

SO_GERICHTE STBER.2020.66 vom 3. Februar 2022

SO Obergericht, 2022-02-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2020.66

FR: SO_GERICHTE STBER.2020.66 du 3 février 2022

IT: SO_GERICHTE STBER.2020.66 del 3 febbraio 2022

Erwägungen

E. 1

Vorfragen, Vorbemerkungen und Anträge der Parteivertreter;

E. 1.1

Der Beschuldigte soll sich gemäss AKS Ziffer 2 der mehrfachen Pornografie (Art. 197 Abs. 5 StGB) schuldig gemacht haben, begangen in der Zeit vom 21. September 2013 bis längstens am 2. Mai 2016 (Datum der Hausdurchsuchung), am [weg] und an der [strasse] in [] (jeweiliges Domizil des Beschuldigten). Dies, indem er Bilder mit verbotenen pornografischen Inhalt (Kinderpornografie sowie sexuelle Gewalt und Zoophilie) auf mehreren Festplatten besessen, diese konsumiert und teilweise auch heruntergeladen bzw. auf verschiedene Festplatten abspeichert habe, wobei er jeweils vorsätzlich gehandelt habe.

So seien bei der Auswertung der folgenden elektronischen Speichermedien:

- Festplatte/SSD WD, Caviar SE, aus PC Cooler Master,
- Festplatte/SSD, Seagate, Barracuda, aus PC Cooler Master,
- Festplatte/SS, Seagate, Laptop Thin SSHD, aus Laptop Alienware 17,
- DVD-RW Verbatim, mit Aufschrift "Erste Daten Sicherung",

folgende Bilddateien festgestellt worden:

- 51 Bilder mit kinderpornografischem Charakter,
- 2 Bilder mit virtueller Kinderpornografie,
- 7 Bilder mit Zoophilie,
- 15 Bilder mit gewaltpornographischem Charakter.

Dabei habe es sich bspw. um folgende Bilder gehandelt (vgl. LACE Image Report vom 13. Juli 2016 und LACE Image Report vom 20. März 2017):

Kinderpornografie (Bilder):

- (offensichtlich minderjähriges Mädchen praktiziert Oralsex an Penis),
- (offensichtlich minderjähriges Mädchen praktiziert Oralsex an Penis),
- (offensichtlich minderjähriges Mädchen wird von erwachsenem Mann penetriert).

Kinderpornografie (virtuell):

- (offensichtlich minderjähriges Mädchen praktiziert Oralsex an Penis und wird von erwachsenem Mann penetriert),

-(offensichtlich minderjähriges Mädchen wird von erwachsenem Mann penetriert und berührt erwachsene Frau am entblößten Busen).

Zoophilie (Bilder):

-(Frau praktiziert Oralsex an Rüde),

-(Frau wird von Rüde penetriert).

Sexuelle Gewalt (Bilder):

-(weiblicher Busen in Lederfesseln wird mittels Ketten an Aufhängevorrichtung gestreckt),

-(nackter weiblicher Busen über Holzbrett drapiert wird mit Riemen blutig geschlagen).

Daneben hätten 27 Bilddateien mit Präferenzindikatoren für Kinderpornographie sichergestellt werden können.

Für Details werde auf den Bericht des polizeilichen Sachbearbeiters vom 7. Juni 2016, den LACE Image Report vom 13. Juli 2016 und vom 20. März 2017 sowie den EnCase Report vom 8. Juli 2016 verwiesen. Die vorstehenden Berichte seien integraler Bestandteil der vorliegenden Anklageschrift und lägen in Kopie bei.

E. 1.2

In Bezug auf die beiden Bilder mit Speicherdatum vom 21. September 2013 erfolgte erstinstanzlich wie bereits erwähnt ein rechtskräftiger Freispruch.

E. 1.3

Der Beschuldigte hatte vor Amtsgericht in formeller Hinsicht vortragen lassen, in Bezug auf die angeklagten Bilder bestehe ein Verfahrenshindernis (Grundsätze der «res iudicata» und «ne bis in idem»). Dieses Vorbringen hat er vor dem Berufungsgericht zu Recht nicht erneuert.

E. 1.4.1

Ein weiterer formeller Einwand der Verteidigung betrifft die Verwertbarkeit der mit der Hausdurchsuchung vom 2. Mai 2016 sichergestellten und ausgewerteten Datenträger: Die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten wegen Pornografie, ev. sexueller Handlungen mit Kindern (bzw. mit einem Kind), sei von der Staatsanwaltschaft am 29. Februar 2016 eröffnet worden. Gestützt auf die hierauf gleichentags beigezogenen Akten bzw. Aktenstücke (Schweizerischer Strafregisterauszug sowie Vorakten zum Verfahren Nr. BWSPR.2015.65) sei für die Strafverfolgungsbehörde erkennbar gewesen, dass der Beschuldigte bereits wegen mehrfacher sexueller Handlungen vorbestraft gewesen sei. Der drohende Widerruf dieser Vorstrafe (16 Monate Freiheitsstrafe) für sich allein genommen habe bereits die Voraussetzungen von Art. 130 lit. b StPO erfüllt. Die Notwendigkeit einer Verteidigung sei für die Staatsanwaltschaft somit von Beginn weg klar erkennbar gewesen. Nichtsdestotrotz habe diese mit Ermittlungsauftrag vom 28. April 2016, also rund zwei Monate nach Eröffnung der Strafuntersuchung und Beizug der vorgenannten Akten, eine an die Polizei delegierte Hausdurchsuchung und die anschliessende Befragung des Beschuldigten verfügt, ohne dem Beschuldigten hierfür eine notwendige Verteidigung beizuordnen. Der Beschuldigte habe zudem anlässlich der Einvernahme mehrfach ausdrücklich eine Verteidigung verlangt. Ungeachtet dessen habe die Polizei die Befragung aber ohne Beizug eines Verteidigers fortgesetzt. Erst viel später, nämlich am 23. Mai 2016, sei dem Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft ein notwendiger Verteidiger

beigeordnet worden. Nach Art. 131 Abs. 3 StPO seien Beweiserhebungen, welche vor Bestellung einer notwendigen Verteidigung erfolgt seien, obschon ein Fall notwendiger Verteidigung (erkennbar) vorgelegen habe, nur gültig, wenn der Beschuldigte auf ihre Wiederholung verzichte. Der Beschuldigte verzichte vorliegend aber nicht auf eine Wiederholung, weshalb gestützt auf Art. 130 lit. b i.V.m. 131 Abs. 3 und 141 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot in Bezug auf die erste polizeiliche Befragung sowie die anlässlich der Hausdurchsuchung erhobene Beweise vorliege. Dies auch wegen der Grundsätze der Waffengleichheit und der Fairness des Verfahrens. Zudem sei die Fernwirkung von 141 Abs. 4 StPO in Bezug auf sämtliche Folgebeweise zu beachten.

E. 1.4.2

Die Vorinstanz ist dem Antrag hinsichtlich der Einvernahme des Beschuldigten vom 2. Mai 2016 gefolgt und hat das entsprechende Protokoll aus den Akten gewiesen (US 15 f.).

E. 1.4.3

Das Berufungsgericht hat sich bezüglich Hausdurchsuchungen mit anschliessender Durchsuchung von dabei sicher gestellten Datenträgern in einem jüngeren Entscheid eingehend mit der vorliegenden Fragestellung befasst und kam zu folgenden Schlussfolgerungen (Verfahren STBER.2020.71, Urteil vom 28. September 2021, Präzisierung der Rechtsprechung von SOG 2018 Nr. 19):

«3.1.5 Es ist offensichtlich, dass im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung vom 4. Februar 2016 erkennbar war, dass dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte. Es lagen zu diesem Zeitpunkt Aussagen vor, wonach zwei Personen auf das Restaurant [] einen Raubüberfall verübt hätten und dabei eine Faustfeuerwaffe mitgeführt worden sei. Eine Zeugin sagte aus, dass ein Fahrzeug mit einer Kontrollnummer, die auf den Beschuldigten eingelöst war, unmittelbar nach dem Raub sehr schnell vom nahe gelegenen Parkplatz weggefahren sei. Es bestand somit im damaligen Zeitpunkt ein erheblicher Verdacht, dass der Beschuldigte an einer schweren Straftat beteiligt war. Entsprechend hätte bereits im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung ein amtlicher Verteidiger eingesetzt sein müssen.

3.1.6 Zu entscheiden ist, welche Konsequenzen die Durchführung einer Hausdurchsuchung in einem Fall von notwendiger Verteidigung hat, wenn in diesem Zeitpunkt (noch) kein notwendiger Verteidiger eingesetzt worden war.

3.1.7 Gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO ist eine Beweiserhebung, die in einem Fall einer erkennbar notwendigen Verteidigung vorgenommen wurde, bevor ein Verteidiger oder eine Verteidigerin bestellt worden ist, nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet.

3.1.8 Die Strafkammer des Obergerichts hat in einem grundsätzlichen Entscheid vom 13. September 2018 (SOG 2018 Nr. 19) festgehalten, dass es sich bei einer Hausdurchsuchung nicht um eine Beweiserhebung i.S. von Art. 147 Abs. 1 StPO handle, an welcher die Parteien Teilnahmerechte ausüben könnten. Die Hausdurchsuchung stelle auch keine Beweiserhebung i.S. von Art. 131 Abs. 3 StPO dar, die erst nach der Bestellung der notwendigen Verteidigung durchgeführt werden dürfe. Vielmehr handle es sich um eine Zwangsmassnahme, bei welcher der beschuldigten Person keine Mitwirkungsrechte zustünden.

Im erwähnten Grundsatzentscheid mass das Obergericht der Unterscheidung zwischen «Beweiserhebung» und «Zwangsmassnahme» entscheidendes Gewicht zu. Verwiesen wurde dabei auf die Systematik des Gesetzes, wo die Hausdurchsuchung im 5. Titel der StPO («Zwangsmassnahmen») und nicht im 4. Titel («Beweismittel») geregelt sei. Die Hausdurchsuchung setze die Anwesenheit der beschuldigten Person bzw. seines Verteidigers nicht voraus und sehe keine Teilnahmerechte des Beschuldigten vor, dies im Gegensatz zu den Befragungen, welche eigentliche Beweiserhebungen darstellten. Diese Unterscheidung führte das Obergericht zum Schluss, dass die Beweisverwertung von Erkenntnissen aus einer Hausdurchsuchung, die durchgeführt wurde, obwohl ein notwendiger Verteidiger (noch) nicht eingesetzt war, zulässig sei.

3.1.9 Es ist jedoch festzustellen, dass der Begriff «Hausdurchsuchung» vom Begriff der «Beweiserhebung» nicht völlig klar abgegrenzt werden kann. Eine Hausdurchsuchung kann angeordnet werden, wenn zu vermuten ist, dass sich in den betreffenden Räumen gesuchte Personen aufhalten oder Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte befinden (Art. 244 Abs. 2 StPO). Eine Hausdurchsuchung dient somit vor allem der Beweissicherung. Gleichzeitig führt sie aber auch zu einer Beweiserhebung. Falls nämlich die vermuteten Gegenstände tatsächlich gefunden werden, führt dies zu deren Beschlagnahme und sie werden Teil der Akten.

Trotz dieser Berührungspunkte der Hausdurchsuchung mit Elementen einer Beweiserhebung ist doch ein entscheidender Unterschied zu den eigentlichen Beweiserhebungen (Befragung der beschuldigten Person, von Auskunftspersonen und Zeugen sowie Bestellung von Sachverständigen) offensichtlich: Eine Hausdurchsuchung kann nicht wiederholt werden. Art. 131 Abs. 3 StPO bezieht sich aber ausschliesslich auf Beweiserhebungen, die wiederholt werden können. Wenn also ein Zeuge, eine Auskunftsperson oder die beschuldigte Person selbst befragt werden, ohne dass eine notwendige Verteidigung bestellt ist, muss diese Beweiserhebung wiederholt werden, wenn der Beschuldigte nicht darauf verzichtet. Diese Bestimmung korrespondiert mit Art. 147 Abs. 3 StPO, wo ebenfalls vorgesehen ist, dass die Wiederholung einer Beweiserhebung verlangt werden kann, wenn der Rechtsbeistand einer Partei aus zwingenden Gründen an deren Teilnahme verhindert war. Beide Bestimmungen sollen gewährleisten, dass Beweiserhebungen, welche für die Parteien Teilnahmerechte vorsehen, wiederholt werden sollen, wenn diese Teilnahmerechte nicht gewährt wurden.

Die StPO sieht für die Hausdurchsuchung ■ trotz den erwähnten Berührungspunkten mit Elementen einer Beweiserhebung ■ für die beschuldigte Person und ihren Anwalt keine Teilnahmerechte vor. Eine Wiederholung einer Hausdurchsuchung ist zudem von der Natur der Sache her nicht möglich.

E. 2

Befragung des Beschuldigten;

E. 3

weitere Beweisanträge und Abschluss des Beweisverfahrens;

E. 4

Parteivorträge;

E. 5

letztes Wort des Beschuldigten;

E. 6

geheime Urteilsberatung;

E. 7

In Rechtskraft getreten sind damit einzig die Ziffern 1 (Freisprüche), 10 (Herausgaben an den Beschuldigten) und

E. 8

Für die Dauer des Tätigkeitsverbots gemäss Ziff. 7 hiervor wird gegenüber A.____ Bewährungshilfe angeordnet.

E. 9

Die folgenden bei A.____ beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und sind durch die Polizei Kanton Solothurn nach Rechtskraft des Urteils zu vernichten (alles aufbewahrt bei der Polizei Kanton Solothurn, Fachbereich Asservate): a) 1 Festplatte (Marke: Western Digital), b) 1 Festplatte (Marke: Seagate Barracuda 7200.11), c) 1 Festplatte (Marke: Seagate Laptop Thin), d) 1 DVD-RW (Marke: Verbatim; 4.7 GB; Aufschrift: "Erste Daten Sicherung").

E. 10

Die folgenden bei A.____ sichergestellten Gegenstände werden diesem nach Rechtskraft des Urteils herausgegeben (aufbewahrt bei der Polizei Kanton Solothurn, Fachbereich Asservate), wobei innert 10 Tagen seit Erhalt des Urteilsdispositivs der Herausgabeanspruch beim Gericht geltend zu machen ist, ansonsten Verzicht angenommen wird; der Verzicht hat eine Vernichtung der Gegenstände zur Folge: a) 1 Computer (Marke: Cooler Master), b) 1 Computer (Marke: Cooler Master), c) 1 Laptop (Marke: Medion Akoya), d) 1 Laptop (Marke: Asus F5RL), e) 1 Laptop (Marke: Alienware 17), f) 1 USB-Stick 32 GB (Marke: TDK; Farbe: hellgrün/schwarz), g) 1 USB-Stick 32 GB (Marke: Sony; Farbe: schwarz/dunkelgrau), h) 1 USB-Stick Z1467 (Marke: Memory Stick 8; Farbe: hellgrau), i)

E. 11

(Herausgaben an die Privatklägerin) des erstinstanzlichen Urteils. Ebenso unangefochten blieben die für den unentgeltlichen Rechtsbeistand und den amtlichen Verteidiger festgesetzten Entschädigungen. Der Beschuldigte ist damit von den Vorhalten der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind zum Nachteil der Privatklägerin, angeblich begangen vom 15. Februar 2014 bis 31. August 2014, und der mehrfachen Pornographie (Konsum), soweit zwei Bilder gemäss Vorhalt 2 der Anklageschrift (nachfolgend: AKS), angeblich begangen am 21. September 2013, betroffen sind, freigesprochen.

8.

Mit Verfügung vom 2. Februar 2021 wurde zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht auf den 2. September 2021 vorgeladen, wobei der Privatklägerin das Erscheinen freigestellt wurde. Die Verhandlungsanzeige konnte der Privatklägerin via deren Beistand zugestellt werden.

Am 1. September 2021 liess der Beschuldigte aus gesundheitlichen Gründen ein Verschiebungsgesuch stellen, dem entsprochen wurde. Mit Verfügung vom 13. Oktober 2021 wurde neu zur Hauptverhandlung vor das Berufungsgericht auf den 3. Februar 2022 vorgeladen.

E. 13

Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands von B.____, Rechtsanwalt Boris Banga, wird auf CHF 6'506.00 (2.76 Stunden zu CHF 180.00, inkl. nicht mehrwertsteuerpflichtige Auslagen von CHF 30.00, sowie 28.82 Stunden zu CHF 180.00, inkl. Auslagen von CHF 364.10 und MWST zu 7.7 % von CHF 427.50) festgesetzt und ist zufolge unentgeltlicher Rechtspflege vom Staat zu zahlen (auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse Solothurn). Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren von pauschal CHF 1'000.00, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse von A.____ erlauben.

E. 14

Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.____, Rechtsanwalt Patrick Hasler, wird auf CHF 12'416.50 (58.21 Stunden zu CHF 180.00, inkl. Auslagen von CHF 304.00 und MWST zu 8 % von CHF 269.00 sowie Auslagen von CHF 737.60 und MWST zu 7.7 % von CHF 628.10) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu zahlen (auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse Solothurn). Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von 1/2, somit CHF 6'208.25, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse von A.____ erlauben.

E. 15

Bilder mit gewaltpornographischem Charakter. Dabei habe es sich bspw. um folgende Bilder gehandelt (vgl. LACE Image Report vom 13. Juli 2016 und LACE Image Report vom 20. März 2017): Kinderpornografie (Bilder): - (offensichtlich minderjähriges Mädchen praktiziert Oralsex an Penis), - (offensichtlich minderjähriges Mädchen praktiziert Oralsex an Penis), - (offensichtlich minderjähriges Mädchen wird von erwachsenem Mann penetriert). Kinderpornografie (virtuell): - (offensichtlich minderjähriges Mädchen praktiziert Oralsex an Penis und wird von erwachsenem Mann penetriert), - (offensichtlich minderjähriges Mädchen wird von erwachsenem Mann penetriert und berührt erwachsene Frau am entblössten Busen). Zoophilie (Bilder): - (Frau praktiziert Oralsex an Rüde), - (Frau wird von Rüde penetriert). Sexuelle Gewalt (Bilder): - (weiblicher Busen in Lederfesseln wird mittels Ketten an Aufhängevorrichtung gestreckt), - (nackter weiblicher Busen über Holzbrett drapiert wird mit Riemen blutig geschlagen). Daneben hätten 27 Bilddateien mit Präferenzindikatoren für Kinderpornographie sichergestellt werden können. Für Details werde auf den Bericht des polizeilichen Sachbearbeiters vom 7. Juni 2016, den LACE Image Report vom 13. Juli 2016 und vom 20. März 2017 sowie den EnCase Report vom 8. Juli 2016 verwiesen. Die vorstehenden Berichte seien integraler Bestandteil der vorliegenden Anklageschrift und lägen in Kopie bei.

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