 dem Beschuldigten und im Umfang von CHF 1'200.00 dem Kanton Graubünden (Kantonsgericht) aufzuerlegen. 14.3.1. Der Beschuldigte hat Anspruch auf Entschädigung seiner Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren, wenn er ganz oder teilweise freigesprochen wird (Art. 429 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 436 Abs. 1 StPO). Zu diesen Aufwendungen zählen in erster Linie die Kosten der frei gewählten Verteidigung, sofern ihr Beizug angesichts

E. 16

April, um 20.36 Uhr (MEZ), sowie am 17. April, um 00.16 Uhr (MEZ), im Begriff war, herunterzuladen. Er hat somit mehrere Dateien in unterschiedlichen Zeitabständen heruntergeladen, weshalb die Bundeskriminalpolizei ein Dossier erstellte (vgl. StA act. 4.11 S. 2). Die Listen in StA act. 4.17 S. 3 ff. zeigen die verbotenen Dateien auf, welche auf den Festplatten des Beschuldigten anlässlich der Hausdurchsuchung gefunden wurden. Es handelt sich dabei um eine grössere Anzahl Dateien als auf der Excel-Liste der Netzwerkaktivität. Zumal sich die Anklage – wie ausgeführt – auf die im Zeitraum vom 16. bis 17. April 2020, ca. 00.16 Uhr, heruntergeladenen Dateien beschränkt, sind nur jene Dateien vom Anklagesachverhalt erfasst, die in der Excel-Liste der Netzwerkaktivität aufgeführt sind. Denn zu welchem Zeitpunkt die weiteren, auf den Festplatten des Beschuldigten gespeicherten Dateien heruntergeladen wurden, ergibt sich nicht aus den Akten und kann nicht erstellt werden. Werden die Dateien in der Excel-Liste der Netzwerkaktivität mit den auf den Festplatten abgespeicherten Dateien abgeglichen, ergibt sich, dass von den auf den Festplatten des Beschuldigten abgespeicherten Dateien (StA act. 4.17) 51 Videos nachweislich im angeklagten Zeitraum heruntergeladen wurden (StA act. 4.17 S. 4 f. mit Ausnahme der Bilder und der zwei Videos "Bathtub-Creamthroat-Throatpie-with-Thai-Teen-Heather-Deep.mp4" und "Open 49 – 12Yr girl 14Yr boy.avi"). Wann die weiteren auf den Festplatten des Beschuldigten abgespeicherten, einschlägigen Dateien heruntergeladen wurden, bleibt ungewiss. Der Verteidigung ist insofern zuzustimmen, dass der Anklagesachverhalt aus diesem Grund nicht zutreffen könne (act. H.1 Rz. 17.1). Indes steht damit fest, dass der Beschuldigte nicht nur am 16. und 17. April 2020 verbotene Pornografie herunterlud, was nochmals erklärt, dass der Beschuldigte in den Fokus der Bundeskriminalpolizei kam (vgl. StA act. 4.11 S. 2).

E. 18

/ 35 ser Wille ist gegeben, wenn die Verwirklichung des Tatbestandes das eigentliche Handlungsziel des Täters ist oder ihm als eine notwendige Voraussetzung zur Erreichung seines Zieles erscheint. Dasselbe gilt, wenn die Verwirklichung des Tatbestandes für den Täter eine notwendige Nebenfolge darstellt, mag sie ihm auch gleichgültig oder gar unerwünscht sein (BGE 130 IV 58 E. 8.2; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 9 N 95 ff.). 7.3.2. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Nach ständiger Rechtsprechung ist sog. Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt und sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 m.w.H.; BGer 6B_1071/2019 v. 9.11.2020 E. 2.2). Der eventualvorsätzlich handelnde Täter nimmt den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Wer den Erfolg dergestalt in Kauf nimmt, "will" ihn im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg "billigt" (BGE 133 IV 9 E.

4.1). Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, muss das Gericht – bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten – aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2). Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (zum Ganzen BGE 147 IV 439 E. 7.3 m.w.H.). Der Schluss, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, darf aber jedenfalls nicht allein aus der Tatsache gezogen werden, dass sich dieser des Risikos der Tatbestandsverwirklichung bewusst war und dennoch handelte. Denn dieses Wissen um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wird auch bei der bewussten Fahrlässigkeit vorausgesetzt. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 9 E. 4.1 m.w.H.). 7.4.1. Die Aussage des Beschuldigten, ihm sei nicht bewusst gewesen, dass er zu illegalen Sachen komme mit Tools, die im normalen App-Store erhältlich bzw. auf

E. 19

/ 35 NAS-Produkten vorinstalliert seien (act. H.3 Antwort V.16), kann nur als Schutzbehauptung ausgewiesen werden. Dass verbotene Pornografie nicht nur im Darknet erhältlich ist, sondern auch im Internet, muss als allgemein bekannt gelten. Der Beschuldigte hat mit den Schlagwörtern "anal", "3D", "hentai", "skinny", "tight", "teen", "workout" und weiteren (es handelt sich damit nicht um eine abschliessende Aufzählung) nach pornografischem Material gesucht (StA act. 4.14 Frage 30; StA act. 4.18 Frage 3). Er gab an, aber nie bewusst nach kinderpornografischen Inhalten gesucht zu haben (StA act. 4.18 Frage 1). Die verwendeten Suchbegriffe schliessen indes kinderpornografisches oder anderweitig verbotenes Material in keiner Weise aus. So ist offensichtlich, dass mit dem Schlagwort "anal" das Video "Little Boy Fucks 4Yo Girl (KINDER ANAL).avi" als Suchergebnis erscheinen kann. Dass auf Pornoplattformen in der Kategorie "Teen" nur Erzeugnisse mit 18- und 19-jährigen Darstellenden zu finden seien und er damit junge, aber volljährige Frauen gemeint habe – wie der Beschuldigte ausführte (act. H.3 Frage V.32) –, ändert nichts daran, dass als "Teens" bzw. "Teenager" 13- bis 19-Jährige gelten. Inwiefern bei der Suche nach Pornografie mit diesem Begriff Ergebnisse mit Darstellenden, die jünger sind als 18-Jährige, ausgeschlossen werden können, erschliesst sich dem Kantonsgericht nicht. Damit nahm er in Kauf, kinderpornografisches Material herunterzuladen. Im Entscheid 6B_180/2015 beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die Vorinstanz bei Suchbegriffen wie "Teenager" annahm, dass der Beschuldigte in Kauf genommen habe, auch kinderpornografisches Material herunterzuladen (BGer 6B_180/2015 v. 18.2.2016 E. 3.3.3; siehe auch BGer 6B_557/2015 v. 28.1.2016 E. 3, wonach der Suchbegriff "teen" klar eindeutig sei). Er räumte denn anlässlich der polizeilichen Ersteinvernahme auch ein, es könne sein, dass, wenn man mit "xxx" und zum Beispiel "teen" suche mit dem NAS, verbotene Dateien dabei seien (StA act. 4.14 Frage 47) – auch wenn er dies als retrospektive Erklärung verstanden wissen will (StA act. 4.18 Frage 4). Die mit diesen Schlagwörtern gefundenen Suchergebnisse sichtete er nicht, sondern lud blind riesige Datenmengen auf sein QNAP herunter. So führte er aus, er habe gar nicht

geschaut, was er runterlade, sondern habe einfach einen allgemeinen Begriff angegeben und alle Dateien angeklickt, deren Download dann gestartet worden sei (act. H.3 Frage V.15; vgl. auch StA act. 4.18 Frage 1). Selbst die heruntergeladenen Dateien visionierte er nur zum Teil (StA act. 4.16 Frage 17; act. H.3 Frage V.41). Die Sorgfaltspflichtverletzung aufgrund dieses Vorgehens wiegt schwer. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Verteidigung vorbrachte, die Gutachterin habe darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte Sexualität zur Kompensation und Regulation der vorwiegend affektiven Symptome seines psychisch instabilen Zustands in Folge des Unfalltodes seines Vaters eingesetzt habe (act. H.1 Rz. 7 S. 22). Dieser Effekt wäre auch erzielbar mit Streaming auf Porno-

E. 20

/ 35 Plattformen, was der Beschuldigten ebenfalls praktizierte (StA act. 4.16 Fragen 19 ff.; act. H.3 Frage V.37). Auf den Festplatten des Beschuldigten befanden sich fünf Terabyte pornografische Daten (StA act. 4.18 Frage 1). Werden fünf Terabyte pornografisches Material mit den erwähnten Schlagwörtern gesucht und blind heruntergeladen, ist die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung mehr als sicher (vgl. BGer 6B_557/2015 v. 28.1.2016 E. 3 "En effet, le mot "teen", associé à une recherche à caractère pornographique, est clairement univoque et induit un risque plus que certain de tomber sur de la pédopornographie."), sodass nicht mehr davon gesprochen werden kann, der Beschuldigte hätte wissen müssen, dass es eintreten könnte – was der Struktur des fahrlässigen Verhaltens entspräche –, sondern dass es eintreffen wird. Der Beschuldigte erklärte, es sei gar nicht möglich, alles [alle Dateien] zu sichten, aber der Kick oder das Befriedigende sei gewesen, die Möglichkeit zu haben (act. H.3 Frage V.35). Das Ziel des Beschuldigten war damit, möglichst viel herunterzuladen. Zur Erreichung dessen übernahm er mit dem die Sorgfaltspflicht schwer verletzenden Vorgehen – die Verwendung von Suchbegriffen, die verbotenes Material keineswegs ausschließen, und dem blinden Herunterladen von nicht weniger als fünf Terabyte Suchergebnissen – nicht nur das grosse Risiko von illegalem "Beifang", sondern fand sich mit dieser, wenn auch unerwünschten Folge ab. Denn es kann nicht mehr bezweifelt werden, dass der Beschuldigte die Bereitschaft hatte, das Mithunterladen von verbotener Pornografie als Folge seines blinden Herunterladens von riesigen Mengen an pornografischem Material mit den gebrauchten Suchbegriffen hinzunehmen oder er dem zumindest mit Gleichgültigkeit gegenüberstand. Ein Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs, mithin dem Download von illegaler Pornografie, ist bei dieser Vorgehensweise schlicht nicht mehr vertretbar. 7.4.2. Dass der Beschuldigte seine IP-Adresse nicht mittels VPN geschützt hat, beweist nicht, dass er nicht davon ausgegangen ist, illegale pornografische Dateien herunterzuladen (vgl. act. H.1 Rz. 10) und schliesst einen Eventualvorsatz nicht aus. Wenn er nicht wusste, dass kinderpornografische Dateien mittels CPS verfolgt würden, bestand für ihn auch kein Anlass, seine IP-Adresse zu verbergen. Ganz abgesehen davon, dass die Verschlüsselung mittels VPN kein unüberwindbares Hindernis ist und keinen absoluten Schutz bietet, ist doch eine Anforderung der Verbindungs- und Nutzungsprotokolle beim Internetanbieter bei dringendem Tatverdacht nicht ausgeschlossen. 7.4.3. Was den Besitz der verbotenen pornografischen Dateien anbelangt, argumentiert die Verteidigung, dem Beschuldigten sei bis zum polizeilichen Zugriff nicht einmal bewusst gewesen, dass auf seinem NAS die inkriminierten Dateien

E. 21

/ 35 abgespeichert waren (act. H.1 Rz. 8 S. 23 f.). Vorsatz wird dem Beschuldigten indes nicht vorgeworfen. Dass es illusorisch sei, fünf Terabyte Dateien auf illegale Datensätze zu überprüfen (vgl. act. H.1 Rz. 12), stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar (vgl. BGer 6B_557/2015 v. 28.1.2016 E. 3). Des Weiteren kann auf die vorangehenden Ausführungen zum Download verwiesen werden. 7.4.4. Durch das Peer-to-Peer-Netzwerk wurden die heruntergeladenen Dateien Dritten zur Verfügung gestellt. Der Beschuldigte gab vor Berufungsgericht an, es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass er in einem BitTorrent Netzwerk gewesen sei (act. H.3 Frage V.14). Dies ist als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Der Beschuldigte hatte sich eine Infrastruktur mit Netzwerk und diversen Tools, alles miteinander verknüpft, zuhause eingerichtet (act. H.3 Frage V.12). Den NAS bzw. das System hatte er sich für die persönliche Administration seiner Daten zugelegt (act. H.3 Frage V.17), sich vor 20 Jahren in seiner Anfangs-Informatik-Zeit mit BitTorrent befasst (act. H.3 Frage V.14) und kennt dessen grundsätzliche Funktionsweise (act. H.3 Frage V.25). Bei der Arbeit hat er u.a. Datenbanken entwickelt (act. H.3 Frage VI.11). Damit ist offensichtlich, dass er IT-Kenntnisse hat, die über diejenigen einer Durchschnittsperson hinausgehen. Auch er selber spricht von überdurchschnittlichen Kenntnissen (act. H.3 Frage V.13). Er verfügte über das Wissen, dass das Herunterladen der Dateien über den Downloader des QNAP (NAS) über BitTorrent erfolgte. Das räumte er auch in den vorangehenden Einvernahmen unumwunden ein. So erklärte er in der ersten polizeilichen Einvernahme am 16. Juni 2020, er habe zu Hause ein NAS-System und könne damit Daten über ungesicherte Peer-to-Peer-Netzwerke herunterladen (StA act. 4.14 Frage 2); falls Kinderpornografie im Download gewesen sei, hätten andere Personen ohne sein Zutun diese herunterladen können, denn so funktioniert dieses Peer-to-Peer (StA act. 4.14 Frage 26) und mit dem NAS könne man auf Torrent-Seiten gehen (StA act. 4.14 Frage 33). Auch anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 8. Dezember 2020 legte er dar, über sein Mobiltelefon Zugriff auf den NAS zu haben und die Suchmaske greife auf ein Peer-to-Peer-Netzwerk (StA act. 4.18 Frage 1, siehe auch Frage 2). Zumal er – wie ausgeführt – die heruntergeladenen Dateien nicht überprüfte, sondern unbesehen auf seinem NAS gespeichert liess, übernahm er die Verantwortung, dass Dritte durch das Peer-to-Peer Netzwerk diese Dateien herunterladen konnten. 7.4.5. Im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand ist damit erstellt, dass der Beschuldigte mit Eventualvorsatz handelte.

E. 22

/ 35 8. Strafzumessung

E. 23

/ 35 ve Tatschwere ist im Spektrum aller möglichen Tatvarianten von Art. 197 Abs. 4 StGB insgesamt zwar noch als leicht, indes klar nicht als besonders leicht zu qualifizieren. 8.4.2. In Bezug auf die subjektive Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte, indem er sich damit abfand bzw. es ihm gleichgültig war, dass er mit blindem Herunterladen riesiger Mengen an pornografischem Material aufgrund der verwendeten Suchbegriffe, die verbotene Pornografie nicht ausschliessen – insbesondere "teen" –, illegalen "Beifang" machte und aufgrund seiner IT-Kenntnisse genau wusste, dass die auf seinem NAS abgespeicherten Dateien aufgrund des Peer-to-Peer-Netzwerks Dritten zum Download zur Verfügung gestellt werden. Gemäss psychiatrischem Gutachten vom 25. Januar 2022 (RG act. 44 S. 24) sind keine Hinweise gegeben, dass der Beschuldigte aufgrund der festgestellten psychiatrischen Erkrankungen und Abhängigkeitssyndrome im Tatzeitraum nicht fähig gewesen sei zur Einsicht in das Unrecht der angeschuldigten Taten

oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht. Eine Verminderung der Schuldfähigkeit liegt damit nicht vor. Die subjektive Tatschwere vermag die Objektive nicht zu relativieren. Aufgrund der Tatkomponente rechtfertigt sich eine Einsatzstrafe von 100 Tagessätzen.

8.4.3. Vorstrafen weist der Beschuldigte keine auf, was sich nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur bei besonderen Umständen strafmindernd auswirkt (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4; BGer 6B_417/2021 v. 14.4.2022 E. 4.2). Indes ist in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er seit Jahren mit einer Alkohol- und Kokainabhängigkeit kämpft, welche als alte Verhaltensmuster zusammen mit dem Pornografiekonsum zur Bewältigung des Unfalltods seines Vaters im Jahr 2018 eingesetzt wurden und nicht nur zum Verlust der Arbeitsstelle, sondern auch zum Scheitern seiner langjährigen Beziehung mit seiner Lebenspartnerin führten (act. H.3 Fragen VI.18 und 24; act. H.4 S. 10) und er aktiv mit verschiedenen Klinikaufenthalten zu bewältigen versucht (RG act. 44 S. 11 ff.; act. B.3 und B.6). Unter dem Titel der Täterkomponente rechtfertigt sich nach dem Gesagten eine leichte Strafminderung auf 80 Tagessätze.

E. 24

/ 35 (vgl. act. D.9) und voraussichtlich auch eine Geldstrafe ihn von der Begehung weiterer Straftaten abhalten wird. Anhaltspunkte für eine Uneinbringlichkeit der Geldstrafe liegen ebenfalls keine vor.

E. 25

/ 35 siehts dessen, dass das Untersuchungsverfahren mit dem Bericht des fedpols vom 18. Mai 2020 seinen Anfang nahm, am 24. März 2021 Anklage erhoben, am 21. Juni 2022 das erstinstanzliche und am 7. November 2023 das zweitinstanzliche Urteil erging, auch nicht ersichtlich (vgl. BGer 6B_709/2021 v. 12.5.2022 E. 3.2.2 m.w.H.). Auch ein fehlendes Interesse an der strafrechtlichen Ahndung der Betäubungsmitteldelikte aufgrund des Zeitablaufs (vgl. act. H.1 Rz. 18) ist zu verneinen. Ferner hat das Kantonsgericht im von der Verteidigung zitierten Verfahren SK1 18 43 nicht von einer Bestrafung abgesehen, sondern aufgrund der festgestellten Verletzung des Beschleunigungsgebots die verschuldensangemessene Busse von CHF 200.00 um CHF 100.00 reduziert (KGer GR SK1 18 43 v. 11.10.2021 E. 13.7). In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils ist der Beschuldigte für die Übertretungen gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Busse von CHF 100.00 zu bestrafen. 9. Strafvollzug und Verbindungsbusse

E. 26

/ 35 ertragen sei sowie ein Tätigkeitsverbot ihm die Chance auf zukünftige Jobs nehme (act. H.4 S. 10), geht daraus klar hervor, dass vorliegend aus spezialpräventiven Zwecken kein spürbarer Denkkzettel notwendig ist. Es kann daher von einer Verbindungsbusse abgesehen werden. 10. Tätigkeitsverbot 10.1.1. Wird jemand nach Art. 197 Abs. 4 StGB wegen Pornografie, die sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hatte, zu einer Strafe verurteilt, so verbietet ihm das Gericht lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB). Gemäss Art. 67 Abs. 4bis StGB kann das Gericht in besonders leichten Fällen ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes nach Art. 67 Abs. 3 oder 4 StGB 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 eines Tätigkeitsverbotes darf jedoch nicht

abgesehen werden, wenn der Täter (lit. a) verurteilt worden ist wegen Menschenhandels (Art. 182), sexueller Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191) oder Förderung der Prostitution (Art. 195), oder (lit. b) gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist. Nach Art. 67c Abs. 6bis StGB können Verbote nach Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB nicht aufgehoben werden. 10.1.2. Die vorliegend relevanten Art. 67 Abs. 3 und Art. 67 Abs. 4bis StGB wurden im Rahmen der Umsetzung von Art. 123c BV mit dem Bundesgesetz vom 16. März 2018 (AS 2018 3803) in das Strafgesetzbuch eingefügt und sind seit dem 1. Januar 2019 in Kraft. Da der Beschuldigte die mehrfache Pornografie im Zeitraum vom 16. und 17. April 2020 begangen hat, sind die neuen Gesetzesbestimmungen vorliegend ohne Weiteres anwendbar. Der Beschuldigte wird wegen Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB und damit wegen einer Katalogtat gemäss Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB verurteilt. Damit ist grundsätzlich zwingend ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot auszusprechen. 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. 10.2.1. 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

E. 27

/ 35 Verbot sind. Aus dem Wort "ausnahmsweise" ergibt sich, dass die Bestimmung restriktiv anzuwenden ist und nur bei gewissen Anlasstaten zur Anwendung gelangt. Das zwingende lebenslängliche Tätigkeitsverbot soll die Regel sein (BGE 149 IV 161 E. 2.5.1). 10.2.2. 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 (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes vom 3. Juni 2016, BBl 2016 6115 ff., S. 6163). 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 – so die Botschaft –, 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 (Botschaft vom 3. Juni 2016, a.a.O., S. 6161). 10.2.3. Beim Begriff des "besonders leichten Falls" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Für die Qualifikation als besonders leichter Fall ist auf die Gesamtheit der objektiven und subjektiven Tatumstände abzustellen. Von der Ausnahmebestimmung erfasst werden nur eigentliche Bagatellfälle, wobei ein strenger Massstab anzulegen ist. Gemäss Botschaft können als besonders leichte Fälle von Sexualstraftaten 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 Strafandrohung. Aber auch ein anderes Sexualdelikt, das einer höheren Strafandrohung unterliege, könne – so die Botschaft weiter – 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 einstufte und deshalb eine milde Strafe ausspreche (Botschaft vom 3. Juni 2016, a.a.O., S. 6161; BGE 149 IV 161

E. 28

/ 35 E. 2.5.4). Weiter nennt die Botschaft Konstellationen, in denen das Gericht ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots absehen kann, in denen Jugendliche bzw. junge Erwachsene im Grenzalter betroffen sind und/oder es sich um offensichtliche Bagatellfälle handelt, die keinerlei Bezug zu Pädophilie aufweisen (Botschaft vom 3. Juni 2016, a.a.O., S. 6162 f.; BGE 149 IV 161 E. 2.5.6). 10.3.1. Was die objektiven und subjektiven Tatumstände anbelangt, kann auf die Erwägungen in Bezug auf die Strafzumessung verwiesen werden (E. 8.4.1 f.). Wie ausgeführt, kann bei 51 Videos nicht von einer geringen Anzahl gesprochen werden (vgl. BGer 6B_1027/2021 v. 5.6.2023 E. 2.4.2, in welchem das Bundesgericht es als unzutreffend erachtete, 22 Videos mit kinderpornografischem Inhalt als verhältnismässig geringe Anzahl zu bezeichnen). Dies ist ein entscheidender Unterschied zu den von der Verteidigung zitierten Entscheiden des Obergerichts Zürich, in welchen eine einmalige Unterhaltung mit einer vermeintlich 14-jährigen Chat-partnerin bzw. das Speichern sowie Weiterleiten eines einzigen kinderpornografischen Bildes an eine Drittperson die Vorwürfe bildeten (OGer ZH SB200242 v. 22.1.2021; OGer ZH SB210115 v. 7.9.2021). Die inkriminierten Videos haben zudem alle sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen, teilweise Übergriffe von Erwachsenen auf Kinder, zum Inhalt. Angesichts der gesamten Umstände ist vorliegend kein Bagatelldarakter auszumachen – auch angesichts dessen, dass ein strenger Massstab anzulegen ist. So wurde auch das Tatverschulden nicht als sehr bzw. besonders leicht qualifiziert (siehe Ausführungen unter E. 8.4.1 f.). 10.3.2. Die von der Vorinstanz und dem Beschuldigten ins Feld geführte fehlende Pädophilie des Beschuldigten vermag nichts zu ändern. Dieses Kriterium ist vielmehr Grundvoraussetzung, dass von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots abgesehen werden darf. Denn ist der Täter pädophil, ist von Gesetzes wegen das Absehen von einem Tätigkeitsverbot ausgeschlossen (vgl. Art. 67 Abs. 4bis lit. d StGB). 10.3.3. Eine Vergleichbarkeit mit den in der Botschaft und in der parlamentarischen Beratung diskutierten Fällen ist ebenso nicht gegeben, handelt es sich vorliegend doch nicht um einen Fall einer sog. Jugendliebe und beträgt die Strafe nicht wenige, sondern 80 Tagessätze. 10.3.4. Aufgrund des Ausgeführten und vor dem Hintergrund, dass ein Absehen von einem Tätigkeitsverbot restriktiv zu handhaben ist, fehlt es bereits an der Voraussetzung des besonders leichten Falls, weshalb sich Ausführungen zur Not-

E. 29

/ 35 wendigkeit des Tätigkeitsverbots, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Sexualstraftaten abzuhalten, erübrigen.

E. 30

/ 35 Voraussetzungen für die Löschung von Profilen (Art. 1 Verordnung zur DNA-Profil-Gesetzgebung des Bundes [BR 350.150]). Verantwortlich für die Meldung der Lö-

schereignisse an die Kantonspolizei ist die verfahrensführende Behörde (Art. 2). Diese erfolgt praxisgemäss – wie auch die Meldung an das Strafregister – mittels Formular nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder Abweisung eines allfälligen Rechtsmittels. 13. Fazit Im Ergebnis ist die Berufung abgesehen davon, dass ein beschränkter Schuldspruch in Bezug auf den Vorwurf der Pornografie erfolgt, sodass der Beschuldigte nicht der Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB, sondern nur nach Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB schuldig gesprochen wird, abzuweisen. 14. Kosten

E. 31

/ 35 der tatsächlichen oder rechtlichen Komplexität des Falles geboten und der von ihr betriebene Aufwand unter Berücksichtigung der Komplexität und der Schwierigkeit des Falles angemessen war (BGE 142 IV 163 E. 3.1.2; 138 IV 197 E. 2.3.4; Stefan Wehrenberg/Friedrich Frank, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 13 zu Art. 429 StPO). Unnötige und übersetzte Kosten, die auf überflüssigen, rechtsmissbräuchlichen oder übermässigen, d.h. unverhältnismässig hohen Aufwendungen beruhen, sind nicht zu entschädigen (BGE 115 IV 156 E. 2d; Wehrenberg/Frank, a.a.O., N 15 zu Art. 429 StPO). Als Massstab bei der Beantwortung der Frage, welcher Aufwand für eine angemessene Verteidigung im Strafverfahren nötig ist, hat der erfahrene Anwalt zu gelten, der im Bereich des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts über fundierte Kenntnisse verfügt und deshalb seine Leistungen von Anfang an zielgerichtet und effizient erbringen kann (BGer 6B_336/2014 v. 6.2.2015 E. 2.2 m.w.H.). 14.3.2. Die Entschädigung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach den Tarifen des jeweiligen Verfahrensortes festzusetzen (BGE 142 IV 163 E. 3.1.2). Vorliegend ist daher die Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Kantons Graubünden anwendbar (HV; BR 310.250). Nach Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 HV ist bei der Bemessung des Honorars vom Betrag auszugehen, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, sofern der Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 liegt. 14.3.3. Die Verteidigung machte mit Honorarnote vom 30. Oktober 2023 (act. G.1) für das zweitinstanzliche Verfahren einen Aufwand von 50.3 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 250.00 geltend. Der Stundenansatz liegt im Rahmen der kantonalen Vorgaben. 14.3.4. In der Honorarnote sind zwei Positionen am 22. November 2022 verzeichnet, welche Kommunikation mit "RA I. _____" beinhalten. Zumal es sich nicht um eine im vorliegenden Fall offiziell in Erscheinung getretene Person handelt und damit unklar bleibt, weshalb eine Konsultation für das vorliegende Verfahren notwendig war, ist die erste Position am 22. November 2022 von 1 auf 0.8 Stunden zu kürzen und kann die dritte Position am 22. November 2022 von 0.1 Stunden nicht berücksichtigt werden. Die Position "Fortsetzung Sichtung Gutachten" am 30. November 2022 im Umfang von einer Stunde muss ausser Betracht bleiben, zumal das Gutachten bereits im erstinstanzlichen Verfahren eingeholt und gesichtet wurde.

E. 32

/ 35 Für die Ausarbeitung der Berufungserklärung anfangs Dezember 2022 veranschlagte Rechtsanwalt Suenderhauf insgesamt 11.5 Stunden. Dieser Aufwand ist angemessen auf vier Stunden zu kürzen. Für die Ausarbeitung der Beweisanträge und des Plädoyers machte Rechtsanwalt Suenderhauf einen Aufwand von insgesamt 16 Stunden geltend. Dieser ist angemessen auf zehn Stunden zu kürzen. Ferner ist der veranschlagte Zeitaufwand für die

Berufungsverhandlung von acht auf dreieinhalb Stunden zu korrigieren. 14.3.5. Im Ergebnis ergibt sich ein Aufwand von 31 Stunden, womit eine Entschädigung von insgesamt CHF 8'597.15 resultiert, bestehend aus dem Honorar von CHF 7'750.00, 3 % Pauschale für Barauslagen von CHF 232.50 sowie der Mehrwertsteuer von CHF 614.65. Davon ist dem Beschuldigten ein Anteil vom 1/5 zuzusprechen, womit er für das Berufungsverfahren mit CHF 1'719.45 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zulasten des Kantons Graubünden (Kantonsgericht) zu entschädigen ist.

E. 33

/ 35

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