

# **SO\_GERICHTE STBER.2022.64 vom 8. März 2023**

SO Obergericht, 2023-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2022.64](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2022.64)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2022.64 du 8 mars 2023

IT: SO\_GERICHTE STBER.2022.64 del 8 marzo 2023

## **Regeste**

Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB, Art. 141 Abs. 2 StPO: Ein CyberTipLine Report des amerikanischen NCMEC (National Center for Missing and Exploited Children) ist grundsätzlich verwertbar. Analog einer jeden durch eine Schweizer Behörde (bspw. Konkursamt, Steueramt, MFK etc.) oder Private erstellten Strafanzeige, welche Angaben zu einem angeblich deliktischen Verhalten eines Beschuldigten enthält, handelt es sich bei den im NCMEC-Report enthaltenen Angaben jedoch nicht um gesicherte Tatsachen, sondern lediglich um erste Hinweise auf ein potentiell strafbares Verhalten, welche den Schweizer Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis gebracht werden. Es gilt unverändert, die in den Akten liegenden Beweismittel einer Beweiswürdigung zu unterziehen.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 28. Dezember 2019 erstellte das National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) in den Vereinigten Staaten auf eine entsprechende Benachrichtigung des Providers (Instagram) eine Hinweismeldung, den sog. «CyberTipline Report» zum Nutzer des Instagram-Accounts «[Accountname]». Diese Meldung beinhaltete den Verdacht, dass am 26. Dezember 2019, ca. 22:27 Uhr (23:27 Uhr MEZ), via das genannte Instagramprofil Dateien mit sog. «Child Pornography», d.h. Kinderpornografie, verbreitet worden seien. Die Meldung wurde mittels gesicherter VPN-Linie (Linie eines virtuellen privaten Netzwerks zwecks Verschlüsselung von Daten) an die Bundeskriminalpolizei (nachfolgend BKP) weitergeleitet (Aktenstelle [AS] 009 ff.). Die Bundeskriminalpolizei wiederum unterzog die Meldung einer ersten Prüfung, visualisierte die gemeldeten Daten, ordnete die im Report aufgeführten Nutzerdaten A.\_\_\_\_ (Beschuldigter und Berufungskläger) zu und leitete die Meldung mit Bericht vom 31. Dezember 2019 zwecks Vornahme weiterer Ermittlungen an die Polizei Kanton Solothurn weiter (AS 004 ff.).

### **E. 2**

Am 23. Januar 2020 eröffnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn (Anklägerin, nachfolgend Staatsanwaltschaft) die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten wegen des Verdachts der harten Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) i.S.v. Art. 197 Abs. 4 Satz 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0, AS 036). Die Auswertung der durch NCMEC bzw. die BKP bezeichneten Videodateien habe ergeben, dass eine der gemeldeten Dateien ein eindeutig im Schutzalter stehendes Mädchen mit heruntergelassener Hose zeige, das einen ebenfalls eindeutig im Schutzalter stehenden Jungen oral befriedige, während ein weiterer und ebenfalls im Schutzalter stehender Junge hinter dem vorgebeugten Mädchen stehe, seinen Intimbereich von hinten gegen das Gesäss des Mädchens drücke und Stossbewegungen mit der Hüfte mache, wobei nicht eindeutig zu sehen sei, ob der zweitgenannte Junge das Mädchen mit seinem Glied penetriere oder nicht

(vgl. insb. die konkretisierte Eröffnungsverfügung vom 15.07.2020 in AS 036.1, s. zum Ganzen auch die Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 08.06.2020 in AS 001 ff.).

### **E. 3**

Die Staatsanwaltschaft erhob am 23. November 2020 Anklage gegen den Beschuldigten und überwies die Akten dem Amtsgerichtspräsidenten von Olten-Gösgen zum Entscheid.

### **E. 4**

Die erstinstanzliche Hauptverhandlung fand am 23. Februar 2022 statt (AS 096 ff.).

#### **E. 4.1**

Bevor eine Beweiswürdigung vorgenommen werden kann, ist prioritär zu klären, ob die von NCMEC erstellten und damit ausländischen Unterlagen im vorliegenden Strafverfahren verwertbar sind. Im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens vor dem Haftgericht monierte der Beschuldigte, beim CyberTipline Report handle es sich um ein nicht unterzeichnetes, nicht überprüfbares Dokument einer privaten ausländischen Organisation (NCMEC), das gestützt auf eine nicht dokumentierte Meldung («original submission») einer anderen privaten ausländischen Organisation (Instagram, Inc.) computergestützt generiert worden sei. Somit handle es sich nicht um kriminalistisch gesicherte Tatsachen, sondern um nicht unterzeichnete und nicht auf ihre Authentizität überprüfbare Computerausdrucke einer privaten Organisation, welche keinerlei Gewähr für die Richtigkeit der gemeldeten Inhalte und der korrekten Weiterleitung dieser Inhalte biete. Dazu komme, dass es sich bei den automatisch generierten Daten gemäss Sektion Bund C offenbar um eigene Nachforschungen von NCMEC handle, die aber nicht weiter belegt und damit nicht nachvollziehbar seien. Woher die angefügten Filmausschnitte stammten, sei nicht ersichtlich. Da die Metadaten in deutscher Sprache angegeben seien, stammten sie offensichtlich nicht von einer der erwähnten privaten Organisationen. Die auf den Ausschnitten angegebenen Dateinamen seien auf der Meldung unter denjenigen Daten aufgezählt, die nicht eingesehen worden seien. Damit gebe es keinen nachvollziehbaren Hinweis darauf, dass die angeblich vom Beschuldigten geladenen Dateien verbotenes Material enthielten. Die verbotenen «mpeg4-Filmdateien» seien nie visioniert worden, sondern hätten allein aufgrund der angeblichen Dateinamen zu einer computergestützten Meldung geführt (s. zum Ganzen AS 050). Im Rahmen der Stellungnahme vom 1. September 2020 nach erfolgter Schlussmitteilung resp. vor Erhebung der Anklage führte der Beschuldigte weiter aus, der vorliegend von der Staatsanwaltschaft begründete Tatverdacht basiere auf unzulässigen privaten Ermittlungen einer Organisation, zu der aus den Akten weder hervorgehe, wer ihr angehöre, noch wer sie finanziere oder mit welchen Mitteln sie das Internet von wo aus nach grundrechtlich geschützten Informationen von Internet-usern durchsuche. Es stehe nur fest, dass es sich dabei um privat betriebene Beweisausforschung handle, mit welcher die Voraussetzungen zur Durchsuchung umgangen würden, an die sich die Strafverfolgungsbehörden zu halten hätten. Es stehe somit ausser Zweifel, dass die verdachtsbegründeten Anhaltspunkte nicht verwertet werden dürften (s. zum Ganzen AS 080.4). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 23. Februar 2022 hielt der Beschuldigte an seinen bisherigen Ausführungen fest, wonach es sich bei den in den Akten liegenden ausländischen Meldungen des NCMEC um keine verwertbaren Beweise handle. Weiter sei der Umstand zu berücksichtigen, dass gemäss Bericht des fedpol vom 31. Dezember 2019 (AS 005) nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob der Anschlussinhaber (d.h. der Beschuldigte) auch Nutzer des fraglichen

Instagram-Kontos sei. Schliesslich sei gemäss Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 8. Juni 2020 (AS 002) und gemäss Ergebnis der Forensischen Auswertung der Polizei Kanton Solothurn vom 18. Mai 2020 (AS 022) erstellt, dass das zur Diskussion stehende kinderpornografische Videomaterial nicht auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten habe sichergestellt werden können. Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung vom 8. März 2023 verwies der Beschuldigte auf die Beweiskette in der Begründung der Vorinstanz und führte aus, diese überzeuge aus mehreren Gründen nicht. Vordergründig bestehe das Hauptproblem darin, dass die Angaben im CT-Bericht einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich seien. Der CT-Bericht sei ein Stück Papier mit Informationen, welche man weder verifizieren noch falsifizieren könne. Es handle sich um einen automatisch generierten Bericht einer ausländischen privaten Organisation, der ihrerseits auf einer Meldung einer anderen ausländischen privaten Organisation beruhe. Dies sei schon deshalb nach strafprozessualen Massstäben unhaltbar, weil der Bericht seinen eigenen Beweiswert auf Null setze («NCMEC does not investigate and cannot verify the accuracy of the information submitted by reporting parties»); der Bericht könne somit den Anforderungen an ein Beweismittel i.S.v. Art. 139 Abs. 1 StPO nicht genügen. Hinzu komme, dass vorliegend die Dauerüberwachung des Internetverkehrs auf Dateien mit Hashwerten bekannter verbotener Dateien, die in den entsprechenden Datenbanken abgelegt seien, gegen die Europäische Datenschutz-Grundverordnung DSGVO verstosse, die seit 2018 in Kraft sei. Er gehe deshalb davon aus, dass man es hier wenn schon mit Beweisen zu tun habe, die datenschutzwidrig von Privaten erhoben worden seien, und zwar ohne vorbestehenden Tatverdacht. Daran ändere eine allfällige Zustimmung zur Datenbearbeitung übrigens nichts. Eine rechtswirksame Zustimmung sei angesichts der Komplexität der Nutzungsbedingungen nicht möglich. Man stimme keiner Massenüberwachung zu, die datenschutzrechtlich nicht zulässig sei. Auch die Prüfung von Art. 141 Abs. 2 StPO, welche vorzunehmen sei, da es sich um ein von Privaten rechtswidrig erhobenes Beweismittel handle, müsse zur Unverwertbarkeit führen, da das eine Video nun wirklich nicht als schwere Straftat im Sinne der StPO qualifiziert werden könne. Zusammengefasst sei – neben dem, dass dem Beschuldigten ohnehin keine Täterschaft nachgewiesen werden könne – somit insgesamt und grundsätzlich von einer Unverwertbarkeit des Beweismittels auszugehen.

## **E. 4.2**

Die Prüfung dieser Einwände ergibt Folgendes:

### **E. 4.2.1**

Grundlagen Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ist transnational. Dabei kann in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht zwischen den im Ausland zu lokalisierenden Handlungen, welche den Verdacht auf ein strafbares Verhalten begründen, und der Eröffnung des Strafverfahrens im Inland differenziert werden. In den Vereinigten Staaten wurde im Jahr 1984 von Kinderanwälten eine private, gemeinnützige Organisation namens National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC, auf Deutsch «Nationales Zentrum für vermisste und ausgebeutete Kinder») gegründet. Deren Aufgabe ist es, die sexuelle Ausbeutung von Kindern einzudämmen und die Viktimisierung von Kindern zu verhindern. Das NCMEC arbeitet mit Familien, Opfern, der Privatwirtschaft, den Strafverfolgungsbehörden und der Öffentlichkeit zusammen, um Kindsentführungen zu verhindern, vermisste Kinder wiederzufinden und Dienstleistungen zur Abschreckung und Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern anzubieten (Homepage des NCMEC,

einsehbar unter [«https://www.missingkids.org/footer/about»](https://www.missingkids.org/footer/about), letztmals besucht am 08.03.2023). Nach der amerikanischen Gesetzgebung sind amerikanische Provider wie Facebook, WhatsApp oder Gmail verpflichtet, dem NCMEC verdächtige kinderpornografische Darstellungen zu melden. Rechtsgrundlage hierfür bildet der 18 U.S. Code § 2258A (Reporting requirements of providers, abrufbar im Internet unter [«law.cornell.edu/uscode/text/18/2258A»](http://law.cornell.edu/uscode/text/18/2258A), letztmals besucht am 08.03.2023). Nach dieser Bestimmung ist der Provider verpflichtet (sog. «Duty to report») bei offensichtlichen Verstössen («apparent violations») gegen Kinderpornografie der CyberTipline von NCMEC einen Bericht («report») zukommen zu lassen, in welchem die Postadresse, Telefon-/Faxnummer und elektronische Adresse sowie eine Kontaktstelle des Providers mitzuteilen sind (vgl. Subparagraph (B) (i) und (ii) von 18 U.S. Code § 2258A). Darüber hinaus steht es im alleinigen Ermessen des Providers («may, at the sole discretion of the provider»), ob der CyberTipline Report um weitere Angaben ergänzt wird, welche zur Identifizierung des tatverdächtigen Individuums beitragen (vgl. lit. b [1 - 5], «Contents of Report»; z.B. E-Mail-Adresse, Internet-Protokoll, Zahlungsinformationen der verdächtigen Person, Geo-Daten, Zeitangaben). Auch bei Instagram handelt es sich um solch einen Provider. Instagram ist ein privates Unternehmen, welches weltweit seinen Nutzerinnen und Nutzern eine digitale Kommunikationsplattform (sog. soziales Netzwerk) anbietet, das – wie im Übrigen auch Facebook – vom US-amerikanischen Unternehmen Meta Platforms betrieben wird. Es muss zum einen die vom amerikanischen Gesetzgeber aufgestellten Vorgaben für Provider erfüllen. Zum anderen kann und darf es als privates Unternehmen weitergehende eigene Regeln aufstellen sowie Massnahmen ergreifen, um diese Regeln auf seinem Netzwerk wirksam durchzusetzen. Konkret und stark vereinfacht dargestellt bringen amerikanische Provider (wie vorliegend Instagram) Technologien zum Einsatz, welche mittels Suchalgorithmen (Listen mit Hashwerten) in der Lage sind, geteilte bzw. verschickte Bilder mit bereits bekannten kinderpornografischen Bildern abzugleichen und die Übereinstimmungen zeitnah zu erkennen. Die Hashwerte, welche in Form einer Buchstaben-Zahlen-Kombination das Extrakt der Datei bilden, werden auch als elektronische Fingerabdrücke bezeichnet. Die vom amerikanischen Gesetzgeber statuierte Meldepflicht und die erzielten technologischen Fortschritte seitens der Provider haben in den letzten Jahren weltweit zu einem exponentiellen Anstieg der NCMEC-Meldungen geführt (vgl. z.B. auch Stellungnahme des Bundesrates vom 27.08.2021 auf das Postulat 19.4016 von Nationalrätin Feri Yvonne – Sexuelle Gewalt an Kindern im Internet. Was macht das Bundesamt für Polizei?, abrufbar unter: [«https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20194016»](https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20194016), letztmals besucht am 08.03.2023). Die Zwischenschaltung des NCMEC als private Organisation ist damit vom amerikanischen Gesetzgeber vorgesehen. Das NCMEC figuriert als Datenbank bzw. Plattform, welche die von den Providern stammenden Informationen zu kinderpornografischen Verdachtsfällen entgegennimmt und an die zuständigen staatlichen Strafverfolgungsbehörden im In- und Ausland weiterleitet. Die Zusammenarbeit zwischen der BKP und dem NCMEC gründet auf einer im Juli 2014 unterzeichneten Vereinbarung (CyberTipline Remote Access Policy), welche die Einzelheiten der Datenübermittlung regelt. Das fedpol wiederum leitete im Jahr 2021 mit total 1'399 so viele Meldungen mit pädokriminellen Inhalten an die Kantone weiter wie nie zuvor (2020 waren dies 1'166 und 2019 693 Meldungen, die fedpol an die Kantone weiterleitete; s. unter Die Bekämpfung der sexuellen Gewalt gegen Kinder im Internet – Stellungnahme des Kinderschutzes Schweiz zur Situation in der Schweiz vom Juni 2022, einsehbar unter [«https://kinderschutz.ch/media/vnrnbtny/20220610\\_stellungnah](https://kinderschutz.ch/media/vnrnbtny/20220610_stellungnah)

me-bekämpfung-cyberpädokriminalität\_final.pdf» [letztmals besucht am 08.03.2023] mit Verweis auf den Bericht der NZZ am Sonntag, Pädokriminalität im Netz: Wenn Polizisten verzweifeln vom 03.04.2022). Wie sich aus dem in den Akten liegenden CyberTipline Report (AS 009 ff.) erschliesst, hat Instagram im vorliegend zu beurteilenden Fall auf der Grundlage der vorstehend genannten Bestimmung (18 U.S. Code § 2258A) das NCMEC mit den obligatorischen Informationen bedient (zusammengefasst unter «Reporting Electronic Service Provider [ESP]») und «Incident Information» mit «Incident Type» und «Incident Time»). Darüber hinaus teilte der Provider dem NCMEC diverse sog. fakultative Informationen mit («voluntary and undertaken at the initiative of the Reporting Person or Reporting ESP», AS 011). Sämtliche vom Provider Instagram zur Verfügung gestellten Informationen werden im besagten CyberTipline Report unter «Section A: Reported Information» (AS 011 f.) aufgeführt. Darunter befinden sich Informationen zu den einzelnen von insgesamt drei gemeldeten Dateien (Files; zwei Videodateien und ein Profilbild). Vorliegend ging die vom Ausland (NCMEC) erhaltene Verdachtsmeldung als CyberTipline Report mittels gesicherter Verbindung über ein sog. Case Management Tool bei der zuständigen Behörde im Inland (BKP) ein. Die in den USA erfolgte Beweiserhebung war damit auf US-amerikanisches Recht abgestützt; deren Weiterleitung auf eine Vereinbarung zwischen der US-amerikanischen Institution und der Schweizer BKP. Eine Grundlage für die Erhebung und Weiterleitung des Beweismittels ist damit vorhanden. Zu klären ist nun aber, ob diese Beweiserhebung nach schweizerischen Grundsätzen auch verwertet werden kann.

#### **E. 4.2.2**

Verwertbarkeit einer im Ausland erfolgten Beweiserhebung in der Schweiz Sind Beweiserhebungen im Ausland erfolgt, stellt sich im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit des Beweismittels im Inland zunächst grundlegend die Frage, nach welchem Recht die Rechtmässigkeit einer solchen Beweiserhebung überhaupt zu beurteilen ist. Diesbezüglich bestehen in der Lehre unterschiedliche Ansichten. Eine strenge Lehrmeinung spricht sich für die konsequente Anwendung des Schweizer Rechts aus: Wenn eine Beweiserhebung nach schweizerischem Recht nicht möglich wäre, darf diese Grenze nicht dadurch überschritten bzw. ausgehebelt werden, dass die entsprechende Beweiserhebung im Ausland durchgeführt wird. Soweit es um den Akt der Verwertung der im Ausland erlangten Beweise geht, ist umstritten, ob insoweit auch auf das im Ausland geltende Recht abzustellen ist oder ob die Beurteilung anhand der Massstäbe zu erfolgen hat, die das schweizerische Recht vorgibt. Für das konsequente Abstellen auf die Vorgaben des schweizerischen Rechts spricht, dass es um die Verwertung in einem schweizerischen Strafverfahren geht und dieses den Vorgaben des schweizerischen Rechts entsprechen muss. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Verwertung eines Beweises kann nicht davon abhängig sein, ob die ausländische Rechtsordnung vergleichbaren oder aber gänzlich anderen Standards entspricht als die schweizerische, anderenfalls wären Beweise je nachdem verwertbar oder unverwertbar, in welcher Rechtsordnung sie erhoben worden sind (vgl. zum Ganzen Wolfgang Wohlers , in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, Art. 141 N 10). Weniger streng ist diesbezüglich der Basler Kommentar ( Sabine Gless , BSK StPO Art. 141 N. 29 ff.): Gemäss dieser Lehrmeinung sind im Ausland erhobene Beweise in folgenden Fällen in der Schweiz nicht verwertbar: - Ein Staat sammelt eigenmächtig im Ausland ohne Einwilligung des Territorialstaates Beweise; diesfalls dürfen die Beweise nicht ohne förmliche Zustimmung des fremden Staates verwertet werden; - Der

Verwertbarkeit von im Ausland erhobenen Beweisen kann sodann der Spezialitätsvorbehalt im Rechtshilfeverfahren entgegenstehen; - Eine Verwertung von Auslandsbeweisen ist darüber hinaus dann abzulehnen, wenn andernfalls gegen den Ordre public verstossen würde, etwa bei Verwertung von (mutmasslichen) Folterbeweisen. Da der Forumsstaat den Ordre public bestimmt, verbietet sich die Verwertung solcher Beweise auch, wenn etwa bei Vernehmungen Vernehmungsmethoden angewendet werden, die zwar im Drittland als zulässig, im Forumsstaat aber als unzulässig angesehen werden; - Ebenfalls nicht verwertbar sind im Ausland erhobene Beweise, die aus Sicht der Schweizer Rechtsordnung nicht die Anforderungen an Zuverlässigkeit und «fair trial» erfüllen. Beispielhaft für die variierenden Standards sind etwa die unterschiedlichen Belehrungsformeln für die Beschuldigteneinvernahme, die verschieden ausgestalteten Mitwirkungsrechte der Parteien oder Voraussetzungen für die Anordnung von Zwangsmassnahmen. Wird ein nach ausländischem Recht gewonnenes Beweismittel im Inland verwertet, so ist allenfalls Kompensation für Beschränkungen von Beschuldigten-, Parteienrechte etc. zu gewähren. In den Fällen, in denen eine ausreichende Kompensation nicht möglich ist – so dass die Zuverlässigkeit der strafprozessualen Beweisführung oder das faire Verfahren nicht sichergestellt scheint – kann das Beweismittel aus dem Ausland nicht verwertet werden. Hinsichtlich Beweiserhebungen in einem Rechtshilfeverfahren ergibt sich aus Art. 148 Abs. 2 StPO, dass Beweise die der erleichterten Ausgestaltung der Teilnahmerechte im Sinne von Art. 148 Abs. 1 StPO nicht genügen, unverwertbar sind. Vorliegend ist auf diese weniger strenge Lehrmeinung abzustellen, da diese die Rechte des Betroffenen in genügendem Masse zu schützen vermag. Zu prüfen ist demnach insbesondere, ob allenfalls eine Verletzung des Ordre public oder eine Verletzung des Grundsatzes des «fair trial» gegeben ist. Dies ist vorliegend zu verneinen. Hinsichtlich des Ordre public sind keine Verletzungen grundlegender Verfahrensrechte, welche bspw. dem Folterverbot gleich kämen, auszumachen. Zwar kennt die Schweiz keine entsprechende Meldepflicht im Bereich der Internetkriminalität. Meldepflichten von einer Geheimhaltungspflicht unterliegenden Personen oder Unternehmen sind der Schweizerischen Rechtsordnung indes nicht unbekannt. So bestehen bspw. im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei entsprechende Meldepflichten. In diesem Zusammenhang kann zudem auch auf das internationale Übereinkommen über die Cyberkriminalität hingewiesen werden, welchem sowohl die USA als auch die Schweiz beigetreten sind. Art. 32 lit. b dieser Vereinbarung erlaubt es einer Vertragspartei auf gespeicherte Computerdaten, die sich im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei befinden, mittels eines Computersystems in ihrem Hoheitsgebiet zuzugreifen oder diese Daten zu empfangen, wenn sie die rechtmässige und freiwillige Zustimmung der Person einholt, die rechtmässig befugt ist, die Daten mittels dieses Computersystems an sie weiterzugeben. Zustimmungs- und weiterleitungsberechtigt sind namentlich ausländische Internetprovider und Anbieter sozialer Netzwerke, welche sich in ihren Allgemeinen Nutzungsbedingungen bzw. Datenverwendungsrichtlinien eine solches Weiterleitungsrecht an in- und ausländische Strafverfolgungsbehörden gegenüber ihren Kunden ausbedungen haben (BGE 141 IV 108 E. 5.10.). Ebenso nicht ersichtlich ist, dass die in den USA durchgeführte Beweiserhebung nach Schweizerischen Grundsätzen dem Gebot des «fair trial» widersprechen würde. Da im Moment der Beweiserhebung noch kein Strafverfahren gegen den Beschuldigten lief, wäre dieser an einer entsprechenden Beweiserhebung in der Schweiz auch nicht teilnahmeberechtigt im Sinne von Art. 147 StPO gewesen. Zwar wäre die Beweiserhebung, wie sie im konkreten Fall erfolgte, in der Schweiz durch die hiesigen Ermittlungsbehörden grundsätzlich nicht möglich gewesen:

Auch wenn sogenannte «abgeleitete» Internetdienste wie vorliegend «Instagram», welche keine eigenen Fernmeldedienste betreiben, nicht den Vorschriften von Art. 269 ff. StPO betreffend die Überwachung des Fernmeldeverkehrs unterstehen, hätten die Ermittlungsbehörden mangels konkreter Kenntnis einer Straftat die inkriminierten Videos resp. die Übermittlungsdaten bei Instagram nicht in Form einer Editionsverfügung (Art. 265 StPO) herausverlangen können. Auch bestand keine Meldepflicht von Instagram nach Schweizer Recht. Festzustellen ist jedoch, dass auch nach Schweizer Recht die autonome Beweiserhebung und Weiterleitung der Beweise an die Strafverfolgungsorgane durch Instagram selbst zulässig gewesen wäre. Diesbezüglich ist vorab festzustellen, dass für den hinsichtlich eines drohenden Reputationsschadens besonders heiklen Bereich der Kinderpornografie das Unternehmen Instagram mit dem automatisierten Erkennungsprogramm (vgl. hierzu vorstehende Ziff. III.4.2.1.) einen Mechanismus zur Anwendung bringt, der zweifellos in die Privatsphäre des einzelnen Nutzers eingreift. Nach innerstaatlichem Recht unterstehen Privatpersonen bzw. privatrechtliche Unternehmen, welche nicht auf eine staatliche Anordnung hin, sondern auf eigene Veranlassung Personendaten bearbeiten, der Datenschutzgesetzgebung. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Es ergänzt und konkretisiert den bereits durch das Zivilgesetzbuch (insb. Art. 28 ZGB) gewährleisteten Schutz der Persönlichkeit. Art. 13 Abs. 1 DSG übernimmt in diesem Sinne den in Art. 28 Abs. 2 ZGB verankerten Grundsatz, wonach eine Persönlichkeitsverletzung rechtswidrig ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (BGE 138 II 346 E. 8 m.w.H.). Der amerikanische Provider Instagram unterliegt dieser (für ihn ausländischen) Gesetzgebung nicht. Entscheidend ist vorliegend aber, dass das private Unternehmen Instagram nicht im Geheimen agiert, sondern dass jede Person, die das Angebot von Instagram nutzen will, vor Abschluss der vertraglichen Nutzungsvereinbarung umfassend aufgeklärt wird. Die Nutzungsbedingungen von Instagram – online einsehbar unter «<https://de-de.facebook.com/help/instagram/581066165581870>», letztmals besucht am 08.03.2023) – fungieren als Teil der Nutzungsbedingungen der Meta Platform Ireland Limited (Nachfolgerin der Facebook Ireland Limited). Diese weisen unter Ziff. 3 «Deine Verpflichtungen» auf Folgendes hin: «Du darfst nichts Rechtswidriges, Irreführendes oder Betrügerisches oder etwas für einen illegalen oder unberechtigten Zweck tun.» bzw. «Du darfst nicht gegen diese Nutzungsbedingungen oder unsere Richtlinien verstossen (oder andere bei einem Verstoß unterstützen oder sie dazu ermutigen). Besonders zu erwähnen sind hier die «Instagram-Gemeinschaftsrichtlinien», die Meta-Plattform-Nutzungsbedingungen und Entwickler-Richtlinien und die Musik-Richtlinien.» Die «Instagram-Gemeinschaftsrichtlinien», die «Meta-Plattform-Nutzungsbedingungen und Entwickler-Richtlinien» sowie die «Musik-Richtlinien» sind jeweils weiter verlinkt. Die «Instagram-Gemeinschaftsrichtlinien» bspw. beinhalten dann den ausdrücklichen Hinweis, dass mit den Strafverfolgungsbehörden zusammengearbeitet werden kann, wenn man der Ansicht ist, dass eine Gefahr für Leib und Leben einer Person oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit besteht. Die «Meta-Plattform-Nutzungsbedingungen und Entwickler-Richtlinien» (einsehbar unter «<https://developers.facebook.com/terms>») weisen in Ziff. 11 weiter darauf hin, dass alle geltenden Gesetze und Vorschriften einzuhalten sind. Wenn auch entgegen anderer Nutzungsbedingungen wie bspw. Facebook (einsehbar unter

«de-de.facebook.com») in den Nutzungsbedingungen von Instagram kein direkter Bezug auf sexuell motivierte Straftaten und damit zusammenhängend ausdrücklich auf NCMEC genommen wird – dies erfolgt erst in den nicht in den allgemeinen Richtlinien eingeschlossenen Informationen des Helpdesk von Instagram für Strafverfolgungsbehörden – macht Instagram jedem interessierten Nutzer bereit in seinen Nutzungsbedingungen transparent, dass die Nutzung der Kommunikationsplattform mit einer Kontrolle der Einhaltung der geltenden strafrechtlichen Normen – und damit direkt verbunden auch der Kinderpornografie – einhergeht und sie bzw. er sich diesbezüglich einer Kontrolle des Providers aussetzt. Ebenso zeigt das Unternehmen auf, welche Konsequenzen drohen, wenn ein Nutzer gegen das Regelwerk von Instagram verstösst. Mit dem Gebrauch des Mediums Instagram erklärt sich jede Nutzerin bzw. jeder Nutzer mit den vom Unternehmen definierten Regeln betreffend Datenerhebung, -verwendung und -weitergabe an Dritte ausdrücklich einverstanden. Bei der Erstellung eines Benutzerkontos müssen diese Bestimmungen angenommen werden. Es liegt demnach eine auf einer umfassenden Aufklärung beruhende, freiwillig erfolgte und damit rechtsgültige Einwilligung des Nutzers vor. Weiter stellt sich die Frage, ob es sich bei der vorliegenden Konstellation um eine autonome Beweiserhebung durch Private oder um eine staatliche Beweiserhebung handelt. Keine autonome Beweiserhebung durch Private und damit eine staatliche Beweiserhebung liegt vor, wenn Private auf Anregung, im Auftrag und mit Unterstützung von staatlichen Behörden Beweise erheben. In dieser Fallkonstellation ist vielmehr von einer eigentlichen Beweissammlung durch die Strafbehörden auszugehen, womit Regeln zur Anwendung kommen müssen, die bei selbständigem Handeln der Strafverfolgungsbehörde gelten würden, da ansonsten das förmliche Verfahren umgangen würde ( Sabine Gless , a.a.O. N. 41 zu Art. 141 StPO). Die Privatperson darf insbesondere auch nicht als staatliches Werkzeug eingesetzt werden. Bei geringfügiger staatlicher Beteiligung an der unmittelbaren Handlung der Privatperson bereitet die Zurechnung privater Handlungen zum Staat hingegen Schwierigkeiten. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen der Staat bloss die faktischen Voraussetzungen für die private Handlung schafft, bei der privaten Beweiserhebung mithilft, sie genehmigt oder duldet ( Gundhild Godenzi , Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 176 f.). Vorliegend ist eine autonome Beweisbeschaffung durch Private (in casu Instagram) zu verneinen. Gemäss der dargelegten Rechtslage bestand hinsichtlich Instagram eine gesetzliche Meldepflicht. Auch wenn Instagram im vorliegenden Fall die Meldung nicht nur auf die obligatorischen Inhalte beschränkte, sondern von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit des erweiterten Meldungsinhalts nach lit. b des 18 U.S. Code § 2258A Gebrauch machte und auch beim Einsatz technischer Hilfsmittel zur Erkennung von kinderpornographischem Inhalt über die gesetzlichen Anforderungen hinausging, ist von einer staatlich veranlassten Beweisbeschaffung auszugehen. Ohne vorbestehenden konkreten Tatverdacht wäre diese Beweiserhebung seitens der Strafverfolgungsorgane wie bereits erwähnt nicht möglich gewesen. Eine tatverdachtsunabhängige Beweisausforschung, eine sog. «fishing expedition» ist nicht nur unrechtmässig. Vielmehr würde eine solche der Verletzung fundamentaler strafprozessualer Prinzipien gleichkommen, was ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der so erlangten Beweise führen würde. Dies ist aber nicht der entscheidende Ansatz, denn wie erwähnt bestand nach dem am Ort der Beweisbeschaffung geltenden Rechtslage eine gesetzliche Meldepflicht, welche aus Schweizer Sicht weder eine Verletzung des Ordre public noch des Grundsatzes des «fair trial» darstellt. Der CyberTipline Report 61950247 vom 28. Dezember 2019 ist somit grundsätzlich verwertbar.

Auch die weiteren Vorbringen der Verteidigung vermögen an dieser Feststellung nichts zu ändern.

#### **E. 4.2.3**

Weitere Vorbringen der Verteidigung betreffend Verwertbarkeit Die Strafverfolgung der Pädokriminalität (auch online) ist Aufgabe der Kantone. Gemäss Zentralstellengesetz (ZentG; SR 360) nimmt das fedpol bei der Bekämpfung der Pädokriminalität die sog. Zentralstellenaufgabe wahr, wozu auch die Sicherstellung der Schnittstelle zwischen dem Ausland, dem fedpol (BKP) und den kantonalen Polizeikörpern zählt. Das fedpol gewährleistet die Zusammenarbeit mit dem NCMEC in den USA. Die BKP – als Abteilung des fedpol – nimmt auch die Triage vor: Sie entscheidet, ob die vom NCMEC zugestellten Unterlagen den Verdacht auf Kinderpornografie zu begründen vermögen (oder nicht) und (falls ja) leitet diese Fälle den zuständigen kantonalen Stellen weiter – was auch im vorliegenden Fall mit dem Bericht des fedpol vom 31. Dezember 2019 (vgl. AS 005) so geschehen ist. Das heisst, die BKP hat die von Instagram gemeldeten bzw. von NCMEC weitergeleiteten Dateien gesichtet, wobei zwei der insgesamt drei gemeldeten Dateien (sie sind identisch; bei der dritten Datei handelt es sich um das Profilbild des betroffenen Instagram-Accounts) einen offensichtlichen Bezug zu Kinderpornographie aufwiesen. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn hat in der Folge gestützt auf die den Tatverdacht begründenden Unterlagen der BKP gegen den Beschuldigten ein Strafverfahren eröffnet, Zwangsmassnahmen angeordnet (Durchsuchungs- und Beschlagnahmefehl) und Beweisaufnahmen getätigt (z.B. Befragung des Beschuldigten, Datenauswertung des Mobiltelefongerätes). Der Verteidigung ist somit zwar insofern zuzustimmen, als dass die Mitarbeitenden des NCMEC keine Einsicht in das vom Provider eingereichte Videomaterial genommen haben, bevor sie ihre von Instagram erhaltenen Hinweise an die BKP weitergeleitet haben (vgl. diesbezüglich die Ausführung der Section C in AS 014). Dies ist aber auch nicht nötig, da das NCMEC nur als Scharnierfunktion und nicht als Organ der Strafrechtspflege agiert. Die im vorliegenden Fall erfolgten Zwangsmassnahmen wie die Beschlagnahme des Mobiltelefons des Beschuldigten, dessen Auswertung nach der durch das Haftgericht verfügten Entsigelung oder als weitere Ermittlungshandlung die Befragung des Beschuldigten wurden nicht in einen privatrechtlichen Bereich ausgelagert und der staatlichen Kontrolle entzogen, sondern sie verblieben jederzeit im Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe. Diese waren stets an die verfassungsrechtlichen und insbesondere strafprozessualen Vorgaben gebunden. Auch diesbezüglich steht einer Verwertbarkeit des Beweismittels nichts entgegen. Unter Berücksichtigung vorstehend gemachter Ausführungen betr. Funktionsweise der Verdachtsermittlung kann schliesslich auch nicht auf das Vorbringen der Verteidigung abgestellt werden, wonach nicht nachvollziehbar sei, woher die angefügten Filmausschnitte stammten, da die Metadaten in deutscher Sprache verfasst seien. Es war das fedpol, welches die von NCMEC zur Verfügung gestellten Daten einer Sichtung unterzog; die Metadaten entstanden somit durch das von den Schweizer Behörden verwendete Tool. Dass die Metadaten in deutscher Sprache verfasst waren, entspringt somit den technischen Gegebenheiten der Auswertung und steht der Verwertbarkeit des Beweismittels in keiner Weise entgegen. Entsprechendes wurde vom Beschuldigten vor Obergericht denn auch nicht mehr geltend gemacht. 5. Konkrete Beweiswürdigung und Beweisergebnis Analog einer jeden durch eine Schweizer Behörde (bspw. Konkursamt, Steueramt, MFK etc.) oder Private erstellten Strafanzeige, welche Angaben zu einem angeblich deliktischen Verhalten eines Beschuldigten enthalten, handelt es sich bei den im NCMEC-Report enthaltenen

Angaben nicht um gesicherte Tatsachen, sondern lediglich um erste Hinweise auf ein potentiell strafbares Verhalten, welche den Schweizer Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis gebracht werden. Es gilt somit unverändert, die in den Akten liegenden Beweismittel einer Beweiswürdigung zu unterziehen. Vorliegend ergab der automatisierte Hashwert-Abgleich des Providers Instagram (s. bezüglich dessen Funktionsweise vorstehende Ausführungen in Ziff. III.4.2.1.) am 26. Dezember 2019 um 22:27 Uhr (23:27 Uhr MEZ) einen Hit betreffend die Dateien «[...]», angeblich hochgeladen am 26.12.2019, 22:27:56 Uhr bzw. «[...]», angeblich hochgeladen am 26.12.2019, 22:27:44 Uhr. Am 28. Dezember 2019, 09:01 Uhr, meldete Instagram diese Hits an NCMEC und gab bekannt, die genannten Dateien würden möglicherweise kinderpornografischen Inhalt aufweisen («Child Pornography [possession, manufacture, and distribution]). NCMEC ergänzte die Angaben von Instagram dahingehend, als dass der Verdächtige «Suspect», welcher die betroffenen Dateien hochgeladen habe, über die Nutzerdaten «[Nutzername] die Telefonnummer [...], die E-Mail-Adresse [...] verfüge und den Usernamen «[Accountname]» / User-ID [...] benutze; dies mit dem Profilbild «[...]». Als IP-Adresse sei die IP [...] aus der Region [Ort 3] in der Schweiz verwendet worden; zugehörig zu Sunrise / Sunrise Mobile. Den diese Informationen zusammenfassenden Cyber-Tipline Report leitete NCMEC am 28. Dezember 2019, 09:10 Uhr, via gesicherte VPN-Linie an das Schweizer fedpol, Unterabteilung BKP, zur weiteren Bearbeitung weiter (s. zum Ganzen detailliert AS 011 ff.). Diese Daten, welche im CyperTipline Report vom 28. Dezember 2019 enthalten sind, vermögen per se nur einen geringen Beweiswert aufzuweisen. Vorliegend bestehen mehrere Fragezeichen, welche in die Beurteilung der Umstände des vorliegenden Falles mit einbezogen werden müssen: Dem Beiblatt des CyberTipline Report vom 28. Dezember 2019 gemäss «Section A: Reported Information» ist als Ansprechperson seitens Instagram («Point of Contact for Law Enforcement») lediglich ein Verweis auf den allgemeinen Instagram-Helpdesk («<http://help.instagram.com/494561080557017>») angebracht (AS 011). Folgt man diesem Link, gelangt man nicht an eine konkrete (natürliche) Ansprechperson für den jeweilig zu beurteilenden Fall, sondern man gelangt an eine allgemeine Seite mit «Informationen für Strafverfolgungsbehörden» mit weiteren Hinweisen, wie Datenabfragen bei Verdachtsfällen zu formulieren und welche Anforderungen an eine Datenabfrage zu erfüllen sind. Diese Weiterleitung erlaubt keinerlei Rückschlüsse auf den vorliegenden Fall. Ob die von Instagram an NCMEC gemeldeten Daten jemals einer Sichtung bzw. Kontrolle durch eine natürliche Person unterzogen wurden, ist einer Überprüfung nicht zugänglich. Dass die Meldung von Instagram bzw. darauf folgend die Weiterleitung durch NCMEC nicht vollautomatisiert und damit allenfalls fehlerbehaftet erfolgte, ist vor diesem Hintergrund zumindest nicht völlig abwegig. Diese Frage wurde denn auch durch NCMEC ausdrücklich offengelassen (s. AS 011 und AS 012: «Did Reporting ESP view entire contents of uploaded file? / Information Not Provided by Company»). Den Zeitstempeln der betroffenen Videos ist zu entnehmen, dass zwei – inhaltlich identische – Videodateien im Abstand von ca. 13 Sekunden hochgeladen worden sein sollen (22:27:44 Uhr und 22:27:56 Uhr). Unklar ist jedoch, ob die Video-Dateien zwischen Instagram-Nutzern hin- und hergeschickt wurden – diesfalls bestünden keinerlei Angaben über potentielle Empfänger der Videos – oder ob die betroffenen Dateien auf das Profil des Beschuldigten heraufgeladen und damit öffentlich zugänglich gemacht worden sein sollen. So hält auch der Report an entsprechender Stelle lediglich fest «Sent in product: Instagram». Dies könnte auch ein Nutzer-zu-Nutzer-Versand gewesen sein. Die Frage, ob das inkriminierte Video (bzw. einer der zwei betroffenen Dateien) jemals öffentlich

zugänglich war, wurde seitens NCMEC wiederum explizit offen gelassen ( «Were entire contents of uploaded file publicly available? / Information Not Provided by Company» , s. zum Ganzen AS 011 und 012). Zumindest stellt sich die Frage, weshalb jemand innerhalb von 13 Sekunden zweimal dasselbe Video hochladen sollte, wenn es doch ein- und denselben Account betreffen sollte. Durch die BKP einzig verifiziert wurde, ob die von NCMEC gemeldeten Daten der Telefonnummer einer natürlichen Person, konkret dem Beschuldigten, zuzuordnen ist. Dem «IRC Export – IR ID: [...]» lässt sich demnach entnehmen, dass die von NCMEC gemeldete Telefonnummer [...] tatsächlich dem Provider Sunrise bzw. der Person namens A.\_\_\_\_, wohnhaft in [Ort 1], [E-Mailadresse], zugeordnet werden kann, wobei das betroffene Abonnement weiterhin aktiv geschaltet ist. Betreffend den angeblichen Zusammenhang zwischen den gemeldeten inkriminierten Video-Dateien und den gemeldeten Nutzerdaten wurden jedoch weder durch die BKP noch durch die Solothurner Strafverfolgungsbehörden jemals Abklärungen getätigt. Ebenso wenig abgeklärt wurde die im CyberTipline Report vom 28. Dezember 2019 genannte IP-Adresse des Beschuldigten («[...]», wobei diese in die Region «[Ort 3]» bzw. die City «[Ort 3]» / «Postal Code [Ort 3]» gehöre). Diese mag zwar in die Region [Ort 1] und damit in die Nähe des Wohnorts des Beschuldigten fallen; ob die von NCMEC im Bericht erwähnte IP-Adresse aber denn auch im entsprechenden Zeitpunkt tatsächlich durch den Beschuldigten verwendet worden war, wurde nicht verifiziert oder widerlegt. Ein direkter Bezug zum Beschuldigten lässt sich denn auch in den Akten nicht herstellen. Zu einer anderen Auffassung müsste man gelangen, wenn man allenfalls bei der gestützt auf den durch den CyberTipline Report vom 28. Dezember 2019 legitimierten Anfangsverdacht durchgeführten Durchsuchung der Räumlichkeiten des Beschuldigten und dessen Mobiltelefons Hinweise auf verbotene Dateien gefunden hätte. Dem ist aber nicht so. Dem Bericht der Polizei Kanton Solothurn zur Forensischen Datensicherung und Auswertung vom 25. Mai 2020 ist zu entnehmen, dass infolge unbekannter Gerätecodes keine vollständige Datensicherung, sondern nur die BFU-Methode (Before First Unlock) durchgeführt werden konnte. Gemäss dem Hersteller des von der Polizei verwendeten Forensik-Tools konnten mit der verwendeten Datenauswertungs-Methode nur ca. 20 % - 30 % der vorhandenen Daten gesichert werden. In den gesicherten Daten konnten keinerlei verbotene Darstellungen gefunden werden. Es waren keine Chats vorhanden; aufgrund des fehlenden Gerätecodes konnte auf dem Gerät nicht überprüft werden, ob entsprechende Apps installiert sind. Verifiziert werden konnte lediglich, dass die von Instagram gemeldeten Benutzerangaben (Mobiltelefonnummer [...] und E-Mail-Adresse [...]) mit diesem Mobiltelefon verwendet worden waren (s. zum Ganzen AS 021 ff.). Infolge der Verweigerung der Herausgabe des Gerätecodes – was das gute Recht des Beschuldigten ist – konnte demnach das durch den Beschuldigten verwendete Mobiltelefon nicht vollumfänglich ausgewertet werden. Im ausgewerteten Bereich konnten weder Hinweise auf das in der Meldung bezeichnete kinderpornografische Material noch auf sonstige verbotene Dateien gefunden werden (s. Bericht der Forensischen Datensicherung und Auswertung der Polizei Kanton Solothurn vom 25.05.2022, AS 022, sowie die Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 08.06.2022, AS 002). Es ist damit festzustellen, dass gemäss den vorliegenden Beweismitteln zahlreiche offene Fragen bleiben, welche auch mit Hilfe der Ermittlungsakten nicht beantwortet werden können.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Allgemeine Ausführungen zu Art. 197 Abs. 4 StGB Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit

Minderjährigen zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe (Art. 197 Abs. 4 StGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der allgemeine Begriff der Pornografie zum einen voraus, dass die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf angelegt sind, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum andern ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen gelöst wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann. Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergrößert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (Urteil des Bundesgerichts 6B\_148/2019 vom 11.12.2019 E. 1.4.2 mit Hinweis auf BGE 144 II 233 E. 8.2.3 S. 242 und BGE 131 IV 64 E. 10.1.1 S. 66). Abs. 4 verbietet die sogenannte harte Pornografie, die gemäss dem vorgenannten Gesetzeswortlaut gegeben ist, wenn zum pornografischen Charakter mindestens eines von vier abschliessend aufgeführten Merkmalen hinzukommt, nämlich die Beteiligung von Tieren, der Einsatz von Gewalttätigkeiten sowie der nicht tatsächliche Einbezug von Minderjährigen und der tatsächliche Einbezug von Minderjährigen (Stefan Trechsel/Carlo Bertossa in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Auflage, St. Gallen/Zürich 2021, nachfolgend «PK StGB», Art. 197 StGB N 10). Die letztgenannte Tatbestandsvariante gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB, die dem Beschuldigten gemäss Anklageschrift vorgehalten wird, ist als Verbrechen konzipiert und wird in der Lehre in Abgrenzung zu den Tatbestandsvarianten gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 1 StGB als qualifiziert harte Pornografie bezeichnet. Erfasst werden gemäss Art. 197 Abs. 4 StGB zunächst einmal umfassend alle Verhaltensweisen auf der Anbieterseite («herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt [und] zugänglich macht»). Über die Tathandlungsvarianten «erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt» werden zusätzlich auch Verhaltensweisen erfasst, die theoretisch sowohl von einem reinen Konsumenten als auch vom Anbieter verwirklicht werden können. Bei einem reinen Konsumenten, der also nur seinen eigenen Konsum vorbereitet, kommt Abs. 4 allerdings nicht zur Anwendung, weil hier der privilegierende Tatbestand von Abs. 5 (mit einer herabgesetzten Strafobergrenze) vorgeht (Wolfgang Wohlers in: AJP 4/2020: Strafbarkeit des Umgangs mit Kinderpornografie, S. 393; ebenso Bernhard Isenring/Martin A. Kessler in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 197 StGB N 49; vgl. in Bezug auf diese Abgrenzung auch die kantonale Rechtsprechung: STBER.2020.98 und STBER.2020.66). In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz verlangt, wobei Eventualvorsatz ausreichend ist und im Hinblick auf die Wissenskomponente des Vorsatzes keine exakten juristischen Kenntnisse erforderlich sind. Es reicht aus, dass der Beschuldigte den (kinder-)pornografischen Gehalt der Darstellung laienhaft (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre) nachvollzogen hat (Wolfgang Wohlers in: AJP 4/2020, S. 393 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_229/2019 vom 27.05.2019 E. 3.2). Dabei ist nicht zu übersehen, dass das zum Eventualvorsatz gehörende Bewusstsein, eine Veröffentlichung sei möglicherweise unzüchtig, auch derjenige haben kann, der nach seinem eigenen Empfinden nichts Unzüchtiges daran findet (Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, BSK StGB, Art. 197 N 76 m.w.Verw.). 2. Gemäss vorstehendem Beweisergebnis

(Ziff. III.5.) bestehen in mehrfacher Hinsicht erhebliche Zweifel am angeklagten Sachverhalt, welche sich schlechterdings nicht unterdrücken lassen. Weder der objektive noch der subjektive Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB kann als erfüllt erachtet werden. Es hat daher ein Freispruch zu erfolgen.

V. Genugtuung Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO). Der Beschuldigte befand sich zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens in Untersuchungshaft. Die vorläufige Sistierung des aktuell laufenden Einbürgerungsverfahrens mag zwar den Beschuldigten in seinen persönlichen Verhältnissen getroffen haben; ob aber von einer genügenden Schwere auszugehen ist, welche den Anspruch auf Zusprechung einer Genugtuung zu begründen vermöchte, ist zu bezweifeln. Vor Berufungsgericht verzichtete der Beschuldigte denn auch – anders als noch vor erster Instanz – ausdrücklich auf die Geltendmachung einer solchen.

VI. Kosten und Entschädigungen

1. Kosten Infolge Freispruchs des Beschuldigten gehen die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Urteilsgebühr CHF 400.00, Auslagen CHF 893.00, ausmachend total CHF 1'343.00) sowie die Kosten des Berufungsverfahrens (Staatsgebühr CHF 4'000.00, Auslagen von CHF 210.00, total CHF 4'210.00) zu Lasten des Staates Solothurn.

2. Entschädigungen Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Verteidiger, Rechtsanwalt Konrad Jeker, macht in seiner Honorarnote für das erstinstanzliche Verfahren einen Arbeitsaufwand von 15.01 Stunden zu einem Ansatz von CHF 280.00 pro Stunde geltend. Hinzu kommen Auslagen von CHF 128.50. Dies erscheint insgesamt als angemessen und ist entsprechend zu entschädigen. Unter Hinzurechnung der MwSt. von 7.7 %, ausmachend CHF 333.50, resultiert eine Entschädigung von CHF 4'664.80. Diese Entschädigung wird dem Beschuldigten zugesprochen und ist zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse. Für das Berufungsverfahren macht der Verteidiger in seiner Honorarnote einen Aufwand von 10.01 Stunden zu einem Ansatz von CHF 280.00 geltend. Hinzu kommen Auslagen von CHF 48.20. Auch dies erscheint insgesamt als angemessen und ist zu entschädigen. Unter Hinzurechnung der MwSt. von 7.7 %, ausmachend CHF 219.55, resultiert eine Entschädigung von CHF 3'077.55. Diese Entschädigung wird dem Beschuldigten zugesprochen und ist zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse. Demnach wird in Anwendung von Art. 267 StPO, Art. 335 ff. StPO, Art. 416 ff. StPO und Art. 429 ff. StPO, § 146 Gebührentarif, § 158 Gebührentarif erkannt:

1. A.\_\_\_\_ wird vom Vorhalt der harten Pornografie durch Zugänglichmachen (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen), angeblich begangen am 26. Dezember 2019, 23:27 Uhr MEZ, freigesprochen.
2. Gemäss rechtskräftiger Ziffer 5 des Urteils des Amtsgerichtspräsidenten von Olten-Gösgen vom 24. Februar 2022 ist A.\_\_\_\_ das beschlagnahmte Apple iPhone X schwarz, inkl. SIM-Karte (Rufnummer [...]) und Etui, (aufbewahrt bei der Polizei Kanton Solothurn, SB Asservate) nach Rechtskraft des Urteils herauszugeben.
3. A.\_\_\_\_, verteidigt durch Rechtsanwalt Konrad Jeker, wird für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'664.80 (15.01 Stunden à CHF 280.00, Auslagen CHF 128.50, 7.7 % MwSt. CHF 333.50) zugesprochen, zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 1'343.00 gehen zu Lasten des Staates Solothurn.
5. A.\_\_\_\_, verteidigt durch Rechtsanwalt Konrad Jeker, wird für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'070.55 (10.01

Stunden à CHF 280.00, Auslagen CHF 48.20, 7.7 % MwSt. CHF 219.55) zugesprochen, zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse. 6. Die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Staatsgebühr von CHF 4'000.00 und Auslagen von CHF 210.00, total CHF 4'210.00, gehen zu Lasten des Staates Solothurn. Rechtsmittel : Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen 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) und der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft im Rechtsmittelverfahren (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innert 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 Schenker

#### **E. 5**

Das beschlagnahmte Apple iPhone X schwarz, inkl. SIM-Karte und Etui (aufbewahrt bei der Polizei Kanton Solothurn, SB Asservate) ist A.\_\_\_\_ nach Rechtskraft dieses Urteils herauszugeben.

#### **E. 6**

Am 2. März 2022 liess der Beschuldigte gegen dieses Urteil die Berufung anmelden (AS 118).

#### **E. 7**

Nachdem das begründete Urteil (AS 122 ff.) dem Beschuldigten am 11. Juli 2022 zugestellt worden war (AS 138), erfolgte am 2. August 2022 die Berufungserklärung (Akten des Obergerichts [OGer] 005). Verlangt wird ein Freispruch «von Schuld und Strafe».

#### **E. 8**

Mit Eingabe vom 8. August 2022 teilte die Staatsanwaltschaft mit, keinen Antrag auf Nichteintreten zu stellen sowie auf eine Anschlussberufung zu verzichten. Ebenso verzichtete die Staatsanwaltschaft auf die weitere Teilnahme am Berufungsverfahren unter gleichzeitigem Ersuchen des Obergerichts um Zustellung des begründeten Urteils (OGer 011).

#### **E. 9**

Mit Vorladung vom 29. November 2022 (OGer 013) wurden der Beschuldigte und sein Verteidiger für die mündliche Berufungsverhandlung vom 8. März 2023 vorgeladen. II. Prozessgegenstand 1. Ausdrücklich angefochten und damit Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Schuldspruch des Beschuldigten i.S.v. Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB wegen Pornografie (tatsächliche Handlungen mit Minderjährigen [Zugänglichmachen]; Ziff. 1 des erstinstanzlichen Urteils). Ebenfalls ausdrücklich angefochten ist die zugehörige Sanktion in Form einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je CHF 100.00 unter Gewährung des bedingten Vollzugs bei einer Probezeit von zwei Jahren

(Ziff. 2 des erstinstanzlichen Urteils). 2. Nicht angefochten und damit nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sind die Ziff. 3, 4 und 5 des erstinstanzlichen Urteils betreffend den Verzicht auf die Anordnung einer Landesverweisung, den Verzicht auf die Anordnung eines Tätigkeitsverbots sowie die Rückgabe des beschlagnahmten Apple iPhone X des Beschuldigten. Diese Punkte sind in Rechtskraft erwachsen. 3. 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). Der Kostenentscheid der ersten Instanz ist damit – obwohl nicht explizit angefochten – nicht in Rechtskraft erwachsen und bildet ebenfalls Gegenstand des Berufungsverfahrens. III. Harte Pornografie durch Zugänglichmachen (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen, Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB) 1. Vorhalt Gemäss Ziff. 1 der Anklageschrift vom 23. November 2020 wird dem Beschuldigten folgender Vorhalt gemacht: «Harte Pornografie durch Zugänglichmachen (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) (Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB) begangen am 26. Dezember 2019, ca. 23:27 Uhr (mitteleuropäische Zeit), in [Ort 1 ], evtl. anderswo, indem der Beschuldigte mit seinem Mobiltelefon auf den auf ihn registrierten Instagram-Account «[Accountname]» – im Wissen darum, dass diese in der Folge von anderen Instagram-Nutzern gesehen werden kann – eine Videodatei, die tatsächliche sexuelle Handlungen mit bzw. zwischen Minderjährigen zum Gegenstand hat, hochlud (upload) und teilte, wodurch er diese einem unbekanntem Adressatenkreis zugänglich machte. Die Videodatei zeigt ein eindeutig im Schutzalter stehendes Mädchen mit heruntergelassener Hose, das einen ebenfalls eindeutig im Schutzalter stehenden Jungen oral befriedigt, während ein weiterer und ebenfalls eindeutig im Schutzalter stehender Junge hinter dem vornübergebeugten Mädchen steht, seinen Intimbereich von hinten gegen das Gesäss des Mädchens drückt und Stossbewegungen mit der Hüfte macht, wobei nicht eindeutig zu sehen ist, ob der zweitgenannte Junge das Mädchen mit seinem Glied penetriert.» 2. Allgemeines zur Beweiswürdigung Gemäss der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie in 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., BGE 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 Andersseins 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. Eine Verurteilung darf somit nur erfolgen, wenn die Schuld des Verdächtigten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, d.h. wenn Beweise dafür vorliegen, dass der Täter mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm vorgeworfenen Sachverhalt verwirklicht

hat. Voraussetzung dafür ist, dass der Richter einerseits persönlich von der Tatschuld überzeugt ist und andererseits die Beweise die Schuld des Verdächtigen in einer vernünftige Zweifel ausschliessenden Weise stützen. Der Richter hat demzufolge nach seiner persönlichen Überzeugung aufgrund gewissenhafter Prüfung der vorliegenden Beweise darüber zu entscheiden, ob er eine Tatsache für bewiesen hält oder nicht (BGE 115 IV 286). 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. Je nach der Art des Beweismittels lassen sich diese grundsätzlich in persönliche (Personen, welche die von ihnen wahrgenommenen Tatsachen bekannt geben, namentlich Aussagen von Zeugen, Auskunftspersonen, Angeschuldigten in Einvernahmen) und sachliche (Augenschein und Beweisobjekte, namentlich Urkunden) unterteilen. Zu den verschiedenen Beweismitteln ist anzuführen, dass der Grundsatz der freien Beweiswürdigung eine Rangordnung verbietet. Insbesondere sind die Aussagen von Zeugen und Angeschuldigten voll gültige Beweismittel mit derselben Beweiseignung. Bei der Würdigung der Beweise ist weniger die Form, sondern vielmehr der Gesamteindruck (d.h. die Art und Weise der Bekundung sowie die Überzeugungskraft) massgebend.

3. Beweismittel Für die Aufzählung und Beschreibung der in den Akten liegenden Beweismittel – d.h. den durch NCMEC erstellten und an die BKP versendeten CyberTipline Report vom 28. Dezember 2019 (AS 009 ff.), den Bericht der BKP vom 31. Dezember 2019 (AS 004 ff.) sowie die Forensische Datensicherung und Auswertung des Mobiltelefons des Beschuldigten durch die Polizei Kanton Solothurn vom 25. Mai 2020 (pag. 021 f.) – ist auf die Ausführungen der Vorinstanz in Ziff. 1.2.2. des Urteils vom 24. Februar 2022 (Urteilsseite [US] 4 f.) zu verweisen. Weiter liegt eine Einvernahme des Beschuldigten vom 8. Juni 2020 in den Akten (AS 025 ff.), anlässlich welcher der Beschuldigte in der Sache von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte. Zur Person führte der Beschuldigte aus, über ein monatliches Netto-Einkommen in der Höhe von CHF 4'000.00 zu verfügen; wohnhaft in [Ort 1] sei er nach einem Zuzug von [Ort 4] im Jahr 2004 (s. den Erhebungsbericht vom 08.06.2020, AS 082 f.). Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung vom 8. März 2023 beantwortete der Beschuldigte erneut keine Fragen zur Sache. Zur Person bestätigte der Beschuldigte auf entsprechende Frage des Referenten, nach wie vor bei der [Firma 1] zu arbeiten. Dies momentan in einem Pensum von ca. 40 % - 50 %. Er habe nebenher noch eine Firma gegründet, diese sei aber noch nicht aktiv. Er sei dort eigentlich schon länger dran gewesen, aber es seien familiäre Probleme entstanden. Seine Mutter sei zurzeit krank. Er habe sich fokussieren müssen, aber eigentlich habe er vor, eine selbständige Tätigkeit auszuüben und bei der [Firma 1] je nachdem 30 % - 40 % zu arbeiten. Dies, damit er weiterhin ein Standbein neben seiner Selbständigkeit habe. (Auf entsprechende Nachfragen:) Er sei Sachbearbeiter Finanzplanung für Lebensversicherungen, Krankenkassen-Wechsel, Kundenberatungen. (Ob er eine Ausbildung im Bereich Versicherungen und Finanzen habe?) Einfach intern eine Ausbildung, von der [Firma 1] selber, die sein Vorgesetzter leite. (Wie viel er aktuell verdiene?) Aktuell sei er etwa bei CHF 2'000.00. (Auf Vorhalt, vor erster Instanz sei der Durchschnitt noch etwa CHF 4'000.00 gewesen:) Genau. Das habe sich jetzt halbiert, weil seine Mutter Krebs habe. Er unterstütze sie jetzt, und es sei schwer, so 100 % zu arbeiten. (Ob er demnach sein Pensum weiter reduziert habe; vor der ersten Instanz habe er auch nicht zu 100 % gearbeitet?) Ja, also damals seien es 70 % - 80 % gewesen. Weil er habe

zuerst alles lernen müssen. Es sei halt nicht so einfach, dass man da reinkomme. (Wie aktuell der Stand der Dinge mit seiner neuen Gesellschaft sei?) Stand der Dinge sei, dass er die Firma gegründet habe. Diese werde noch diesen Monat aktiv, denke er, also nächste oder übernächste Woche. Er wolle in der Immobilienbranche weiterfahren. Umbauen, Renovieren, je nachdem Neubau, wenn es ihm die Bank finanziere. So ein wenig in diesem Tätigkeitsgebiet. (Ob die Gesellschaft schon im Handelsregister eingetragen sei?) Er glaube noch nicht, nein. Aber sie sollte es, nächste oder übernächste Woche wahrscheinlich. (Auf entsprechende Nachfragen:) Die Gründung sei erfolgt, die Eintragung aber noch nicht. Das gehe ja immer eine Zeit. (Wie die juristische Person heiße?) [Firma 2]. (Ob er demnach noch keinen Gewinn erziele?) Nein. Es brauche halt einen Haufen Planung vorher. (Ob er weiterhin mit seiner Mutter und seinem Bruder an der [Ort 1] wohne?) Nein, sie wohnten in [Ort 2]. Also einfach er und seine Mutter. (Und der Bruder?) Nein. Er habe zwei Brüder, und beide wohnten alleine. Also der eine Bruder wohne alleine und der andere auch. Sie wohnten in [Ort 1]. (Auf entsprechende Nachfragen:) Er und die Mutter zahlten die Miete. Je nachdem, sie helfe ihm ein bisschen. (Aber er zahle demnach ein wenig mehr – wenn er sage, dass sie ihm helfe?) Ja er zahle eher mehr. Und jetzt sowieso halt, weil sie krank sei. (Wie es ihm gesundheitlich gehe?) Ihm gehe es gut, zum Glück. (Wie er seine Zukunft sehe?) Er wolle mit dieser Firma durchstarten und dort gute Ergebnisse erzielen. Dass er für sich einen guten Lohn rausholen könne. Das weitere Vorgehen sei noch offen. Man müsse einfach anfangen. Am Anfang sei es halt ein bisschen schwer. (Ob er das in [Ort 1] machen wolle?) Ja. Weil er auch das Umfeld in [Ort 1] habe. 4. Verwertbarkeit der NCMEC-Unterlagen

## E. 28

ZGB) gewährleisteten Schutz der Persönlichkeit. Art. 13 Abs. 1 DSGVO übernimmt in diesem Sinne den in Art. 28 Abs. 2 ZGB verankerten Grundsatz, wonach eine Persönlichkeitsverletzung rechtswidrig ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (BGE 138 II 346 E. 8). Der amerikanische Provider Instagram unterliegt dieser (für ihn ausländischen) Gesetzgebung nicht. Entscheidend ist vorliegend aber, dass das private Unternehmen Instagram nicht im Geheimen agiert, sondern dass jede Person, die das Angebot von Instagram nutzen will, vor Abschluss der vertraglichen Nutzungsvereinbarung umfassend aufgeklärt wird. Die Nutzungsbedingungen von Instagram ■ online einsehbar unter [«https://de-de.facebook.com/help/instagram/581066165581870»](https://de-de.facebook.com/help/instagram/581066165581870), letztmals besucht am 08.03.2023) ■ fungieren als Teil der Nutzungsbedingungen der Meta Platform Ireland Limited (Nachfolgerin der Facebook Ireland Limited). Diese weisen unter Ziff. 3 «Deine Verpflichtungen» auf Folgendes hin: «Du darfst nichts Rechtswidriges, Irreführendes oder Betrügerisches oder etwas für einen illegalen oder unberechtigten Zweck tun.» bzw. «Du darfst nicht gegen diese Nutzungsbedingungen oder unsere Richtlinien verstossen (oder andere bei einem Verstoß unterstützen oder sie dazu ermutigen). Besonders zu erwähnen sind hier die «Instagram-Gemeinschaftsrichtlinien», die Meta-Plattform-Nutzungsbedingungen und Entwickler-Richtlinien und die Musik-Richtlinien.». Die «Instagram-Gemeinschaftsrichtlinien», die «Meta-Plattform-Nutzungsbedingungen und Entwickler-Richtlinien» sowie die «Musik-Richtlinien» sind jeweils weitere Male verlinkt. Die «Instagram-Gemeinschaftsrichtlinien» bspw. beinhalten dann den ausdrücklichen Hinweis, dass mit den Strafverfolgungsbehörden zusammengearbeitet werden kann, wenn man der

Ansicht ist, dass eine Gefahr für Leib und Leben einer Person oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit besteht. Die «Meta-Plattform-Nutzungsbedingungen und Entwickler-Richtlinien» (einsehbar unter «<https://developers.facebook.com/terms>») weisen in Ziff. 11 weiter darauf hin, dass alle geltenden Gesetze und Vorschriften einzuhalten sind. Wenn auch entgegen anderer Nutzungsbedingungen wie bspw. Facebook (einsehbar unter «[de-de.facebook.com](https://de-de.facebook.com)») in den Nutzungsbedingungen von Instagram kein direkter Bezug auf sexuell motivierte Straftaten und damit zusammenhängend ausdrücklich auf NCMEC genommen wird ■ dies erfolgt erst in den nicht in den allgemeinen Richtlinien eingeschlossenen Informationen des Helpdesk von Instagram für Strafverfolgungsbehörden ■ macht Instagram jedem interessierten Nutzer bereits in seinen Nutzungsbedingungen transparent, dass die Nutzung der Kommunikationsplattform mit einer Kontrolle der Einhaltung der geltenden strafrechtlichen Normen ■ und damit direkt verbunden auch der Kinderpornografie ■ einhergeht und sie bzw. er sich diesbezüglich einer Kontrolle des Providers aussetzt. Ebenso zeigt das Unternehmen auf, welche Konsequenzen drohen, wenn ein Nutzer gegen das Regelwerk von Instagram verstösst. Mit dem Gebrauch des Mediums Instagram erklärt sich jede Nutzerin bzw. jeder Nutzer mit den vom Unternehmen definierten Regeln betreffend Datenerhebung, -verwendung und -weitergabe an Dritte ausdrücklich einverstanden. Bei der Erstellung eines Benutzerkontos müssen diese Bestimmungen angenommen werden. Es liegt demnach eine auf einer umfassenden Aufklärung beruhende, freiwillig erfolgte und damit rechtsgültige Einwilligung des Nutzers vor.

Weiter stellt sich die Frage, ob es sich bei der vorliegenden Konstellation um eine autonome Beweiserhebung durch Private oder um eine staatliche Beweiserhebung handelt. Keine autonome Beweiserhebung durch Private und damit eine staatliche Beweiserhebung liegt vor, wenn Private auf Anregung, im Auftrag und mit Unterstützung von staatlichen Behörden Beweise erheben. In dieser Fallkonstellation ist vielmehr von einer eigentlichen Beweissammlung durch die Strafbehörden auszugehen, womit Regeln zur Anwendung kommen müssen, die bei selbständigem Handeln der Strafverfolgungsbehörde gelten würden, da ansonsten das förmliche Verfahren umgangen würde (Sabine Gless, a.a.O. N. 41 zu Art. 141 StPO). Die Privatperson darf insbesondere auch nicht als staatliches Werkzeug eingesetzt werden. Bei geringfügiger staatlicher Beteiligung an der unmittelbaren Handlung der Privatperson bereitet die Zurechnung privater Handlungen zum Staat hingegen Schwierigkeiten. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen der Staat bloss die faktischen Voraussetzungen für die private Handlung schafft, bei der privaten Beweiserhebung mithilft, sie genehmigt oder duldet (Gundhild Godenzi: Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Zürich 2008, S. 176 f.).

Vorliegend ist eine autonome Beweisbeschaffung durch Private (hier Instagram) zu verneinen. Gemäss der dargelegten Rechtslage bestand hinsichtlich Instagram eine gesetzliche Meldepflicht. Auch wenn Instagram im vorliegenden Fall die Meldung nicht nur auf die obligatorischen Inhalte beschränkte, sondern von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit des erweiterten Meldungsinhalts nach lit. b des 18 U.S. Code § 2258A Gebrauch machte und auch beim Einsatz technischer Hilfsmittel zur Erkennung von kinderpornographischem Inhalt über die gesetzlichen Anforderungen hinausging, ist von einer staatlich veranlassten Beweisbeschaffung auszugehen. Ohne vorbestehenden konkreten Tatverdacht wäre diese Beweiserhebung seitens der Strafverfolgungsorgane wie bereits erwähnt nicht möglich gewesen. Eine tatverdachtsunabhängige

Beweisforschung, eine sog. «fishing expedition» ist nicht nur unrechtmässig. Vielmehr würde eine solche der Verletzung fundamentaler strafprozessualer Prinzipien gleichkommen, was ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der so erlangten Beweise führen würde. Dies ist aber nicht der entscheidende Ansatz, denn wie erwähnt bestand nach dem am Ort der Beweisbeschaffung geltenden Rechtslage eine gesetzliche Meldepflicht, welche aus Schweizer Sicht weder eine Verletzung des Ordre public noch des Grundsatzes des «fair trial» darstellt.

Der CyberTipline Report 61950247 vom 28. Dezember 2019 ist somit grundsätzlich verwertbar. Auch die weiteren Vorbringen der Verteidigung vermögen an dieser Feststellung nichts zu ändern. ( )

#### 5. Konkrete Beweiswürdigung und Beweisergebnis

Analog einer jeden durch eine Schweizer Behörde (bspw. Konkursamt, Steueramt, MFK etc.) oder Private erstellten Strafanzeige, welche Angaben zu einem angeblich deliktischen Verhalten eines Beschuldigten enthalten, handelt es sich bei den im NCMEC-Report enthaltenen Angaben nicht um gesicherte Tatsachen, sondern lediglich um erste Hinweise auf ein potentiell strafbares Verhalten, welche den Schweizer Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis gebracht werden. Es gilt somit unverändert, die in den Akten liegenden Beweismittel einer Beweiswürdigung zu unterziehen.

( )

[Ergänzung zum Entscheid: Kurze Zusammenfassung der Beweiswürdigung:

Im vorliegenden Fall vermögen die im NCMEC-Report enthaltenen Angaben keine strafbare Handlung des Beschuldigten zu beweisen. Die von Instagram initiierte Meldung enthält weder Angaben über eine natürliche Person, welche die der Meldung zugrunde liegenden Angaben überprüft hat, noch lassen sich diese sonst wie überprüfen. Eine alleine durch einen "Computer-Algorithmus" generierte Meldung betreffend elektronische Daten (im Wesentlichen aus zahlreichen Ziffern bestehende sog. "Hash-Werte") stellt keinen tauglichen Beweis dar. Zwar wurden mit dem NCMEC-Report auch strafrechtlich relevante Filmsequenzen mitgeliefert. Es lässt sich jedoch mangels entsprechender Angaben nicht überprüfen, ob diese Dateien tatsächlich vom Beschuldigten ins Netz gestellt, resp. Dritten zugänglich gemacht wurden. Beim Beschuldigten selbst wurden im Lauf des Strafverfahrens keine entsprechenden Daten gefunden.]

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