

GR_GERICHTE SK1 2022 70 vom 14. August 2023

GR Gerichte, 2023-08-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2022_70

FR: GR_GERICHTE SK1 2022 70 du 14 août 2023

IT: GR_GERICHTE SK1 2022 70 del 14 agosto 2023

Regeste

Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 1 StGB etc. | StGB 187-200 Sexuelle Integrität

Erwägungen

E. 3

/ 10 lit. d Ziff. 1 und 2 StGB auszusprechen (Ziffer 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils). In den übrigen Punkten blieb das vorinstanzliche Urteil unangefochten und erwuchs in Rechtskraft (Art. 387 i.V.m. Art. 402 StPO). Gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. e StPO kann das Verfahren schriftlich durchgeführt werden. 2. Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil von folgendem, der Anklage entsprechenden Sachverhalt aus: Am 21. Juni 2019 hatte die Beschuldigte einem damals unter 16 Jahre alten Mädchen zwei Bilder mit pornografischem Inhalt über Whats- App zugestellt. Dafür wurde sie gestützt auf Art. 197 Abs. 1 StGB verurteilt (s. Urteil Vorinstanz act. E.1 E. 2.2). Die Beschuldigte hatte auf verschiedenen ihr gehörenden elektronischen Geräten verbotene pornografische Dateien gespeichert. In einem Zeitraum von 2013 bis 2019 hatte sie über das durch sie installierte Tauschbörsenprogramm "eMule" verbotene Pornografie mit anderen Nutzern geteilt bzw. getauscht. Für das Inverkehrbringen von verbotener Pornografie wurde die Beschuldigte gestützt auf Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB verurteilt (s. Urteil Vorinstanz E.1 E. 2.3). Die Beschuldigte besass drei Mobiltelefone. Diese wurden anlässlich der Hausdurchsuchung am 11. Juli 2019 sichergestellt. Auf den Geräten fand die Kantonspolizei Graubünden Bilder und Videos mit verbotener Pornografie. Für den Besitz und den Konsum von verbotener Pornografie wurde die Beschuldigte gemäss Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB verurteilt (s. Urteil Vorinstanz E.1 E. 2.4). Die Beschuldigte hat das Urteil der Vorinstanz akzeptiert. Auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt kann abgestellt werden.

E. 3.1

Die Verteidigung bringt mit Berufungsantwort vor, es sei davon auszugehen, dass die Anlasstaten mehrheitlich vor dem 1. Januar 2019 begangen worden seien. Gemäss den zuvor geltenden Strafbestimmungen sei ein Tätigkeitsverbot (Berufsverbot) im Zusammenhang mit qualifizierter Pornografie daran gebunden gewesen, dass eine Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder eine Geldstrafe von über 180 Tagessätzen ausgesprochen worden sei. Ein Tätigkeitsverbot könne deshalb in Anwendung der Regel der "lex mitior" nicht ausgesprochen werden (act. A.4 Ziff. II.2).

E. 3.2

Die aktuell geltenden 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 (vgl. BGer

6B_156/2023 v. 3.4.2023 E. 2.4). Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes (StGB) begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; sog. Regel der

E. 3.3

Unbestrittenermassen hat sich die Beschuldigte nach Inkrafttreten der aktuell geltenden Art. 67 Abs. 3 und Art. 67 Abs. 4bis StGB nach Art. 197 Abs. 1 StGB strafbar verhalten. Auch der Besitz verbotener Pornografie, welcher zur Verurteilung wegen Art. 197 Abs. 5 StGB führte, lässt sich dem Jahr 2019 zuordnen, wurden doch entsprechende Dateien auf den am 11. Juli 2019 sichergestellten Geräten festgestellt. Einzig in Bezug auf das Inverkehrbringen via "eMule" (Verurteilung wegen Art. 197 Abs. 4 StGB) kann der Verteidigung insofern beigeplichtet werden, als die einzelnen Handlungen aufgrund der Eingrenzung des Zeitraums von 2013 bis 2019 gemäss Anklage vermutlich mehrheitlich vor 2019 und damit vor Inkrafttreten der aktuell geltenden Bestimmung zum Tätigkeitsverbot (Art. 67 StGB) stattgefunden haben (s. vorstehende E. 2). Dies ändert aber nichts daran, dass bereits mit der Verurteilung wegen Art. 197 Abs. 1 und Abs. 5 StGB Anlass taten vorliegen, die ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB nach sich ziehen. Beim elektronischen Austausch von verbotenen pornografischen Dateien handelt es sich nicht um ein Dauerdelikt; es ist für jede einzelne Tat zu beurteilen, welches Recht anwendbar ist (vgl. OGer AG SST.2021.233 v. 22.2.2022 E 2.2.3). Im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung im Juli 2019 war das Tauschprogramm "eMule" auf einem Datenträger der Beschuldigten installiert und in Betrieb (vgl. act. E.1 E. 3.1.2.2). Das bedeutet, dass den Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 StGB erfüllende Handlungen (auch) im Jahr 2019 stattfanden. Für diese Taten ist grundsätzlich ein Tätigkeitsverbot im Sinne des aktuell geltenden Art. 67 Abs. 3 StGB auszusprechen. Es besteht kein Raum für die Anwendung der "lex mitior"-Regel.

E. 4

/ 10 "lex mitior"). Nach neuester Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Regel der "lex mitior" auch für das Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 1 StGB; dieses ist nicht milder als das altrechtliche Berufsverbot nach aArt. 67a Abs. 1 StGB (BGer 6B_243/2022 v. 18.1.2023 E. 2.4 und E. 2.5.3 f.).

E. 4.1

Wird jemand wegen Pornografie nach Art. 197 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 oder Abs. 5 StGB – sofern die Gegenstände oder Vorführungen nach Abs. 4 und Abs. 5 sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben – zu einer Strafe verurteilt oder wird deswegen gegen ihn eine Massnahme nach Art. 59-61, Art. 64 oder Art. 65 StGB angeordnet, verbietet das Gericht dem Täter lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 1 und 2 StGB). In besonders leichten Fällen kann das Gericht ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie

E. 4.2

Die Vorinstanz führte aus, die von der Beschuldigten vorgenommenen Tathandlungen würden nicht besonders schwer wiegen und seien verschuldensmässig im unteren Bereich

anzuordnen. Die ausgesprochene Geldstrafe von 90 Tagessätzen umfasse auch Handlungen, die für das Tätigkeitsverbot nicht relevant seien. Es sei von einem Bagatellfall auszugehen (act. E.1 E. 4.2.2). Die Vorinstanz verweist auf das forensisch-psychiatrische Gutachten. Demzufolge könne keine Störung der Sexualpräferenz diagnostiziert werden und gesamthaft lägen keine Umstände vor, die ein erhöhtes Risiko für Straftaten wie der vorgeworfenen (oder anderer) sprechen würden. Die Delikte seien mit der eigenen Identitätsstörung und Transsexualität der Beschuldigten verknüpft. Die Beschuldigte habe in den vergangenen Jahren grosse Fortschritte erzielt und habe mit dem Transitionsprozess ihre Persönlichkeit gefestigt. Ein Tätigkeitsverbot erscheine nicht notwendig, um die Beschuldigte von der Begehung weiterer einschlägiger Sexualstraftaten am geschützten Personenkreis abzuhalten, weshalb von der Anordnung eines solchen abzusehen sei (act. E.1 E. 4.2.3).

E. 4.3

Die Staatsanwaltschaft erachtet die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders leichten Falles im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB als nicht gegeben. Sie bringt vor, die Beschuldigte habe über einen längeren Zeitraum immer wieder deliktische Handlungen im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d StGB begangen und eine Vielzahl von Fotos und Videos mit verbotenem pornografischem Inhalt an Dritte verbreitet bzw. zur Verfügung gestellt. Schon diese intensive Tatbegehung allein könne keinen besonders leichten Fall mehr darstellen. Die vorinstanzliche Prognose hinsichtlich der Wiederholungsgefahr erscheine in Anbetracht der gutachterlichen Ausführungen zudem zu optimistisch (act. A.3). Die Verteidigung hält dem entgegen, dass mit der Vorinstanz von einem eher leichten Verschulden der Beschuldigten auszugehen sei, was sich auch in der Strafhöhe zeige. Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs – was von der Staatsanwaltschaft nicht in Frage gestellt werde – bestätige die günstige Prognose. Das Gutachten verneine eine Rückfallgefahr klar. Die Voraussetzungen des

E. 4.4

Die Anordnung des Tätigkeitsverbots soll – grundsätzlich unabhängig von den Umständen des Einzelfalles und der Höhe der konkret ausgesprochenen Strafe – zwingend angeordnet werden und lebenslänglich dauern (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 123c BV] vom 3. Juni 2016 [zit.: Botschaft], BBl 2016 6115 ff., S. 6116, 6136). Art. 67 Abs. 4bis StGB ist klar als Ausnahmetatbestand formuliert; das Tätigkeitsverbot stellt die Regel dar. Ein Absehen von einem lebenslangen Tätigkeitsverbot ist nur zulässig, wenn (kumulativ) ein "besonders leichter Fall" vorliegt und das Verbot nicht notwendig ist, um den Täter oder die Täterin von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind (vgl. zum Ganzen, insb. auch zur Entstehungsgeschichte BGer 6B_156/2023 v. 3.4.2023 E. 2.5.1 m.w.H. [zur Publ. vorgesehen]). 4.5.1. Gemäss Botschaft soll insbesondere in Fällen sogenannter Jugendliebe kein Tätigkeitsverbot ausgesprochen werden; dasselbe müsse auch für ähnlich besonders leichte Fälle gelten, die keinen Bezug zu Pädophilie aufwiesen. Als Beispiel zählt die Botschaft sexuelle Belästigungen oder Exhibitionismus auf. Im konkreten Fall könne auch ein anderes Delikt als besonders leichte Sexualstraftat gewertet werden, wenn das Gericht unter Gesamtwürdigung aller Tat- und Täterkomponenten das Verschulden des Täters als besonders gering einstuft (z.B. sexuelle Handlungen mit einem Kind, wenn es im konkreten Fall eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen gibt). Die Botschaft nennt schliesslich einige Konstellationen, in denen das Gericht gestützt auf Art. 67 Abs. 4bis

StGB ausnahmsweise von einem Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB abgesehen könnte (Bot- schaft, BBl 2016 6115 ff., S. 6162 f.). Das Gericht hat sich im Einzelfall bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 4bis StGB erfüllt sind und von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots ausnahmsweise abgesehen werden kann, an diesen Beispielfällen zu orientieren (BGer 6B_156/2023 v. 3.4.2023 E. 2.5.6 [zur Publ. vorgesehen]). 4.5.2. Die Beschuldigte schickte einem unter 16 Jahre alten Mädchen per Whats- App 2 Bilder (nackte Frau mit Fesselung und Knebelung und Fantasiekreatur mit weiblichen Formen und mit Fesselung). Auf Datenträgern der Beschuldigten wur- den mindestens 2'993 Bilder und 89 Videos mit Kinderpornografie sowie 113 Bil- der und 1 Video mit virtueller Kinderpornografie festgestellt. Das mag im Verhält- nis zur Gesamtanzahl der sichergestellten Dateien ein Bruchteil sein (vgl. act. E.1 E. 3.1.2.2), ist aber doch eine erhebliche Menge an kinderpornografischem Mate-

E. 4.6

Mangels Vorliegens eines besonders leichten Falles erübrigt sich eine Pro- gnose, ob das lebenslängliche Tätigkeitsverbot notwendig erscheint, um die Be- schuldigte von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot waren, da die beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, damit von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes abgesehen werden kann (vgl. vorstehend E. 4.4).

E. 4.7

Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den ange- fochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Tritt es auf die Berufung ein, fällt es ein neues Urteil, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO). Ange- fochten ist – wie erwähnt – lediglich das Tätigkeitsverbot. Der Rest des erstin- stanzlichen Urteils ist in Rechtskraft erwachsen. Wie erwähnt liegt kein Ausnah- mefall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB vor. Daraus folgt, dass zwingend ein Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 3 StGB auszusprechen ist. Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Urteils des Regionalgerichts wird aufgehoben und es wird ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB angeordnet.

E. 5

/ 10 Anlass für das Verbot sind. Von der Anordnung darf jedoch nicht abgesehen wer- den, wenn der Täter verurteilt worden ist wegen Menschenhandel (Art. 182 StGB), sexueller Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Schändung (Art. 191 StGB) oder Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB), oder der Täter gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist (Art. 67 Abs. 4bis lit. a und lit. b StGB; BGer 6B_1027/2021 v. 5.6.2023 E. 2.3; vgl. auch OGer ZH SB200242 v. 22.1.2021 E. 3).

E. 5.1

Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (act. E.1 Dispo- sitiv-Ziffern 6 und 7) zu bestätigen (vgl. act. E.1 E. 7 f.; Art. 426 Abs. 1 StPO).

E. 5.2

Nachdem nur ein (geringer) Teil des vorinstanzlichen Urteils angefochten wurde und das Berufungsverfahren schriftlich durchgeführt wurde, ist die Gebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 2'000.00 festzusetzen (vgl. Art. 7 der Verord- nung über die Gerichtsgebühren in Strafverfahren [VGS; BR 350.210]). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder

Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte unterliegt mit ihrem Antrag vollumfänglich, weshalb ihr sämtliche Kosten aufzuerlegen sind.

E. 5.3

Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren betragen CHF 1'647.00 (7.5 Stunden à CHF 200.00, zzgl. MWSt. und Spesen) und sind nicht zu beanstanden (act. G.1). Die angemessen erscheinende Entschädigung trägt einstweilen der Kanton Graubünden (Gerichtskasse Kantonsgericht). Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschuldigten gestatten, ist sie verpflichtet, die Kosten dem Kanton zurückzuzahlen (vgl. Art. 135 Abs. 4 StPO).

E. 6

/ 10 Ausnahmetatbestands nach Art. 67 Abs. 4bis StGB seien damit offenkundig erfüllt (act. A.4 Ziff. II.1).

E. 7

/ 10 rial. Zum Vergleich: In BGer 6B_156/2023 v. 3.4.2023 (zur Publ. vorgesehen) wurden beim Beschuldigten 136 Bilder mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen entdeckt; die inkriminierten Handlungen hatte der Beschuldigte im Zeitraum von Juni 2019 bis 12. März 2020 begangen. In BGer 6B_1027/2021 v. 5.6.2023 war der Beschuldigte für das Herunterladen, Speichern und Zurverfügungstellen von 22 relevanten kinderpornografischen Dateien im Zeitraum vom 3. Januar 2019 bis 27. Februar 2019 verurteilt worden. In beiden Fällen bestätigte das Bundesgericht die Vorinstanzen in ihrer Ansicht, es liege kein besonders leichter Fall vor. Vergleichbar sind auch die Urteile des Obergerichts Zürich SB210588 v. 23.12.2021 und SB220480 v. 20.2.2023. In beiden Fällen führte eine erheblich geringere Anzahl von relevanten Dateien zu Tätigkeitsverboten. Nicht nur die grosse Menge an relevanten Dateien, sondern auch der Inhalt derselben – u.a. Szenen mit sexuellen Handlungen zwischen Erwachsenen und Kindern/Minderjährigen (vgl. StA act. 3.6 S. 7) – und die Tatsache, dass der angeklagte Zeitraum bis 2013 zurückreicht, schliesst vorliegend die Annahme eines besonders leichten Falles aus (selbst wenn für die Anordnung des Tätigkeitsverbots nur der Zeitraum ab 1.1.2019 relevant ist). In Anbetracht dessen kann nicht von einem besonders leichten Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB ausgegangen werden.

E. 8

/ 10

E. 9

/ 10

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