

# **SO\_GERICHTE STBER.2023.42 vom 14. Mai 2024**

SO Obergericht, 2024-05-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2023.42](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2023.42)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2023.42 du 14 mai 2024

IT: SO\_GERICHTE STBER.2023.42 del 14 maggio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 28. Februar 2021 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 [ ]» zum Nutzer der E-Mailadresse[...]sowie der Telefonnummer [...] (Verfahrensordner STA.2021.1404, Aktenseite [AS] 13 ff.). Diese Hinweismeldung wurde mittels gesicherter VPN Linie direkt der zuständigen ausländischen Polizeibehörde, vorliegend der Bundeskriminalpolizei (BKP), weitergeleitet (AS 11 f.).

2. Nach Eingang des Berichts der BKP vom 12. März 2021 wegen Verdachts der Verbreitung von Kinderpornografie via Facebook eröffnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn (nachfolgend Staatsanwaltschaft) am 24. März 2021 gegen A.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschuldigter) eine Strafuntersuchung wegen harter Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) i.S.v. Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB (AS 79).

#### **E. 1.1**

Infolge Freispruchs des Beschuldigten gehen die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Urteilsgebühr CHF 600.00, total CHF 1'980.00) zu Lasten des Staates.

#### **E. 1.2**

Gemäss teilweise rechtskräftiger Ziffer 5 des erstinstanzlichen Urteils wurde die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschuldigten, Rechtsanwalt Simon Bloch, für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 4'958.20 (Honorar CHF 4'358.30, Auslagen CHF 245.40, 7,7 % MwSt. CHF 354.50) festgesetzt und zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat bezahlt (AS S-L 95). Der Rückforderungsanspruch des Staates für die Kosten der amtlichen Verteidigung entfällt gestützt auf den vollständigen Freispruch.

### **2. Berufungsverfahren**

2.1 Der Beschuldigte obsiegte mit seiner Berufung, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 1'200.00, total CHF 1'250.00, vom Staat zu tragen sind.

2.2 Dem Beschuldigten wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 29. März 2021 gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StPO Rechtsanwalt Simon Bloch als amtlicher Verteidiger zugeordnet. Da der Grund für die notwendige Verteidigung (Art. 130 lit. b StPO) im Berufungsverfahren weggefallen ist, ist nachfolgend zu prüfen, ob allenfalls die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO erfüllt sind und die amtliche Verteidigung somit aus diesem Grund weiter besteht.

Der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung im Falle von Mittellosigkeit ergibt sich direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV und spezifisch für Strafverfahren aus Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK. Mittellosigkeit oder Bedürftigkeit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann gegeben, wenn die beschuldigte Person die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt. Zur wirtschaftlichen Situation gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, wobei die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unzulässig ist. Der Begriff der Bedürftigkeit ist nicht deckungsgleich mit jenem nach SchKG und es ist nicht schematisch auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern es ist den individuellen Umständen Rechnung zu tragen. Die Bedürftigkeit bestimmt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches (sämtliche finanziellen Verpflichtungen, sämtliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse). Die beschuldigte Person hat insbesondere Anspruch darauf, dass ihr der erweiterte zivilprozessuale Notbedarf verbleibt. Resultiert bei dieser Berechnung ein Überschuss, so ist dieser mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen, soweit diese nicht aus dem vorhandenen Vermögen bezahlt werden können. Die beschuldigte Person soll in der Lage sein, mit dem ihr verbleibenden Überschuss die Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit zu tilgen, bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres (Niklaus Ruckstuhl: Marcel Alexander Niggli et al. [Hrsg], Basler Kommentar Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, Art. 132 N 23 ff.).

Der zivilprozessuale Zwangsbedarf des Beschuldigten setzt sich wie folgt zusammen:

Diesem Bedarf von insgesamt CHF 3'089.00 stehen gemäss den eingereichten Lohnabrechnungen von Januar bis Juni 2023 folgende monatliche Mittel gegenüber:

B. \_\_\_ AG)

Bei monatlichen Einnahmen von insgesamt CHF 4'060.00 resultiert ein Überschuss von CHF 971.00 pro Monat bzw. CHF 11'652.00 im Jahr. Dieser Überschuss erlaubt es dem Beschuldigten, für die zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen.

2.3 Der Beschuldigte hat infolge des vollumfänglichen Freispruchs indes Anspruch auf eine Parteientschädigung für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren. Rechtsanwalt Simon Bloch macht in seiner Honorarnote vom 24. August 2023 eine Entschädigung von CHF 4'123.75, bestehend aus dem Honorar von CHF 3'722.50 (14.89 Stunden à CHF 250.00), Auslagen von CHF 106.40 sowie 7.7 % MwSt., geltend. In Anbetracht der nicht ganz einfachen rechtlichen und technischen Fragen, die sich im vorliegenden Fall stellten, erscheint dieser Aufwand angemessen und ist zu entschädigen.

Demnach wird in Anwendung von Art. 135, Art. 379 ff., Art. 398 ff., Art. 406 Abs. 2, Art. 416 ff. und Art. 429 aStPOerkannt:

1.A. \_\_\_ wird vom Vorwurf der Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Kindern), angeblich begangen in der Zeit vom 27. Februar 2021 bis am 4. März 2021, freigesprochen.

2. Gemäss teilweise rechtskräftiger Ziffer 5 des Urteils des Amtsgerichts von Solothurn-Lebern vom 16. Januar 2023 wurde die Entschädigung des amtlichen

Verteidigers von A.\_\_\_\_ auf CHF 4'958.20 (Honorar CHF 4'358.30, Auslagen CHF 245.40, 7,7 % MwSt. CHF 354.50) festgesetzt und zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat Solothurn bezahlt.

3.A.\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Simon Bloch, wird für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'123.75 (inkl. Auslagen und MwSt.) zugesprochen, zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse.

4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, total CHF 1'980.00, sowie des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 1'200.00, total CHF 1'250.00, gehen zu Lasten des Staates Solothurn.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit 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) im Rechtsmittelverfahren (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innerhalb 10 Tagenseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona).

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Die Vizepräsidentin

Marti

Die Gerichtsschreiberin

Graf

### **E. 3**

Am 24. Januar 2022 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage gegen den Beschuldigten, amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Simon Bloch, und überwies die Akten dem Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern zum Entscheid (Aktenseite Solothurn-Lebern (AS S-L) 1 ff.).

### **E. 3.1**

Gemäss dem CyberTipline Report 8710411 vom 28. Februar 2021 (AS 13 ff.), hatte NCMEC eine Meldung von Facebook betreffend Kinderpornografie («Child Pornography [possession, manufacture, and distribution]») erhalten. Zur verdächtigen Person («Suspect»), welche die betroffenen Daten hochgeladen haben soll, sind dem Report folgende Informationen zu entnehmen:

Name: A.\_\_\_\_

Mobile Phone: [...] («Verified»)

Date of Birth: [ ]

Email Address: [...] («Verified»)

ESP User ID: [ ]

IP Address: [ ] («Login») 02-27-2021 20:23:46 UTC

IP Adress: [ ] («Other») 02-26-2021 23:57:19 UTC

Als geschätzten Standort am 12. März 2021 (UTC) wird [Ort] («Not Verified») angegeben. Gemäss dem Report wurden fünf identische Dateien innert kurzer Zeit (am 26. Februar 2021 um 23:57:30 UTC, um 23:57:47 UTC, um 23:58:26 UTC und um 23:58:42 UTC sowie am 27. Februar 2021, um 00:00:04 UTC) hochgeladen. Die automatisierte Recherche von NCMEC (aufgeführt unter «Section B: Automated Information Added by NCMEC Systems») ergab als ungefähren Standort der IP-Adresse [ ] (Salt Mobile SA) und der weiteren IP Adresse [ ] (Datacamp Limited) [ ].

### **E. 3.2**

Dem Bericht der BKP vom 26. Februar 2021 kann entnommen werden, dass die erhobene Telefonnummer [...] dem Schweizer Provider Salt Mobile SA zugeordnet werden konnte. Als Anschlussinhaber wurde A.\_\_\_\_, geb. [ ], wohnhaft an der [Adresse] festgestellt. Ob der Abonnent auch der Nutzer des fraglichen Facebook-Accounts sei, konnte von der BKP nicht abschliessend beurteilt werden. Die gemeldeten Dateien wurden auf einer verschlüsselten CD-Rom abgespeichert (AS 11 f.). Ein Ausdruck dieser Dateien befindet sich in den Akten (AS 22 f.).

### **E. 3.3**

Schliesslich wurde das Mobiltelefon Apple iPhone 12 mit der Rufnummer [...] des Beschuldigten sichergestellt (AS 82). Gemäss dem Bericht vom 22. April 2021 über die forensische Datensicherung und Auswertung (AS 24 ff.) konnte das gemeldete Bild auf dessen Mobiltelefon an 13 Stellen im Cache der Facebook App gefunden werden. Sämtliche Bilder wurden erst am 4. März 2021 zwischen 11:00 und 11:03 (UTC+1) am Fundort gespeichert. Der Bericht hält weiter fest, dass die genaue Funktionsweise der Facebook-App und des zugehörigen Cache nicht bekannt seien. Allerdings sei davon auszugehen, dass die Facebook-App während der Nutzung angezeigte Darstellungen in den Cache herunterlade. Ob und welche zum genutzten Account gehörenden Darstellungen durch die App im Hintergrund heruntergeladen würden, also ohne dass der Benutzer diese in der App gerade angezeigt erhalte, sei nicht bekannt. Die Auswertung ergab sodann, dass an jedem Tag, auch während der Sperre durch Facebook, Bilder durch die Facebook-App im Cache gespeichert wurden. Rund um die Tatzeit wurden bis am 26. Februar 2021, 22:32 Uhr, und dann wieder vom 27. Februar 2021, 09:46 Uhr, Bilder gespeichert. Am 4. März 2021 wurden insgesamt 528 Bilder zwischen 10:59 und 13:38 Uhr gespeichert.

Zur Tatzeit fand zudem ein E-Mailverkehr zwischen Facebook und dem Beschuldigten statt, welcher durch die Auswertung des Mobiltelefons zumindest teilweise sichergestellt werden konnte und welchem folgendes ■ soweit vorliegend relevant ■ entnommen werden kann (AS 44 ff.):

## **4. Argumente der Verteidigung**

4.1 Die Verteidigung macht in beweisrechtlicher Hinsicht zusammengefasst geltend, die Auffassung der Vorinstanz, es sei nicht plausibel, wie das Bildmaterial nach der Entsperrung der Facebook Seite 13 Mal im Hintergrund und ohne Wissen des Beschuldigten heruntergeladen worden sein soll, sei nicht zutreffend. Aus dem Rapport

Forensische Datensicherung und Auswertung gehe hervor, dass die genaue Funktionsweise der Facebook-App und des zugehörigen Caches nicht bekannt sei. Insbesondere sei nicht bekannt, ob und welche zum genutzten Account gehörenden Darstellungen durch die App im Hintergrund heruntergeladen würden, also ohne dass der Besitzer diese in der App gerade angezeigt erhalte. Die Aussage des Beschuldigten, das Bild sei ohne sein Zutun im Hintergrund geladen worden, sei demzufolge plausibel. Auch die den Straftaten und dem vorinstanzlichen Urteil zu entnehmenden zeitlichen Angaben seien nicht nachvollziehbar. Das Bild sei erst am 4. März 2021 gespeichert worden. Hätte der Beschuldigte das Bild tatsächlich am 27. Februar 2021 hochladen wollen, wäre es direkt auf seinen Feed oder in sein Album geladen worden und nicht erst am 4. März 2021 in den Cache. Würde auf die erstinstanzlichen Erwägungen abgestellt, müsste der Beschuldigte das Foto entweder ab dem 27. Februar 2021 bis zur Löschung oder ab dem 4. März 2021 bis zur Löschung besessen haben. Denn so wie angeklagt, habe sich der Beschuldigte nie strafbar machen können. Angeklagt sei der Zeitraum zwischen dem mutmasslichen Upload bis zur Entsperrung des Mobiltelefons, also jener Zeitraum, in dem der Beschuldigte erwiesenermassen keinen Zugriff auf sein Facebook Konto gehabt habe, also auch keinen Zugriff auf den Cache und das Foto, welches ausschliesslich dort gefunden worden sei.

Eine weitere Diskrepanz ergebe sich aus dem Umstand, dass die Anklage und Vorinstanz vonhochladen sprächen, der IT-Bericht hingegen festhalte, die erstellten Cache-Bilder hätten am 4. März 2021 zu den ersten gehört, die von Facebookheruntergeladen worden seien. Ausserdem sei die Frage, weshalb Facebook das Konto erst gesperrt und nach vier Tagen wieder freigegeben bzw. weshalb Facebook ein illegales Bild gemeldet, dieses aber nicht gelöscht habe, zu wichtig, um sie offen zu lassen.

Hätte der Beschuldigte das Bild auf Facebook hochladen wollen, hätte er es zuvor auf seinem Mobiltelefon gehabt haben müssen, also in einem Album, einem Chatverlauf, in einer Datei oder sonst einer App. Auf dem Mobiltelefon sei aber eben gerade kein solches Bild gefunden worden. Der Beschuldigte habe sich dahingehend selbst belastet, indem er angegeben habe, einen Screenshot vom Foto gemacht zu haben. Dass die IT-Dienste auch diesen Screenshot nicht haben finden können, spreche umso mehr für die Version des Beschuldigten.

Der Sachverhalt sei nach wie vor nicht restlos geklärt. Es könne weder nachgewiesen werden, dass der Beschuldigte um den Besitz des Bildes wusste, noch, dass er dieses besitzen wollte. Indem die Vorinstanz den Sachverhalt als rechtsgenügend erstellt erachtet und einen Schuldspruch gefällt habe, habe sie den Grundsatz in dubio pro reo verletzt.

4.2 In rechtlicher Hinsicht hält die Verteidigung im Wesentlichen fest, der Beschuldigte habe nichts vom Cache Speicher an sich, von dessen Funktionsweise oder von irgendwelchen legalen oder illegalen Bildern darauf gewusst. Hinweise auf spezielle technische Kenntnisse lägen nicht vor. Dementsprechend habe der Beschuldigte auch keinen Besitzeswillen manifestieren können.

## 5. Konkrete Beweiswürdigung

### **E. 4**

Nach durchgeführter Hauptverhandlung erliess der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern am 16. Januar 2023 folgendes Urteil (AS S-L 45 ff.):

6.A. \_\_\_ hat die Kosten des Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, total CHF 1'980.00, zu bezahlen.

## **E. 5**

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte form- und fristgerecht die Berufung an. Mit seiner Berufungserklärung vom 31. Mai 2023 ficht er das erstinstanzliche Urteil in folgenden Punkten an:

### **E. 5.1**

#### Grundsätze der 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 Verdächtigen 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.

## **E. 5.2**

### Konkrete Würdigung

5.2.1 Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten wegen Besitzes von Pornografie, begangen in der Zeit vom 27. Februar 2021 bis am 4. März 2021. Dabei ging sie davon aus, gestützt auf den CyberTipline Report [ ] des NCMEC sowie das mitgelieferte Bildmaterial könne als erstellt gelten und der rechtlichen Würdigung zugrunde gelegt werden, dass der Beschuldigte die in den Akten befindliche Bilddatei am 27. Februar 2021 fünf Mal auf unbekannte Art und Weise mit seinem Facebook Konto in Verbindung gebracht bzw. auf Facebook hochgeladen habe, dass Facebook diese anhand von MD5-Hashlisten als verdächtig eingestuft habe und dass diese anschliessend mittels CyberTipline Report an die BKP weitergeleitet worden sei. Weiter sei aufgrund der Mobiltelefonauswertung erstellt, dass die Bilddatei am 4. März 2021 im Zwischenspeicher (sog. Cache) von Facebook auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten 13 Mal abgespeichert worden sei. Gemäss diesen Ausführungen sei erstellt, dass der Beschuldigte das Bild besessen habe (US 17).

5.2.2 Dass es sich bei der vorliegend zu prüfenden Darstellung um ein Tatobjekt im Sinne von Art. 197 StGB handelt, steht ausser Zweifel. Indem das Mädchen den Penis des Jungen in der Hand hält, wird dessen Genitalbereich aufdringlich in den Fokus gerückt. Das Bild ist auch eindeutig darauf angelegt, den Betrachter sexuell aufzureizen, wobei die beiden Kinder zu blossen Sexualobjekten verkommen. Da die abgebildeten Kinder offensichtlich minderjährig sind, handelt es sich um eine gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB strafbare Darstellung von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen.

5.2.3 Unbestritten ist sodann, dass es sich bei dem im CyberTipline Report gemeldeten Facebook-Nutzer um das Profil des Beschuldigten handelt. Der Beschuldigte konnte die registrierten Benutzerdaten anlässlich seiner Einvernahme bestätigen. Bestritten wird seitens des Beschuldigten jedoch, die pornografische Aufnahme besessen zu haben.

5.2.4 Die Hinweismeldung des NCMEC erfolgte gestützt auf die vom Provider Facebook zur Verfügung gestellten Informationen. Wie Facebook diese Erkenntnisse erlangt, wird in der Urteilsbegründung der Vorinstanz dargelegt (vgl. E. II./3.3). Darauf kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Im Grundsatz handelt es sich um ein auf künstlicher Intelligenz beruhendes, automatisiertes Erkennungssystem und letztlich um einen Abgleich von Listen mit Hashwerten.

### **E. 5.2.5**

Die Verwertbarkeit des CyberTipline Reportes wird vom Beschuldigten zurecht nicht bestritten. Die Strafkammer des Obergerichts hat sich bereits in früheren Urteilen (STBER.2021.66 sowie STBER.2022.64) ausführlich mit dieser Frage befasst und die Verwertbarkeit bejaht, weshalb sich weitere Ausführungen an dieser Stelle erübrigen. Die Strafkammer hielt in ihren Urteilen indes auch fest, dass es sich bei den im NCMEC-Report enthaltenen Angaben nicht um gesicherte Tatsachen handelt, sondern lediglich um erste Hinweise auf ein potentiell strafbares Verhalten, welche den Schweizer Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis gebracht werden.

5.2.6 Wie im Urteil STBER.2021.66 festgehalten wurde, kommt dem CyberTipline Report keine erhöhte Glaubwürdigkeit zu. Bemängelt wurde im erwähnten Urteil, dass keine Hinweise vorlägen, wonach eine natürliche Person in den konkreten Überwachungsakt aktiv einbezogen worden wäre und eine eigenständige Prüf- und Kontrollfunktion wahrgenommen habe. Diesbezüglich sei vollumfänglich auf die Angaben der BKP in ihrem Bericht abzustellen: «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 sei dem CyberTipline Report zu entnehmen, dass kein Mitarbeiter des NCMEC in die vorgehaltene Datei Einsicht genommen habe. Es sei nicht bekannt, wie fehleranfällig dieses System sei und auf welche Weise die Verlässlichkeit des Meldungsinhaltes gewährleistet werden könne (E. III./3.5.2).

#### **E. 5.2.7**

Auch im Urteil STBER.2022.64 hielt die Strafkammer fest, die im NCMEC-Report enthaltenen Angaben vermöchten keine strafbare Handlung des Beschuldigten zu beweisen. Die vom Provider initiierte Meldung enthalte weder Angaben über eine natürliche Person, welche die der Meldung zugrunde liegenden Angaben überprüft habe, noch liessen 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») stelle keinen tauglichen Beweis dar. Zwar seien mit dem NCMEC-Report auch strafrechtlich relevante Filmsequenzen mitgeliefert worden. Es liesse sich jedoch mangels entsprechender Angaben nicht überprüfen, ob diese Dateien tatsächlich vom Beschuldigten ins Netz gestellt, resp. Dritten zugänglich gemacht worden seien (vgl. Ergänzung zum Entscheid: Kurze Zusammenfassung der Beweiswürdigung im SOG 2023 Nr. 3). Da nicht verifiziert werden konnte, dass die im von NCMEC im Bericht erwähnte IP-Adresse im entsprechenden Zeitpunkt tatsächlich vom Beschuldigten verwendet worden war, kam die Strafkammer im zitierten Urteil STBER.2022.64 zum Schluss, es lasse sich kein direkter Bezug zum Beschuldigten herstellen. Mitentscheidend war diesbezüglich, dass auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten keine Hinweise auf verbotene Dateien gefunden worden waren (E. III./5). Auch im Urteil STBER.2021.66 wurde es als eine beweisrechtliche Schwachstelle angesehen, dass keine Verknüpfung zwischen der vom NCMEC gemeldeten Datei und einem vom Beschuldigten verwendeten Datenträger ausgemacht werden konnte.

#### **E. 5.2.8**

Auch im vorliegend zu beurteilenden Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Meldung von Facebook und die Weiterleitung durch NCMEC automatisiert und ohne Sichtung durch eine natürliche Person erfolgte. So ist der Internetseite [transparency.fb.com](https://transparency.fb.com) folgendes zu entnehmen: «Jeden Tag entfernen wir Millionen unzulässiger Beiträge und Konten von Facebook und Instagram. In den meisten Fällen geschieht dies automatisch mithilfe von Technologie, die unzulässige Inhalte hinter den Kulissen entfernt ■ häufig bevor irgendjemand sie gesehen hat. In anderen Fällen erkennt unsere Technologie potenziell unzulässige Inhalte, sendet die jedoch an Review-Teams, damit diese sie prüfen und Massnahmen ergreifen können.» (abrufbar unter «[transparency.fb.com/de-de/enforcement/detecting-violations/technology-detects-violations](https://transparency.fb.com/de-de/enforcement/detecting-violations/technology-detects-violations)», zuletzt besucht am 10. April 2024).

#### **E. 5.2.9**

Eine solche Prüfung durch ein Review-Team ist vorliegend offenbar nicht erfolgt. So bestätigt der NCMEC-Report, dass die auf Facebook geladene Datei von keinem Mitarbeiter des Providers (vollständig) gesichtet wurde (AS 25 ff.: «Did Reportin ESP view entire contents of uploaded file? / No»). Ebenso hält der Report fest, dass kein Mitarbeiter des NCMEC die übermittelte Datei eingesehen hat (AS 20).

#### **E. 5.2.10**

Die im CyberTipline Report genannte IP-Adresse erlaubt sodann keinen eindeutigen Bezug zum Beschuldigten. Diese stammt gemäss den polizeilichen Abklärungen von einem VPN-Anbieter, wobei die Verwendung einer solchen VPN-Verbindung erlaubt, die eigene IP-Adresse zu verbergen (AS 26). Dass der Beschuldigte die App Aloha Browser auf seinem Mobiltelefon installiert hatte, welche ein «unbegrenztes Gratis-VPN» anbietet (AS 63), ist nur ein schwaches Indiz für seine Täterschaft.

#### **E. 5.2.11**

Die der BKP übermittelte und von dieser ausgedruckte Bilddatei konnte jedoch an 13 Stellen auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten gefunden werden, wobei sich sämtliche Dateien im Cache von Facebook befanden. Allerdings wurden diese erst am 4. März 2021 zwischen 11:00 und 11:03 UTC+1 dort abgespeichert. In der Nacht vom 26. Februar auf den 27. Februar 2021 wurden demgegenüber zwischen 22:32 UTC+1 und 09:46 UTC+1 überhaupt keine Bilder im Cache gespeichert. Auch sonst fanden sich auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten keine Hinweise auf verbotene Dateien.

#### **E. 5.2.12**

Vorab erscheint ausgeschlossen, dass die Datei am 4. März 2021 im Cache gespeichert wurde, da sie nach wie vor auf Facebook publiziert war (sei dies in einem Post oder einer Nachricht an einen Dritten) und deswegen dem Beschuldigten nach Freigabe seines Profils erneut angezeigt wurde. Da die Löschung gemäss der Internetseite [transparency.fb.com](https://transparency.fb.com) «automatisch mithilfe von Technologie» geschieht, sobald ein unzulässiger Inhalt erkannt wird (und der Inhalt wie vorliegend nicht an ein Review-Team weitergeleitet wird), ist kaum vorstellbar, dass die Entfernung erst am 4. März 2021 erfolgte. Insbesondere da der Beschuldigte bereits mit E-Mail vom 27. Februar 2021 um 01:03 UTC+1 (und damit gerade mal drei Minuten nach dem letzten Upload[-Versuch]) über die Einschränkung seines Zugriffs informiert wurde. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die pornografische Datei, sofern sie denn überhaupt heraufgeladen werden konnte, spätestens ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf Facebook publiziert war.

#### **E. 5.2.13**

Es ist nicht davon auszugehen, dass sich verbotene Pornografie automatisch auf eine Social-Media-Plattform hochlädt ■ auch nicht beim Besuch einer legalen pornografischen Internetseite, wie der Beschuldigte behauptet (AS 71). Auch bestehen keine Anhaltspunkte, die auf einen Zugriff durch Dritte hindeuten. Letztlich konnte dem Beschuldigten das Hochladen der Dateien (bzw. der Versuch dazu) indes nicht nachgewiesen werden. Ungeklärt bleibt daher auch, woher die Bilddatei ursprünglich stammte (AS 27). Das Hochladen einer Datei mag sicher den Zugriff darauf voraussetzen. Allerdings konnten auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten vor dem 4. März 2021 keine Hinweise auf die verbotene Bilddatei gefunden werden. Der Beschuldigte müsste das Bild von seinem Mobiltelefon oder vom Zwischenspeicher gelöscht haben, womit er gerade keinen Besitzwillen manifestiert hätte. Von einem Besitz könnte daher nur noch ausgegangen

werden, wenn das Bild tatsächlich auf Facebook hätte publiziert oder weitergeleitet werden können, da der Beschuldigte so nach wie vor darüber hätte verfügen können. Diesbezüglich liess sich der Sachverhalt jedoch ■ wie erwähnt ■ nicht erstellen bzw. es muss davon ausgegangen werden, dass die Datei spätestens nach drei Minuten entfernt worden wäre.

#### **E. 5.2.14**

Da die pornografische Bilddatei nicht heraufgeladen werden konnte bzw. vom Provider sogleich wieder gelöscht wurde und diese auch sonst nirgends auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten gefunden werden konnte, scheidet ein Besitz vor der Abspeicherung im Cache von vornherein aus, da nicht nachweisbar ist, dass das Bild in der Verfügungsmacht des Beschuldigten stand.

#### **E. 5.2.15**

Zu prüfen bleibt daher, ob der Beschuldigte um die Abspeicherung des Bildmaterials im Cache von Facebook wusste und seinen Besitzeswillen manifestierte, indem er die Dateien im Cache nicht löschte.

5.2.16 Diesbezüglich stellt sich die Frage, weshalb ein Bild, welches wenige Tage zuvor auf Facebook hochgeladen und vom Provider als problematisch erkannt wird, nach der Freigabe des Profils in den Cache geladen wird. Jedoch führte der Beschuldigte selber aus, das betreffende Bild nach Freigabe seines Kontos gesehen zu haben. Er habe es von Facebook erhalten. Entweder sei es ihm per E-Mail zugestellt worden oder er habe es gesehen, als er sein Profil wieder geöffnet habe. Auf den ersten Blick erscheint dieser Erklärungsversuch wenig überzeugend. Es ist nicht davon auszugehen, dass Facebook ein kinderpornografisches Bild per E-Mail versendet, wodurch der Provider selber eine Verbreitungshandlung vornehmen würde. Auch leuchtet nicht ein, weshalb der Beschuldigte ■ wie er weiter ausführte ■ einen Screenshot des Bildes erstellte, nur um sein Profil nach eben diesem zu durchsuchen.

#### **E. 5.2.17**

Auf der anderen Seite sind den online einsehbaren Richtlinien von Facebook unter der Kategorie «Sicherheit» bzw. der Unterkategorie «Sexuelle Ausbeutung, Missbrauch und Nacktdarstellung von Kindern» sog. Nutzererlebnisse zu entnehmen (abrufbar unter «[transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/child-sexual-exploitation-abuse-nudity/](https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/child-sexual-exploitation-abuse-nudity/)», zuletzt besucht am 10. April 2024). Diese zeigen Beispiele dafür, wie die Durchsetzung der Richtlinien für Facebook-Nutzer aussieht, u.a., wenn einer Person mitgeteilt wird, dass sie gegen die Gemeinschaftsstandards verstossen hat. Bei dieser «Takedown-Erfahrung» wird dem Nutzer unter dem Titel «What happend» die Benachrichtigung angezeigt, dass der Post entfernt wurde («We removed your post»). Darunter wäre offenbar der betroffene Post zu sehen, wobei im Beispiel lediglich graue Balken angezeigt werden.

#### **E. 5.2.18**

Wie genau die vom Provider zurückgewiesene Bilddatei dem Benutzer angezeigt wird, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Es ergibt durchaus Sinn, dem Facebook-Nutzer aufzuzeigen, welches der allenfalls zahlreich heraufgeladenen Bilder gegen die Richtlinien verstösst und entfernt wird. Allenfalls geschieht dies auch in zensierter Form, damit sich der Provider nicht selber der Gefahr aussetzt, eine pornografische Darstellung zu verbreiten.

#### **E. 5.2.19**

Zu berücksichtigen ist auch, dass der Beschuldigte in der Einvernahme vom 31. März 2021 (AS 65 ff.) in freier Rede und ausführlich zum Vorwurf Stellung nahm, wobei sich seine Aussagen in den zentralen Punkten mit der später erfolgten Auswertung des Mobiltelefons deckten. So führte er aus, er habe am 26. Februar 2021 vor dem Schlafen noch auf sein Profil zugreifen können und am nächsten Morgen sei dieses gesperrt gewesen. Die letzte Aktivität, die dem Beschuldigten in Verbindung mit Facebook nachgewiesen werden konnte, war die Nachricht im dazugehörigen Messenger, welche er am 26. Februar 2021 um 00:33 (UTC+1) versandte. Am 27. Februar 2021, um 01:03 UTC+1, erfolgte sodann die Nachricht von Facebook betreffend die Einschränkung seines Zugriffs (AS 44, Record 3). Weiter gab der Beschuldigte an, mit Facebook Kontakt aufgenommen zu haben und auf entsprechende Aufforderung hin, ein Foto seines Passes gesendet zu haben, was mit der Nachricht von Facebook vom 28. Februar 2021 (14:18:11 UTC+1), übereinstimmt mit dem Betreff «Vielen Dank für die Übermittlung deiner ID» (AS 44, Record 1). Nachdem er vergeblich gewartet gehabt habe, dass sein Account wieder freigeschaltet werde, habe er erneut mit Facebook Kontakt aufgenommen, was seine Nachricht vom 2. März 2021 bestätigt, welcher er erneut ein Foto seines Ausweises beifügte (AS 44 f., Record 4). Mit dieser Nachricht zeigt sich auch, dass dem worden war, sondern er lediglich aufgefordert worden war, aufgrund seines Alters ein Foto seines Ausweises einzureichen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Beschuldigte in der Nachricht an Facebook hätte lügen sollen. Gemäss den Aussagen des Beschuldigten wurde sein Account danach wieder freigeschaltet, wie es auch der Nachricht von Facebook vom 4. März 2021, 07:14:35 UTC+1, zu entnehmen ist (AS 46, Record 8). Schliesslich räumte der Beschuldigte ■ nach wie vor in freier Rede ■ ein, nach der Freigabe seines Profils von Facebook über den mehrfachen Versuch, ein Bild auf sein Profil zu laden, informiert worden zu sein, das Bild jedoch (wie er auf entsprechende Nachfrage konkretisierte) zuvor noch nie gesehen zu haben. Auch diese Aussage stehen nicht im Widerspruch zu den vorhandenen objektiven Beweismitteln, konnte doch das Bild vor dem 4. März 2021 in keinem Zwischenspeicher seines Mobiltelefons nachgewiesen werden. Die oben erwähnten «Takedown-Erfahrungen» können mit dieser Aussage ebenfalls in Einklang gebracht werden.

#### **E. 5.2.20**

Im Ergebnis erscheint es durchaus möglich, dass die unzulässige Bilddatei dem Beschuldigten im Rahmen einer Benachrichtigung nach Freigabe des Profils angezeigt wurde. Ob dies jedoch zu einem 13-maligen Abspeichern dieses Bildes im Cache von Facebook führt, bleibt fraglich. Es ist davon auszugehen, dass die Meldung beim erneuten Zugriff nach der Sperrung einmalig auftaucht und nicht mitsamt dem Bild gespeichert bleibt wie beispielsweise eine E-Mail. Ob die mit der Meldung angezeigten Bilder überhaupt im Cache landen, der (vereinfacht ausgedrückt) als Zwischenspeicher ein schnelleres erneutes Zugreifen auf angezeigte Daten ermöglichen soll, muss ebenfalls offenbleiben. Zumindest erscheint es nicht offensichtlich, womit dem Beschuldigten nicht ohne erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel ein Vorsatz nachgewiesen werden kann.

#### **E. 5.2.21**

Letztlich bleibt die genaue Funktionsweise der Facebook-App und den dazugehörigen Cache gemäss dem Polizeibericht vom 22. April 2021 unbekannt (AS 25). Dass auch Dateien ohne Wissen und Zutun des Benutzers im Cache von Facebook abgespeichert werden, zeigt im Übrigen der Umstand, dass während der Sperre durch Facebook an jedem Tag Bilder durch die App im Cache gespeichert wurden (AS 25). Auch unter diesen

Umständen müsste ein Vorsatz verneint werden.

#### **E. 5.2.22**

Gestützt auf das Ausgeführte kann dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden, die pornografischen Bilder, welche sich in den Akten befinden, vor dem 4. März 2021 besessen zu haben. Weiter kann dem Beschuldigten nicht ohne erhebliche Zweifel nachgewiesen werden, um die automatische Abspeicherung vom 4. März 2021 im Cache von Facebook gewusst zu haben. In dubio pro reo hat daher ein Freispruch zu erfolgen.

#### **V. Kosten und Entschädigung**

##### **1. Erstinstanzliches Verfahren**

#### **E. 6**

Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 5. Juni 2023 auf eine Anschlussberufung und die weitere Teilnahme am Verfahren.

7. Mit Verfügung vom 3. August 2023 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet, nachdem seitens des Beschuldigten keine Einwände dagegen erhoben worden waren. Des Weiteren wurde ihm Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung gesetzt.

#### **E. 8**

In der Berufungsbegründung vom 24. August 2023 stellt der Beschuldigte folgende Anträge:

9. Nicht angefochten und teilweise in Rechtskraft erwachsen ist Ziffer 5 des erstinstanzlichen Urteils (Entschädigung des amtlichen Honorars der Höhe nach). Das Absehen vom Tätigkeitsverbot (Ziffer 3) und von der Landesverweisung (Ziffer 4) wurden zwar ebenfalls nicht angefochten. Bei einem allfälligen Freispruch würde die Prüfung dieser Punkte jedoch entfallen, weshalb diesbezüglich keine Rechtskraft festzustellen ist. Es gilt jedoch das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO).

#### **II. Vorhalt und Gegenstand des Berufungsverfahrens**

1. Dem Beschuldigten wurde mit Anklageschrift vom 24. Januar 2022 vorgeworfen, sich in der Zeit zwischen dem 27. Februar 2021 und dem 4. März 2021 in [Adresse] der Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB sowie Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB schuldig gemacht zu haben, indem er auf seinem Mobiltelefon ein Foto mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen (ein erkennbar minderjähriges Mädchen, welches neben einem erkennbar minderjährigen Jungen steht und dessen Penis in der Hand hält, wobei beide den Blick direkt in die Kamera gerichtet halten), und damit für den Beschuldigten erkennbar verbotene Pornografie, vorsätzlich besessen und fünf Mal erfolglos versucht habe, das Foto mit seinem Mobiltelefon auf sein Facebook-Profil (E-Mailadresse[...], Telefonnummer [ ]) zu laden, womit er versucht habe, die Datei in Verkehr zu bringen.

2. Die Vorinstanz führte betreffend das versuchte Inverkehrbringen harter Pornografie aus, im CyberTipline Report werde nicht genauer ausgeführt, welche Handlung vorliegend festgestellt worden sei. Facebook habe in der Meldung an NCMEC nicht angegeben, ob die Inhalte der hochgeladenen Datei öffentlich zugänglich gewesen seien oder nicht. Es sei somit unklar, ob der Beschuldigte das Bildmaterial auf seinem Facebook-Profil bzw. Feed habe "posten" wollen oder "gepostet" habe, oder ob er das Bildmaterial beispielsweise im

Facebook Messenger habe versenden wollen oder versendet habe. Mithin sei unklar, ob das Bild tatsächlich auf irgendeine Art und Weise in Verkehr gebracht worden sei oder ob dies durch Facebook noch habe verhindert werden können. Demnach sei der Vorhalt gemäss Anklageschrift, wonach der Beschuldigte fünf Mal erfolglos versucht habe, das Foto mit seinem Mobiltelefon auf sein Facebook-Profil zu laden, nicht erstellt (Urteilsseite [US] 14 f.).

3. Obschon kein formeller Freispruch erfolgte, bildet der Vorhalt des versuchten Inverkehrbringens aufgrund des geltenden Verschlechterungsverbot es nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens.

4. Damit ist vorliegend einzig noch über den Besitz harter Pornografie, angeblich begangen in der Zeit zwischen dem 27. Februar 2021 und dem 4. März 2021, zu befinden. Gemäss Anklageschrift sieht die Staatsanwaltschaft dabei den Straftatbestand von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB erfüllt. Die Bestimmung privilegiert Tathandlungen, die ausschliesslich dem Eigenkonsum des Täters dienen (vgl. nachfolgend E. IV./1.4). Ein Konsum wird jedoch im Sachverhalt nicht erwähnt und wurde dem Beschuldigten im Verfahren auch nie vorgeworfen, wie auch die Verteidigung vor erster Instanz ausführte (AS S-L 43). Die Anklageschrift genügt in dieser Hinsicht dem Anklagegrundsatz nach Art. 9 StPO und Art. 325 StPO nicht. Auch der Vorderrichter scheint dies erkannt zu haben, nahm er doch anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung einen Würdigungsvorbehalt im Sinn von Art. 344 StPO vor (AS S-L 36) und verurteilte den Beschuldigten letztlich wegen Besitzes von Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB. Auch aus US 23 geht hervor, dass die Vorinstanz bei der Strafzumessung Abs. 4 anwendete. Im Verfahrensprotokoll, wonach der Amtsgerichtspräsident den Beschuldigten zu Beginn der Verhandlung darauf hinwies, den vorgehaltenen Sachverhalt allenfalls auch unter Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB zu prüfen, kann es sich diesbezüglich nur um einen offensichtlichen Verschrieb handeln. Wie erwähnt, wird der privilegierte Tatbestand in der Anklageschrift bereits genannt und bedürfte somit keines Würdigungsvorbehaltes.

5. Entsprechend ist davon auszugehen, dass dem Beschuldigten anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung der Würdigungsvorbehalt korrekt eröffnet wurde und das Verfahrensprotokoll diesbezüglich lediglich einen Verschrieb enthält. Nichts Anderes geht auch aus dem Plädoyer des amtlichen Verteidigers hervor, welcher den Konsum als nicht angeklagt erachtete und in der Folge zum Besitz Stellung nahm (AS S-L 43 f.). Auch in der Berufungsbegründung vom 24. August 2023 erfolgten einzig Ausführungen zum Besitz. Ein allfälliger Eigenkonsum wird nicht erwähnt.

6. Im Nachfolgenden ist daher zu prüfen, ob der Beschuldigte den Sachverhalt gemäss Anklageschrift erfüllt hat und sich dadurch des Besitzes von harter Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) i.S.v. Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB schuldig gemacht hat.

### III. Anwendbares Recht

1. Per 1. Januar 2024 trat die Revision der StPO in Kraft. Die Änderungen enthalten keine Regelung betreffend Übergangsrecht. Es stellt sich somit die Frage, welches Recht vorliegend anwendbar ist, da erstinstanzlich vor Inkrafttreten der Revision geurteilt wurde, das Berufungsurteil nun aber nach diesem ergeht.

Art. 448 StPO sieht vor, dass Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig sind, nach neuem Recht fortgeführt werden, soweit die nachfolgenden Bestimmungen nichts Anderes vorsehen (Abs. 1). Unter dem Abschnitt der Rechtsmittelverfahren hält Art. 453 Abs. 1 StPO fest, dass, sofern ein Entscheid vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt worden ist, Rechtsmittel dagegen nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden, beurteilt werden.

2. Die Thematik des Übergangsrechts wurde in den parlamentarischen Beratungen nie diskutiert, daraus lassen sich damit keine Erkenntnisse ableiten. Der Basler Kommentar zur StPO (BSK StPO, 3. Aufl., 2023) hält zu Art. 448 folgendes fest: «Hinzuweisen ist darauf, dass in der vom Parlament am 17. Juni 2022 verabschiedeten Teilrevision der Strafprozessordnung keine von Art. 448 StPO abweichenden Bestimmungen vorgesehen sind und die revidierten Bestimmungen der StPO demnach sofort in Kraft treten.» (BSK StPO-Oehen, Art. 448 StPO N 2). Diese Formulierung ist aber insofern unklar, als daraus nicht genau hervorgeht, ob das neue Recht generell zur Anwendung gelangt oder eben Art. 453 StPO als Ausnahme für Rechtsmittelverfahren Anwendung findet. Im Grundsatz richtig ist, dass Art. 448 StPO für alle hängigen Verfahren gilt und damit die Revision sofort in Kraft tritt. Anderes sieht aber Art. 453 StPO für die Rechtsmittelverfahren vor. Es würde zu eng greifen, die Formulierung «bei Inkrafttreten dieses Gesetzes» so auszulegen, dass nur das damalige Inkrafttreten der neuen StPO im Jahr 2011 gemeint ist. Vielmehr kommen die allgemeinen Verfahrensbestimmungen nach Art. 448 ff. StPO als Übergangsbestimmungen zur Anwendung, wenn eine neue Änderung beschlossen und nichts anderes geregelt wird. Somit gilt grundsätzlich neues Recht (Art. 448 Abs. 1 StPO), soweit die nachfolgenden Bestimmungen nichts anderes vorsehen. Bei Rechtsmittelverfahren sieht aber Art. 453 StPO vor, dass grundsätzlich das alte Recht Anwendung findet, wenn der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten der neuen Bestimmung gefällt wurde. Diese Auslegung verhindert unbefriedigende Ergebnisse in der Praxis: Um nur zwei Beispiele zu nennen, müsste in allen hängigen Berufungsverfahren die Privatklägerschaft mit URP nach Art. 136 Abs. 3 nStPO noch einen Antrag für URP stellen (soweit noch nicht geschehen), um die URP im Berufungsverfahren überhaupt zu erhalten. Oder der Beschuldigte würde benachteiligt, wenn ihm erstinstanzlich eine Entschädigung direkt zugesprochen wird und auf seine Berufung hin die Entschädigung dann nach Art. 429 Abs. 3 nStPO im Berufungsverfahren dem Verteidiger zugesprochen werden müsste. Fänden die neuen Bestimmungen auch für Rechtsmittelverfahren gegen erstinstanzliche Urteile vor dem Jahr 2024 Anwendung, würde dies bedeuten, dass bei teilweiser Anfechtung der rechtskräftige Teil des Urteils nach altem Recht ergeht, und der angefochtene nach neuem Recht. Es kann aber nicht sein, dass für ein Urteil (Art. 408 StPO) ein Teil nach altem und ein Teil nach neuem Prozessrecht gefällt wird. Diese Rechtsauffassung wird auch von früheren StPO-Revisionen gestützt: Mit der Änderung vom 28. September 2012 wurde mit Art. 456a StPO eine von den allgemeinen Regeln von Art. 448 StPO und der Ausnahme von Art. 453 StPO abweichende Regelung geschaffen, wonach das neue Recht in allen Verfahren gelte, somit auch für Rechtsmittelverfahren. Im Weiteren kann auch Art. 2 des StGB herangezogen werden, dessen Formulierung in Abs. 1 «nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht» jeweils die entsprechende Änderung des Gesetzes meint.

3. Es hat demnach Folgendes zu gelten: Die allgemeinen Verfahrensbestimmungen nach Art. 448 ff. StPO kommen als Übergangsbestimmungen zur Anwendung, wenn eine neue

Änderung der StPO beschlossen und nichts Anderslautendes geregelt wird. Somit gilt grundsätzlich das neue Recht (Art. 448 Abs. 1 StPO), soweit die nachfolgenden Bestimmungen nichts anderes vorsehen. Bei Rechtsmittelverfahren sieht Art. 453 StPO vor, dass grundsätzlich das alte Recht Anwendung findet, wenn der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten dieses Gesetzes (der neuen Bestimmung) gefällt worden ist.

4. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies folglich, dass das alte Recht (vor dem 1. Januar 2024) zur Anwendung gelangt.

#### IV. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

##### 1. Allgemeine Ausführungen zu Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB

1.1 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 sie 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).

1.2 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).

1.3 Abs. 4 verbietet die sogenannte harte Pornografie, die gemäss dem vorgenannten Gesetzeswortlaut gegeben ist, wenn zum pornografischen Charakter mindestens eines von vier abschliessend aufgeführten Merkmale 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 Bertossain: 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.

1.4 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 Wohlersin: AJP 4/2020: Strafbarkeit des Umgangs mit Kinderpornografie, S. 393; ebenso Bernhard Isenring / Martin A. Kesslerin: 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).

1.5 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 Wohlersin: AJP 4/2020, S. 393 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_229/2019 vom 27.5.2019 E. 3.2).

1.6 Bei der Tatbestandsvariante des Besitzes wird auf der subjektiven Seite primär der Wille vorausgesetzt, den pornografischen Inhalt in der eigenen Verfügungsmacht zu behalten und darauf pro futuro wieder zuzugreifen (Isenring / Kessler, a.a.O., Art. 197 N 521). Gemäss BGE 137 IV 208 manifestiert seinen Besitzeswillen, wer um die automatische Speicherung der strafbaren pornografischen Daten weiss und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht löscht, selbst wenn er nicht mehr darauf zurückgreift. Allerdings ist bei der Bejahung des subjektiven Tatbestandes des Besitzes von pornografischen Dateien im Cache-Speicher Zurückhaltung geboten. Ein ungeübter Computer-/Internetbenutzer, der von der Existenz des Cache-Speichers und den darin enthaltenen Daten nichts weiss, fällt als Täter nach Art. 197 Ziff. 4 StGB ausser Betracht. Ob er von den Daten Kenntnis hat, ist nach den konkreten Umständen im Einzelfall zu entscheiden. Hinweise darauf können sich beispielsweise aus der Änderung der automatischen Internet-Einstellungen, dem Vorhandensein von Programmen wie Cache-Viewer bzw. Cache-Reader, der manuellen Löschung des Cache-Speichers, dem Nachweis eines Offline-Zugriffs oder aus seinen allgemeinen Fachkenntnissen im Zusammenhang mit Computern und Internet ergeben (BGE 137 IV 208 E. 4.2.2).

## 2. Aussage des Beschuldigten

Der Beschuldigte wurde einerseits im Vorverfahren, andererseits im erstinstanzlichen Hauptverfahren einvernommen, wobei er vor dem Vorderrichter (zur Sache befragt) von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte (AS S-L 38 ff.). Anlässlich der an die Polizei delegierten Einvernahme vom 31. März 2021 (AS 65 ff.) führte der Beschuldigte zum Vorwurf, in der Nacht vom 26. Februar 2021 auf den 27. Februar 2021 mehrfach versucht zu haben, eine Bilddatei mit verbotener Kinderpornografie ins Internet hochzuladen, aus, es sei ungefähr ein bis zwei Wochen her, als sein Facebook blockiert bzw. gesperrt worden sei. Das genaue Datum sei auf seinem Mobiltelefon ersichtlich, welches sichergestellt worden sei. Genauer gesagt auf der E-Mail. Am nächsten Tag habe er mit Facebook Kontakt aufgenommen und die Antwort erhalten, er müsse ein Foto seines Passes oder eines Ausweises an Facebook senden. Er habe dann das Foto seines Passes übermittelt und darauf gewartet, dass sein Facebook-Account wieder freigeschalten werde. Es sei ein bis zwei Wochen gegangen. Er wisse es nicht mehr ganz genau. Auf jeden Fall habe er wieder mit Facebook Kontakt aufgenommen und gefragt, weshalb sein Account nicht freigeschalten werde. Danach sei sein Account wieder freigeschalten worden. Er habe danach eine E-Mail erhalten, dass sein Account wegen eines Bildes gelöscht worden sei, welches er mehrfach versucht habe, auf sein Facebook-Profil zu laden. Er kenne das Foto

nicht. Er habe es noch nie gesehen. Auf dem Foto sei ein nacktes Mädchen und ein nackter Knabe zu sehen. Er habe einen Screenshot des E-Mails mit dem Foto gemacht. Er sei sich nicht sicher, ob es in der Galerie seines Telefons noch vorhanden sei oder nicht. (Auf Frage) Er habe das Bild von Facebook erhalten. Er sei nicht mehr ganz sicher, ob Facebook es per E-Mail versendet oder ob er es gesehen habe, als sein Account wieder geöffnet worden sei. Er habe einen Screenshot erstellt und sein Facebook-Profil durchsucht, um zu schauen, ob er tatsächlich versucht habe, dieses Bild hochzuladen. Er habe aber nichts gefunden. (Auf Frage) Er habe nicht versucht, das Bild auf seinen Facebook-Account hochzuladen. Wenn sein Facebook gehackt worden sei, dann vielleicht. (Ob er in der Nacht vor der Sperrung noch auf sein Profil habe zugreifen können?) Bevor er schlafen gegangen sei, habe er es noch benutzt. Am Morgen, als er aufgewacht sei und auf sein Facebook habe gehen wollen, sei es gesperrt gewesen. (Was er zuletzt auf Facebook gemacht habe, als er noch auf das Profil habe zugreifen können?) Auf Facebook selber habe er nichts gemacht. Er habe ein Game gespielt, das mit Facebook verknüpft sei. (Auf Frage) Im Normalfall habe nur er Zugriff auf sein Facebook-Profil. Wenn aber jemand sein Passwort hätte, würde es wohl auch jemand anders benutzen. Nach dem Vorfall habe er sein Passwort geändert. (Auf Frage) Er habe das Foto zum ersten Mal gesehen, als es von Facebook gekommen sei. Zuvor habe er das Bild noch nie gesehen und er habe es auch nicht verbreitet oder irgendwo hochgeladen. Vielleicht sei er einmal auf einer Sex-Seite gewesen und das Bild sei automatisch hochgeladen worden. (Nach Vorzeigen der Bilddatei, welche auf sein Facebook-Profil hätte hochgeladen werden sollen) Er vermute, es sei das Foto, von welchem er einen Screenshot gemacht habe. Dieses habe so ausgesehen.

### 3. Objektive Beweismittel

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