

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 549/2021

Urteil vom 18. Mai 2022

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichter Denys,
Bundesrichterin van de Graaf,
Gerichtsschreiber Nabold.

Verfahrensbeteiligte

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Konrad Jeker,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8, Postfach, 3001 Bern,
2. B._____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Sexuelle Handlungen mit Kind, Pornografie, Gewaltdarstellungen; Anklageprinzip etc.,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 9. Februar 2021 (SK 20 178).

Sachverhalt:

A.

Mit Urteil vom 13. Dezember 2019 verurteilte das Regionalgericht Emmental-Oberaargau den 1972 geborenen A._____ wegen sexuellen Handlungen mit Kind, mehrfach begangen am 15. September 2018 zum Nachteil des 2003 geborenen B._____ (Privatkläger), sowie wegen Herstellen, Erwerb, Beschaffen, Einfuhr, Besitz und Konsum qualifizierter Pornografie und den Besitz von Gewaltdarstellungen zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten und 15 Tagen und auferlegte ihm für zehn Jahre ein Verbot von Tätigkeiten mit regelmässigem Kontakt zu Minderjährigen. Zudem wurde A._____ unter Abweisung der weitergehenden Zivilklage zur Bezahlung einer Genugtuung an den Privatkläger in der Höhe von Fr. 3'000.-- zuzüglich Zins verurteilt.

B.

Auf Berufung des A._____ hin bestätigte das Obergericht des Kantons Bern mit Urteil vom 9. Februar 2021 im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil, senkte jedoch die Strafe auf eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten in Verbindung mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen (zu Fr. 210.--), je unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von zwei Jahren.

C.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt A._____, er sei unter Aufhebung des Urteils des Obergerichts in allen Punkten freizusprechen und die Sache sei zur neuen Entscheidung der Nebenfolgen und der Kosten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, den damals noch nicht sechzehn Jahre alten Beschwerdegegner 2 am 15. September 2018 zu einem "Fotoshooting" getroffen zu haben. Er macht jedoch geltend, die an diesem Tag am Beschwerdegegner 2 vorgenommenen Manipulationen seien nicht sexualbezogen gewesen, sodass sie nicht als sexuelle Handlungen im Sinne von Art. 187 Abs. 1 StGB zu qualifizieren seien.

1.2. Gemäss den unbestrittenen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG) fragte der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner 2 vorgängig auf Instagram an, Aufnahmen im Freien zu machen. Am Samstag 15. September 2018 trafen sich die beiden sodann am Bahnhof in U._____. Gemeinsam fuhren sie mit dem Auto des Beschwerdeführers zu einer Ruine in V._____. Bei der Ruine wurden zunächst Porträtfotos, "Fashion"-Fotos und "Oben-ohne"-Aufnahmen gemacht, dies auch auf Wunsch des Beschwerdegegners 2. Anschliessend gingen die beiden zurück zum Auto und dann zu Fuss in den Wald nebenan. Im Wald wurden "Fessel-Bilder" und die "Sache mit den Brustnippel-Klemmen" gemacht. Hierzu band der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner 2, dessen Oberkörper dabei entblösst war, in unterschiedlichen Positionen (mit den Armen seitlich ausgestreckt oder über dem Kopf) an einen bzw. mehrere Bäume. Die Idee, den Beschwerdegegner 2 beim Fotoshooting zu fesseln, kam vom Beschwerdeführer, erfolgte indessen ebenfalls mit dem Einverständnis des Beschwerdegegners 2. Als dieser mit den Armen über dem Kopf gefesselt war, nahm der Beschwerdeführer zwei Klemmen aus der Hosentasche hervor und befestigte diese an den Brustwarzen des Beschwerdegegners

2. Anschliessend fuhren die beiden ins Studio des Beschwerdeführers an seinem Domizil in W._____. Dort wurden weitere "Fessel-Aufnahmen" gemacht und die "Qualereien" - wie der Beschwerdeführer sie bezeichnete - fortgesetzt. Insgesamt gab es im Studio gemäss dem Beschwerdeführer drei verschiedene Fesselungen mit jeweils anderen "Qualereien". Zunächst habe er den Beschwerdegegner 2 mit einem Hanfseil geschlagen. Sodann habe er ihm während ein paar Sekunden mit seiner Hand in den Oberarm gedrückt. Schliesslich habe er den Beschwerdegegner 2 auf dessen Vorschlag hin am Oberkörper gekitzelt. Nach dem Shooting fuhr er den Beschwerdegegner 2 nach Hause.

1.3. Nach Art. 187 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht. Eine sexuelle Handlung im Sinne dieser Norm liegt vor bei einer körperlichen Betätigung an sich selber oder an anderen, welche eine sexuelle Erregung oder den sexuellen Genuss mindestens einer der beteiligten Personen zum Ziel hat (Urteile 6B 251/2021 vom 12. November 2021 E. 1.3.1; 6B 1097/2019 vom 11. November 2019 E. 2.1; 6B 1122/2018 vom 29. Januar 2019 E. 2.1 und 6B 732/2018 vom 18. September 2018 E. 3.1.3).

1.4. Ob es sich bei einem Verhalten um eine sexuelle Handlung handelt, ist eine Rechtsfrage (Urteil 6B 33/2020 vom 24. Juni 2020 E. 2.1). Gemäss Rechtsprechung lassen sich sexuelle Handlungen im Sinne von Art. 187 Abs. 1 StGB nach der Eindeutigkeit ihres Sexualbezugs abgrenzen. Sind die Handlungen objektiv eindeutig sexualbezogen, kommt es nicht mehr auf das subjektive Empfinden, die Motive oder die Bedeutung, die das Verhalten für den Täter oder das Opfer hat, an. Keine sexuellen Handlungen sind dagegen Verhaltensweisen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild keinen unmittelbaren sexuellen Bezug aufweisen. Schwierigkeiten bietet die dritte Gruppe der sogenannten ambivalenten Handlungen, die weder äusserlich neutral noch eindeutig sexualbezogen erscheinen. Der Begriff der sexuellen Handlung erstreckt sich nur auf Verhaltensweisen, die im Hinblick auf das Rechtsgut erheblich sind. In Zweifelsfällen wird nach den Umständen des Einzelfalls die Erheblichkeit relativ, etwa nach dem Alter des Opfers oder dem Altersunterschied zum Täter bestimmt (BGE 125 IV 58 E. 3b; Urteil 6B 249/2021 vom 13. September 2021 E. 3.5.3; 6B 658/2020 vom 23. August 2021 E. 2.4.1; 6B 103/2011 vom 6. Juni 2011 E. 1.1; je mit Hinweisen).

Das Merkmal der

Erheblichkeit grenzt sozialadäquate Handlungen von solchen ab, die tatbestandsmässig sind. Bedeutsam für die Beurteilung sind hier qualitativ die Art und quantitativ die Intensität und Dauer einer Handlung, wobei die gesamten Begleitumstände zu berücksichtigen sind (Urteile 6B 727/2013 vom 7. Oktober 2014 E. 3.3; 6B 777/2009 vom 25. März 2010 E. 4.3; Urteil 6S.355/2006 vom 7. Dezember 2006 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 133 IV 31; je mit Hinweisen).

1.5. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers verletzte die Vorinstanz kein Bundesrecht, als es sowohl seine Handlungen im Wald als auch im Studio als eindeutig sexualbezogen qualifizierte. Insbesondere ist kein anderes als ein sexuelles Motiv für diese Taten ersichtlich. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es habe sich um "sadistische Quälereien" ohne Sexualbezug gehandelt, geht er offenkundig von einem zu engen Begriff der "sexuellen Handlung" aus.

Rechtsprechungsgemäss kann bereits eine Fesselung, bzw. ein Sich-Fesseln-Lassen ohne Einbezug der Geschlechtsteile eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Abs. 1 StGB darstellen (Urteil 6B 727/2013 vom 7. Oktober 2014 E. 3.4). Zu Recht keine Bedeutung geschenkt hat die Vorinstanz dem Umstand, ob das minderjährige Opfer den Sexualbezug der Handlung erkannte. Weiter hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, die dem Beschwerdeführer zu Last gelegten Handlungen seien erheblich und grundsätzlich geeignet, die sexuelle Entwicklung eines noch nicht sechzehn Jahre alten Jugendlichen zu stören. Art. 187 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Ob im Einzelfall eine solche Störung tatsächlich stattgefunden hat, kann deshalb offenbleiben (vgl. PHILIPP MAIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 7 zu Art. 187 StGB, mit weiteren Hinweisen). Entsprechend verletzt es auch nicht den Anklagegrundsatz, wenn eine mögliche Gefährdung der sexuellen Entwicklung des Beschwerdegegners 2 nicht Gegenstand der Anklage bildet.

1.6. Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, als sie den Beschwerdeführer der sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Abs. 1 StGB schuldig sprach.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer ficht weiter die Schuldsprüche betreffend Pornografie (Art. 197 Abs. 5 StGB) und Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 1bis StGB) an. Hiezu ist er legitimiert, auch wenn diese Schuldsprüche aufgrund des vor der Berufungsinstanz geltenden Verschlechterungsverbots keinen Einfluss auf die Strafzumessung hatten (vgl. BGE 101 IV 324 E. 1).

2.2. Wer pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt, wird nach Art. 197 Abs. 4 StGB 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.

Wer solche Gegenstände oder Vorführungen konsumiert oder zum eigenen Konsum herstellt, einführt, lagert, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt, wird gemäss Art. 197 Abs. 5 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Gemäss Art. 135 Abs. 1bis StGB wird bestraft, wer Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände oder Vorführungen, soweit sie Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere darstellen, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt.

2.3. Die Vorinstanz sprach den Beschwerdeführer aufgrund der Aufnahmen, welche er beim Treffen mit dem Beschwerdegegner 2 am 15. September 2018 anfertigte, des Herstellens von pornografischen Bild- und Tonaufnahmen im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB, welche tatsächliche Handlungen mit Minderjährigen haben, schuldig. Soweit dieser geltend macht, die aufgezeichneten Handlungen hätten keinen sexuellen Bezug gehabt, kann auf obstehende Erwägungen (vgl. E. 1 hievore) verwiesen werden. Nicht zu beanstanden ist im Weiteren, dass die Vorinstanz die Aufzeichnungen pauschal als pornografisch qualifizierte, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob einzelne Aufnahmen isoliert betrachtet allenfalls die Schwelle für eine Strafbarkeit nicht erreichen würden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der schuldpruch wie vorliegend nicht auf die Strafzumessung auswirkt und daher die genaue Zahl der inkriminierenden Bilder offenbleiben kann. Im Weiteren wusste der Beschwerdeführer aufgrund der Anklageschrift, welcher Taten er bezüglich des 15. September 2018 angeklagt wurde; somit verstösst es nicht gegen das Anklageprinzip, dass ihn die Vorinstanz nicht wie in der Anklageschrift angeklagt des Herstellens qualifizierter Pornografie nach Art. 197

Abs. 4 StGB, sondern - im Sinne des privilegierten Straftatbestandes - des Herstellens qualifizierter Pornografie zum Eigenkonsum gemäss Art. 197 Abs. 5 StGB verurteilte (vgl. Art. 350 Abs. 1 StPO, wonach das Gericht an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden ist), zumal eine Verletzung von Art. 344 StPO nicht geltend gemacht wird.

2.4. Neben den Aufnahmen, welche der Beschwerdeführer beim Treffen mit dem Beschwerdegegner 2 am 15. September 2018 anfertigte, wurden bei ihm weitere Computerdateien sichergestellt. Die Vorinstanz sprach ihn wegen eines Teils dieser Dateien schuldig des Herstellens, Erwerbs, Beschaffens, der Einfuhr (alles zum eigenen Konsum) und des Konsums von qualifizierter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB und des Besitzes von Bildaufnahmen im Sinne von Art. 135 Abs. 1bis StGB, welche Gewalttätigkeiten gegen Menschen darstellen.

2.4.1. Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Anklagegrundsatzes geltend, da ihm aufgrund der Anklageschrift nicht klar geworden sei, welche der über 10'000 Computerdateien konkret gesetzeswidrig sein sollen.

2.4.2. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten Anklagegrundsatz (Art. 9 StPO) bestimmt die Anklageschrift (Art. 325 StPO) den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Kleinere Ungenauigkeiten in den Orts- und Zeitangaben führen nicht zur Unbeachtlichkeit der Anklage. Allgemein gilt, je gravierender die Vorwürfe, desto höhere Anforderungen sind an den Anklagegrundsatz zu stellen. Ob die zeitliche und örtliche Umschreibung ausreicht, ist nicht abstrakt, sondern zusammen mit dem übrigen Inhalt der Anklage zu beurteilen. Zugleich bezweckt der Anklagegrundsatz den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Unter diesem Gesichtspunkt muss die beschuldigte Person aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Dies bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie

sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann. Er darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (BGE 143 IV 63 E. 2.2; 141 IV 132 E. 3.4.1; 140 IV 188 E. 1.3; Urteile 6B 979/2021 vom 11. April 2022 E. 5.1; 6B 1071/2021 vom 7. April 2022 E. 2.1; 6B 1227/2018 vom 8. Februar 2019 E. 1.2 und 6B 432/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.2; je mit Hinweisen).

2.5. Die Vorinstanz legt unter Verweis auf das erstinstanzliche Urteil überzeugend dar, weshalb die Anklageschrift vom 12. Juni 2019 dem Anklagegrundsatz sowohl unter dem Gesichtspunkt der Umgrenzungs- als auch der Informationsfunktion genügt. Sie erwägt, es hätten für den Beschwerdeführer nie Zweifel daran bestanden, welcher Vorwurf ihm gemacht werde. Er habe das Herunterladen aus dem Internet, das Abspeichern und das Behalten der sichergestellten Erzeugnisse nicht bestritten. Weiter seien ihm bei der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft wie auch bereits während der delegierten Einvernahme durch die Kantonspolizei Auszüge aus den Auswahlkatalogen vorgehalten worden. Der Beschwerdeführer habe mithin genau gewusst, was ihm vorgeworfen wurde und gegen welche Art nach Ansicht der Untersuchungsbehörden illegaler Pornografie - bzw. illegaler Gewaltdarstellungen - er sich zu verteidigen hat. Was der Beschwerdeführer letztinstanzlich hiegegen vorbringt, vermag diese vorinstanzlichen Erwägungen nicht als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen.

2.6. Halten demnach auch die vorinstanzlichen Schuldsprüche wegen Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 1bis StGB) und qualifizierter Pornografie (Art. 197 Abs. 5 StGB) vor Bundesrecht stand, so ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

3.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich

mitgeteilt.

Lausanne, 18. Mai 2022

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Nabold