

# **SO\_GERICHTE STBER.2021.66 vom 31. Oktober 2022**

SO Obergericht, 2022-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2021.66](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2021.66)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2021.66 du 31 octobre 2022

IT: SO\_GERICHTE STBER.2021.66 del 31 ottobre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 19. Juni 2019 erstellte das National Center for Missing and Exploited Children (nachfolgend NCMEC) in den Vereinigten Staaten auf eine entsprechende Benachrichtigung des Providers (Facebook) eine Hinweismeldung, den sog. «CyberTipline Report [Nr. 50..72]» zum Nutzer des Facebook-Profiles [«A.»] (staatsanwaltschaftliches Verfahren, STA.2019.2850, Aktenseiten [nachfolgend «AS»] 16 ff.). Diese Hinweismeldung wurde mittels gesicherter VPN Linie direkt der zuständigen ausländischen Polizeibehörde, vorliegend der Bundeskriminalpolizei (nachfolgend BKP), weitergeleitet (AS 13 ff.).

#### **E. 1.1**

Der Beschuldigte wird in Bezug auf die Vorhalte gemäss AKS Ziff. 2 - 6 schuldig und in Bezug auf die Vorhalte gemäss AKS Ziff. 1 (mehrfache harte Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB) freigesprochen. Der Freispruch bezieht sich auf die beiden schwersten Vorwürfe (Verbrechen), die auch den grössten Aufwand generiert haben. Bei diesem Ausgang sind von den erstinstanzlichen Verfahrenskosten, die total CHF 984.80 ausmachen, CHF 295.45 (= 30 % von CHF 984.80) zu Lasten des Staates auszuscheiden (Art. 423 Abs. 1 StPO). CHF 689.35 (= 70 % von CHF 984.80) sind vom Beschuldigten zu bezahlen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

#### **E. 1.1.18**

180 Tagessätze). Es ist nicht zulässig, für einzelne Delikte eine Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe auszusprechen, nur weil die maximale Höhe der Geldstrafe von 180 Tagessätzen zufolge Asperation mehrerer Geldstrafen überschritten würde. Diesfalls bleibt es bei der Ausfällung einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen, auch wenn diese insgesamt für alle mit Geldstrafe zu sanktionierenden Delikte nicht mehr schuldangemessen ist (BGE 144 IV 217 E. 3.6).

Der Richter hat somit in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafferhöhenden und strafmindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (Urteil des Bundesgerichts 6B\_405/2011 vom 24.1.2012 E. 5.4). Aus dem Urteil muss hervorgehen, welche Einzelstrafen für die verschiedenen Straftaten festgesetzt werden und welche Strafzumessungsgründe für jede Einzelstrafe massgebend waren. Nur so lässt sich überprüfen, ob die einzelnen Strafen als auch deren Gewichtung bei der Strafschärfung bundesrechtskonform sind (vgl. BGE 118 IV 119E. 2b S. 120 f.; Urteil 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.2; Mathys, a.a.O., N. 362; je mit Hinweisen). Die Nennung der Einzelstrafen stellt auch keinen Mehraufwand bei der Urteilsbegründung dar,

denn das Gericht muss ohnehin gedanklich für jede Einzeltat eine selbstständige Strafe festsetzen und die entscheiderelevanten Überlegungen in Grundzügen wiedergeben (vgl. Art. 50 StGB; BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 20; Urteil 6B\_493/2015 vom 15. April 2016 E. 3.2). Das Gericht ist jedoch nach wie vor nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungsgründe innerhalb der Einzelstrafen gewichtet (BGE 136 IV 55 E).

### **E. 1.2**

Die Kosten des Berufungsverfahrens machen mit einer Urteilsgebühr von CHF 2'000.00 total CHF 2'070.00 aus und tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte kann im Rechtmittelverfahren insofern einen Erfolg verbuchen, als er vom schwersten Vorwurf (Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB, mehrfache Tatbegehung) freigesprochen wird. Dieser Erfolg schlägt sich jedoch nicht auf die Sanktionen (Strafe und Massnahme) nieder: Sowohl mit der beantragten Strafmassreduktion als auch mit dem beantragten Verzicht auf die Landesverweisung drang der Beschuldigte als Berufungskläger nicht durch. Nur die Dauer der Landesverweisung wurde leicht (von sechs auf fünf Jahre) reduziert. Im Ergebnis unterlag der Beschuldigte demnach weitgehend. Ermessensweise sind ihm von den gesamten Verfahrenskosten 80 % (= CHF 1'656.00) aufzuerlegen. Die restlichen 20 % (= CHF 414.00) erliegen auf dem Staat Solothurn.

## **2. Entschädigung des amtlichen Verteidigers**

### **E. 2**

Nach Eingang des Berichts der BKP vom 24. Juni 2019 wegen des Verdachts der Verbreitung von Pornografie via Internet (vgl. AS 4 ff.) eröffnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn (nachfolgend Staatsanwaltschaft) am 16. Juli 2019 gegen A.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschuldigter bzw. Berufungskläger) ein Strafverfahren wegen mehrfacher Pornografie (Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB), Missachtung der Eingrenzung (Art. 119 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 74 AIG) und rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG StGB) (AS 93). Weitere bereinigte Eröffnungsverfügungen ergingen am 24. Oktober 2019 (AS 94 f.) und 9. Januar 2020 (AS 95.1 ff.).

### **E. 2.1**

Erstinstanzlich ist die Entschädigung des amtlichen Verteidigers rechtskräftig auf CHF 6■475.50 (inkl. MWST und Auslagen) festgesetzt und zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat Solothurn bezahlt worden. Mit Blick auf die Kostenverlegung (vgl. Ziff. VI.1.1) ist der Rückforderungsanspruch des Staates im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO auf 70 % zu beschränken, ausmachend CHF 4■532.85. Gleiches gilt für den Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO: Die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar macht total (inkl. 7,7 % MWST) CHF 1■719.45 aus (vgl. US 35). 70 % davon sind CHF 1■203.60. Beide Ansprüche sind vorzubehalten.

### **E. 2.2**

In persönlicher Hinsicht ist in Bezug auf den Beschuldigten im Wesentlichen Folgendes bekannt (vgl. AS 140, AS 156 ff., ASB 70 ff.): Im Jahre 1991 kam der Beschuldigte in der Provinz Kirkuk im Irak zur Welt, wo er als Kurde mit irakischer Staatsangehörigkeit aufwuchs. Am 3. September 2015, im Alter von 24 Jahren, reiste er illegal in die Schweiz

ein und stellte ein Asylgesuch. Nach erfolglos durchlaufenem Asylverfahren (rechtskräftiges Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.3.2017) wurde ihm eine Ausreisefrist bis zum 18. April 2017 angesetzt, die er missachtete. Er hielt sich fortan illegal in der Schweiz und in Deutschland auf. Am 12. Dezember 2017 wurde er im Rahmen des Dublin-Verfahrens erstmals aus Deutschland in die Schweiz rücküberstellt (AS 154). Am 15. Februar 2018 wurde er von den deutschen Behörden ein zweites Mal in die Schweiz rücküberstellt (AS 155). Hierauf verfügte das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau am 3. April 2018 die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz, die unangefochten blieb (vgl. Eingrenzungsverfügung vom 17.5.2021; beigezogene Akten STA.2022.17). Der Beschuldigte ist aktuell in [Ort 2] im Kanton Aargau in einer Unterkunft für abgewiesene und ausreisepflichtige Asylsuchende untergebracht und lebt von der staatlichen Nothilfe (ASB 57). Seine Eltern und Geschwister (zwei Brüder und eine Schwester) sowie weitere nahe Verwandte leben gemäss den Angaben des Beschuldigten nach wie vor im Irak, nämlich im kurdischen Autonomiegebiet Sulajmaniya.

Der Beschuldigte brachte in Bezug auf seine persönlichen Verhältnisse vor Obergericht vor (ASB 72 ff.), er sei am [ ] 2022 Vater eines Sohnes geworden. Die Mutter des Kindes sei seine Partnerin, mit welcher er seit Ende 2020 in einer Beziehung stehe. Sie sei ebenfalls eine Kurdin aus dem Irak, verfüge aber über eine B-Bewilligung für die Schweiz. Nach dem Mutterschaftsurlaub wolle sie wieder arbeiten gehen und einen Beruf erlernen. Er sei nicht mit ihr verheiratet. Auch ein DNA-Nachweis der Vaterschaft sei noch nicht erfolgt. Seine Partnerin müsse sich zuerst von ihrem Ehemann scheiden lassen. Der Scheidungsprozess sei hängig, ebenso ein Verfahren betreffend Aufhebung der Vaterschaft des Ehemannes. Seine Partnerin sei auch Mutter eines nun 4-jährigen Mädchens und eines 6-jährigen Sohnes. Auch diese Kinder liebe er und diese würden ihn als ihren Vater betrachten. In Anbetracht der gegen ihn verfügten Eingrenzung der Aargauer Migrationsbehörde könne er seine Partnerin nicht an deren Wohnort im Kanton Bern besuchen, er treffe sich mit ihr bei Bekannten im Kanton Aargau. Befragt nach seinen Zukunftsplänen, führte der Beschuldigte aus, er wolle eine richtige Familie gründen, hier arbeiten und sich in der Schweiz integrieren. Vielleicht bekomme er einen B-Ausweis, ein entsprechendes Gesuch habe er bereits bei der Aargauer Migrationsbehörde gestellt. Gemäss einem Gesetz in der Schweiz könne man, wenn man 8 Jahre hier sei, eine B-Bewilligung beantragen.

### **E. 2.3**

Die Verteidigung des Beschuldigten beruft sich auf eine EMRK-konforme Auslegung von Art. 66a f. StGB und insbesondere auf Art. 8 EMRK (ASB 81 f.): Der Beschuldigte sei Vater eines Kleinkindes, welches in der Schweiz aufwache und zu welchem er eine innige Beziehung pflege. Die Mutter des Kindes verfüge über eine B-Bewilligung. Der Beschuldigte falle somit in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, so dass zu ermitteln sei, ob ein Eingriff gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei. Dabei sei eine Güterabwägung vorzunehmen. Auf der einen Seite seien die vorgehaltenen Straftaten zu berücksichtigen, die aber selbst im Falle einer Verurteilung nicht schwer wögen, sondern vielmehr als Dummheit zu betrachten seien. Beim Beschuldigten könne keine hohe kriminelle Energie ausgemacht werden und er stelle sicherlich keine Gefahr für die öffentliche Ordnung dar. Auf der anderen Seite stehe nun aber ein Kleinkind, welchem drohe, ohne Vater aufzuwachsen. Der EGMR habe in seiner Rechtsprechung stets darauf hingewiesen, dass die Rechte der Kinder besonders hoch zu gewichten seien und habe selbst bei erheblicher Straffälligkeit ein Aufenthaltsrecht nach Art. 8 EMRK anerkannt,

wenn die straffällige Person eine ernsthafte und gelebte Beziehung zu den Kindern pflege. Dies sei beim Beschuldigten, der sich bislang nur mit Bagatelldelikten strafbar gemacht habe, zweifellos der Fall. In Anbetracht der Rechtsprechung des EGMR sei deshalb von der Landesverweisung abzusehen.

### **E. 2.3.1**

Rechtswidriger Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG/AIG (AKS Ziff. 6): Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Er wusste seit geraumer Zeit, dass er sich nicht mehr auf dem Staatsgebiet der Schweiz aufhalten durfte: Der negative Asylentscheid erging am 18. März 2017 und ausreisepflichtig war der Beschuldigte seit dem 18. April 2017 (ASB 48). Nachdem der Beschuldigte schliesslich im Rahmen des Dublin-Verfahrens von den deutschen Behörden am 15. Februar 2018 (bereits zum zweiten Mal) wieder in die Schweiz rücküberstellt worden war, verfügte das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau erneut seine Wegweisung, die am 4. Mai 2018 unangefochten in Rechtskraft erwuchs (vgl. Eingrenzungsverfügung vom 17.5.2021, beigezogene Akten STA.2022.17). Trotz dieser klaren Ausgangslage blieb der Beschuldigte in der Schweiz. Er unterliess jegliche Anstrengungen, freiwillig auszureisen, und profitierte davon, dass seine Rückführung in seinen Heimatstaat Irak bislang nicht vollzogen werden konnte. Der Tatzeitraum (16.2.2018 - 16.7.2019) von 1 ½ Jahren ist beachtlich. Die kriminelle Energie kann zwar nicht als hoch, aber auch nicht mehr als sehr leicht bezeichnet werden. Der Beschuldigte focht sich um die hier geltenden ausländerrechtlichen Bestimmungen und machte vor Obergericht im Rahmen seiner Befragung deutlich, dass es ihm darum geht, Zeit zu schinden (vgl. Einvernahmeprotokoll vom 31.10.2022, ASB 72: In der Schweiz sei es so, dass man nach einem Aufenthalt von acht Jahren beim Migrationsamt eine B-Bewilligung beantragen könne). Das Tatverschulden wiegt noch leicht. Als angemessen erweisen sich für dieses Delikt insgesamt 90 Tagessätze. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die strafbare Handlung als Dauerdelikt weit über den 29. März 2018 andauerte. Ermessensweise sind für den vorliegend massgeblichen Zeitraum 30 Tagessätze festzulegen.

### **E. 2.3.2**

(Harte) Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 StGB (AKS Ziff. 3): Zu sanktionieren ist der Besitz eines Kurzvideos (zum eigenen Konsum), das eine sexuelle Handlung mit einem Tier zum Inhalt hat. Gezeigt wird, wie ein Mann an den Genitalien eines Huhnes leckt. Schutzobjekt ist vorliegend die sexuelle Integrität des Tieres, welches vorliegend zum reinen Sexualobjekt degradiert wurde. Die genaue Dauer des Videos liess sich nicht mehr feststellen (vgl. Nachtragsrapport, AS 67.1). Ein vermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit (sog. vermeidbarer Verbotsirrtum), der gemäss Art. 21 (Satz 2) StGB strafmildernd zu berücksichtigen wäre, ist im Zusammenhang mit dieser Tat zu verneinen. Den Angaben des Beschuldigten, das Video gelte in seinem Kulturkreis («bei uns») als lustig (O-G AS 57), es sei Comedy (AS 67.5), kann kein Glauben geschenkt werden. Die Vorinstanz hat diese Aussage zu Recht als Schutzbehauptung gewertet. Sie steht auch in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu seiner darauffolgenden Aussage: Auf die Anschlussfrage, was denn an dieser Darstellung lustig sein solle, distanzierte er sich davon und gab zur Antwort: Menschen, die solche Sachen wie auf dem Video machten, seien entweder psychisch krank oder verrückt (O-G AS 67). Eine hohe kriminelle Energie ist auch bei diesem Delikt zu verneinen. Der Tatzeitraum umfasst annähernd 1 ½ Jahre. Das Tatverschulden wiegt sehr leicht. Ausgehend vom Strafrahmen (Geldstrafe oder

Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) erweist sich eine Einzelstrafe von 30 Tagessätzen als angemessen, wobei für den vorliegend massgeblichen Tatzeitraum bis zum 29. März 2018 von 10 Tagessätzen auszugehen ist.

Die Grundstrafe vom 29. März 2018 ist unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips um 20 Tagessätze zu erhöhen, so dass eine hypothetische Gesamtstrafe von 110 Tagessätzen resultiert. Davon ist die rechtskräftige Grundstrafe von 90 Tagessätzen in Abzug zu bringen, so dass eine Zusatzstrafe von 20 Tagessätzen resultiert.

#### **E. 2.4**

Eine Gegenüberstellung der öffentlichen und privaten Interessen und deren Gewichtung ergibt Folgendes:

Das konkrete Tatverschulden ist bei den beurteilten Delikten als sehr leicht bis noch leicht qualifiziert worden. In einer Gesamtbetrachtung fallen indes die Vielzahl und hohe Kadenz an begangenen Straftaten (insgesamt 6 Vergehen in der Zeit vom 12.12.2017 bis 16.7.2019) sowie das vergleichsweise breite Deliktsspektrum (mehrere Vergehen gegen das AIG, Vergehen gegen das SVG, mehrfache harte Pornografie) auf. All dies macht deutlich, dass sich der Beschuldigte mit bedenklicher Regelmässigkeit strafbar macht und nicht gewillt ist, sich der hiesigen Rechtsordnung zu unterstellen, sondern diese untergräbt. Auch wenn einzuräumen ist, dass kein Delikt mit hoher krimineller Energie heraussticht, kann in der massgeblichen Gesamtschau ■ entgegen der Auffassung der Verteidigung ■ nicht mehr von einer blossen Bagatelldelinquenz die Rede sein. Ebenso ist bei den öffentlichen Interessen zu berücksichtigen, dass die Legalprognose des Beschuldigten arg getrübt ist. Der Beschuldigte ist (einschlägig) vorbestraft und hat während des noch laufenden Strafverfahrens sowie während laufender Probezeit mehrere Delikte begangen, so dass ihm eine Schlechtprognose auszustellen ist (vgl. hierzu auch vorstehende Ziff. IV.2.5 und 2.8). Dass der Vollzug der Strafe vom Berufungsgericht dennoch aufgeschoben wird, liegt einzig und allein am Verschlechterungsverbot.

In den meisten Verfahren nach Art. 66a bzw. Art. 66abisStGB verfügt die ausländische Person über einen Aufenthaltstitel für die Schweiz, der erst durch die begangene Delinquenz in Frage gestellt wird. Demgegenüber fusste der Aufenthalt des Beschuldigten hier in der Schweiz von Anbeginn nicht auf einer legalen Grundlage. Er reiste gemäss den Angaben der Migrationsbehörden illegal in die Schweiz ein und hielt sich nach erfolglos durchlaufenem Asylverfahren jahrelang hier illegal auf. Der Beschuldigte ist in der Schweiz unter keinem Titel ■ d.h. weder in wirtschaftlich-beruflicher noch in sozialer und sprachlicher Hinsicht ■ integriert. Er war im Strafverfahren auf die Unterstützung eines Dolmetschers angewiesen. Die von ihm geschilderten sozialen Kontakte in der Schweiz betrafen Verwandte oder Bekannte mit ebenfalls irakischem Hintergrund (vgl. ASB 72, 74). Aufgrund seiner Rechtsstellung als rechtskräftig abgewiesener und seit mehreren Jahren ausreisepflichtiger Ausländer darf er sich auch gar nicht hier integrieren. Es ist ihm insbesondere verwehrt, ein legales Arbeitseinkommen zu erzielen. Der Beschuldigte ist vom Staat finanziell abhängig und wird mit der sog. Nothilfe unterstützt, damit zumindest seine elementarsten Bedürfnisse gedeckt sind.

Demgegenüber können die Reintegrationschancen in seinem Herkunftsland nicht bloss als intakt, sondern als gut bezeichnet werden (vgl. auch den Bericht des kantonalen Amtes für Migration und Integration des Kantons Aargau vom 8.11.2019: AS 148). Der Beschuldigte ist im Irak aufgewachsen, hat dort die prägenden Jahre der Kindheit und Jugend verbracht

und die Schulen besucht. Er konnte sich in seinem Heimatstaat als Schneider mit einem eigenen Schneideratelier beruflich erfolgreich integrieren (vgl. hierzu auch AS 148 sowie AS 128). Ebenso verfügt er in seiner Heimat über ein intaktes familiäres Beziehungsnetz: Er kann in seiner Heimat auf die Unterstützung seiner Eltern und seiner Geschwister zählen.

Auch der gesundheitliche Zustand des Beschuldigten steht einer Landesverweisung nicht entgegen. Hinsichtlich der gesundheitlichen Vorgeschichte kann vorab auf den Bericht der PDAG vom 17. Juli 2019 verwiesen werden (O-G AS 22 ff.). Der Bericht schliesst auf eine Anpassungsstörung mit längerer depressiver Reaktion aufgrund belastender Lebensumstände. Hinweise auf eine akute Selbst- oder Fremdgefährdung konnten nicht ausgemacht werden. Der Beschuldigte nimmt gemäss seinen Angaben vor Obergericht nach wie vor zweimal pro Monat eine ambulante psychiatrische Behandlung der PDAG in Anspruch. Eine Diagnose konnte er nicht nennen. Er nehme ausschliesslich Medikamente, damit er besser schlafen könne (ASB 74 f.). Sollten die psychischen Probleme andauern, so könnte der Beschuldigte entsprechende ärztliche Hilfsangebote auch in seiner Heimat in Anspruch nehmen.

Das Staatssekretariat für Migration hat mit Entscheid vom 18. Mai 2016 ausgeführt, der Wegweisungsvollzug sei technisch möglich und praktisch durchführbar (AS 128). Mit Verfügung vom 17. Mai 2021 (Anordnung der Eingrenzung) hält das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau fest, diese Einschätzung sei aufgrund unveränderter Umstände nach wie vor zutreffend (vgl. beigezogene Akten des Verfahrens STA.2022.17).

Völkerrechtliche Vollzugshindernisse liegen keine vor: Eine politische Verfolgung des Beschuldigten ist zu verneinen. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Befragung des Staatssekretariates für Migration (SEM) vom 15. September 2015 verwiesen werden (AS 163 f.): Danach befragt, weshalb er sein Heimatstaat verlassen habe, machte der Beschuldigte ausschliesslich soziale Gründe geltend. Er habe ein Mädchen geliebt und sei in der Folge von dessen Familienangehörigen bedroht worden. Dieses Mädchen sei mit ihm bis in die Türkei gereist, dort sei es aber von Schleppern von ihm getrennt worden. Der Beschuldigte berichtete anlässlich der SEM-Befragung, er habe nie Probleme mit der Armee, der Polizei oder anderen staatlichen Behörden gehabt. Er sei im Heimatland nie vor Gericht oder je in Haft gewesen und er sei weder politisch noch religiös in seinem Heimatland aktiv gewesen (AS 164). Im Strafverfahren machte der Beschuldigte geltend, im Falle einer Rückkehr in den Irak bedroht zu werden. Dabei fielen seine Angaben sehr unterschiedlich aus und blieben diffus: Vor erster Instanz verwies der Beschuldigte auf Schlepper, die wie Killer seien und ihm angedroht hätten, ihn zu töten, wenn er zurückkehre (O-G AS 61). Vor Obergericht erwähnte er erstmals die in seinen Augen sehr mächtige und korrupte Familie M.\_\_\_\_ im kurdischen Nordirak. Er gab zu Protokoll, dass politische Gegner dieser Familie im Irak unter Vorwänden bereits verhaftet worden seien und dass es auch schon zu Vergiftungen von kurdischen Parlamentsmitgliedern in Europa gekommen sei, ohne aber darzulegen, was all dies mit ihm selber zu tun haben soll. Er selber erwähnte nie ein politisches Engagement als Oppositioneller und wies vor Obergericht lediglich auf den von ihm geleisteten Militärdienst bei der kurdischen Peschmerga hin (vgl. ASB 70 f. und 76). Im weiteren Verlauf der Verhandlung führte er schliesslich aus, bei einer Landesverweisung drohe ihm Gefängnis oder gar der Tod (ASB 75). Als Gründe für dieses Szenario verwies er nun nicht nur auf die mächtige politische Familie im Irak, sondern auch auf die Familie der in der Türkei verschollenen Freundin. Es drohe ihm von dieser Familie die Blutrache. Auf die richterliche Anschlussfrage, ob er denn Kenntnis von der Tötung

dieser Frau habe, gab er zur Antwort, das wisse niemand (ASB 76). All dies zeigt, dass der Beschuldigte zwar eine Vielzahl von Angaben macht, die aber kein kohärentes Gesamtbild ergeben und keine individuell-konkrete Gefährdungslage erkennen lassen.

Art. 8 EMRK verschafft praxisgemäss keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. Er hindert Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Dennoch kann das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben verunmöglicht wird. Art. 8 EMRK ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen aber auch andere familiäre Verhältnisse, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (BGE 144 II 1, E. 6.1).

Der Beschuldigte ist nicht verheiratet. Er macht geltend, seit Ende 2020 in einer Beziehung mit einer im Kanton Bern wohnhaften irakisch-kurdischen Partnerin zu stehen, die über eine B-Bewilligung verfüge und sich aktuell in einem Scheidungsprozess befinde. Die Beziehung zu seiner Partnerin ist derzeit nicht eheähnlich, sondern muss als eher lose bezeichnet werden. Einen gemeinsamen Haushalt führt das Paar nicht. Der Beschuldigte ist in einer Unterkunft für abgewiesene Asylsuchende in [Ort 2] untergebracht und angesichts der Eingrenzungsverfügung ist es ihm nicht erlaubt, seine Partnerin, die ihren Lebensmittelpunkt im Kanton Bern hat, dort zu besuchen. Gemeinsame Treffen finden nach den Schilderungen des Beschuldigten bei Bekannten im Kanton Aargau statt. In Bezug auf die von der Verteidigung in den Mittelpunkt der Argumentation gerückte Vaterrolle des Beschuldigten fehlt es gänzlich an gesicherten Kenntnissen. Die Verteidigung reichte keine Unterlagen ins Recht, welche die Angaben des Beschuldigten betreffend Partnerin und Kind dokumentierten. Gemäss den Angaben des Beschuldigten ist das Kind seiner Partnerin am 18. Juni 2022 während der Ehe geboren. Demnach greift die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 255 Abs. 1 ZGB, wonach nicht der Beschuldigte, sondern der Ehemann seiner Partnerin als Vater des Kindes gilt. DNA-Tests, welche Klarheit über eine etwaige genetische Verwandtschaft (Abstammung) zwischen dem Beschuldigten und dem Kind seiner Partnerin schaffen könnten, liegen bislang noch keine vor. Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass der Beschuldigte tatsächlich der leibliche Vater des Kindes ist, was derzeit lediglich eine Annahme entgegen der gesetzlichen Vermutung darstellt, hätte dies nicht zur Folge, dass auf die Landesverweisung zu verzichten wäre. Es ist nicht zu erkennen und wird auch von der Verteidigung nicht geltend gemacht, dass es der Partnerin des Beschuldigten und dem Kleinkind, das erst wenige Monate alt und überhaupt noch nicht in schulische Strukturen eingebunden ist, nicht möglich wäre, dem Beschuldigten in sein Heimatland zu folgen. Die Kindsmutter ist gemäss den Ausführungen des Beschuldigten

ebenfalls Kurdin und irakische Staatsangehörige. Sie verfügen über dieselben kulturellen Wurzeln und Prägungen. Eine Weiterführung des Familienlebens im gemeinsamen Heimatstaat Irak erweist sich vor diesem Hintergrund als zumutbar. Selbst wenn sich der Beschuldigte auf Art. 8 EMRK berufen könnte, wäre folglich dessen Kerngehalt nicht verletzt.

Der Beschuldigte zielt darauf ab, Zeit zu gewinnen, d.h. seine eigene Position mit der zunehmenden Dauer seiner rein faktischen, nicht aber rechtmässigen Anwesenheit in der Schweiz zu stärken. Der Beschuldigte soll indes aus dem von ihm selber herbeigeführten illegalen Zustand (unrechtmässiger Aufenthalt) keine Rechte ableiten können. In einem solchen Fall auf die Landesverweisung zu verzichten, hiesse letztlich, der vom Beschuldigten verfolgten Strategie zum Durchbruch zu verhelfen und sein rechtswidriges Verhalten im Ergebnis zu belohnen. Die Vielzahl und hohe Kadenz der vom Beschuldigten begangenen Vergehen (darunter mehrere Straftaten mit einer Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe) gepaart mit der schlechten Legalprognose führen zu einer erheblichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Beschuldigten. Das öffentliche Interesse der Schweiz an einer Landesverweisung ist damit klar gegeben und deutlich höher als das Interesse des Beschuldigten an einem weiteren Verbleib in der Schweiz zu gewichten.

Demzufolge ist der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66abisStGB des Landes zu verweisen.

### 3. Dauer der Landesverweisung

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten einer Katalogtat (Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB) schuldig und ordnete die Landesverweisung in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB für die Dauer von sechs Jahren an. Diese Dauer liegt ein Jahr über der gesetzlichen Untergrenze gemäss Art. 66a StGB.

Gemäss der vorliegend einschlägigen Bestimmung von Art. 66abisStGB beträgt die Dauer der nicht obligatorischen Landesverweisung 3 - 15 Jahre. Bei der Festsetzung der Dauer der Landesverweisung ist in erster Linie dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.

Das konkrete Verschulden wurde bei den einzelnen Vergehen zwar nur als sehr leicht bis noch leicht taxiert. Die konstatierte Regelmässigkeit der Delinquenz, die Vielzahl der betroffenen Rechtsgüter sowie die schlechte Legalprognose rechtfertigen es aber, die konkrete Dauer der Landesverweisung leicht über dem gesetzlichen Minimum festzusetzen. Verhältnismässig erweist sich eine Dauer von fünf Jahren.

### 4. Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS)

Gemäss Art. 20 ff. der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS-II-Verordnung, BBl 2007 8627) kann ein Drittstaatsangehöriger zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem ausgeschrieben werden. Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung setzt weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus noch verlangt die Bestimmung einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Insoweit genügt, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder

mehr vorsieht. Dieses Erfordernis ist vorliegend erfüllt: Der Beschuldigte hat mehrere Vergehen begangen, die gar eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren androhen.

Zusätzlich ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung). Damit wird dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen. An die Annahme einer solchen Gefahr sind jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird, dass das «individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt». Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher nicht entgegen (vgl. Urteil 6B\_739/2020 vom 14.10.2020 E. 2.2). Ebenso wenig setzt Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung die Verurteilung zu einer «schweren» Straftat voraus, sondern es genügen eine oder mehrere Straftaten, die einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von einer «gewissen» Schwere sind, unter Ausschluss von blossen Bagatelldelikten. Entscheidend ist zudem nicht das Strafmass, sondern in erster Linie die Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Tatumstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person (BGE 147 IV 340 E. 4.8 S. 354 f.).

Die regelmässige Delinquenz (vgl. hierzu die näheren Ausführungen zur Strafzumessung unter vorstehender Ziff. IV.), die nicht mehr dem Bagatellbereich zuzurechnen ist, seine damit zum Ausdruck gebrachte Gleichgültigkeit unserer Rechtsordnung gegenüber und die schlechte Legalprognose lassen auch für die Zukunft eine beachtliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Beschuldigten befürchten. Demzufolge ist auch das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt.

Damit sind alle Voraussetzungen erfüllt und die Landesverweisung ist im SIS auszuschreiben.

## VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 1. Kostenverlegung

#### **E. 2.4.1**

Missachtung der Eingrenzung am 16. Januar 2019

Der Beschuldigte hielt sich am 16. Januar 2019 in Missachtung der Eingrenzungsverfügung vom 18. April 2017, welche ihm das Verlassen des Gebietes des Kantons Aargau verbietet, in der Region Olten-Egerkingen auf. Er habe, so seine Angaben, Verwandte besuchen und sich nicht im Kanton Aargau isolieren wollen (AS 48). Es ist nicht zu erkennen, was den Beschuldigten in subjektiver Hinsicht entlasten könnte. Dass der Beschuldigte soziale Kontakte pflegen wollte, ist nicht zu beanstanden, doch hätte er dies ohne Weiteres auf dem Kantonsgebiet des Kantons Aargau machen können. Es zeigt sich einmal mehr, dass sich der Beschuldigte keinen Deut um die hier geltenden Bestimmungen für ausländische Staatsangehörige schert. In zeitlicher Hinsicht beschränkte sich der Vorfall auf bloss einen Tag, weshalb von einem noch sehr leichten Tatverschulden auszugehen ist. Die schuldangemessene Einzelstrafe ist auf 60 Tagessätze festzusetzen.

#### **E. 2.4.2**

Asperation

Diese Einsatzstrafe ist nun aufgrund der weiteren Delikte in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB angemessen zu erhöhen.

Der Beschuldigte hielt sich am 28. Mai 2019 nachweislich im Kanton Solothurn auf (vgl. die nachfolgend genannte Fahrt mit übersetzter Geschwindigkeit, auf welcher der Beschuldigte in eine Radarkontrolle geriet), obwohl gegen ihn eine rechtskräftige Eingrenzungsverfügung, datierend vom 18. April 2017, vorlag. Hinsichtlich der relevanten Tatkomponenten ist auf vorstehende Ziff. IV.2.4.1 zu verweisen. Wiederum ist von 60 Tagessätzen auszugehen. In Beachtung des Asperationsprinzips ist die Strafe um 30 Tagessätze zu erhöhen.

Der Beschuldigte überschritt am 28. Mai 2019 mittags um 12:15 Uhr innerorts auf seiner Fahrt mit dem PW auf der Oltnerstrasse in Fahrtrichtung Hägendorf in Egerkingen die zulässige Höchstgeschwindigkeit nach Abzug der Sicherheitsmarge um 25 km/h. Die erhöhte abstrakte Gefährdung hat sich glücklicherweise nicht realisiert (kein Sach- oder Personenschaden). Die Geschwindigkeitsüberschreitung war massiv, wobei diesem Umstand bereits mit einem (gegenüber der einfachen Verkehrsregelverletzung) deutlich höheren Strafraumen Rechnung getragen wird (nach der bundesgerichtlichen Kasuistik wird eine Missachtung der Höchstgeschwindigkeit innerorts um mind. 25 km/h ungeachtet der konkreten Umstände unter die grobe Verkehrsregelverletzung subsumiert). Gemäss Strafanzeige vom 31. Juli 2019 (AS 69) war der Asphalt trocken und es herrschte wenig Verkehr. Mit Blick auf die Witterung (kein Niederschlag, Tatzeit: 12:15 Uhr) waren die Sichtverhältnisse nicht beeinträchtigt. Die Oltnerstrasse Richtung Hägendorf führt innerorts durch ein dicht besiedeltes Gebiet und wird auch von einem Bus befahren. Auf dem Radarfoto (AS 74) ist direkt neben der vom Beschuldigten befahrenen Strassenseite ein Velo- oder Fussweg zu erkennen. Als Lenker musste man auf der befahrenen Strasse jederzeit mit anderen Verkehrsteilnehmern und in Strassennähe mit Passanten rechnen. Es konnten sich zweifellos schnell gefährliche Situationen ergeben. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte anlässlich seiner Einvernahme vom 24. Juli 2019 einräumte, mit der Strecke nicht vertraut gewesen zu sein. In subjektiver Hinsicht ist von einer grobfahrlässigen Tatbegehung auszugehen. Der Beschuldigte gab zu Protokoll, er sei abgelenkt und in seinen Gedanken bei seiner erkrankten Mutter im Irak gewesen, mit welcher er kurz zuvor noch telefoniert gehabt habe. Er habe nicht auf den Tacho geschaut (AS 83). Der Beschuldigte verhielt sich verantwortungslos und hätte sich ohne Weiteres regelkonform verhalten können. Im Quervergleich mit anderen unter Art. 90 Abs. 2 SVG zu subsumierenden Tatkonstellationen ist von einem sehr leichten Tatverschulden auszugehen. Die Strafe ist im untersten Drittel des ersten Strafdrittels zu situieren. Angemessen erweisen sich 50 Tagessätze.

Die Vorinstanz liess in diesem Punkt die sog. Schnittstellenproblematik unberücksichtigt: Wird der Beschuldigte ausschliesslich mit einer bedingten Geldstrafe bestraft, kommt dieser im Ergebnis besser weg als derjenige Lenker, der bloss wegen einer einfachen Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 1 SVG verurteilt wird, denn in sein Vermögen würde weniger eingegriffen als mit der stets unbedingt zu vollziehenden Busse. Um diese stossende Sanktionsfolge zu vermeiden, hätte in Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB ein untergeordneter Teil der Strafe ■ in aller Regel maximal 1/5 (vorliegend somit 10 Tagessätze) ■ in Form einer unbedingten Verbindungsbusse ausgefällt werden müssen, womit für die Geldstrafe noch 40 Tagessätze verbleiben würden. Aufgrund des Verschlechterungsverbot muss indes von der Ausfällung einer Verbindungsbusse

abgesehen werden. Ausgehend von 50 Tagessätzen ist die Strafe um 25 Tagessätze zu asperieren.

In Bezug auf das Tatverschulden kann auf die Ausführungen unter vorstehender Ziff. IV.2.3.1 verwiesen werden. Mit Blick auf das konkrete Tatverschulden handelt es sich um das zwar nicht abstrakt, aber konkret schwerste Delikt. Die Einzelstrafe umfasst 90 Tagessätze, wovon 30 bzw. asperiert 15 Tagessätze bereits bei der Zusatzstrafe berücksichtigt wurden. Es verbleiben 60 Tagessätze, asperiert 45 Tagessätze.

Die massgeblichen Strafzumessungsfaktoren ergeben sich aus den Ausführungen unter vorstehender Ziff. IV.2.3.2. Von den verschuldensangemessenen 30 Tagessätzen sind 10 bzw. asperiert 5 Tagessätze dem Tatzeitraum vor dem 29. März 2018 zugeordnet und bei der Zusatzstrafe berücksichtigt worden. Es verbleiben 20 Tagessätze bzw. asperiert noch 10 Tagessätze.

Zu sanktionieren ist das Weiterleiten einer Videodatei, welche sexuelle Handlungen eines Mannes mit einem Esel (Zoophilie) zum Inhalt hat. Der Besitz der besagten Videodatei wird in AKS Ziff. 2 ebenfalls aufgeführt, hat aber bloss subsidiären Charakter. Die Tatbestandsvariante des Besitzes wird konsumiert, wenn der Beschuldigte ■ wie vorliegend ■ das pornografische Filmmaterial an eine Drittperson verschickt hat. Es geht um ein einziges Kurzvideo, dessen exakte Dauer sich nicht mehr rekonstruieren liess. Gezeigt wird ■ für den Bereich der Zoophilie ■ eine vergleichsweise schwere sexuelle Handlung, nämlich wie ein Mann von hinten einen Esel penetriert. Zu berücksichtigen gilt aber auch, dass deutlich gravierendere sexuelle Handlungen von der gleichen Strafnorm erfasst werden (z.B. sexuelle Darstellungen unter Erwachsenen mit schweren Gewalttätigkeiten). Eine hohe kriminelle Energie ist auch hier nicht zu erkennen. Der Beschuldigte traf keinerlei Vorkehrungen, um den Versand der Videodatei zu tarnen (z.B. Darknet). Er bewegte sich im Clearnet und verschickte die Datei via WhatsApp. Zudem hat der Beschuldigte die Datei nur an eine Person weitergeleitet. Es ist von einem sehr leichten Tatverschulden auszugehen. Bei einem Strafraumen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafen erweist sich eine Einzelstrafe von 40 Tagessätzen als angemessen, asperiert sind es 20 Tagessätze.

Vor Berücksichtigung der Täterkomponenten resultieren für die insgesamt sechs Delikte 190 Tagessätze Geldstrafe (60 + 30 + 25 + 45 + 10 + 20 Tagessätze).

## **E. 2.5**

### **Täterkomponenten**

Das Vorleben ■ es kann hierzu auf die zusammenfassende Darstellung im erstinstanzlichen Urteil auf US 25 verwiesen werden ■ ist neutral zu gewichten. Ebenso ist mit der Vorinstanz beim Beschuldigten keine echte Reue und Einsicht zu erkennen. Die meisten Vorwürfe gestand er ein, dies jedoch erst im Verlauf des Verfahrens, weil er sich mit belastendem Beweismaterial konfrontiert sah (z.B. sichergestellte Videodateien mit Zoophilie, sichergestellter WhatsApp-Chatverlauf im Zusammenhang mit den Zoophilie-Videos, belastende Aussage des Fahrzeughalters, Radarfoto etc.). Ein Geständnisrabatt fällt deshalb ausser Betracht. Eine erhöhte Strafempfindlichkeit ist nicht auszumachen.

Wie nachfolgend erörtert wird (vgl. Ziff. V.), ist der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66abisStGB des Landes zu verweisen. Eine solche Landesverweisung wird in aller Regel nach der Praxis der Strafkammer des Obergerichts im Rahmen der Folgenberücksichtigung

bzw. des Sanktionenpakets strafmindernd berücksichtigt, weil die Landesverweisung für den Betroffenen als Massnahme meist eine stark pönale Komponente hat. Wenn ■ wie hier ■ der Beschuldigte in der Schweiz ohnehin keinen legalen Aufenthaltsstatus hat, kann dies indessen nicht gelten. In einer solchen Konstellation ist von einer Strafreduktion abzusehen.

Die Vorinstanz gewichtete die Täterkomponenten insgesamt neutral (vgl. US 25), was nicht zu überzeugen vermag: Der Beschuldigte ist zum einen (einschlägig) vorbestraft (vgl. Verurteilung vom 29.3.2018, Tatbegehung am 28.3.2018). Nur wenige Monate später und dazu noch während laufender Probezeit beging der Beschuldigte die im vorliegenden Verfahren beurteilten Taten (Tatbegehungen u.a. am 1.4.2018, 16.1.2019 und 28.5.2019), darunter erneut Missachtungen der Eingrenzung. Schliesslich delinquierte der Beschuldigte während des laufenden Berufungsverfahrens: Es ist auf die rechtskräftige Verurteilung vom 27. Januar 2022 zu verweisen (STA.2022.17): Der Beschuldigte wurde erneut wegen Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG sowie wegen einer SVG-Widerhandlung (einfache Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 1 SVG: Der Beschuldigte richtete auf der Autofahrt seinen Blick während mindestens zwei bis drei Sekunden auf das Mobiltelefon anstatt auf den Strassenverkehr) schuldig gesprochen. All dies macht deutlich, dass sich der Beschuldigte um die hier geltenden Regeln und Bestimmungen foutiert, was sich bei der Täterkomponente strafferhöhend auswirken muss. Angemessen erweist sich eine Straferhöhung um 30 Tagessätze.

## **E. 2.6**

Fazit zur Strafhöhe

Werden nun die 220 Tagessätze (190 Tagessätze + 30 Tagessätze) mit der Zusatzstrafe von 20 Tagessätzen (vgl. Ziff. IV.2.3) addiert, resultiert eine schuldangemessene Strafe von 240 Strafeinheiten. Dieses Strafmass ist nach BGE 144 IV 217 E. 3.6 auf das seit dem 1. Januar 2018 für die Geldstrafe geltende verbindliche Strafmaximum von 180 Tagessätzen zu reduzieren. Da das Verschlechterungsverbot zur Anwendung gelangt, muss nun aber auch dieses Strafmass unterschritten werden: Die von der Vorinstanz ausgefallte Geldstrafe von 140 Tagessätzen ist zu bestätigen.

## **E. 2.7**

Höhe des Tagessatzes

Der Beschuldigte kann als nicht aufenthaltsberechtigter Ausländer kein Erwerbseinkommen generieren. Die minimale Tagessatzhöhe von CHF 10.00 ist deshalb zu bestätigen.

## **E. 2.8**

Bedingter Strafvollzug

Der Vollzug dieser Strafe hätte aus Sicht des Berufungsgerichts nicht aufgeschoben werden dürfen, da dem Beschuldigten in Anbetracht der regelmässigen Delinquenz, der Tatbegehungen während laufender Probezeit und zwei Widerhandlungen während des laufenden Strafverfahrens sowie der Vorstrafen eine Schlechtprognose gestellt werden muss. In Anbetracht des geltenden Verschlechterungsverbotes muss die Berufungsinstanz dem Beschuldigten jedoch den bedingten Strafvollzug gewähren. Die Probezeit ist nicht auf das gesetzliche Minimum, sondern in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und dem Antrag der Verteidigung auf drei Jahre festzusetzen.

## **E. 2.9**

## Widerruf

Auch auf den Widerruf hätte aus Sicht der Berufungsinstanz aufgrund der unter vorstehender Ziff. IV.2.5 und 2.8 dargelegten Faktoren nicht verzichtet werden sollen. In Anbetracht des Verschlechterungsverbot ist es dem Berufungsgericht verwehrt, den gewährten bedingten Vollzug der Vorstrafe zu widerrufen. In Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urteil ist lediglich die Probezeit um ein Jahr zu verlängern (Art. 46 Abs. 2 StGB).

## V. Landesverweisung

### 1. Obligatorische Landesverweisung

Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 (2. Satz) StGB freigesprochen. Der Beschuldigte hat demnach keine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB begangen. Die sog. obligatorische Landesverweisung fällt deshalb ausser Betracht.

### 2. Fakultative Landesverweisung

Gemäss Art. 66abisStGB kann das Gericht einen Ausländer für drei bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Art. 66a StGB erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach Art. 59 - 61 oder Art. 64 StGB angeordnet wird.

Die vom Beschuldigten begangenen Delikte (Art. 119 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 74 AIG, Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG, Art. 90 Abs. 2 SVG, Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und Art. 197 Abs. 5 Satz 1 StGB) sind Vergehen und erlauben deshalb grundsätzlich eine fakultative Landesverweisung. Zu prüfen bleibt, ob die Landesverweisung im vorliegenden Fall vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält. Dabei sind den öffentlichen Interessen die privaten Interessen der betroffenen Person und ihrer Familie gegenüberzustellen. Es gilt insbesondere den Grad der Integration der Person, die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz sowie die Wirkung der Massnahme auf die Familie der betroffenen Person zu beachten.

### **E. 2.10**

Der Einwand der Verteidigung, wonach eine verpönte Beweisausforschung («fishing expedition») vorliege, verfährt nicht. Die erfolgten Zwangsmassnahmen und beweisrechtlichen Erhebungen erfolgten nicht planlos bzw. aufs Geratewohl, sondern weil mittels eines automatisierten Erkennungssystems kinderpornografisches Material festgestellt wurde, welches vom Unternehmen Facebook dem Facebook-Account «[A.] [ ]» zugeordnet wurde. Die aus dem Ausland stammenden Verdachtsmitteilungen des NCMEC begründen denn auch regelmässig einen hinreichenden Verdacht für die Eröffnung eines inländischen Strafverfahrens (vgl. in diesem Zusammenhang die Urteile des Bundesgerichts 1B\_78/2020 vom 17.2.2021 E. 2 und 1B\_243/2020 vom 26.2.2021 E. 2.2 sowie das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7.9.2021, Geschäfts-Nr. SB210115, abrufbar unter: [www.gerichts-zh.ch/entscheide](http://www.gerichts-zh.ch/entscheide)).

### **E. 2.11**

Ergänzend kann auch auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_623/2019 vom 5. Februar 2020 verwiesen werden: Das Landeskriminalamt Baden-Württemberg (LKA) stellte im Rahmen einer Operation Nachforschungen nach kinderpornografischen Dateien im «eDonkey2000»-Netzwerk an, welche ergaben, dass mehrere Nutzer dieses Netzwerkes

eine identische Kopie einer kinderpornografischen Datei zum Herunterladen anboten. In der Folge übermittelte Interpol Wiesbaden diverse Benutzerangaben dem Bundesamt für Polizei. Der Beschwerdeführer rügte, seine Verurteilung bzw. das gesamte Strafverfahren beruhe auf Ergebnissen, die aus unzulässigen Ermittlungen aus Deutschland herrührten. Er machte geltend, die belastenden Beweise stammten aus einer «fishing expedition» und seien nicht verwertbar. Die Vorinstanz habe es unterlassen, sich zur Zulässigkeit der ausländischen Zwangsmassnahme zu äussern und gehe per se von deren Rechtmässigkeit aus. Das Bundesgericht hielt dieser Argumentation des Beschwerdeführers entgegen (E. 2.1), die Ermittlung strafbarer Handlungen bilde die Kernaufgabe der Polizei. Dazu gehöre auch die Fahndung nach Konsumenten illegaler Pornografie im Internet. Ausgehend von einer von den Ermittlungsbehörden auf einer Online-Plattform entdeckten illegalen Videodatei sei ermittelt worden, von welchen Geräten aus die Datei heruntergeladen worden sei. Diese Vorgehensweise stelle nicht eine Beweisausforschung, sondern eine reine Täterermittlung dar. Die auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse seien im Sinne eines Hinweises von Interpol Wiesbaden an die Schweizer Behörden übermittelt worden. Aus den übermittelten Informationen habe sich zusammen mit der Ermittlung des Anschlussinhabers ein Verdacht gegen den Beschwerdeführer auf Besitz illegaler Pornografie ergeben, weshalb die Staatsanwaltschaft daher verpflichtet gewesen sei, ein Strafverfahren zu eröffnen (mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_57/2015 vom 27.1.2016 E. 3.1). Die Verurteilung selbst sei entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht gestützt auf die ausländischen Erhebungen erfolgt. Vielmehr habe die fragliche Videodatei auf einer der Festplatten des Beschwerdeführers anlässlich der rechtmässig angeordneten Hausdurchsuchung sichergestellt werden können.

### **E. 2.12**

Demzufolge ist der Antrag der Verteidigung, wonach die Unterlagen der BKP und des NCMEC als unverwertbar zu erklären und aus den Akten zu weisen seien, abzuweisen.

### **III. AKS Ziff. 1 lit. a und b: Mehrfache Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB**

#### **1. Allgemeine Ausführungen zu Art. 197 Abs. 4 StGB**

### **E. 3**

Am 24. Oktober 2019 bediente die BKP die Staatsanwaltschaft mit einem korrigierten Bericht (AS 12, 13 ff.), der unter Ziff. 2 («Sachverhalt») eine Berichtigung in Bezug auf die vorgehaltene Tatzeit enthält (22:27:20 UTC statt 07:11:54 UTC; vgl. hierzu auch den Journaleintrag vom 24.10.2019, AS 92.3). Ebenso beinhaltet der korrigierte, jedoch mit gleichem Datum (24.6.2019) versehene Bericht eine Ergänzung hinsichtlich der vom Dienst ÜPF (Post- und Fernmeldeüberwachung) getätigten Abklärungen zur Mobiltelefonnummer [Mobilnummer 1].

### **E. 3.1**

#### **Vorhalt**

Dem Beschuldigten wird gemäss AKS Ziff. 1 lit. a zur Last gelegt, er habe am 16. Januar 2019 um 23:27 Uhr in [Ort 1], [Restaurant G.\_\_\_\_], eine Videodatei, welche er zuvor aus einer Facebook-Gruppe auf sein Mobiltelefon zugeschickten erhalten habe und welche tatsächliche sexuelle Handlungen eines Mannes mit einem Kleinkind (Mann penetriere ein deutlich im Schutzalter stehendes Mädchen einerseits mit dem Penis und andererseits mit

dem Finger) sowie den fokussierten Genitalbereich eines offensichtlich minderjährigen Mädchens zum Inhalt habe, via Facebook weitergeleitet und damit in Verkehr gebracht.

### **E. 3.2**

Rechtsanwalt Boris Banga macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 19,15 Stunden sowie Auslagen von CHF 159.60 geltend (ASB 83 ff.). Bereits integriert sind ■ im Sinne einer Schätzung ■ vier Stunden Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung und an der mündlichen Urteileröffnung, wobei auf letztere schliesslich verzichtet wurde. Die Hauptverhandlung inkl. telefonische Orientierung des Rechtsvertreters über den Ausgang des Verfahrens nahm 2 Stunden und 20 Minuten in Anspruch (Abzug von 1,666 Stunden). Aufgrund des Verzichts auf die mündliche Urteileröffnung fiel auch die zweite Hin- und Rückreise weg (Abzug von 0,585 Stunden). Zudem reduzieren sich die für den 31. Oktober 2022 geltend gemachten Fahrkosten um die Hälfte (Abzug von CHF 21.00). Unter Berücksichtigung dieser Korrekturen ist die Entschädigung für Rechtsanwalt Boris Banga, für das Berufungsverfahren auf total CHF 3■425.20 festzusetzen (Aufwand: 16,8983 Stunden zum Ansatz von CHF 180.00, ausmachend CHF 3■041.70; Auslagen: CHF 138.60; 7,7 % MWST: CHF 244.90) und zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse, zu bezahlen.

Vorzubehalten ist der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von CHF 2■740.15 (= 80 % von CHF 3■425.20, vgl. die Kostenverlegung gemäss Ziff. VI.1.2).

Der Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers, der ebenfalls vorzubehalten ist, wird üblicherweise mit einem Stundenansatz von CHF 230.00 berechnet, es sei denn, die Verteidigung weise eine Vereinbarung mit dem Mandanten mit einem höheren Stundenansatz vor (vgl. Beschluss der Gerichtskonferenz vom 27.4.2012), was vorliegend jedoch nicht der Fall war, so dass es beim Differenzbetrag von CHF 50.00 (CHF 230.00 - CHF 180.00) pro Stunde bleibt. Das Stundentotal von 16,8983 Stunden ist mit diesem Differenzbetrag zu multiplizieren, was zuzüglich 7,7 % MWST CHF 909.95 ergibt. Mit Blick auf die Kostenverlegung (vgl. Ziff. VI.1.2) ist der Nachzahlungsanspruch auf 80 % zu begrenzen, ausmachend CHF 727.95.

Demnach wird in Anwendung von Art. 34, Art. 42 Abs. 1, Art. 44 Abs. 1, Art. 46 Abs. 2, Art. 47, Art. 49 Abs. 1 und 2, Art. 66abis, Art. 197 Abs. 4 Satz 1, Art. 197 Abs. 5 Satz 1 StGB; Art. 115 Abs. 1 lit. b, Art. 119 Abs. 1 AIG; Art. 90 Abs. 2 SVG; Art. 135 Abs. 1, Abs. 4 lit. a und b, Abs. 5, Art. 379 ff., Art. 398 ff., Art. 423 Abs. 1, Art. 426 Abs. 1 sowie Art. 428 Abs. 1 und 3 StPO festgelegt und anerkannt:

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_ wird vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) gemäss AKS Ziff. 1 lit. a und b freigesprochen.

2. Es wird festgestellt, dass sich der Beschuldigte A. \_\_\_ gemäss der diesbezüglich rechtskräftigen Ziffer 1 des Urteils der Amtsgerichtspräsidentin von Olten-Gösgen vom 15. Februar 2021 (nachfolgend erstinstanzliches Urteil) schuldig gemacht hat:

3. Der Beschuldigte wird ■ teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2018 ■ verurteilt zu einer Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu je CHF 10.00, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges mit einer Probezeit von 3 Jahren.

4. Auf den Widerruf des dem Beschuldigten A.\_\_\_\_ mit Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2018 gewährten bedingten Strafvollzuges (Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je CHF 30.00) wird verzichtet, hingegen wird die Probezeit um ein Jahr verlängert.

5. Es wird festgestellt, dass gemäss rechtskräftiger Ziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots in Bezug auf jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt mit Minderjährigen umfasst, abgesehen worden ist.

6. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ wird für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen.

7. Die Landesverweisung wird im Schengener Informationssystem ausgeschrieben.

8. Es wird festgestellt, dass gemäss rechtskräftiger Ziffer 7 des erstinstanzlichen Urteils die auf dem beschlagnahmten Mobiltelefon iPhone X, [IMEI], befindlichen widerrechtlichen Daten gemäss AKS Ziff. 1 - 3 eingezogen werden und durch die Kantonspolizei Solothurn unwiderruflich zu löschen sind und dass das Mobiltelefon dem Beschuldigten A.\_\_\_\_ nach der Löschung herauszugeben ist.

Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ hat sich innert 4 Wochen seit Rechtskraft des Urteils bei der Kantonspolizei Solothurn zu melden. Im Unterlassungsfall wird davon ausgegangen, dass er auf das Eigentum am vorgenannten Gegenstand unwiderruflich verzichtet. In diesem Fall ist das Mobiltelefon iPhone X, [IMEI] zu vernichten.

9. Es wird festgestellt, dass gemäss der diesbezüglich rechtskräftigen Ziffer 8 des erstinstanzlichen Urteils die Entschädigung für den amtlichen Verteidiger des Beschuldigten A.\_\_\_\_, Rechtsanwalt Boris Banga, für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 6'475.50 (inkl. MWST und Auslagen) festgesetzt und zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat Solothurn bezahlt worden ist.

Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von CHF 4'532.85 (= 70 % von CHF 6'475.50) sowie der Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers im Umfang von CHF 1'203.60 (Differenz zu vollem Honorar im Umfang von 70 %), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten A.\_\_\_\_ erlauben.

11. Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, total CHF 984.80, hat der Beschuldigte A.\_\_\_\_ CHF 689.35 (= 70 % von CHF 984.80) zu bezahlen. Die restlichen CHF 295.45 erliegen auf dem Staat Solothurn.

12. Von den Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 2'000.00, total CHF 2'070.00, hat der Beschuldigte A.\_\_\_\_ CHF 1'656.00 (= 80 % von CHF 2'070.00) zu bezahlen. Die restlichen CHF 414.00 erliegen auf dem Staat Solothurn.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsache eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innerhalb 10 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona).

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

von Felten

Lupi De Bruycker

Der vorliegende Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 7B\_457/2023 vom 14. März 2024 bestätigt.

### **E. 3.2.1**

CyberTipline Report [Nr. 50..72] und Bericht der BKP vom 30.9.2021

Gemäss CyberTipline Report [Nr. 50..72] (AS 16 ff.) wurde am 16. Januar 2019 um 22:27:20 UTC (Schweizer Ortszeit: 23:27:20 Uhr) die Datei mit der Bezeichnung «[xq3x .12564\_n.mp4]» vom User des Facebook-Accounts [«A.»] mittels Messenger an C.\_\_\_\_ verschickt (AS 21 und 22). Die Standbilder dieser (Video-)Datei sind unter AS 32 abgelegt, das Video mit einer Laufzeit von 2 Minuten und 48 Sekunden kann auf der passwortgeschützten DVD-Rom abgespielt werden (AS 38). Die Datei wurde gemäss CyberTipline Report unter «A1» («Sex Act», «Prepubescent Minor») kategorisiert. Das Video zeigt, wie ein Mann ein deutlich im Schutzalter stehendes Mädchen, welches nackt auf dem Rücken in einem Bett liegt, einerseits mit dem Penis und andererseits mit dem Finger vaginal penetriert. Dabei wird mehrmals der Vaginalbereich des Mädchens herangezoomt.

Aus dem im Berufungsverfahren bei der BKP eingeholten Amtsbericht vom 30. September 2021 geht hervor, dass die Meldung des Providers Facebook an das NCMEC in einem vollständig automatisierten Verfahren, dem CyberTipline Reporting System, erfolgte. Der Inhalt der Meldung von Facebook wurde automatisch in den hier vorliegenden CyberTipline Report [Nr. 50..72] übertragen (AS 23). Eine manuell unterzeichnete Meldung von Facebook existiert ebenso wenig wie eine manuell unterzeichnete Version des CyberTipline Reports. Es werden im Weiteren auf die ausdrücklich aufgeworfenen Fragen (vgl. hierzu die Fragestellungen 3 und 4 in der Verfügung vom 31.8.2021) keine Mechanismen genannt, mit welchen die Authentizität des Absenders und die Verlässlichkeit des Meldungsinhaltes gewährleistet werden können. Ungeklärt ist, wie die im CyberTipline Report des NCMEC genannte Datei in den entsprechenden Facebook-Account von [«A.»] gelangte. Angaben hierzu können dem CyberTipline Report nicht entnommen werden (AS 23). Ob die vom NCMEC übermittelte und hier interessierende Datei «xq3x .12564\_n.mp4» öffentlich einsehbar gewesen sei oder nicht, geht nicht aus dem Rapport hervor. Gleiches gilt für die von der Verteidigung aufgeworfene Frage (vgl. Berufungserklärung, Ziff. I.4. Alinea 5, ASB 2), ob der Empfänger des Videos, C.\_\_\_\_, auch gleichzeitig Mitglied der Facebook-Gruppe gewesen sei. Zur Frage, ob es aufgrund der von Facebook zugestellten Daten denkbar sei, dass der Beschuldigte lediglich den Link/Pfad oder allenfalls Namen der betreffenden Dateien zur Kenntnis genommen und lediglich einen (ihm allenfalls zuvor zugesandten) Link/Pfad weitergesendet habe, ohne in die Datei selbst Einsicht zu nehmen bzw. ohne die entsprechende Datei jemals (auch nicht nur temporär) heruntergeladen zu haben, konnte die BKP keine Angaben machen (AS 23 f.).

### **E. 3.2.2**

#### IP-Adresse

Die von NCMEC gemeldete IP Adresse konnte gemäss Bericht der BKP vom 24. Juni 2019 dem Schweizer Provider E.\_\_\_\_ Schweiz GmbH zugeordnet werden. Über den Dienst ÜPF (Post- und Fernmeldeüberwachung) konnte schliesslich als Anschlussinhaberin die Firma «G.\_\_\_\_» in [Ort 1] lokalisiert werden (AS 14).

### **E. 3.2.3**

#### Auswertung der Mobiltelefongeräte

In Bezug auf die Mobiltelefongeräte ergaben die Untersuchungen Folgendes: Bei der Facebook-Registrierung zum Account [«A.»] wurde die Mobiltelefonnummer [Mobilnummer 1] hinterlegt (AS 18). Indes ergaben die vom Dienst ÜPF getätigten Abklärungen keine Auskunft. Die Rufnummer dürfte, so die Schlussfolgerungen der BKP, schon länger nicht mehr im Betrieb sein (AS 14).

Gestützt auf den Durchsuchungsbefehl vom 22. Juli 2019 (AS 113) wurden am 24. Juli 2019 die Wohnräumlichkeiten des Beschuldigten in der Asylunterkunft in [Ort 2] durchsucht, ohne dass dort elektronische Geräte und elektronische Datenträger vorgefunden werden konnten und der Beschuldigte angetroffen werden konnte (AS 2). Am 30. Juli 2019 erfolgte schliesslich anlässlich der Einvernahme des Beschuldigten auf dem Polizeiposten [Ort 1] die Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschuldigten (Apple iPhone X) mit der Rufnummer [Mobilnummer 2], auf dessen Siegelung der Beschuldigte verzichtete hatte. Die forensische Datenauswertung dieses Gerätes führte zwei Videos mit Zoophilie (sexuelle Handlungen mit Tieren: Mann penetriert von hinten einen Esel, Mann leckt an den Genitalien eines Huhnes) zu Tage (AS 31). Ebenso konnte die Weiterleitung dieser beiden Videos mittels Whatsapp dokumentiert werden, nämlich am 19. Oktober 2017 an die Nummer [Mobilnummer 3] («Huhn»-Video) und am 1. April 2018 an die Nummer [Mobilnummer 4] («Esel»-Video) (vgl. AS 31.1. und 31.2). Anderweitiges pornografisches Material konnte beim Inspizieren des Natels des Beschuldigten nicht gefunden werden (vgl. Nachtragsrapport vom 5.2.2020: AS 67.1). Daran änderte sich auch nichts, als das besagte Gerät im Berufungsverfahren auf die Verfügung des Instruktionsrichters vom 31. August 2021 hin (ASB 11 ff.) einer erneuten Prüfung mit den neusten technischen Programmen unterzogen wurde. Letztere sind auch in der Lage, bereits gelöschte Dateien ganz oder teilweise wiederherzustellen. Bei dieser Auslesung konnte unter den gelöschten Elementen lediglich eine aus einer Übersetzungs-App stammende Multimedia-Datei gewonnen werden, die in beweisrechtlicher Hinsicht in Bezug auf den vorliegenden Vorhalt ohne Relevanz war. Auch stiess die Mobile Forensik bei dieser Auslesung auf die bereits erwähnten Zoophilie-Videos («Huhn»- und «Esel»-Video), die schon 2019 gesichert und auf DVD gebrannt worden waren (ASB 21).

### **E. 3.3**

#### Aussagen des Beschuldigten

#### **E. 3.3.1**

Der Beschuldigte wurde mehrmals zum Vorhalt befragt.

Anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme vom 30. Juli 2019 (AS 39 ff.) gab der Beschuldigte auf Vorlage gewisser Standbilder zu Protokoll, er sehe diese Bilder zum

ersten Mal. Er habe zuvor noch nie so etwas gesehen. (Auf den Vorhalt, diese Bilder seien am 16.1.2019/23:37 Uhr von seinem Telefon verbreitet worden) Im Januar [2019] sei er schon in [Ort 1] gewesen. Der Betreiber des Restaurants G.\_\_\_\_ sei ein Cousin seines Vaters. (Auf die entsprechenden Fragen) Sein Mobiltelefon habe die Nummer [Mobilnummer 2] und er gebe dieses nicht an Dritte weiter. Der Code laute [ ]. Er besitze keine weiteren Natelnummern und auch keine weiteren elektronischen Geräte, auch keinen Computer. Via Internet kommuniziere er in sozialen Netzwerken via Facebook und auch via WhatsApp. Mit der Sicherstellung seines Natels habe er kein Problem. Er müsse aber noch sagen, dass er einem Gruppenchat mit über 300 Personen angeschlossen sei. Es könne vielleicht sein, dass er solche Bilder von dieser Gruppe bekommen habe. Er selber habe aber solche Bilder weder gesehen noch weiterverbreitet. Vielleicht seien diese im Gruppenchat gewesen (AS 41).

### **E. 3.3.2**

Anlässlich der zweiten polizeilichen Einvernahme vom 27. September 2019 (AS 43 ff.), welche in Anwesenheit seines amtlichen Verteidigers durchgeführt wurde, führte der Beschuldigte wiederum aus, die Bilder zuvor noch nie gesehen zu haben und schloss deren Verbreitung durch ihn aus. Er gab zu Protokoll, es könne sein, dass jemand der Facebook-Gruppe, bei welcher er dabei gewesen sei und die 300 bis 500 Mitglieder aus verschiedenen Ländern zähle, dies gemacht habe und er jetzt dafür verantwortlich gemacht werde. (Auf die Frage, ob er am 16.1.2019 /23:37 Uhr [gemäss Upload-Daten: 23:27 Uhr] im [Restaurant G.\_\_\_\_] in [Ort 1] gewesen sei) Daran könne er sich nicht mehr erinnern. Aber wenn es so sein solle, dann dürfte das stimmen. Wiederum bestätigte er, dass er sein Natel nicht weitergegeben habe. Er gebe sein Natel nie weiter, alles andere wäre gelogen. Er sei nicht mehr Teil dieser Gruppe und habe auch sein damaliges Facebook-Profil nicht mehr. (Auf die entsprechenden Ergänzungsfragen seines amtlichen Verteidigers) Es sei gut möglich, dass er sein Natel in der vorgehaltenen Tatnacht unbeaufsichtigt gelassen habe. (Auf Frage) Nein, damals habe er auch noch keinen PIN gehabt. Er wolle aber niemanden beschuldigen. Er habe niemanden gesehen, der sein Natel benutzt habe, und er habe das Telefon auch niemandem gegeben. (Auf Frage) Nein, er sei damals nicht allein im Lokal gewesen. Es sei ein Kommen und Gehen gewesen.

### **E. 3.3.3**

Auch am 4. Februar 2020 (dritte polizeiliche Befragung) wies der Beschuldigte den Versand von kinderpornografischen Bildern von sich. Leute in dieser grossen Facebook- oder Chatgruppe hätten so «Scheiss» verschickt, er aber sicher nicht. Er habe solche Bilder von der Gruppe, bei welcher 300 bis 400 Leute mitgemacht hätten, gesehen. Da seien täglich so gegen 100 verschiedene Videos gekommen. Die meisten Videos habe er aber gar nicht gesehen (AS 67.3 ff.).

### **E. 3.3.4**

Vor erster Instanz (O-G AS 55 f.) räumte der Beschuldigte auf die entsprechende Frage ein, dass er vor der Corona-Zeit oft bei seinem Verwandten in [Ort 1] gewesen sei. Sein Facebook-Account sei vom Provider selbst wegen diesen Vorwürfen gelöscht worden. Den Vorhalt stellte er wiederum vollumfänglich in Abrede.

### **E. 3.3.5**

Auch Anlässlich der Berufungsverhandlung blieb der Beschuldigte dabei, dass er die beiden ihm vorgehaltenen Videos weder hochgeladen und gesehen noch veröffentlicht habe. Er

machte geltend, dass er nie nach 22:30 Uhr im [Restaurant G.\_\_\_\_] in [Ort 1] gewesen sei. Um diese Zeit sei sein Verwandter, der [dieses Restaurant G.\_\_\_\_] besitze, bereits bei seiner Familie gewesen (ASB 67 f.). Hinsichtlich der im CyberTipline Report genannten Empfänger der Videos äusserte sich der Beschuldigte wie folgt: C.\_\_\_\_ kenne er nicht. Er habe diesen Namen noch nie gehört (ASB 66 und 68). B.\_\_\_\_ hingegen kenne er. Dies sei sein Onkel, der früher im Kanton Bern und nun im Kanton Freiburg lebe (ASB 68). Dieser Onkel sei nicht Mitglied der Facebook-Chatgruppe gewesen. In dieser Chatgruppe habe man sich über alles unterhalten und man kenne etwa 20 % der Mitglieder dieser Gruppe. Die von ihm zuletzt benutzte Rufnummer ([Mobilnummer 2]) habe er bereits gehabt, als er aus Deutschland zurückgekommen sei. Er habe in dieser Zeit nur diese Rufnummer benutzt. Die [Mobilnummer 1] sage ihm nichts. Er kenne diese Rufnummer nicht und wisse auch nicht mehr, wie seine frühere Rufnummer gelautet habe (AS 69). Auf die Frage, ob er jemals einer anderen Person das Passwort für seinen Facebook-Account gegeben habe, führte der Beschuldigte aus, im Irak sei einmal plötzlich sein PC «gehackt» worden. Seinem Bruder, der sich gut in der Informatik auskenne, habe er dann sein Passwort für den Facebook-Account gegeben und dieser habe seinen PC wieder in Ordnung gebracht. Er wisse nicht, ob sein Bruder versehentlich das Passwort einem anderen Kollegen gegeben habe oder nicht. Er wolle niemandem die Schuld geben, er wisse es nicht genau (ASB 69 f.). Sein Bruder lebe im Irak und sei nie in [Ort 1] im [Restaurant G.\_\_\_\_] gewesen (ASB 70).

### **E. 3.4**

#### Argumentation der Verteidigung

Die Verteidigung macht in beweisrechtlicher Hinsicht zusammengefasst geltend (AS 44 - 47 sowie Plädoyernotizen im Berufungsverfahren: ASB 79 f.), der Tipp in Form des CyberTipline Reports sei mit Vorsicht zu geniessen und lediglich als Strafantrag anzusehen. Die Vorwürfe gemäss CyberTipline-Report seien höchstens als Anfangsverdacht anzusehen, die Anlass seien, weitere Ermittlungen durchzuführen. Als Beweise taugten die Ausführungen des NCMEC nicht. Das NCMEC habe die Datei überhaupt nicht geprüft. Unfiltriert sei die Meldung von Facebook über das NCMEC an die BKP weitergeleitet worden. Nichts Anderes sei dem Amtsbericht der BKP zu entnehmen. Demnach sei die Übermittlung der Meldung automatisiert vom Provider ans NCMEC erfolgt. Zu keinem Zeitpunkt sei der Inhalt der Datei von einem Mitarbeiter überprüft worden. Aus den Akten gehe nicht hervor, dass die hiesige Polizei irgendwelche Beweise gefunden habe, welche die Verdachtsmomente erhärtet hätten. Auf Seite 3 der Strafanzeige vom 8. Oktober 2019 werde erklärt, dass diese relevanten Bilder weitergeleitet worden seien. Doch es handle sich nicht um Bilder, sondern um Videos und durch diesen CyberTipline Report habe sich die Wahrnehmung der Polizei verzerrt, weil diese überzeugt gewesen sei, dass eine Weiterleitung ohne Weiteres stattgefunden habe, obschon keine Ermittlungen durchgeführt worden seien und keinerlei Beweise vorzufinden seien. Die BKP habe einzig die vom NCMEC ermittelte IP-Adresse dem Schweizer Provider E.\_\_\_\_ GmbH zuordnen und eruieren können, dass der Facebook-Account dem Beschuldigten gehöre. Die angebliche Weiterleitung der Videodatei sei aber nicht mehr geprüft worden. Zudem sei die aufgeführte Telefonnummer auf AS 10 im IRC-Export ■ IR ID:[ ] nicht mit derjenigen des Beschuldigten identisch (vgl. pag. 41 bzw. Antwort zu Frage 11 der Einvernahme vom 30.7.2019). Einem Nutzer von Facebook sei es auch gar nicht möglich, Videos aus einer Facebook-Gruppe direkt über den Messenger weiterzuleiten. Die von anderen Mitgliedern

der Gruppe gesendeten Beiträge (seien es Posts, Fotos oder Videos) könnten auf Facebook nicht ohne Weiteres heruntergeladen werden. Hierfür seien spezielle Programme erforderlich, die der Beschuldigte jedoch nicht installiert gehabt habe. Die Polizei habe denn auch auf dem Handy des Beschuldigten kein pornografisches Material im Sinne des ersten Vorhaltes (Kinderpornografie) gefunden. Im Unterschied zum Download von Videodateien sei es möglich, den Link eines geschickten Videos in der Facebook-Gruppe zu kopieren und anschliessend im Messenger weiterzuleiten. Ein solches Vorgehen werde dem Beschuldigten aber in der Anklageschrift, welche in Bezug auf den Sachverhalt den Rahmen abstecke, gar nicht vorgeworfen, und der genannte Empfänger (C. \_\_\_) hätte einen solchen Link nur einsehen können, wenn es sich bei ihm um ein Mitglied der entsprechenden Facebook-Gruppe gehandelt hätte, was aber nicht belegt sei.

#### **E. 3.4.1**

S. 115 mit Hinweis). In die hypothetische Gesamtstrafe einzubeziehen sind auch Dauerdelikte, deren Tathandlung oder -unterlassung über den Zeitpunkt der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils im früheren Verfahren andauern (Urteil des Bundesgerichts 6B\_414/2009 vom 21.7.2009 E. 3.4.2 mit Hinweis auf Jürg-Beat Ackermann in: Basler Kommentar, Strafrecht I, damalige 2. Auflage, Art. 49 StGB N 66; ebenso 4. Auflage, 2019, Art. 49 StGB N 166).

1.3.2 Dem Zweitrichter ist es nicht erlaubt, im Rahmen retrospektiver Konkurrenz die Grundstrafe aufzuheben und eine (nachträgliche) Gesamtstrafe für alle Taten auszusprechen. Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit der Grundstrafe umfasst deren Art, Dauer und Vollzugsform. Zwar hat er sich in die Lage zu versetzen, in der er sich befände, wenn es alle der Grund- und Zusatzstrafe zu Grunde liegenden Delikte in einem einzigen Entscheid zu beurteilen hätte. Die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe hat es jedoch aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten Taten) und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden. Sein Ermessen beschränkt sich auf die von ihm gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Grundstrafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1 und 2.4.2).

Beim Vorgehen gilt es zu differenzieren, ob die Grundstrafe oder die neu zu beurteilenden Delikte die schwerste Straftat enthalten. Wenn die schwerste Straftat, die sich nach der abstrakten Strafdrohung bestimmt, in der (rechtskräftigen) Grundstrafe enthalten ist, so ist die Grundstrafe unverändert zu übernehmen und gilt als Einsatzstrafe. In der Folge ist zu bestimmen, mit je welchem Anteil der einzelnen zusätzlichen Strafen diese Einsatzstrafe angemessen zu erhöhen ist. Liegt umgekehrt der Einzel- oder Gesamtstrafe der neu zu beurteilenden Taten die schwerste Straftat zugrunde, ist diese um die Grundstrafe angemessen zu erhöhen. Von der vom Zweitrichter auf diese Weise festgesetzten hypothetischen Gesamtstrafe ist schliesslich die rechtskräftige Strafe des Ersturteils (Grundstrafe) in Abzug zu bringen. Daraus resultiert die auszufällende Zusatzstrafe.

1.3.3 In einem neuen Grundsatzentscheid (BGE 145 IV 1 E. 1) hat das Bundesgericht in Präzisierung seiner bisherigen Rechtsprechung das korrekte methodische Vorgehen bei einer bloss teilweisen retrospektiven Konkurrenz erörtert. Demnach ist für die neuen Taten ■ d.h. diejenigen, welche nach Rechtskraft der ersten Verurteilung begangen wurden ■ eine unabhängige Strafe festzulegen. Deshalb ist zwischen Taten, die vor, und solchen, die nach dem Ersturteil begangen wurden, zu unterscheiden. Zwischen diesen beiden

Tatkomplexen kommt Art. 49 Abs. 1 StGB nicht mehr zum Tragen. Das Gericht beurteilt in einem ersten Schritt zunächst, ob bezüglich der Taten, welche vor dem Ersturteil begangen wurden, mit Blick auf die ins Auge gefasste Straftat die Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB in Betracht fällt und hat, sofern dies der Fall ist, die Zusatzstrafe nach den unter vorstehender Ziff. V.1.3.2 dargelegten Grundsätzen zu bestimmen. Anschliessend legt es in einem zweiten Schritt für die nach der ersten Verurteilung begangenen Taten eine unabhängige Strafe fest, gegebenenfalls in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB. Schliesslich sind in einem dritten Schritt die beiden ermittelten Strafen zusammenzuzählen, was die neu zu verhängende Strafe ergibt.

## 2. Konkrete Strafzumessung

### **E. 3.5**

#### Beweiswürdigung

##### **E. 3.5.1**

#### Grundsätze der Beweiswürdigung

Gemäss der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 10 Abs. 3 StPO verankerten Maxime «in dubio pro reo» ist bis zum Nachweis der Schuld zu vermuten, dass die einer Straftat angeklagte Person unschuldig ist: Es gilt demnach die Unschuldsvermutung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 120 Ia 36 ff, 127 I 40 f.) betrifft der Grundsatz der Unschuldsvermutung sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Als Beweiswürdigungsregel ist der Grundsatz «in dubio pro reo» verletzt, wenn sich der Strafrichter von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklärt, obschon bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, da solche immer möglich sind. Obwohl für die Urteilsfindung die materielle Wahrheit wegleitend ist, kann absolute Gewissheit bzw. Wahrheit nicht verlangt werden, da diese der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit überhaupt verschlossen ist. Mit Zweifeln ist deshalb nicht die entfernteste Möglichkeit des Anderseins gemeint. Erforderlich sind vielmehr erhebliche und schlechthin nicht zu unterdrückende Zweifel, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen. Bei mehreren möglichen Sachverhaltsversionen hat der Richter auf die für den Beschuldigten günstigste abzustellen.

Das Gericht folgt bei seiner Beweisführung dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO): Es würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung und ist damit bei der Wahrheitsfindung nicht an die Standpunkte und Beweisführungen der Prozessparteien gebunden. Unterschieden wird je nach Art des Beweismittels in persönliche (Personen, welche die von ihnen wahrgenommenen Tatsachen bekannt geben: Aussagen von Zeugen, Auskunftspersonen und Beschuldigten) und sachliche Beweismittel (Augenschein und Beweisobjekte wie Urkunden oder Tatspuren). Dabei kommt es nicht auf die Zahl oder Art der Beweismittel an, sondern auf deren Überzeugungskraft oder Beweiskraft. Das Gericht entscheidet nach der persönlichen Überzeugung, ob eine Tatsache bewiesen ist oder nicht.

Indizien (Anzeichen) sind Hilfstatsachen, die, wenn selber bewiesen, auf eine andere, unmittelbar rechtserhebliche Tatsache schliessen lassen. Für sich allein betrachtet deuten Indizien jeweils nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache hin. Gemeinsam ■ einander ergänzend und verstärkend ■ können Indizien aber zum Schluss führen, dass die rechtserhebliche Tatsache nach der allgemeinen Lebenserfahrung gegeben sein muss. Der erfolgreiche Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichgestellt.

### E. 3.5.2

#### Konkrete Beweiswürdigung

Unzweifelhaft ist vorliegend die Zuordnung des vom NCMEC gemeldeten Facebook-Accounts mit dem User-Name [«A.»]: Das gemäss Facebook-Account registrierte Geburtsdatum «[ ]» stimmt mit den Angaben des Beschuldigten überein (vgl. AS 158) und wird auch in den Dokumenten der Schweizer Behörden verwendet (amtliche Ausweise des irakischen Heimatstaates des Beschuldigte gibt es hingegen nicht: AS 162). Die abweichende Schreibweise des Nachnamens ([ ] statt [ ]) spricht nicht gegen den Beschuldigten, zumal aktenkundig ist, dass er diesen Nachnamen im Sinne einer Nebenidentität ebenfalls verwendete (vgl. hierzu Ziff. 1.15 der SEM-Befragung zur Person: AS 158). Der Beschuldigte gab zu, sich über Facebook mit Dritten ausgetauscht zu haben und früher Mitglied einer grossen Facebook-Chatgruppe gewesen zu sein, die mehrere hundert Mitglieder zähle und international ausgerichtet sei. Auch die von Facebook an das NCMEC gemeldete standortbezogenen Angaben zum Nutzer (IP Adresse) ergaben einen Bezug zum Beschuldigten: Als Anschlussinhaberin dieser IP-Adresse konnte der Dienst ÜPF der Firma G.\_\_\_\_, an der [ ]strasse in [Ort 1] eruieren, die von einem Verwandten des Beschuldigten geführt wird und in dessen Lokal der Beschuldigte nach seinen eigenen Angaben oft war. Dass es sich bei dem im CyberTipline erwähnten Facebook-Nutzer um den Beschuldigten handelt, wurde denn auch von der Verteidigung nie in Abrede gestellt und ist mit Blick auf die Beweislage erstellt.

Der Verdacht der Weiterleitung von Kinderpornografie gründet auf der NCMEC-Meldung vom 19. Juni 2019, welche die vom Provider Facebook zur Verfügung gestellten Informationen (inkl. Videodatei) enthält. Wie das private Unternehmen Facebook diese Erkenntnisse erlangte, wurde vorstehend unter Ziff. II.2.2 in den Grundzügen dargelegt. Es handelt sich um ein auf künstlicher Intelligenz beruhendes, automatisiertes Erkennungssystem und letztlich um einen Abgleich von Listen mit Hashwerten.

Der Beschuldigte stellte bis zur Berufungsverhandlung nicht in Abrede, dass er sich am 16. Januar 2019 spätabends im Restaurant G.\_\_\_\_ in [Ort 1] (= IP-Adresse) aufhielt (vgl. Einvernahme vom 27.9.2019). Der Schuldspruch wegen Missachtung der Eingrenzung, «begangen und festgestellt am 16. Januar 2019, um 23:27 Uhr» (Teilvorhalt gemäss AKS Ziff. 5) erwuchs denn auch bereits in Rechtskraft. Die nun erstmals vor Obergericht vorgebrachte Behauptung, er habe sich gar nie nach 22:30 Uhr im Restaurant G.\_\_\_\_ seines Verwandten aufgehalten, ist vor diesem Hintergrund wenig glaubhaft und als Schutzbehauptung zu werten. Der Beschuldigte räumte ein, dass er sein Mobiltelefon nicht Dritten zur Verfügung gestellt habe. Die ■ erst auf die entsprechende Ergänzungsfrage des Verteidigers hin ■ ins Spiel gebrachte Möglichkeit einer unbefugten Verwendung seines Natels durch eine Drittperson schien dem Beschuldigten nicht naheliegend. Er behauptete zwar, sein Handy sei damals noch nicht durch einen Sperrcode vor dem Zugriff Dritter geschützt gewesen, führte dann aber sogleich relativierend hinzu, dass wenig für ein solches

Szenario spreche (vgl. vorstehende Ziff. III.3.3.2, zweite polizeiliche Einvernahme). Konkrete Anhaltspunkte hierfür liegen denn auch keine vor. Anlässlich der Befragung vor Obergericht äusserte der Beschuldigte erstmals die Vermutung, sein Bruder, der sich in der Informatik auskenne und seinen PC nach einem Hackerangriff im Irak wieder in Ordnung gebracht habe, könnte das Passwort seines Facebook-Account «versehentlich» an Dritte weitergegeben haben. Weshalb ausgerechnet seinem im Umgang mit Computern versierten Bruder ein solches Versehen unterlaufen sein sollte, blieb im Dunkeln. Die Annahme einer fahrlässigen oder gar vorsätzlichen Passwortweitergabe durch seinen Bruder erweist sich nicht als plausibel und kann deshalb verworfen werden.

Eingestanden ist vom Beschuldigten, dass er früher zu einer Facebook-Gruppe gehörte, in welcher eine Vielzahl von Bildern mit pornografischem Inhalt kursierten. Schliesslich ist auch bekannt, dass der Beschuldigte rechtskräftig wegen mehrfacher harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 (Satz 1) und Abs. 5 (Satz 1) StGB verurteilt wurde, weil er von seinem Mobiltelefon per WhatsApp eine Videodatei mit Zoophilie an eine Drittperson weitergeleitet hatte (vgl. AKS Ziff. 2) und eine weitere Videodatei, die ebenfalls sexuelle Handlungen mit einem Tier zum Inhalt hatte, besass (AKS Ziff. 3). Ergänzend sei erwähnt, dass auch im letztgenannten Fall aufgrund der Geräteauswertung die Weiterleitung des Videos durch den Beschuldigten beweismässig erstellt ist. Von einer Anklage im Sinne von Art. 197 Abs. 4 (Satz 1) StGB wurde aber abgesehen, weil sich der Beschuldigte im Zeitpunkt der Tathandlung in Deutschland aufhielt und die Staatsanwaltschaft davon ausging, die Tat falle nicht in den räumlichen Geltungsbereich des StGB (vgl. hierzu auch den Journaleintrag vom 20.2.2020, AS 92.4).

In beweisrechtlicher Hinsicht unterscheiden sich die beiden «WhatsApp»-Fälle von der vorliegend zu beurteilenden Konstellation insofern jedoch massgeblich, als bei Ersteren eine klare Zuordnung zu einem elektronischen Datenträger des Beschuldigten vollzogen werden konnte. Demgegenüber lässt sich vorliegend als beweisrechtliche Schwachstelle und den Beschuldigten entlastendes Moment keine Verknüpfung zwischen der vom NCMEC gemeldeten Datei mit dem Kürzel «xq3x .12564\_n.mp4» und einem vom Beschuldigten verwendeten Datenträger ausmachen. Hinsichtlich der beim Facebook-Profil des Beschuldigten hinterlegten und einst auch verifizierten [Mobilnummer 1] blieben die Abklärungen ergebnislos. Die BKP schloss daraus, dass die Rufnummer seit längerer Zeit nicht mehr in Betrieb war (AS 14). Das Mobiltelefongerät mit der Nummer [Mobilnummer 2] benutzte der Beschuldigte seit längerer Zeit. Mit diesem Gerät leitete der Beschuldigte nachweislich am 19. Oktober 2017 (mithin noch während seines Aufenthaltes in Deutschland) und am 1. April 2018 je ein Video, welches sexuelle Handlungen mit Tieren beinhaltete, weiter. Das Gerät wurde zweimal von Spezialisten der Polizei untersucht, ohne dass sich aber Hinweise auf die Datei «xq3x .12564\_n.mp4» ergaben, dies auch nicht bloss in Form von Vorschaubildern.

Hinzu kommt, dass einem CyberTipline Report keine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt. K.\_\_\_\_ wird in diesem Report als «Point of Contact for Law Enforcement» (Kontaktstelle für die Strafverfolgung) und «Submitter» (Einreicher) unter der Firmenbezeichnung «Facebook» genannt (AS 18). Hinweise, dass diese Person in den konkreten Überwachungsakt aktiv einbezogen worden wäre und eine eigenständige Prüf- oder Kontrollfunktion wahrgenommen hätte, liegen indes keine vor. Diesbezüglich ist vollumfänglich auf die Angaben der BKP im Bericht vom 30. September 2021 abzustellen (ASB 23): «Die Übermittlung der Meldungen des Providers an NCMEC geschieht

automatisiert über das CyberTipline Reporting System, nicht manuell und mit Unterschrift. Der Inhalt der Meldung von Facebook wurde automatisch in den hier vorliegenden Report Nr. [50..72] übertragen.» Ebenso ist dem CyberTipline Report zu entnehmen (AS 26), dass kein Mitarbeiter des NCMEC in die vorgehaltene Datei Einsicht nahm. Es ist nicht bekannt, wie fehleranfällig dieses System ist und auf welche Weise die Verlässlichkeit des Meldungsinhaltes gewährleistet werden kann (vgl. auch vorstehende Ziff. III.3.2.1).

Als weitere beweisrechtliche Schwachstelle ist festzuhalten, dass mit Bezug auf die angebliche Empfängerseite keinerlei Erkenntnisse vorliegen. Der Beschuldigte wurde anlässlich der Berufungsverhandlung zu «C.\_\_\_\_», dem im CyberTipline-Report ■ nicht aber in der Anklageschrift ■ genannten Empfänger der Datei mit dem Kürzel «xq3x .12564\_n.mp4» befragt. Er sagte mehrfach aus, dass er keinen «C.\_\_\_\_» kenne und er diesen Namen noch nie gehört habe (vgl. ASB 66, 68). Dies wirkte glaubhaft. Es kann jedenfalls nicht behauptet werden, der Beschuldigte habe einfach jegliche Verbindung mit Personen, die im CyberTipline Report als Empfänger aufgeführt werden, bestreiten wollen. So gab der Beschuldigte vor Obergericht auf die entsprechende Frage ohne Umschweife zu, dass er B.\_\_\_\_ (= Empfänger der Videodatei im Zusammenhang mit AKS Ziff. 1 lit b, vgl. AS 20) kenne, dies sei sein Onkel (ASB 68). Ebenso gab er dessen Wohnort bekannt.

Hinzuweisen ist schliesslich auch auf das bereits vorne zitierte bundesgerichtliche Urteil 6B\_623/2019 vom 5. Februar 2020, dem in beweisrechtlicher Hinsicht eine vergleichbare Konstellation zu Grunde lag: Die Vorinstanz zog den Schluss, das LKA habe gezielte Nachforschungen nach Benutzern der vorher gesicherten kinderpornografischen Datei angestellt. Dabei sei unter anderem die IP-Adresse des Beschwerdeführers eruiert und dieser in der Folge durch das fedpol als Anschlussinhaber abgeklärt worden. Dieses Vorgehen sei korrekt gewesen. Dass die fragliche Datei auf seinen PC-Systemen nicht habe sichergestellt werden können, entlaste ihn beim dargestellten Beweisergebnis nicht. Der Beschwerdeführer habe im Januar 2014 diesbezüglich selbst ausgesagt, er frage sich, warum man die aktuellen Computer sichergestellt habe, denn zum angeblichen Tatzeitpunkt im Sommer 2013 habe er noch andere Computer gehabt. Dass man die entsprechende Videodatei auf den sichergestellten PC-Systemen des Beschwerdeführers nicht mehr gefunden habe, sei aufgrund der neuen PC-Umgebung ohne Weiteres erklärbar. Auch die These, wonach ein Dritter die fragliche Datei über das Netzwerk des Beschwerdeführers heruntergeladen haben soll, verwirft die Vorinstanz. Der Nachweis, dass der Beschwerdeführer die besagte Datei heruntergeladen und über eine Peer-to-Peer-Software anderen Nutzern zugänglich gemacht habe, sei aufgrund der Ermittlungen des LKA und des fedpol erbracht.

Das Bundesgericht hielt dem entgegen (E. 1.4), die aktenkundigen Informationen zu den in Deutschland durchgeführten Ermittlungen seien nicht sehr aussagekräftig. Sie bestünden im Wesentlichen aus einem Kurzbrief von Interpol Wiesbaden sowie Angaben zu «Userhashs», «Filehashs» und IP-Adressen. Daraus solle sich ergeben, welcher Benutzer die fragliche Datei wann heruntergeladen habe. Eine Abfrage betreffend die IP-Adresse xxx habe für den Stichtag 22. Juni 2013 ergeben, dass diese IP-Adresse dem Beschwerdeführer zuzuordnen sei. Anschliessend sei beim Beschwerdeführer eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden. Die fragliche Datei habe auf seinen PC-Systemen allerdings nicht gefunden werden können. Die Vorinstanz stütze den Schuldspruch bezüglich der verbotenen Kinderpornografie im Grunde einzig auf die Informationen des LKA. Das Bundesgericht bemängelte, dass der «Filehash» gleich mehrfach falsch abgeschrieben

worden sei, was verdeutliche, wie fehleranfällig die Weitergabe der Daten gewesen sei. Eine Verurteilung einzig gestützt auf eine Zahlen- und Buchstabenkombination, welche erstelltermassen mehrfach falsch kopiert worden sei, sei willkürlich. Die Beschwerde sei deshalb in diesem Punkt gutzuheissen und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers vom Vorwurf der Herstellung und Zugänglichmachung von Kinderpornografie an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Auch wenn im vorliegenden Fall keine fehlerhaften Bezeichnungen der fraglichen Datei hinzu kamen, muss hier im Ergebnis dasselbe gelten. Nachdem die entsprechende Datei oder auch nur einzelne Sequenzen daraus weder auf dem vom Beschuldigten benutzten Mobiltelefongerät noch auf einem anderen elektronischen Datenträger gefunden werden konnten und auch keinerlei Erkenntnisse in Bezug auf den im CyberTipline Report genannten Empfänger «C.\_\_\_\_» vorliegen, bleiben unüberwindbare Zweifel hinsichtlich der vorgehaltenen Tathandlung der Weiterleitung dieser Datei. Erst recht muss dies in Bezug auf den subjektiven Tatbestand gelten. Strafrechtlich von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB erfasst wird nur der Täter, der die Tathandlung (in casu die elektronische Weiterleitung) in Kenntnis um den kinderpornografischen Inhalt des Tatobjektes (in casu der Videodatei) begeht. Dieser Nachweis kann vorliegend nicht erbracht werden. Demzufolge ist der Beschuldigte in Bezug auf AKS Ziff. 1 lit. a vom Vorwurf der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB «in dubio pro reo» freizusprechen.

#### IV. Strafzumessung

##### 1. Allgemeine Grundsätze

###### **E. 4**

Die Staatsanwaltschaft erhob am 18. März 2020 Anklage gegen den Beschuldigten und überwies die Akten der Amtsgerichtspräsidentin von Olten-Gösgen zum Entscheid.

###### **E. 5**

Die erstinstanzliche Hauptverhandlung fand am 16. November 2020 statt (Verfahren Richteramt Olten-Gösgen, OGSPR.2020.46, Aktenseiten [nachfolgend O-G AS] 40 ff.). Anlässlich der Hauptverhandlung liess der Beschuldigte beantragen, die Unterlagen der BKP und des NCMEC seien als unverwertbar zu qualifizieren und aus den Strafakten zu entfernen. Die Amtsgerichtspräsidentin entschied, diesen Antrag nicht vorfrageweise im Sinne von Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO zu behandeln, sondern erst nach Durchführung der Hauptverhandlung in einem nachgelagerten schriftlichen Verfahren darüber zu befinden. Mit diesem Vorgehen war der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ausdrücklich einverstanden (vgl. Protokoll der Hauptverhandlung vom 16.11.2020: O-G AS 41). Der Beschuldigte wurde anlässlich der Hauptverhandlung zur Sache und Person befragt und die Verteidigung reichte die Plädoyerprotokolle zu den Akten (vgl. O-G AS 41 und US 4).

###### **E. 5.6**

S. 61; Urteil 6B\_1110/2014 vom 19. August 2015 E. 4.3). Nach der Festlegung der Gesamtstrafe für sämtliche Delikte sind endlich die Täterkomponenten zu berücksichtigen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_865/2009 vom 25.3.2010 E. 1.6.1, 6B\_496/2011 vom 19.12.2012 E. 4.2).

1.3.1 Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig

beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Die Bestimmung will im Wesentlichen das in Art. 49 Abs. 1 StGB verankerte Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere gleichartige Strafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2 S. 67; BGE 138 IV 113 E).

#### **E. 6**

Mit begründeter Verfügung vom 24. November 2020 wies die Amtsgerichtspräsidentin den Antrag des Beschuldigten auf Unverwertbarkeit der BKP- und NCMEC-Unterlagen ab und setzte dem Beschuldigten nochmals Frist zur Einreichung von weiteren Beweisanträgen (O-G AS 65 ff.). Von dieser Gelegenheit machte der Beschuldigte mit Eingabe vom 16. Dezember 2020 Gebrauch (O-G AS 72 ff.), indem er erneut die Entfernung der vorgenannten Unterlagen aus den Strafakten verlangte und diverse Beweisanträge stellte. Sämtliche Beweisanträge wurden von der Verfahrensleitung mit Verfügung vom 15. Februar 2021 abgewiesen und das Beweisverfahren wurde geschlossen (vgl. O-G AS 79 sowie AS 93 f./US 6 f.).

#### **E. 7**

Das Urteil der Amtsgerichtspräsidentin von Olten-Gösgen erging ebenfalls am 15. Februar 2021 und lautet wie folgt (O-G AS 78 ff., motiviertes Urteil: O-G AS 89 ff.):

« 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ hat sich schuldig gemacht:

2. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ wird ■ als teilweise Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2018 ■ verurteilt zu einer Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu je CHF 10.00, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges mit einer Probezeit von 3 Jahren.

3. Auf den Widerruf des dem Beschuldigten A.\_\_\_\_ mit Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2018 bedingt gewährten Strafvollzug (Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je CHF 30.00) wird verzichtet, hingegen wird die Probezeit um 1 Jahr verlängert.

4. Von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots in Bezug auf jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt mit Minderjährigen umfasst, wird abgesehen.

5. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ wird für die Dauer von 6 Jahren des Landes verwiesen.

6. Die Landesverweisung wird im Schengener Informationssystem ausgeschrieben.

7. Die auf dem beschlagnahmten Mobiltelefon iPhone X, IMEI [ ], befindlichen, widerrechtlichen Daten gemäss AnklS. Ziff. 1 ■ 3 werden eingezogen und sind durch die Kantonspolizei Solothurn unwiderruflich zu löschen. Das Mobiltelefon ist dem Beschuldigten A.\_\_\_\_ nach der Löschung herauszugeben.

Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ hat sich innert 4 Wochen seit Rechtskraft des Urteils bei der Kantonspolizei Solothurn zu melden. Im Unterlassungsfall wird davon ausgegangen, dass er auf das Eigentum am vorgenannten Gegenstand unwiderruflich verzichtet. In diesem Fall ist das Mobiltelefon iPhone X, IMEI [ ], zu vernichten.

8. Die Entschädigung für den amtlichen Verteidiger des Beschuldigten A. \_\_\_\_, Rechtsanwalt Boris Banga, wird auf CHF 6'475.50 (inkl. MWST und Auslagen) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu zahlen.

Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers im Umfang von CHF 1'719.45 (Differenz zu vollem Honorar; inkl. MWST und Auslagen), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

9. Die Verfahrenskosten, mit einer Gerichtsgebühr von CHF 600.00, total CHF 984.80 sind vom Beschuldigten zu bezahlen. ■

#### **E. 8**

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 18. Februar 2021 rechtzeitig die Berufung anmelden (O-G AS 85).

#### **E. 9**

Mit Berufungserklärung vom 5. August 2021 verlangt der Beschuldigte die Aufhebung folgender Ziffern des erstinstanzlichen Urteils (ASB 1 ff.):

Der Beschuldigte stellt folgende Fest- bzw. Abänderungsanträge:

Im Weiteren stellt der Beschuldigte diverse Beweisanträge (vgl. hierzu im Einzelnen ASB 2 sowie nachfolgende Ziff. I.12.).

#### **E. 10**

Mit Eingabe vom 18. August 2021 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufungserklärung sowie auf die Teilnahme am weiteren Berufungsverfahren (ASB 9). Demzufolge findet das Verschlechterungsverbot Anwendung (Art. 391 Abs. 2 StPO).

#### **E. 10.00**

(ASB 54 f.).

In zeitlicher Hinsicht ist wie folgt zu differenzieren:

Vor dem 29. März 2018 beging der Beschuldigte den Straftatbestand der (harten) Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 StGB (AKS Ziff. 3: Besitz von Zoophilie-Video zum Eigenkonsum), nämlich soweit den Tatzeitraum vom 12. Dezember 2017 sowie die Zeit vom 15. Februar 2018 bis 28. März 2018 betreffend. Ebenfalls vor dem 29. März 2018 beging der Beschuldigte den als Dauerdelikt ausgestalteten Straftatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (AKS Ziff. 6), nämlich soweit den Tatzeitraum vom 16. Februar 2018 bis 28. März 2018 betreffend. Folglich ist für diese beiden Delikte eine Zusatzstrafe auszufällen (vgl. nachfolgende Ziff. 2.3).

Kein Fall einer retrospektiven Konkurrenz liegt in Bezug auf das zweitgenannte Urteil vom 27. Januar 2022 vor. Die beiden mit diesem Urteil abgeurteilten Taten beging der Beschuldigte am 7. Dezember 2021 (vgl. ASB 55 und eingeholte Akten STA.2022.17), mithin zu einem Zeitpunkt, als die Vorinstanz das erstinstanzliche Urteil bereits ausgefällt hatte, dieses datiert vom 15. Februar 2021 (O-G AS 78 ff.). Eine (auch bloss hypothetische) Beurteilung dieser neuen Delikte fiel in Anbetracht dieser Chronologie vor erster Instanz ausser Betracht, weshalb ein Anwendungsfall von Art. 49 Abs. 2 StGB zu verneinen ist. Für die Frage, ob und in welchem Umfang (d.h. ganz oder teilweise) das Gericht eine

Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB aussprechen muss, ist stets auf das Datum der ersten Verurteilung im ersten Verfahren (sog. Ersturteil) abzustellen, unabhängig davon, ob dieses später ■ wie vorliegend ■ allenfalls in einem Rechtsmittelverfahren reformiert wird (vgl. BGE 138 IV 113 E. 3.4.3), denn nach der ratio legis der Bestimmung von Art. 49 Abs. 2 StGB soll nur derjenige in den Genuss der in der Regel vorteilhaften Zusatzstrafe kommen, bei dem der erstinstanzliche Richter die mehreren Straftaten überhaupt gleichzeitig hätte aburteilen können, nicht aber derjenige, der erneut delinquent, nachdem er wegen anderer Delikte erstinstanzlich verurteilt und mithin eindringlich gewarnt worden war (vgl. BGE 124 II 39E. 3c).

#### **E. 11**

In Rechtskraft erwachsen sind folgende Dispositivziffern des erstinstanzlichen Urteils:

Obwohl nicht angefochten, bildet Dispositivziffer 3 (Verzicht auf den Widerruf) des erstinstanzlichen Urteils ebenfalls Prüfungsgegenstand des Berufungsverfahrens. Gemäss der obergerichtlichen Praxis sind alle Aspekte der Strafzumessung im weiteren Sinne (Strafmass, Frage des bedingten Strafvollzugs, Widerruf, Rückversetzung) als Gesamtpaket (sog. Sanktionenpaket) zu betrachten (SOG 2005 Nr. 15). Um ein kohärentes Sanktionenpaket zu bestimmen, ist bei der Strafzumessung eine Teilanfechtung abzulehnen, wenn damit Fragen auseinandergerissen werden, die in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen (vgl. SOG 1999 Nr. 25 mit Hinweis auf BGE 117 IV 97). So darf die Entscheidung über die Gewährung des bedingten Vollzuges nicht von der Entscheidung über die Höhe der Strafe abgespalten werden und die Frage, ob der bedingte Vollzug einer Vorstrafe zu widerrufen sei, darf nicht losgelöst von der Hauptstrafe beurteilt werden (SOG 1999 Nr. 24). Diese Praxis ist auch unter der Geltung der neuen Strafprozessordnung weiterzuführen (vgl. SOG 2013 Nr. 15).

Fällt die Berufungsinstanz ■ wie vorliegend ■ in der Sache einen neuen Entscheid, so hat sie zwingend auch über die Kostenverlegung der Vorinstanz zu befinden (Art. 428 Abs. 3 StPO) und damit auch über die Frage, ob und (gegebenenfalls) in welchem Umfang ein Rück- und Nachforderungsanspruch im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO besteht.

#### **E. 12**

Der Instruktionsrichter verfügte am 31. August 2021, es sei beim Bundesamt für Polizei, BKP, ein Amtsbericht einzuholen, der sich zum beigelegten Fragekatalog zu äussern habe (ASB 11 ff.). Zudem sei die Polizei des Kantons Solothurn mit einer Kopie des Fragekatalogs zu bedienen und zu ersuchen, dem Gericht mitzuteilen, ob sich auf dem gesicherten und ausgewerteten Handy des Beschuldigten irgendwelche Daten befänden, die die gestellten Fragen beantworteten und welche Schlüsse daraus zu ziehen seien. Ein weiterer Beweisantrag des Beschuldigten (Erbringung des Nachweises, dass das Video über den Messenger-Chat versendet worden sei) wurde vom Instruktionsrichter in dieser Form abgewiesen.

#### **E. 13**

Am 20. September 2021 ging der Nachtragsrapport der Polizei (ASB 21) und am 4. Oktober 2021 der Amtsbericht der BKP ein (ASB 22 ff.). Ebenso wurde auf den Antrag der Verteidigung die Vereinbarung zwischen der BKP und dem NCMEC zu den Akten genommen (ASB 28 ff.).

#### **E. 14**

Schliesslich wurden aufgrund einer weiteren rechtskräftigen Verurteilung (vgl. den Strafregisterauszug vom 27.9.2022: Strafbefehl vom 27.1.2022) von Amtes wegen die Akten des Strafverfahrens STA.2022.17 eingeholt.

## II. Vorfrage: Verwertbarkeit der Unterlagen der BKP und des NCMEC

1. Der Beschuldigte wendet sich gegen die Verwertbarkeit der Unterlagen der BKP und des NCMEC mit folgenden Argumenten (O-G AS 46, AS 73 ff. sowie ASB 3 und Plädoyernotizen vor Obergericht: ASB 78 - 81): Das amerikanische Gesetz dürfe und könne nicht als Rechtfertigung der Zwischenschaltung des NCMEC für die Beweiserhebung und die damit zusammenhängende Verurteilung auf Schweizer Boden herangezogen werden. Eine Zusammenarbeit zwischen den USA und der Schweiz sei sowieso nur in einem Rechtshilfeverfahren möglich. Offenbar habe die Schweiz die USA nicht um Kooperation ersucht. Nicht einmal eine Strafverfolgungsbehörde, sondern das NCMEC habe von sich aus Auffälligkeiten auf Facebook weitergeleitet. Beim NCMEC handle es sich gemäss Staatsanwaltschaft um eine halbstaatliche Organisation und gemäss anderen Quellen um eine zwar vom US-Senat finanzierte, aber private gemeinnützige Organisation mit Sitz in den USA. Eine eigentliche Untersuchung habe weder in Amerika noch von den Strafverfolgungsbehörden der Schweiz stattgefunden. Das NCMEC sei nicht mit einem Polizisten gleichzustellen, der unter Einhaltung des Gesetzes Ermittlungen durchführe und der unter die Strafverfolgungsbehörde zu subsumieren sei. Die Firma Facebook habe ihren Verdacht mitsamt Belegen ans NCMEC weitergeleitet. Das widerspreche den Richtlinien. Der Beschuldigte habe darin offensichtlich nicht eingewilligt. Die vermeintlichen Beweise seien rechtswidrig an eine unzuständige Behörde weitergeleitet worden. Der Einbezug dieser Behörde entbehre einer gesetzlichen Grundlage sowie einer Einwilligung der Snapchat- [recte: Facebook]-Nutzer. Daran vermöge auch die sich in den Akten befindende Vereinbarung zwischen der BKP und dem NCMEC vom Juli 2014 nichts zu ändern, denn darin werde lediglich die Zusammenarbeit und die Datenübermittlung geregelt. Mithin bestehe keine gesetzliche Grundlage, welche die vorliegend unrechtmässige Erhebung der Daten rechtfertigen könne (ASB 79).

Da die BKP nicht weiter in eigener Kompetenz nachgeforscht habe, seien ihr die Handlungen des NCMEC zuzurechnen. Aufgrund dessen gleiche die Suche nach inkriminierten Videodateien einer fishing expedition, die unzulässig sei (mit Hinweis auf BGE 137 I 218 E. 2.3.2). Es hätten keine Hinweise auf eine mögliche Straftat vorgelegen und somit auch keine Gründe für die Auswertung des Facebook-Accounts und des Mobiltelefons des Beschuldigten. Es handle sich folglich um rechtswidrig erlangte Beweise, die unter Art. 141 Abs. 2 StPO zu subsumieren seien.

Neben der Aushändigung der Daten an das NCMEC wendet sich die Verteidigung auch gegen die Nutzungsbedingungen bzw. AGBs von Facebook (vgl. insbesondere O-G AS 74 f. sowie ASB 78 und 80 f.): Grundsätzlich könne zwischen dem öffentlichen Raum, dem halböffentlichen Raum und dem privaten Raum unterschieden werden. Die privaten Räume stünden für Geborgenheit, Intimität, Nähe, Stabilität und Sicherheit. Im virtuellen Raum sei diese Unterscheidung auch von Bedeutung. Facebook stelle eine Plattform dar, die je nach Adressatenkreis und Nutzer in unterschiedliche, nämlich öffentliche, halböffentliche und private Räume unterteilt werden könne. Auf Facebook könne man öffentliche oder private Gruppen erstellen. Im ersten Fall könne jeder auf und ausserhalb von Facebook sehen, was die Mitglieder in der Gruppe posteten, kommentierten und teilten, jedoch könnten nur Facebook-Nutzer die Mitgliederliste abrufen. Im letztgenannten Fall könnten

demgegenüber nur die aktuellen Mitglieder der Gruppe die anderen der Gruppe und die Gruppen-Beiträge sehen. Im ersten Fall handle es sich folglich um einen (halb-)öffentlichen und im zweiten Fall um einen privaten Raum. Bei einem Messenger-Chat sei der Personenkreis nochmals enger und daher «privater». Die Nutzungsbedingungen von Facebook bzw. deren AGBs seien ungewöhnlich. Es werde in den Bestimmungen betreffend Aushändigung der Daten an Partner und deren Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden nicht unterschieden, ob diese im öffentlichen oder im privaten Raum gesendet worden seien. Facebook habe es demnach versäumt, in den Richtlinien eine genaue Unterscheidung vorzunehmen. Die Einwilligung der Nutzer sei zu pauschal. Eine solche Blankoeinwilligung, die es dem Provider erlaube, auf jegliche Räume der Nutzer zuzugreifen, sei derart ungewöhnlich, dass bei einer AGB-Kontrolle zugunsten des Nutzers entschieden werde: Dieser müsse sich eine Überwachung der genutzten virtuellen Räume und eine Meldung an die zuständige Strafverfolgungsbehörde nicht gefallen lassen. Die Klausel wäre gar nicht anwendbar (ASB 80). Folglich seien die erhobenen Beweise in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Rechtswidrig erlangte Beweise dürften gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO nur in Ausnahmefällen verwertet werden, nämlich zur Aufklärung von schweren Straftaten (mit Hinweis auf BGE 146 IV 226 E. 2). Da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Urteil 6B\_1468/2019 vom 1.9.2020 E. 1.4.2) für die Qualifikation als schwere Straftat nicht die abstrakte, sondern die konkrete Strafandrohung massgebend sei, könne im vorliegenden Fall nicht von einer schwer wiegenden Straftat gesprochen werden. Folglich sei keine Ausnahme gegeben und die Unterlagen der BKP und des NCMEC seien als unverwertbar aus den Akten zu weisen.

2. Die Prüfung dieser Einwände ergibt Folgendes:

### **E. 16**

Januar 2019 um 22:27:20 UTC an die kantonale Strafverfolgungsbehörde weiter (vgl. AS 14: «Diesem User [= dem Nutzer des Facebook-Profiles [«A.»]] wird vorgehalten, zumindest am 16. Januar 2019 um 22:27:20 UTC (23:27:20 UTC+1), eine Videodatei, welche kinderpornografische Darstellungen zum Inhalt hat, über Facebook verbreitet zu haben»). Erst mit bereinigter Eröffnungsverfügung vom 9. Januar 2020 (AS 95.1) entschied sich die Staatsanwaltschaft, das Verfahren auch auf den Vorfall vom 7. März 2019 (23:25 Uhr) auszuweiten (vgl. Ziff. 1.4 lit. b der bereinigten Eröffnungsverfügung) und den Beschuldigten in der Folge unter Vorlage der entsprechenden Standbilder (AS 34) auch hierzu zu befragen (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 4.2.2020, AS 67.5). Schliesslich wurde im Berufungsverfahren die Frage, ob die drei Dateien («2a2\_09098\_n.mp4», «ahyi2gd\_09098\_n.mp4» und «xq3x\_12564\_n.mp4») qualifiziert harte Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen bzw. Darstellungen mit Minderjährigen) beinhalteten, erneut aufgegriffen und die BKP unter Beilage der Original-DVD-Rom ersucht, hierzu im Rahmen eines Amtsberichtes Stellung zu nehmen (vgl. Verfügung vom 31.8.2021 sowie Ersuchen vom 1.9.2021, Fragestellung Nr. 7: ASB 15). Mit Amtsbericht vom 30. September 2021 (ASB 22 ff.) bekräftigte die BKP den bereits im Bericht vom 24. Juni 2019 erklärten Standpunkt (ASB 24): «Bei der Datei ■xq3x\_12564\_n.mp4■ handle es sich um eine gemäss Art. 197 Abs. 4 StGB strafbare Darstellung von sexuellen Handlungen mit einem minderjährigen Kind. Die übrigen Dateien enthalten nach unserer Einschätzung keine strafbaren Inhalte.»

Wenn sich ■ wie vorliegend ■ der kinderpornografische Charakter der Videoaufzeichnung nicht mit der erforderlichen Klarheit bejahen lässt, sondern zweifelhaft bleibt, ist der

objektive Tatbestand im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB nicht erfüllt. Erst recht muss bei dieser Ausgangslage der Nachweis des subjektiven Tatbestands scheitern. Auch ein anderweitig strafrechtlich relevanter pornografischer Inhalt (z.B. Gewaltdarstellungen, Zoophilie) liegt nicht vor, so dass sich weitere Ausführungen erübrigen. Der Beschuldigte ist vom Vorwurf der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB gemäss AKS Ziff. 1 lit. b freizusprechen.

3. AKS Ziff. 1 lit. a: Vorfall vom 16. Januar 2019

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