

Hochschulstrasse 17
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 15 381

Bern, 2. August 2016

Besetzung

Oberrichter Weber (Präsident i.V.), Oberrichter Aebi, Oberrichterin
Bratschi
Gerichtsschreiberin Eggli

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Berufungsführer

gegen



Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

Gegenstand

Pornografie

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) vom 09. Oktober 2015 (PEN 2015 71)

Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Das Regionalgericht Berner Jura-Seeland hat mit Urteil vom 9. Oktober 2015 Folgendes erkannt (pag. 384 ff.):

I.

A._____ wird freigesprochen:

von der Anschuldigung der **Pornographie**, angeblich begangen

1.1. durch Herstellung eines kinderpornografischen Videos am 29.03.2014 in C._____

1.2. durch Überlassen von kinderpornografischen Fotos und einem kinderpornografischen Video in der Zeit vom 30.03.2014 bis 13.05.2014 in G._____

unter Ausrichtung einer **Entschädigung** an **A._____** von **CHF 3'725.00** (inkl. Auslagen und MwSt.) für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte, sowie

unter Auferlegung der anteilmässigen **Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 1'575.00, an den Kanton Bern**.

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduziert sich die Gebühr um CHF 400.00. Die **reduzierten Verfahrenskosten** betragen damit **CHF 1'175.00**.

II.

A._____ wird schuldig erklärt:

Der **Pornographie**, begangen durch Herstellung von kinderpornografischen Fotos am 10.04.2011 in D._____

III.

1. Das **Widerrufsverfahren** gegen A._____ betreffend des mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10.10.2011 für eine Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu CHF 30.00 gewährte bedingte Vollzug wird **eingestellt**.

2. Die **Verfahrenskosten** für das Widerrufsverfahren von **CHF 300.00** werden vom **Kanton Bern** getragen.

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduzieren sich die Verfahrenskosten um CHF 150.00. Die **reduzierten Verfahrenskosten** betragen damit **CHF 150.00**.

3. Auf die Ausrichtung einer Entschädigung wird verzichtet.

IV.

A._____ wird

in Anwendung der Art. 34, 42, 44, 47, 49 Abs. 2, 106, 197 Ziff. 3 aStGB;

Art. 426 ff. StPO

verurteilt:

1. Zu einer **Geldstrafe** von 12 Tagessätzen zu CHF 30.00, ausmachend total **CHF 360.00**, als Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10.10.2011.

Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.

2. Zu einer **Verbindungsbusse** von **CHF 90.00**. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 3 Tage festgesetzt.
3. Zu den auf den Schuldspruch entfallenden **Verfahrenskosten**, sich zusammensetzend aus Gebühren von CHF 1'575.00 und Auslagen von CHF 39.00, insgesamt bestimmt auf **CHF 1'614.00**

Die **Gebühren** setzen sich zusammen aus:

Kosten der Untersuchung	CHF	375.00
Kosten des Gerichts (inkl. schriftl. Begründung)	CHF	1200.00
Total	CHF	1575.00

Die **Auslagen** setzen sich zusammen aus:

Entschädigung für Zeugen	CHF	39.00
Kosten der Staatsanwaltschaft	CHF	0.00
Total	CHF	39.00

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduziert sich die Gebühr um CHF 400.00. Die **reduzierten Verfahrenskosten** betragen damit **CHF 1'214.00**.

V.

Weiter wird verfügt:

1. Folgende Datenträger werden eingezogen und zur Vernichtung dem Fachbereich für digitale Forensik der Kantonspolizei Bern übergeben:
 - Memory-Stick, Kingstone 8 GB
 - Externe Festplatte (IDE), HITACHI 20140350-05-A, Seriennummer ALGE8MSF
 - Interne Festplatte (SATA), WD 20140350-03-A, Seriennummer WX81A61R5287
 - Interne Festplatte (SATA) Seagate 20140350-02-A, Seriennummer 5 VELOC42
 - USB-Stick „[...] 902 A. _____“ 20140350-04-A
2. Der Beschuldigte kann die Herausgabe von Kopien der legalen Daten auf den Datenträgern gemäss Ziff. 1 hiervor verlangen.
3. Die durch die Datenaussortierung entstehenden Kosten sind vom Beschuldigten zu tragen und im Umfang der beanspruchten Leistungen zu bevorschussen. Die unentschuldigte Nichtbezahlung des Kostenvorschusses wird als Verzicht auf die Datenaussortierung gewertet.
4. Es wird festgestellt, dass die Kantonspolizei Bern, Fachbereich für digitale Forensik, zuständig ist, das konkrete Vorgehen der Datenaussortierung, namentlich deren konkrete Modalitäten wie auch die entsprechenden Kosten und deren Liquidation durch Verfügung zu regeln.
5. Gestützt auf Art. 4 hiervor werden die Akten des vorliegenden Verfahrens von Amtes wegen in Kopie an die Kantonspolizei Bern, Fachbereich für digitale Forensik, weitergeleitet.
6. Dem zuständigen Bundesamt wird die Zustimmung zur Löschung des erstellten DNA-Profiles (PCN-Nr. _____) erteilt (Art. 16 Abs. 1 lit. e DNA-ProfilG).
7. Dem für die Führung von AFIS zuständigen Dienst wird die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten nach Ablauf der gesetzlichen Frist erteilt

(Art. 17 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkenntnisdienstlicher Daten).

8. Schriftlich zu eröffnen:

- den Parteien

Schriftlich mitzuteilen:

- der Koordinationsstelle Strafregister
- der Kantonspolizei Bern, Fachbereich Digitale Forensik
- der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte/Berufungsführer, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, form- und fristgerecht Berufung an (pag. 393). Mit seiner Berufungserklärung beschränkte der Berufungsführer die Berufung auf den Strafpunkt sowie den darauf entfallenden Kostenpunkt (pag. 438 f.). Gleichzeitig erteilte er die Zustimmung zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens. Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 447). Mit Verfügung vom 4. Januar 2016 ordnete der Verfahrensleiter die Durchführung des schriftlichen Verfahrens an (pag. 448 f.). Am 5. Februar 2016 reichte der Berufungsführer seine schriftliche Berufungsbegründung ein (pag. 451 ff.).

3. Anträge des Berufungsführers

Im Rahmen seiner Berufungserklärung stellte der Berufungsführer folgende Anträge (pag. 438 f.):

«1) Es sei unter Aufhebung des Urteils PEN 15 71 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland, Gerichtspräsidentin E._____, vom 09. Oktober 2015 Dispositiv Ziffer II. und IV. 1 und 2. dahingehend abzuändern, dass „A._____ wird freigesprochen von der Anschuldigung der Pornografie, angeblich begangen durch Herstellung von kinderpornografischen Fotos am 10.04.2011 in D._____

2) Es sei unter Aufhebung des Urteils PEN 15 71 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland, Gerichtspräsidentin E._____, vom 09. Oktober 2015 Dispositiv Ziffer IV. 3 dahingehend abzuändern, dass „unter Auferlegung der Verfahrenskosten, sich zusammensetzend aus Gebühren von CHF 1'575.00.00 und Auslagen von CHF 39.00, insgesamt bestimmt auf CHF 1'641.00 an den Kanton.“

sowie „unter Ausrichtung einer Entschädigung an A._____ von CHF 3'725.00 (inkl. Auslagen und MwSt) für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte zu Lasten des Kantons.“

3) Es sei unter Aufhebung des Urteils PEN 15 71 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland, Gerichtspräsidentin E._____, vom 09. Oktober 2015 Dispositiv Ziffer V. 1 dahingehend abzuändern, dass „A._____ werden folgende Datenträger nach Rechtskraft des Urteils herausgegeben:

- Memory-Stick, Kingstone 8 GB
- Externe Festplatte (IDE), HITACHI 20140350-05-A, Seriennummer ALGE8MSF
- Interne Festplatte (SATA), WD 20140350-03-A, Seriennummer WX81A61R5287
- Interne Festplatte (SATA) Seagate 20140350-02-A, Seriennummer 5 VELOC42
- USB-Stick „[...] 902 A._____ 20140350-04-A“

4) Es sei unter Aufhebung des Urteils PEN 15 71 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland, Gerichtspräsidentin E._____, vom 09. Oktober 2015 Dispositiv Ziffer V. 1 dahingehend abzuändern, dass „Der für die Führung von AFIS zuständigen Dienst wird die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen Daten erteilt.“

-unter Kosten- und Entschädigungsfolge-»

4. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Aufgrund der bloss beschränkten Berufung des Berufungsführers ist das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 9. Oktober 2015 insoweit in Rechtskraft erwachsen, als:

- der Berufungsführer von der Anschuldigung der Pornografie, angeblich begangen durch Herstellung eines kinderpornografischen Videos sowie durch Überlassen von kinderpornografischen Fotos und einem kinderpornografischen Video, freigesprochen wurde (Ziff. I des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs);
- das Widerrufsverfahren gegen den Berufungsführers betreffend des Urteils der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10. Oktober 2011 eingestellt und die Verfahrenskosten hierfür dem Kanton Bern auferlegt wurden (Ziff. III. des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs).

Die Kammer hat mithin den Schuldspruch gemäss Ziff. II. des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs, das Strafmass und die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Ziff. IV. des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs sowie die Verfügungen gemäss Ziff. V. des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs zu überprüfen. Sie verfügt dabei über volle Kognition (Art. 398 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007; StPO; SR 312.0). Es gilt das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO.

II. Zur Frage der Verwertbarkeit der Aussagen

Rechtsanwalt B._____ macht geltend, die Einvernahme der Ehefrau des Berufungsführers sei unverwertbar und deshalb bei der Würdigung von dessen Aussagen nicht heranzuziehen (pag. 458 f.). Den Ermittlungsbehörden sei zum Zeitpunkt der Einvernahme der Ehefrau bereits die bestehende Ehe bekannt gewesen. Ausweislich des Protokolls zur Einvernahme vom 19. Mai 2014 sei die Ehefrau in der Rolle als Auskunftsperson nicht über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden. Im Zuge ihrer Einvernahme während der Hauptverhandlung – bei welcher die Ehefrau ordnungsgemäss belehrt worden sei – habe sie das Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemacht. Gemäss Art. 177 Abs. 3 Satz 2 StPO sei die Einvernahme nicht verwertbar, wenn der Hinweis unterbleibe und sich die Zeugin oder der Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufe. Polizeiliche Einvernahmen seien unverwertbar, wenn der Einvernommene durch den Polizeibeamten zu Unrecht nicht über sein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt worden sei. Damit sei erstellt, dass die Beweiswürdigung in dem angefochtenen Urteil auf Grundlage einer unverwertbaren Einvernahme der Ehefrau erfolgte.

Würde diese Einvernahme in der Beweiswürdigung weggedacht, bestünden keine Widersprüche mehr, welche Zweifel an den Aussagen des Berufungsführers rechtsgenügend belegen würden. Die zweite Einvernahme des Berufungsführers vom 19. Mai 2014 sei zudem als sogenannter «Sekundärbeweis» ebenfalls nicht verwertbar.

Als Auskunftsperson wird gemäss Art. 178 lit. d StPO unter anderem einvernommen, wer ohne selber beschuldigt zu sein, als Täterin, Täter, Teilnehmerin oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat nicht ausgeschlossen werden kann. Zeugin oder Zeuge hingegen ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist (Art. 162 StPO).

Die Ehefrau des Beschuldigten wurde in ihrer Einvernahme vom 19. Mai 2014 als Auskunftsperson einvernommen (pag. 45 ff.). Diese Rollenzuweisung war zum damaligen Zeitpunkt richtig. Als Mutter des mutmasslichen Opfers war es für die Strafverfolgungsbehörden noch nicht absehbar, welches ihre Rolle bei der Herstellung der Fotos und des Videos gewesen sein könnte. Gestützt auf die Aussagen des Berufungsführers anlässlich seiner ersten Einvernahme am 15. Mai 2014 (pag. 23 ff.) konnte eine Beteiligung der Ehefrau jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. So sagte er aus, er habe den ganzen Order «Familien» mit den Familienfotos vom Handy auf den Stick «rübergezo-gen», ohne diesen vorher zu öffnen (pag. 25 Z. 105 ff.). Die Aufnahmen von seiner Stieftochter F. _____ in der Badewanne habe er für reine Familienzwecke gemacht (pag. 26 Z. 175 ff.). Diese Aussagen lassen zumindest die Möglichkeit offen, dass auch die Ehefrau bei der Herstellung dieser «Familienbilder» mitgewirkt hat.

Gemäss Art. 181 Abs. 1 StPO machen die Strafbehörden die Auskunftspersonen zu Beginn der Einvernahme auf ihre Aussagepflicht oder ihre Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam. Es stellt sich nun die Frage, ob eine Person, die über ein Zeugnisverweigerungsrecht verfügt, darüber zu belehren ist, obwohl sie als Auskunftsperson einvernommen wird. KERNER verneint dies ausdrücklich (BSK StPO-KERNER, N. 1 zur Art. 181):

«Über welche Pflichten oder Rechte zu belehren ist, hängt davon ab, ob es sich um eine Auskunftsperson nach Art. 178 lit. a oder lit. b-g handelt. Da nur die Privatklägerschaft eine Aussagepflicht trifft, braucht auch nur sie auf die Zeugnisverweigerungsrechte nach Art. 168 ff. aufmerksam gemacht zu werden. Den anderen Auskunftspersonen steht ein uneingeschränktes Aussageverweigerungsrecht zu, von welchem sie ohne Begründung generell oder partiell Gebrauch machen können.»

Auch SCHMID verweist für die Belehrung von Auskunftspersonen gemäss Art. 178 lit. b-g StPO generell auf die Bestimmungen für die beschuldigte Person. Nur für Privatkläger erachtet er Art. 177 Abs. 3 StPO als massgeblich (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, N. 3 zu Art. 181). Donatsch führt aus, da der Auskunftsperson gemäss Art. 178 lit. b-g StPO generell ein Aussageverweigerungsrecht zukomme, beziehe sich die Pflicht zur Belehrung über die Zeugnisverweigerungsrechte auf den Privatkläger als Auskunftsperson (DONATSCH, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Kommentar, N. 16 zu Art. 181). Die Kammer schliesst sich diesen einstimmigen Lehrmeinungen an. So entstehen für die als

Auskunftsperson gemäss Art. 178 lit. b-g StPO befragte Person, welche später zur Zeugin wird, keinerlei Nachteile. Ihr Aussageverweigerungsrecht ist von Beginn weg umfassend und sie ist nicht zur Aussage verpflichtet. Aus einem Zeugnisverweigerungsrecht könnte sie nicht mehr ableiten.

Vorliegend wurde die Ehefrau des Berufungsführers als Auskunftsperson befragt und gemäss Protokoll auch korrekt belehrt (pag. 45). Insbesondere wurde sie darauf hingewiesen, dass sie nicht zur Aussage verpflichtet ist. Ihr Einvernahmeprotokoll ist mithin verwertbar.

III. Sachverhalt und Beweiswürdigung

Die Vorinstanz fasste die vorhandenen objektiven Beweismittel (Auswertung FDF pag. 78 ff.; Foto- und Filmaufnahmen pag. 88 ff.; Abklärungen «kompass» pag. 288 ff.) und die Aussagen der Beteiligten (Berufungsführer pag. 23 ff.; Ehefrau pag. 45 ff.; Aussagen des Opfers F._____ pag. 53 ff.) korrekt zusammen und würdigte diese ausführlich und umfassend (pag. 403 ff.). Es wird darauf verwiesen. Hinsichtlich dem hier zur Diskussion stehenden Sachverhalt kommt die Vorinstanz zu folgendem Beweisergebnis (pag. 415):

«Nach dieser Beweiswürdigung erachtet es das Gericht als erstellt, dass der Beschuldigte die Fotos am 10.04.2011 herstellte und auf den Fotos der Genitalbereich seiner damals 9-jährigen Stieftochter F._____ abgebildet ist. Aufgrund des gesamten Beweisverfahrens ist aber die Version des Beschuldigten, diese Fotos seien rein aus Beweiszwecken erstellt worden, nicht glaubhaft.»

Im Rahmen der Berufungsbegründung weist Rechtsanwalt B._____ erneut auf die Aussagen des Berufungsführers anlässlich der Hauptverhandlung hin, wonach er diese Fotos lediglich aufgenommen habe, um seinen Verdacht der Misshandlung seiner Stieftochter zu dokumentieren. Diese blosser Wiederholung des bereits vor erster Instanz Vorgebrachten – ohne weitergehende Begründung – vermag die substantiierte und nachvollziehbare Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht zu entkräften. So geht Rechtsanwalt B._____ nicht darauf ein, inwiefern die vorinstanzlichen Ausführungen nicht zutreffen sollen.

Die Vorinstanz legte indes gestützt auf die Aussagen des Berufungsführer und seiner Ehefrau ausführlich dar, weshalb es sich nicht – wie vom Berufungsführer geltend gemacht – um blosser Beweisfotos handeln kann. Zentral hierbei ist das äusserst widersprüchliche Aussageverhalten des Berufungsführers. So bestritt der Berufungsführer anlässlich der ersten Einvernahme und auch noch zu Beginn der zweiten Einvernahme, diese Bilder überhaupt erstellt zu haben bzw. zu wissen, wie sie auf seinen Stick gekommen sein könnten. Nach Vorhalt der Umstände, wonach die Bilder mit seinem Handy aufgenommen worden sind und seine Ehefrau darauf sowohl F._____, deren Unterhose und auch den Fingerring des Berufungsführers erkannt hatte, beschuldigte er zunächst seine Ehefrau, sie unterstelle ihm dies bloss, weil sie eifersüchtig sei. Nur als weitere Variante gab er dann sehr vage an (pag. 42 Z. 62 ff.): «Wenn es so war und es sich um F._____ handelte, wir haben einmal vermutet, dass F._____ in der Pflegefamilie missbraucht wurde, so könnte es sein, dass es sich um Beweisfotos in dieser Sache handelte.». Erst anlässlich der oberinstanzlichen Hauptverhandlung machte er klar geltend, diese Bil-

der zu Beweis Zwecken selber erstellt zu haben. Folglich schob der Berufungsführer die Begründung mit der Dokumentation des vermuteten Missbrauchs erst nach, als ihm nachgewiesen werden konnte, dass er die Bilder erstellt hat und dass es sich dabei um seine Stieftochter handelt. Und dies tat er zunächst nicht einmal annähernd überzeugend!

Angesichts der Tatsache, dass der Berufungsführer beide polizeilichen Protokolle am Schluss der Befragung jeweils ergänzen liess (er also die Protokolle genau durchlas und offenbar seine diesbezüglichen Rechte auch kannte), ist nicht vorstellbar, dass sein angeblicher Hinweis am 19. Mai 2014, er habe «kompass» angerufen und dort seinen Missbrauchsverdacht geäussert, fälschlicherweise nicht protokolliert worden sein könnte. Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Berufungsführer eine so grosse Anzahl Bilder – auf denen im Übrigen keine Anzeichen von Missbrauch ersichtlich sind und die somit auch keinerlei Beweiswert haben – über einen so langen Zeitraum hätte aufbewahren sollen, hätten sie einzig dem Beweis gedient.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch die Kammer die Aussage des Berufungsführers, er habe die Fotos nur zu Beweis Zwecken erstellt, als reine Schutzbehauptung erachtet. Weitergehend bestritt der Berufungsführer den Sachverhalt vor oberer Instanz nicht. Für die nachfolgende rechtliche Würdigung ist deshalb vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt auszugehen.

IV. Rechtliche Würdigung

5. Allgemeines zum Tatbestand von Art. 197 Ziff. 3 aStGB

Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, kommt vorliegend Art. 197 Ziff. 3 aStGB zur Anwendung. Demgemäss wird unter anderem mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziff. 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, herstellt.

Für die allgemeinen rechtlichen Ausführungen kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 418 f.):

«Das Verbot von Kinderpornographie soll die ungestörte Entwicklung von Kindern und Jugendlichen ermöglichen, aber auch erwachsene Verbraucher vor einer Nachahmung abhalten (BGE 131 IV 16 E. 1.2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zu beachten, dass sexuelle Handlungen mit Kindern – im Unterschied zu sexuellen Handlungen, die von weicher Pornographie oder anderen Erzeugnissen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB dargestellt werden – per se verpönt sind (BGE 131 IV 64 S. 73 f.). Verboten sind jegliche Darstellungen von Sexualität unter Einbezug von Kindern (BSK StGB II - MENG, N 22 zu Art. 197). Statische Nacktfotos von Kindern sind dann pornografisch, wenn sie durch eine übermässige Betonung des Genitalbereichs darauf angelegt sind, den Betrachter sexuell aufzureizen. Ob das fotografierte Kind selbst den Bezug zur Sexualität erkannt hat oder erkennen kann, ist ohne Bedeutung. Verneint wird der pornografische Charakter bei Fotos, bei denen der Täter bei der Herstellung in keiner Weise auf die Kinder eingewirkt hat, wie z.B. Schnappschüsse am Strand (BSK StGB II-MENG, 2013, N 22 zu Art. 197; BGE 133 IV 31, 35 f.). Ein Werk ist hingegen jedenfalls dann als kinderpornographisch zu betrachten, wenn daraus ersichtlich ist, dass seine Herstellung in der Schweiz nach Art. 187 strafbar wäre (BGE 133 IV 31). Sexuelle Handlungen im Sinne des

Art. 187 StGB lassen sich nach der Eindeutigkeit ihres Sexualbezugs abgrenzen. Keine sexuellen Handlungen sind Verhaltensweisen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild keinen unmittelbaren sexuellen Bezug aufweisen. Als sexuelle Handlungen gelten hingegen Verhaltensweisen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogen sind (BSK StGB II-MAIER, 2013, N 32 zu Vor Art. 187).

Bei der Beurteilung, ob eine sexuelle Handlung in Bezug auf den konkreten Tatbestand gegeben ist, müssen die Umstände des Einzelfalls und auch die persönlichen Beziehungen der Beteiligten berücksichtigt werden (BSK StGB II-MAIER, 2013, N 33 zu Vor Art. 187).

In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 197 StGB Vorsatz, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Der Vorsatz muss sich auch auf das normative Tatbestandselement „pornografisch“ beziehen. Es genügt zur Erfüllung des Wissenselementes, dass der Täter die objektive Bedeutung des Tatbestandes in laienhafter Sicht kennt (BSK StGB II-MENG, a.a.O., N 76 zu Art. 197).»

Diese Ausführungen werden vom Berufungsführer im Grundsatz nicht bestritten.

6. Zum objektiven Tatbestand

Der Berufungsführer macht indes geltend, die Bilder würden die Kriterien der Pornografie objektiv nicht erfüllen. Es sei ausdrücklich zu erkennen, dass es zu keinen sexuellen Handlungen komme. So seien weder entsprechende Posen oder entsprechende aufreizende Kleidung in den Bildern ersichtlich, noch sei auf das Kind eingewirkt worden. Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass diese Bilder gerade nicht bezwecken würden, den Betrachter sexuell zu stimulieren.

Diese Auffassung ist nicht korrekt. Gestützt auf die oben zitierte Rechtsprechung ist der objektive Tatbestand erfüllt, wenn durch eine übermässige Betonung des Genitalbereichs darauf abgezielt wird, den Betrachter sexuell aufzureizen. Dieses Kriterium ist vorliegend zweifelsfrei erfüllt. Es handelt sich um Grossaufnahmen des Genitalbereichs, dieser steht auf allen Bildern klar im Zentrum. Dabei spielt es entgegen der Auffassung des Berufungsführers keine Rolle, dass man nicht mehr sieht bzw. dass die Scheide nur von oben und nicht von vorne fotografiert wurde. Es handelt sich um eine Darstellung von Sexualität unter Einbezug eines Kindes und damit um Pornographie im Sinne des Tatbestands. Indem der Berufungsführer diese Nahaufnahmen machte und hierfür die Unterhosen von F._____ anhebte und weghielt, wirkte er zudem auf das Kind ein. Es handelt sich eben gerade nicht um mit einem Schnappschuss am Strand vergleichbare Bilder. Auch aus dem Umstand, dass F._____ selber ausgesagt hat, dass es zu keinen sexuellen Handlungen zwischen ihr und dem Berufungsführer gekommen ist, kann dieser nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Erfüllung des Tatbestands ist eben gerade unabhängig davon, ob das Kind die sexuelle Bedeutung der Handlung erkennt oder nicht. Angesichts der Uhrzeit der Aufnahme der Bilder (zwischen 4.28 Uhr und 4.40 Uhr morgens) kann ohnehin nicht ausgeschlossen werden, dass F._____ währenddessen schlief und gar nichts bemerkte.

Der Berufungsführer hat diese Fotos unbestrittenermassen aufgenommen und damit auch hergestellt. Folglich ist der objektive Tatbestand von Art. 197 Ziff. 3 aStGB erfüllt.

7. Zum subjektiven Tatbestand

Weiter verneint der Berufungsführer auch die Erfüllung des subjektiven Tatbestands. Die Vorinstanz führte hierzu aus (pag. 419 f.):

«Direkter Vorsatz kann dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden. Der Beschuldigte musste aber die objektive Bedeutung dieser Nahaufnahmen des Genitalbereichs erkennen und hat in Kauf genommen, dass diese objektiv pornographischen Charakter haben. Es ist vorliegend kein anderer als ein pornographischer Zweck der Bilder erkennbar. Hierfür spricht auch der erwähnte Umstand, dass auf den ausgewerteten Speichermedien des Beschuldigten neben den in Frage stehenden Nahaufnahmen eine Vielzahl pornographischer Bilder bzw. Fotos zu finden waren. Auch kannte der Beschuldigte das Alter bzw. die Minderjährigkeit seiner Tochter. Demnach kann dem Beschuldigten zumindest vorgeworfen werden, eventualvorsätzlich kinderpornographische Fotos erstellt zu haben.»

Rechtsanwalt B._____ führte in seiner schriftlichen Berufungsbegründung aus, es sei dem Berufungsführer weder bewusst gewesen, noch habe er es für möglich gehalten, dass er mit diesen Fotos Kinderpornografie herstellen würde. Diese Bilder seien für ihn keine «Kinderpornografie-Aufnahmen». Der Berufungsführer habe auf die Frage anlässlich der Hauptverhandlung, was er unter Kinderpornografie verstehe, gar nicht gewusst, was er wie überhaupt beschreiben sollte. Hierzu fehle ihm die Vorstellungskraft, der Berufungsführer verfüge nachweislich über beschränkte kognitive Fähigkeiten. Er habe zu keiner Zeit irgendwie geartet die Absicht oder den Vorsatz gehabt, pornografische Erzeugnisse herzustellen. Die Bilder würden eben gerade keine «typische» Pornografie darstellen, es sei dem Berufungsführer deshalb nach der Parallelwertung in der Laiensphäre nicht erkennbar gewesen, dass es sich möglicherweise auch um Pornografie handeln könne, als er die Bilder erstellt habe.

Auch bezüglich des subjektiven Tatbestands schliesst sich die Kammer vollumfänglich den Ausführungen der Vorinstanz an. Aufgrund diverser Aussagen des Berufungsführers ist auszuschliessen, dass er sich unter dem Begriff «Kinderpornografie» nichts vorstellen kann bzw. ihm hierfür die Vorstellungskraft fehlt. So konsumiert er unbestrittenermassen selber Pornografie (pag. 26 Z. 139 ff.; pag. 30 Z. 332 f.; pag. 33 Z. 488 ff.). Er weiss auch, dass es verbotene Pornografie gibt (pag. 26 Z. 125, pag. 30 Z. 338) und ihm scheint die Gesetzeslage betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern klar zu sein (vgl. seine Bemerkung auf pag. 28 Z. 245 ff., wonach er 20 Jahre alt gewesen sei, als er «solche Bildli» gesammelt habe vom Genitalbereich eines Kindes). Zudem machte er geltend, er stehe ganz sicher nicht auf Kinder (pag. 31 Z. 398). Der Berufungsführer weiss also sehr wohl, was Pornografie ist bzw. worin der Unterschied zwischen «normaler» Pornografie und Kinderpornografie liegt. Dass es sich objektiv bei den Fotos um pornografisches Material handelt, wurde hiavor bereits festgestellt. Der Berufungsführer nahm folglich mit der Aufnahme von F._____ (seiner damals 9-jährigen Stieftochter) zumindest in Kauf, objektiv kinderpornografische Fotos herzustellen.

8. Fazit

Der erstinstanzlich erfolgte Schuldspruch ist zu bestätigen und der Berufungsführer ist der Pornografie durch Herstellung von kinderpornografischen Fotos i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 aStGB schuldig zu sprechen.

V. Strafzumessung

Die Vorinstanz machte zunächst allgemeine Ausführungen zur Strafzumessung (pag. 420 f.) sowie zum Strafraum (pag. 421 f.) und mass dann die Strafe im vorliegenden Fall gestützt auf die konkreten Tat- und Täterkomponenten zu (pag. 422 ff.). Sie berücksichtigte hierbei alle relevanten Faktoren sowie den Umstand, dass vorliegend eine Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10. Oktober 2011 auszufallen ist und kam zum Schluss, es sei eine hypothetische Gesamtstrafe von 65 Strafeinheiten verschuldensangemessen. Für den vorliegenden Fall verblieb eine Zusatzstrafe von 15 Strafeinheiten, wobei die Vorinstanz eine Geldstrafe als angemessen erachtete und die Tagessatzhöhe auf CHF 30.00 festsetzte (pag. 426). Der Vollzug der Strafe wurde aufgeschoben und drei Tagessätze in Form einer Verbindungsbusse ausgefällt (pag. 426 f.).

Gegen diese korrekte Strafzumessung brachte der Berufungsführer nichts vor. Eine Erhöhung ist aufgrund des Verschlechterungsverbots ohnehin ausgeschlossen. Es wird deshalb an dieser Stelle vollumfänglich auf die erstinstanzlichen Erwägungen zur Strafzumessung verwiesen und der Berufungsführer wird verurteilt zu einer bedingten Geldstrafe von 12 Tagessätzen zu CHF 30.00, ausmachend CHF 360.00, mit einer Probezeit von 3 Jahren, als Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10. Oktober 2011. Weiter wird der Berufungsführer zu einer Verbindungsbusse von CHF 90.00 (Ersatzfreiheitsstrafe bei Nichtbezahlung 3 Tage) verurteilt.

VI. Kosten und Entschädigung

Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Vorliegend wurde der Berufungsführer erstinstanzlich zu Recht wegen Pornographie verurteilt, sodass er die auf diesen Schuldspruch entfallenden erstinstanzlichen Kosten zu tragen hat. Diese wurden bestimmt auf CHF 1'614.00. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Berufungsführer ist mit seinem Antrag auf Freispruch nicht durchgedrungen. Folglich hat er die oberinstanzlichen Verfahrenskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, vollumfänglich zu bezahlen.

Bezüglich des Freispruchs wurde die Entschädigung an den Berufungsführer für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 3'725.00 (inkl. Auslagen und MwSt) festgesetzt. Bei diesem Ausgang des oberinstanzlichen Verfahrens ist hierfür keine Entschädigung zuzusprechen (Art. 436 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 429 Abs. 1 StPO e contrario).

VII. Verfügungen

9. Beschlagnahmte Gegenstände und Herausgabe von Daten

Beim vorliegenden Verfahrensausgang dringt der Berufungsführer mit seinem Antrag auf Aushändigung der Datenträger nicht durch.

Demnach werden folgende Datenträger in Anwendung von Art. 69 und 197 Ziff. 3 StGB eingezogen und zur Vernichtung dem Fachbereich für digitale Forensik der Kantonspolizei Bern übergeben:

- Memory-Stick, Kingstone 8 GB
- Externe Festplatte (IDE), HITACHI 20140350-05-A, Seriennummer AL-GE8MSF
- Interne Festplatte (SATA), WD 20140350-03-A, Seriennummer WX81A61R5287
- Interne Festplatte (SATA) Seagate 20140350-02-A, Seriennummer 5 VE-LOC42
- USB-Stick „[...] 902 A. _____“ 20140350-04-A

Der Beschuldigte kann die Herausgabe von Kopien der legalen Daten auf den genannten Datenträgern verlangen, wobei die durch die Datenaussortierung entstehenden Kosten vom Beschuldigten zu tragen und im Umfang der beanspruchten Leistungen zu bevorschussen sind. Für die diesbezügliche Begründung wird vollumfänglich auf das erstinstanzliche Motiv verwiesen (pag. 429).

10. DNA-Profil und biometrische erkennungsdienstliche Daten

Dem zuständigen Bundesamt wird die Zustimmung zur Löschung des erstellten DNA-Profils (PCN-Nr. H. _____) erteilt (Art. 16 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 17 Abs. 1 DNA-ProfilG).

Dem für die Führung von AFIS zuständigen Dienst wird die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten nach Ablauf der gesetzlichen Frist erteilt (Art. 17 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten).

VIII. Dispositiv

Die 2. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird festgestellt, dass das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 9. Oktober 2015 insoweit **in Rechtskraft erwachsen** ist, als:

1. **A._____ freigesprochen wurde:**

von der Anschuldigung der **Pornografie**, angeblich begangen

1.1 durch Herstellung eines kinderpornografischen Videos am 29.03.2014 in C._____;

1.2 durch Überlassen von kinderpornografischen Fotos und einem kinderpornografischen Video in der Zeit vom 30.03.2014 bis 13.05.2014 in G._____;

unter Ausrichtung einer **Entschädigung** an A._____ von **CHF 3'725.00** (inkl. Auslagen und MwSt.) für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte, sowie unter Auferlegung der anteilmässigen **Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 1'575.00**, **an den Kanton Bern**;

2. das **Widerrufsverfahren** gegen A._____ betreffend des mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10.10.2011 für eine Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu CHF 30.00 gewährten bedingten Vollzug **eingestellt** und die **Verfahrenskosten** von **CHF 300.00** vom **Kanton Bern** auferlegt wurden.

II.

A._____ wird schuldig erklärt:

der **Pornografie**, begangen durch Herstellung von kinderpornografischen Fotos am 10.04.2011 in D._____

und in Anwendung der Artikel

34, 42, 44, 47, 49 Abs. 2, 106, 197 Ziff. 3 aStGB;

426 Abs. 1, Art. 428 Abs. 1 StPO

verurteilt:

1. Zu einer **Geldstrafe** von 12 Tagessätzen zu CHF 30.00, ausmachend total **CHF 360.00**, als Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 10.10.2011.

Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.

2. Zu einer **Verbindungsbusse** von **CHF 90.00**. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 3 Tage festgesetzt.
3. Zu den auf den Schuldspruch entfallenden **erstinstanzlichen Verfahrenskosten**, insgesamt bestimmt auf **CHF 1'614.00**.
4. Zu den **oberinstanzlichen Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 2'000.00**.

III.

Weiter wird verfügt:

1. Folgende Datenträger werden eingezogen und zur Vernichtung dem Fachbereich für digitale Forensik der Kantonspolizei Bern übergeben:
 - Memory-Stick, Kingstone 8 GB
 - Externe Festplatte (IDE), HITACHI 20140350-05-A, Seriennummer ALGE8MSF
 - Interne Festplatte (SATA), WD 20140350-03-A, Seriennummer WX81A61R5287
 - Interne Festplatte (SATA) Seagate 20140350-02-A, Seriennummer 5 VELOC42
 - USB-Stick „[...] 902 A. _____“ 20140350-04-A
2. A. _____ kann die Herausgabe von Kopien der legalen Daten auf den Datenträgern gemäss Ziff. 1 hiervor verlangen.
3. Die durch die Datenaussortierung entstehenden Kosten sind von A. _____ zu tragen und im Umfang der beanspruchten Leistungen zu bevorschussen. Die unentschuldigte Nichtbezahlung des Kostenvorschusses wird als Verzicht auf die Datenaussortierung gewertet.
4. Es wird festgestellt, dass die Kantonspolizei Bern, Fachbereich für digitale Forensik, zuständig ist, das konkrete Vorgehen der Datenaussortierung, namentlich deren konkrete Modalitäten wie auch die entsprechenden Kosten und deren Liquidation durch Verfügung zu regeln.
5. Gestützt auf Ziff. 4 hiervor werden die Akten des vorliegenden Verfahrens von Amtes wegen in Kopie an die Kantonspolizei Bern, Fachbereich für digitale Forensik, weitergeleitet.
6. Dem zuständigen Bundesamt wird die Zustimmung zur Löschung des erstellten DNA-Profiles (PCN-Nr. H. _____) erteilt (Art. 16 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 17 Abs. 1 DNA-ProfilG).
7. Dem für die Führung von AFIS zuständigen Dienst wird die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten nach Ablauf der gesetzlichen Frist erteilt (Art. 17 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten).

Zu eröffnen:

- dem Beschuldigten, v.d. Rechtsanwalt B. _____
- der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister (nur Dispositiv)
- dem Bundesamt für Polizei (nur Dispositiv)
- der Kantonspolizei Bern, Fachbereich Digitale Forensik
- der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurns (betr. Widerrufsverfahren)

Bern, 2. August 2016

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Weber

Die Gerichtsschreiberin:

Eggli

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.