

Urteil der 3. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Bähler (Präsident i.V.), Oberrichterin Wüthrich-Meyer und Obergerichtssuppleant Chételat sowie Kammerschreiber Cesarov

vom 31. März 2010

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Angeschuldigter/Appellant

wegen sexueller Handlungen mit Kindern und Pornografie

Regeste:

Indem der Angeschuldigte (kinder- bzw. tier-) pornografisch Bild- und Videodateien über Tauschbörsenprogramme heruntergeladen und diese zumindest vorübergehend im Eingangsortner belassen hat, nahm er in Kauf, diese Dritten insbesondere auch Personen unter 16 Jahren zugänglich zu machen (Art. 197 Ziff. 1 und Ziff. 3 StGB).

Der Angeschuldigte hat 73 Tage Untersuchungshaft erstanden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die von der Vorinstanz auferlegte Verbindungsbusse nicht.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz sprach den Angeschuldigten der sexuellen Handlungen mit Kindern (mehrfach begangen) sowie des Herstellens und Besitzes von Pornografie schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen sowie zu einer Busse von Fr. 3'000.00. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben (Probezeit 3 Jahre), verbunden mit der Weisung, die begonnene Therapie weiter zu führen, solange es aus ärztlicher Sicht erforderlich erscheine. Gegen dieses Urteil erklärte die Staatsanwaltschaft die Appellation. Nach oberinstanzlicher Beweisergänzung wurde A. zusätzlich wegen Zugänglichmachens von Pornografie an Personen unter 16 Jahren (Art. 197 Ziff. 1 StGB) und Zugänglichmachens von harter Pornografie (Art. 197 Ziff. 3 StGB) schuldig erklärt. Die Geldstrafe wurde auf 300 Tagessätze erhöht. Der Vollzug der Geldstrafe wurde ebenfalls aufgeschoben (Probezeit 3 Jahre), verbunden mit der Weisung, die begonnene Therapie weiter zu führen. Die erstinstanzlich verhängte Verbindungsbusse wurde aufgehoben.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

IV. BEWEISWÜRDIGUNG

IV.1 2. Phase: 13.09.2006 bis 13.03.2007

Für die Zeit von der 1. Hausdurchsuchung bis zur 2. Hausdurchsuchung, hat A. eine modifizierte Version des Tauschbörsenprogramms eMule verwendet. Dieses hat den Upload unterbunden bzw. nur simuliert. Es wurden demnach über dieses Programm keine (kinder- und tierpornografischen) Erzeugnisse in Verkehr gebracht (Ziff. 1.2.2 ÜB) oder zugänglich gemacht (Ziff. 1.2.3 ÜB).

[...]

IV.2 1. Phase: Sommer 2005 bis 12.09.2006

Für diese Periode hat A. keine modifizierte Version des Programms eMule verwendet. Die Einstellungen liessen einen Upload zu. Demnach waren die Dateien (bis zur Löschung oder Verschiebung in einen anderen Pfad) für Dritte (inkl. Personen unter 16 Jahren) zugänglich.

[...]

V. RECHTLICHES

V.1 Art. 197 Ziff. 1 StGB

[...]

Die Bestimmung von Art. 197 Ziff. 1 StGB bezweckt die ungestörte sexuelle Entwicklung Jugendlicher (BGE 131 IV 64, E. 10.1.2). Erfasst werden sämtliche privaten oder öffentlichen Handlungen, durch welche unter 16-jährigen Personen bewusst die Möglichkeit eingeräumt wird, in Kontakt mit Pornografie zu kommen, sei es auch durch deren eigenes Zutun. Ob der Jugendliche vom pornografischen Inhalt tatsächlich Kenntnis nimmt, ist irrelevant, da es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Das heisst, die Tat ist bereits mit der Schaffung der Möglichkeit des Zugriffs vollendet.

[...]

Die sichergestellten Bild- und Videodateien sind offensichtlich (kinder- bzw. tier-) pornografisch. Indem der Angeschuldigte einen Teil dieser Dateien über eMule (und iMesh) heruntergeladen hat, nahm er in Kauf, diese auch Personen unter 16 Jahren zugänglich zu machen. Er hat damit sowohl die objektiven als auch subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 197 Ziff. 1 StGB erfüllt. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe liegen nicht vor.

V.2 Art. 197 Ziff. 3 StGB

[...]

Als zentrales Rechtsgut des Verbots von Kinderpornografie in Art. 197 Ziff. 3 StGB erscheint die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Insofern handelt es sich bei dieser Vorschrift um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Daneben dient die Bestimmung auch dem Schutz der Erwachsenen. Die Bestimmung von Art. 197 Ziff. 3 StGB will insbesondere auch die potenziellen "Darsteller" harter Pornografie schützen. Auch insoweit geht es letzten Endes in jedem Fall um eine aus dem Konsum harter Pornografie resultierende abstrakte Rechtsgutsgefährdung. Das zum Schutzzweck der Norm Gesagte gilt unter geänderten Vorzeichen im Wesentlichen auch für Pornografie mit Tieren (BGE 131 IV 16 E. 1.2). Indem A. eine Vielzahl von Erzeugnissen mit tier- und kinderpornografischem über eMule (und iMesh) heruntergeladen hat, nahm er in Kauf, dass diese Dritten zugänglich werden. Die Tat ist bereits mit der Schaffung der Gefahr vollendet. Einer tatsächlichen Kenntnisnahme von Dritten bedarf es nicht.

A. hat damit sowohl die objektiven als auch subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 197 Ziff. 1 StGB erfüllt. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe liegen nicht vor.

VII. STRAFZUMESSUNG

[...]

VII.2.2 Pornografie

Wird „harte“ Pornografie gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB Personen unter 16 Jahren zugänglich gemacht, liegt nach herrschender Lehre zwischen Art. 197 Ziff. 1 und Ziff. 3 StGB echte Konkurrenz vor (DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., 2008, S. 518 mit weiteren Hinweisen in Fn. 349; STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, BT-I, 6. Aufl., § 10 N. 24; TRECHSEL/BERTOSSA, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, 2008, Art. 197 N. 23). DONATSCH führt zur Begründung den erhöhten Unrechtsgehalt der Tat an.

In casu ist jedoch zu beachten, dass verbotene Pornografie gleichzeitig Dritten *und* Personen unter 16 Jahren zugänglich gemacht wurde, weshalb bereits aus diesem Grund echte (Ideal-) Konkurrenz vorliegt. D.h. es liegt kein Fall vor, wo der Täter einem Kind harte Pornografie zugänglich macht und daher fraglich sein könnte, ob nicht der Unrechtsgehalt der Tat bereits durch Art. 197 Ziff. 1 StGB vollständig abgegolten wird. Die Delikte gemäss Art. 197 Ziff. 1, Ziff. 3 und Ziff. 3^{bis} StGB stehen in echter Konkurrenz. Die Einsatzstrafe für die sexuelle Handlung mit einem Kind ist angemessen zu erhöhen.

[...]

VII.3.8 Verbindung mit einer unbedingten Geldstrafe / Busse

Art. 42 Abs. 4 StGB erlaubt es dem Gericht, eine bedingte Geldstrafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse nach Art. 106 StGB zu verbinden. Dies soll einerseits die Problematik im sog. „Schnittstellenbereich“ (SVG) entschärfen und andererseits das geringe Drohpotenzial der bedingten Geldstrafe erhöhen (sog. Denkkettelfunktion). In casu hat A. 73 Tage Untersuchungshaft erstanden. Diese hat auf ihn viel mehr Eindruck gemacht als die Hausdurchsuchung. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die von der Vorinstanz auferlegte Verbindungsbusse nicht.

[...]