



**Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, vom
25. Januar 2021 (470 20 204)**

Strafprozessrecht

**Kostenauflage trotz Verfahrenseinstellung; Rechtsschutzinteresse der beschuldigten
Person an der Anfechtung einer Einstellungsverfugung**

_____ Besetzung
Präsident Enrico Rosa, Richter Dominique Steiner (Ref.),
Richter Daniel Haring; Gerichtsschreiber Florian Jenal

_____ Parteien
**A._____,
Beschwerdeführerin 1**

**B._____,
Beschwerdeführerin 2**

gegen

**Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft,
Allgemeine Hauptabteilung,
Grenzacherstrasse 8, Postfach, 4132 Muttenz,
Beschwerdegegnerin**

**C._____,
Opfer**

_____ Gegenstand
Kostenauflage trotz Verfahrenseinstellung / (...)



A. Mit Verfügung vom 19. August 2020 stellte die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft, Allgemeine Hauptabteilung, das Strafverfahren MU1 20 199, das wegen harter Pornographie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) gegen A.____ eröffnet worden war, in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. e der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) ein (Ziffer 1). Weiter wurde die Löschung des DNA-Profiles sowie der erkennungsdienstlichen Daten von A.____ gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen vom 20. Juni 2003 (DNA-Profil-Gesetz; SR 363) sowie nach Art. 17 Abs. 1 lit. d der Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten vom 6. Dezember 2013 (SR 361.3) angeordnet (Ziffer 2). Die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt CHF 1'394.-- (einschliesslich einer Entscheidungsgebühr von CHF 250.--) wurden gestützt auf Art. 426 Abs. 2 StPO A.____ auferlegt (Ziffer 3). In Anwendung von Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO wurde weder eine Entschädigung noch eine Genugtuung zugesprochen (Ziffer 4). Die amtliche Verteidigung wurde zufolge Verfahrenseinstellung widerrufen. Der amtlichen Verteidigerin wurde gemäss Art. 135 StPO eine reduzierte Entschädigung von CHF 1'968.65 zugesprochen. Weiter wurde A.____ gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO dazu verpflichtet, sobald es ihre wirtschaftliche Situation erlaubt, dem Kanton Basel-Landschaft die für die amtliche Verteidigung geleisteten Entschädigungen zurückzuzahlen und der Verteidigerin die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten (Ziffer 5).

Auf die Begründung dieser Einstellungsverfügung sowie auf jene der nachfolgend aufgeführten Parteianträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

B. Gegen diese Einstellungsverfügung erhoben A.____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) sowie ihre amtliche Verteidigerin, Advokatin B.____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2), mit Eingabe vom 4. September 2020 Beschwerde beim Kantonsgesicht Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht (nachfolgend: Kantonsgesicht). Dabei stellten sie folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung dahingehend zu korrigieren, als das Strafverfahren in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. b einzustellen ist.



2. Es sei Ziff. 3 der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 19. August 2020 aufzuheben, und es sei die Beschwerdeführerin 1 von der Auferlegung der Verfahrenskosten zu befreien.
3. Es sei Ziff. 5 Satz 1 der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 19. August 2020 aufzuheben, und es sei der Beschwerdeführerin 2 als amtlicher Verteidigerin ein Honorar von CHF 2'612.68 gemäss Honorarnote vom 5. August 2020 auszurichten.
4. Es sei der Beschwerdeführerin 1 für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung mit der Unterzeichnenden als Advokatin zu gewähren.
5. Es seien der Beschwerdeführerin 2 für das vorliegende Beschwerdeverfahren keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, und es sei ihr eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
6. Alles unter o/e Kostenfolge."

C. Die Staatsanwaltschaft (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beehrte in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2020, dass die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 vollumfänglich abzuweisen sei, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne (Ziffer 1). Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 sei ebenfalls vollumfänglich abzuweisen (Ziffer 2). Unter o/e-Kostenfolge, je zur Hälfte zu Lasten beider Beschwerdeführerinnen. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung der Beschwerdeführerin 1 sei abzuweisen (Ziffer 3). Das Opfer verzichtete auf eine fakultative Stellungnahme.

D. Die Beschwerdeführerinnen reichten mit Eingabe vom 12. Oktober 2020 ihre Replik zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 21. September 2020 ein und erklärten, an den von ihnen in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich festzuhalten.

E. Gegen die Replik der Beschwerdeführerinnen vom 12. Oktober 2020 duplizierte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 23. Oktober 2020.

F. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2020 ging die Duplik der Beschwerdegegnerin vom 23. Oktober 2020 an die übrigen Parteien. Weiter wurde festgestellt, dass das Opfer innert mit



Verfügung vom 13. Oktober 2020 angesetztter nicht erstreckbarer Frist auf eine fakultative Stellungnahme verzichtet hat. Der Schriftenwechsel wurde geschlossen und den Parteien der Entscheidung gestützt auf die Akten in Aussicht gestellt.

G. Mit Schreiben vom 2. November 2020 reichte die Beschwerdeführerin 2 ihre Honorarnote für das Beschwerdeverfahren vor Kantonsgesicht ein.

H. Mit Verfügung vom 6. Januar 2021 forderte das Kantonsgesicht die Beschwerdeführerin 2 auf, für die beiden Beschwerdegegenstände (Verfahrenseinstellung und Entschädigung der amtlichen Verteidigung) mit Frist bis zum 18. Januar 2021 jeweils eine separate Honorarnote einzureichen. Die Beschwerdeführerin 2 kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 15. Januar 2021 nach.

I. Mit Eingabe vom 20. Januar 2021 nahm die Beschwerdegegnerin Stellung zu den beiden von der Beschwerdeführerin 2 eingereichten Honorarnoten und begehrte, dass an keine der Beschwerdeführerinnen im kantonsgerichtlichen Verfahren eine Entschädigung auszurichten sei.

J. Mit Verfügung vom 21. Januar 2021 wurde der Beschwerdeführerin 2 Frist bis zum 25. Januar 2021 gesetzt, um fakultativ zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2021 Stellung zu nehmen, wobei ihr die Möglichkeit eingeräumt wurde, eine allfällige Stellungnahme per E-Mail einzureichen. Mit per E-Mail eingereicherter Eingabe vom 25. Januar 2025 erklärte die Beschwerdeführerin 2, an den in der Beschwerde vom 4. September 2020 gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich festzuhalten.

Auszug aus den Erwägungen

Formelles

1.1 Die Zuständigkeit der Dreierkammer des Kantonsgesichts als Beschwerdeinstanz zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO sowie aus § 15 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung vom 12. März 2009 (EG StPO; SGS 250). Nach Art. 310 Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 322



Abs. 2 StPO sowie Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO ist die Beschwerde zulässig gegen die Verfügungen und die Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden. Die Legitimation der Beschwerdeführerin 1 zur Ergreifung des Rechtsmittels wird in Art. 322 Abs. 2 StPO sowie Art. 382 Abs. 1 StPO, diejenige der Beschwerdeführerin 2 wird in Art. 135 Abs. 3 lit. a StPO normiert. Gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO können mit der Beschwerde gerügt werden: Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (lit. a); die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b); sowie Unangemessenheit (lit. c).

1.2 Nach Art. 322 Abs. 2 StPO sowie Art. 396 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide innert zehn Tagen schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen. Die am 19. August 2020 von der Beschwerdegegnerin verfasste Einstellungsverfügung wurde am 25. August 2020 bei der Schweizerischen Post aufgegeben und der Beschwerdeführerin 2 am 26. August 2020 zugestellt. Da ein Zustellnachweis an die Beschwerdeführerin 1 aus den Akten nicht ersichtlich ist, ist davon auszugehen, dass diese die Einstellungsverfügung ebenfalls frühestens am 26. August 2020 erhalten hat. Die Beschwerde beider Beschwerdeführerinnen wurde sodann am 4. September 2020 der Schweizerischen Post übergeben. Die Beschwerdefrist von zehn Tagen ist somit durch beide Beschwerdeführerinnen gewahrt. Weiter stellt die Einstellungsverfügung hinsichtlich deren Ziffern 2 bis 5 unbestritten ein taugliches Anfechtungsobjekt dar, womit bezüglich der Rechtsbegehren Ziffern 2 bis 6 dementsprechend auch die Beschwerdelegitimation der beiden Beschwerdeführerinnen unbestritten ist. Da sie des Weiteren ihrer Begründungspflicht nachgekommen sind sowie zulässige Rügen erheben, ist auf die Rechtsbegehren der Ziffern 2 bis 6 ohne Weiteres einzutreten.

1.3.1 Soweit Ziffer 1 der Einstellungsverfügung angefochten ist, macht die Beschwerdegegnerin demgegenüber geltend, dass die Beschwerdeführerin 1 nicht zur Beschwerde legitimiert sei. Diese Ziffer halte lediglich den Grund der Verfahrenseinstellung fest. Die Begründung der Einstellungsverfügung könne indessen nicht angefochten werden, da die Beschwerdeführerin 1 durch diese gerade nicht beschwert sei. Sie habe es darüber hinaus versäumt, ihrer Begründungspflicht nachzukommen, weshalb auf Rechtsbegehren Ziffer 1 nicht einzutreten sei.

Zu prüfen ist dementsprechend, ob die Beschwerdeführerin 1 hinsichtlich des von ihr gestellten Rechtsbegehrens Ziffer 1 zur Beschwerde ebenfalls legitimiert ist.



1.3.2 Voraussetzung für die Ergreifung eines Rechtsmittels ist ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheides. Ein solches Rechtsschutzinteresse ist regelmässig dann gegeben, wenn jemand durch einen Entscheid unmittelbar in seinen Rechten betroffen, d.h. beschwert ist. Die beschuldigte Person ist nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich nicht legitimiert, die Einstellung des gegen sie geführten Strafverfahrens anzufechten, weil sich die Beschwer prinzipiell allein aus dem Dispositiv ergibt. Deshalb kann die Begründung im Regelfall nicht angefochten werden. Eine Ausnahme gilt jedoch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann, wenn Begründung und Dispositiv der Einstellungsverfügung sinngemäss einem Schuldvorwurf gleichkommen, ohne dass zuvor der gesetzliche Beweis der Schuld erbracht worden wäre und die beschuldigte Person Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte erhalten hätte (vgl. PATRICK GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, Rz. 257; BGer 6B_155/2014 vom 21. Juli 2014 E. 1.1; BGer 6B_568/2007 vom 28. Februar 2008 E. 5.2). Eine Einstellung mit einem Schuldvorwurf zu verbinden, ist mit der strafrechtlichen Unschuldsvermutung nicht vereinbar (Art. 6 Ziff. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 [EMRK; SR 0.101], Art. 14 Ziff. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 [UNO-Pakt II; SR 0.103.2], Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101], Art. 10 Abs. 1 StPO; BGer 1B_3/2011 vom 20. April 2011 E. 2.3). Dementsprechend ist die Beschwerdelegitimation ausnahmsweise u.a. dann gegeben, wenn gestützt auf Art. 319 Abs.1 lit. e StPO und in Anwendung von Art. 52 StGB das Verfahren eingestellt, in den Erwägungen der Einstellungsverfügung aber die Schuld festgestellt wird (vgl. VIKTOR LIEBER, Zürcher Kommentar StPO, 3. Aufl. 2020, N 10 zu Art. 382 StPO mit Hinweisen). Ein Anspruch auf gerichtliche Feststellung der Schuldlosigkeit ergibt sich aus der Unschuldsvermutung allerdings nicht (vgl. BGer 1B_3/2011 vom 20. April 2011 E. 2.4).

Die Beschwerdeführerin 1 begehrt in casu, dass das Strafverfahren nicht gestützt auf Art. 319 Abs.1 lit. e StPO, sondern gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO einzustellen sei. Damit ficht sie nicht die Einstellung selbst, sondern deren Begründung an, wozu sie wie ausgeführt grundsätzlich nicht legitimiert wäre. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen jedoch ersichtlich wird, wird in der Begründung der Einstellungsverfügung die Schuld der Beschwerdeführerin 1 festgestellt (siehe E. 3.4 f. hiernach). Dementsprechend greift in casu die erläuterte Ausnahme, weshalb Zif-



fer 1 der Einstellungsverfügung ein taugliches Anfechtungsobjekt bildet. Da die Beschwerdeführerin 1 in ihrer Beschwerde ausserdem darlegt, dass Ziffer 1 der Einstellungsverfügung die Unschuldsvermutung verletze und in ihrer Beschwerde auch ausführt, worin diese Verletzung in casu konkret bestehe, ist sie – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin – auch ihrer Begründungspflicht nachgekommen und erhebt zulässige Rügen. Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass das Kantonsgesicht bei seiner Entscheidung nicht an die Anträge und Begründungen der Parteien gebunden ist (Art. 391 Abs. 1 lit. a und b StPO). Dementsprechend ist auf die Beschwerde auch hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 einzutreten.

Materielles

Beschwerde der Beschwerdeführerin 1

2.1 Die Beschwerdegegnerin begründet die Kostenauflegung gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO zusammengefasst damit, dass die Beschwerdeführerin 1 am 2. Februar 2018 ihren am TT.MM.JJJJ geborenen und somit damals gut dreieinhalb Jahre alten Enkelsohn mit ihrem Mobiltelefon gefilmt habe, als dieser nackt war und seinen Penis anfasste, was als sexuelle Handlung zu werten sei. Dazu habe die Beschwerdeführerin 1 eine anzügliche Bemerkung gemacht. Da für den Tatbestand der Pornographie nicht massgeblich sei, welche konkreten Absichten die Täterin verfolge, erfülle die fragliche Videoaufnahme den objektiven Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 StGB (Ziffern 1-3 sowie 7 der angefochtenen Einstellungsverfügung). Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin 1 auch mindestens in Kauf genommen und für möglich gehalten, dass das aufgenommene Video als Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB zu werten sei (Ziffern 4 sowie 7 der angefochtenen Einstellungsverfügung). Da der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz unabhängig vom Alter eines Menschen bestehe, und das Aufnehmen von sexuellen Handlungen auf Video den Intimbereich einer Person tangiere, wäre gemäss Ausführungen der Beschwerdegegnerin die Einwilligung in die Videoaufnahme nötig gewesen. Da indessen der Enkelsohn der Beschwerdeführerin 1 aufgrund seines Kindesalters nicht einwilligungsfähig gewesen sei und auch dessen Mutter keine stellvertretende Einwilligung für ihn gegeben habe, sei die Videoaufnahme als zivilrechtliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Kindes zu werten. Deshalb seien die Voraussetzungen von Art. 426 Abs. 2 StPO erfüllt.



2.2 Die Beschwerdeführerin 1 hält dem entgegen, dass ihr in der Einstellungsverfügung ein strafrechtlicher Schuldvorwurf bezüglich des Tatbestands von Art. 197 Abs. 4 StGB gemacht werde. Das vorgeworfene Verhalten sei aber weder tatbestandsmässig geschweige denn schuldhaft. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin sei das kindliche Spielen mit dem Penis mitnichten als sexuelle Handlung zu werten. Es seien auch keine anderweitigen Umstände gegeben, welche im Zusammenhang mit der inkriminierten Videoaufnahme den Enkelsohn der Beschwerdeführerin 1 zum blossen Sexualobjekt degradierten. Das Video sei darüber hinaus gar nicht geeignet, Dritte sexuell zu erregen, zumal es nur für die Kindsmutter gedacht gewesen sei. Es gebreche insofern bereits an der objektiven Tatbestandsmässigkeit. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin 1 weder in Kauf genommen noch für möglich gehalten, dass die Aufnahme den Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 StGB erfüllen könnte. Insofern sei auch der subjektive Tatbestand nicht erfüllt. Deshalb seien die Ausführungen der Beschwerdegegnerin und die durch sie verfügte Auferlegung der Verfahrenskosten gestützt auf Art. 426 Abs. 2 StPO als Verletzung der Unschuldsvermutung zu werten.

2.3 Die Beschwerdegegnerin entgegnet den Argumenten der Beschwerdeführerin 1 in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2020, dass sie in der Einstellungsverfügung nicht behauptete, die Beschwerdeführerin 1 habe sich im strafrechtlichen Sinne schuldhaft verhalten. Es sei lediglich vermerkt worden, dass Hinweise auf ein strafbares Verhalten beständen. Die Frage sei aber ausdrücklich offengelassen worden. Ausführungen zur möglichen Tatbestandsmässigkeit seien deshalb nötig gewesen, weil das Verfahren ansonsten nicht gestützt auf einen Verbotsirrtum gemäss Art. 21 StGB in Anwendung von Art. 52 StGB i.V.m. Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO hätte eingestellt werden können, da ein anklagegenügender Sachverhalt grundsätzlich vorliege. Ob harte Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB gegeben sei, sei unabhängig von den Vorstellungen des Täters zu beurteilen. Vorliegend gehe es um die Aufnahme einer sexuellen Handlung des Enkelsohns der Beschwerdeführerin 1. Diese habe während der Vornahme der fraglichen Handlung zusätzlich verbal auf das Kind eingewirkt. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin wäre die objektive Tatbestandsmässigkeit der inkriminierten Aufnahme nie in Zweifel gezogen worden, wenn diese in einer Sammlung einschlägiger harter Pornographie gefunden worden wäre. In subjektiver Sicht sei es ausserdem ausreichend, dass die Täterin in laienhafter Weise den pornographischen Charakter des von ihr erstellten Videos erkenne, wobei für möglich halten und in Kauf



nehmen genüge. Zwar erscheine fraglich, ob der subjektive Tatbestand hätte nachgewiesen werden können, es sei aber nicht Sache der Beschwerdegegnerin, im Zweifel über Schuld oder Unschuld zu entscheiden.

2.4 Mit Eingabe vom 12. Oktober 2020 hält die Beschwerdeführerin 1 den Ausführungen der Beschwerdegegnerin erneut entgegen, dass die Kostenauflegung in casu die Unschuldsvermutung verletze. Ausserdem sei nicht etwa die Videoaufnahme durch die Beschwerdeführerin 1 für ihren Enkelsohn und die Familie belastend gewesen, sondern das Strafverfahren und die durch dieses ausgelösten behördlichen Massnahmen. Ferner erscheine die Auffassung der Beschwerdegegnerin fragwürdig, dass das von der Beschwerdeführerin 1 aufgenommene Video im zivilrechtlichen Sinne persönlichkeitsverletzend gewesen sei.

2.5 Mit Eingabe vom 23. Oktober 2020 weist die Beschwerdegegnerin abermals darauf hin, dass der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz unabhängig vom Alter eines Menschen gelte.

3.1 Wird ein Verfahren eingestellt, so gehen die Verfahrenskosten grundsätzlich zu Lasten des Staates. Nach Art. 426 Abs. 2 StPO können der beschuldigten Person jedoch die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat. Dabei handelt es sich um eine den zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für fehlbares Verhalten (vgl. YVONA GRIESSER, Zürcher Kommentar StPO, 3. Aufl. 2020, N 10 zu Art. 426 StPO). Der Vorwurf des fehlbaren Verhaltens darf sich nicht auf einen strafrechtlichen Vorwurf stützen, sondern muss sich auf die Verletzung einer anderen geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensnorm aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung beziehen (vgl. BGer 6B_1247/2015 vom 15. April 2016 E. 1.3; GRIESSER, a.a.O., N 10 zu Art. 426 StPO; THOMAS DOMEISEN, Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N 29 zu Art. 426 StPO). Diese Verletzung muss in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise erfolgt sein, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze (vgl. BGer 6B_1247/2015 vom 15. April 2016 E. 1.3). Der Sachverhalt, auf den der zivilrechtlich vorwerfbare Verstoß gestützt wird, muss eingestanden, unbestritten oder klar nachgewiesen sein (vgl. BGE 112 Ia 371 E. 2a; BGer 6B_1247/2015 vom 15. April 2016 E. 1.3; DOMEISEN, a.a.O., N 34 zu Art. 426 StPO; GRIESSER, a.a.O., N 10 zu Art. 426 StPO). Die Kostenauflegung verletzt somit dann die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV,



Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II), wenn der beschuldigten Person in der Begründung des Kostenentscheidendes direkt oder indirekt vorgeworfen wird, sie habe sich strafbar gemacht oder es treffe sie ein strafrechtliches Verschulden (vgl. BGE 119 Ia 332 E. 1b; BGer 6B_586/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.3; GRIESSER, a.a.O., N 9 zu Art. 426 StPO). Der Staat trägt die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen der Kostenauflegung gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO (vgl. BGer 6B_71/2009 vom 28. Mai 2009 E. 1.4; DOMEISEN, a.a.O., N 35 zu Art. 426 StPO). Der Überbindung von Verfahrenskosten an die beschuldigte Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens kommt in jedem Fall Ausnahmecharakter zu (vgl. DOMEISEN, a.a.O., N 29 zu Art. 426 StPO).

3.2 Als Verhaltensnorm der schweizerischen Rechtsordnung, deren Verletzung die Kostenauflegung im Rahmen von Art. 426 Abs. 2 StPO rechtfertigen kann, kommt Art. 28 ZGB in Betracht (vgl. BGer 6B_990/2013 vom 10. Juni 2014 E. 1.2; BGer 1B_21/2012 vom 27. März 2012 E. 2.4). Art. 28 ZGB schützt Personen vor widerrechtlichen Verletzungen ihrer Persönlichkeit. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Persönlichkeitsverletzung dann widerrechtlich, wenn sie weder durch Einwilligung des Verletzten noch durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Die von Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsrechte umfassen auch das Recht am eigenen Bild (vgl. ANDREAS MEILI, Basler Kommentar ZGB, 6. Aufl. 2018, N 17 zu Art. 28 ZGB). Allerdings kann nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit als rechtlich relevante Verletzung verstanden werden; vielmehr muss diese eine gewisse Intensität erreichen. Auf die subjektive Empfindlichkeit des Betroffenen kommt es dabei nicht an, denn für die Beurteilung der Schwere des Eingriffs ist ein objektiver Massstab anzulegen (vgl. BGer 6B_990/2013 vom 10. Juni 2014 E. 1.2; BGer 1B_21/2012 vom 27. März 2012 E. 2.4).

3.3 Zwischen dem zivilrechtlich vorwerfbaren Verhalten und den durch die Strafuntersuchung entstandenen Kosten muss sodann ein adäquater Kausalzusammenhang nachgewiesen werden (vgl. GRIESSER, a.a.O., N 15 zu Art. 426 StPO). Ein solcher liegt einerseits dann vor, wenn die Verletzung der geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensnorm, mit deren Verletzung die Auflegung der Kosten begründet wird, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens gibt. Andererseits ist der von Art. 426 Abs. 2 StPO geforderte Kausalzusammenhang auch dann gegeben, wenn die Verletzung der



geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensnorm die Durchführung der bereits eröffneten Strafuntersuchung erschwert und dadurch Kosten verursacht hat (vgl. DOMEISEN, a.a.O., N 29 zu Art. 426 StPO). Am Kausalzusammenhang fehlt es jedenfalls dann, wenn die Behörde aus Übereifer, aufgrund unrichtiger Beurteilung der Rechtslage oder vorschnell eine Strafuntersuchung eingeleitet hat (vgl. BGer 6B_877/2016 vom 13. Januar 2017 E. 3.2). Auch gebriht es an der Kausalität, wenn zwar widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten vorliegt, aber die Behörde gar keine Untersuchung hätte eröffnen dürfen, weil beispielsweise kein Strafantrag vorlag oder die Tat verjährt war (vgl. GRIESSER, a.a.O., N 15 zu Art. 426 StPO).

3.4 Der vorgeworfene Sachverhalt ist in casu unbestritten. Die Beschwerdeführerin hat am 2. Februar 2018 auf ihrem Mobiltelefon ein Video von 15 Sekunden Dauer aufgenommen, auf welchem ihr damals gut dreieinhalb Jahre alter Enkelsohn zu sehen ist, wie er nackt seinen Penis anfasst und an diesem zieht. Auf dem Video ist weiter zu hören, wie die Beschwerdeführerin auf Albanisch zu ihrem Enkelsohn spricht. Gemäss der sich in den Akten befindenden Übersetzung, welche durch einen Dolmetscher bei der Kantonspolizei des Kantons Aargau zu Protokoll gegeben wurde, entsprachen die Worte der Beschwerdeführerin 1 auf Deutsch dem Folgenden: "C.____, bist du wach? Ist ja ziemlich gross geworden [aqula = nicht verständlich] hast du nackt geschlafen? C.____, hast du nackt geschlafen? Ich esse dein Schnäbbeli auf!" (act. 151). Das fragliche Video sandte die Beschwerdeführerin sodann gleichentags per Whatsapp an ihre Tochter, die Kindsmutter (vgl. act. 107 ff.; act. 153 ff.).

Die Beschwerdegegnerin sieht im inkriminierten Video den objektiven Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 StGB erfüllt. Darüber hinaus hält sie fest, dass der subjektive Tatbestand in einem gerichtlichen Verfahren allenfalls nicht hätte nachgewiesen werden können. Es sei jedoch nicht an ihr, im Zweifel über Schuld oder Unschuld zu befinden.

Den Ausführungen der Beschwerdegegnerin kann nicht gefolgt werden. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass das Bundesgericht bereits mehrfach klargestellt hat, dass es unzulässig ist, wenn in einem Entscheid festgehalten wird, in objektiver Hinsicht sei eine Gesetzesübertretung begangen worden und es fehle lediglich an der subjektiven Tatbestandsmässigkeit (vgl. BGer 1P.277/2002 vom 25. Juni 2002 E. 2.3; BGer 1P.430/2003 vom 29. September 2003 E. 3; BGer 6B_387/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 2 und 2.1.).



Die Beschwerdegegnerin hat zwar vorliegend nicht festgestellt, dass der subjektive Tatbestand nicht erfüllt ist, jedoch in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2020 dargelegt, dieser lasse sich vor Gericht möglicherweise nicht nachweisen (vgl. Stellungnahme, Ziff. 6, S. 9). Nicht abgewichen ist die Beschwerdegegnerin aber von ihrer Auffassung, der objektive Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 StGB sei erfüllt. Diesbezüglich macht sie geltend, dass ihre Ausführungen zur Tatbestandsmässigkeit notwendig gewesen seien, um gestützt auf einen Verbotsirrtum gemäss Art. 21 StGB in Anwendung von Art. 52 StGB i.V.m. Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO das Verfahren einstellen zu können. Die Frage der Tatbestandsmässigkeit hat sie indes ausdrücklich offen gelassen.

Diese Argumentation ist widersprüchlich. Die Beschwerdegegnerin kann nicht einerseits den erfüllten Tatbestand als Voraussetzung für die Verfahrenseinstellung heranziehen und gleichzeitig offenlassen, ob dieses Kriterium erfüllt ist. Es lässt sich insofern nicht ernstlich bestreiten, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin 1 in der angefochtenen Einstellungsverfügung ein strafrechtliches Verschulden vorwirft. Dies zeigen auch die Ausführungen in Randziffer 8 der Einstellungsverfügung, wonach gemäss Art. 52 StGB ein Schuldspruch erfolgen würde, wenn die Verfahrensleitung aufgrund der Anklageerhebung bereits beim Sachgericht läge, und dieses lediglich auf die Ausfällung einer Strafe verzichten könnte. Die Beschwerdegegnerin führt diesbezüglich ins Feld, dass auch ein Verhalten, welches gleichzeitig einen Straftatbestand erfüllt, als zivilrechtliches Verschulden im Sinne von Art. 426 StPO gewertet und zur Kostenauflegung herangezogen werden könne. Diesbezüglich ist einzuräumen, dass ein Teil des Schrifttums tatsächlich im Zusammenhang mit Verfahrenseinstellungen gestützt auf Art. 52 StGB die Auffassung vertritt, auch strafrechtlich relevantes Verhalten könne unter Umständen als Legitimationsbasis der Kostenauflegung dienen (vgl. NIKLAUS SCHMID/ DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz. 1787). Allerdings ist zu bemerken, dass die zitierten Autoren an anderer Stelle selbst Zweifel äussern, ob ein solches Vorgehen mit der Unschuldsvermutung vereinbar ist (vgl. SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., Rz. 1790). Die Frage braucht indes hier nicht entschieden zu werden, da – wie nachfolgend darzulegen sein wird – in casu kein objektiv strafbares Verhalten vorliegt, womit eine Kostenauflegung gestützt auf Art. 426 Abs. 2 StPO ohnehin unzulässig ist.



3.5.1 Gemäss Art. 197 Abs. 4 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB, die 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. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Damit Gegenstände oder Vorführungen als Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB qualifiziert werden können, ist zweierlei vorausgesetzt: Zum einen müssen die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sein, den Konsumenten sexuell aufzureizen (vgl. BGE 133 IV 31 E. 6.1.1; BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; BGE 128 IV 260 E. 2.1). Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann (vgl. BGE 133 IV 31 E. 6.1.1; BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; BGE 128 IV 260 E. 2.1). Pornographie ist ohne besondere Betonung des Genitalbereichs begrifflich kaum denkbar (vgl. BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; vgl. BGE 128 IV 260 E. 2.1).

3.5.2 Vorliegend enthält zunächst die streitgegenständliche Aufnahme keinerlei sexuelle Handlungen des Enkelsohns der Beschwerdeführerin 1. Insbesondere kann der Beschwerdegegnerin nicht gefolgt werden, wenn sie im blossen Berühren des eigenen Körpers bzw. im Ziehen am eigenen Penis für einige wenige Sekunden eine "kindliche Masturbation" erkennen will. Auch ist offensichtlich, dass sich die fragliche Aufzeichnung nicht auf den Genitalbereich des Kindes konzentriert und dieses auch nicht sonstwie in sexuellen Posen zeigt (vgl. BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Basler Kommentar StGB, 4. Aufl. 2019, N 14 f. zu Art. 197 StGB.; vgl. BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; BGE 128 IV 260 E. 2.1).

Unzutreffend ist sodann die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach der pornographische Charakter der inkriminierten Videoaufnahme sich daraus ergebe, dass die Beschwerdeführerin 1 ihren Enkelsohn dazu auffordere, an seinem Körper zu manipulieren. Die Beschwerdeführerin sagt übersetzt: "C.____, bist du wach? Ist ja ziemlich gross geworden [aquila = nicht verständlich] hast du nackt geschlafen? C.____, hast du nackt geschlafen? Ich esse dein Schnäbbeli auf!" (act. 151). Das ist klarerweise keine Aufforderung zu sexuellen Handlungen, welche die Tatbestandsmässigkeit begründen könnte (vgl. ISENRING/ KESSLER, a.a.O., N 22d zu Art. 197 StGB).



Darüber hinaus ist auch nicht zu erkennen, inwiefern diese Bemerkung den Enkelsohn der Beschwerdeführerin 1 zum blossen Sexualobjekt, über das nach Belieben verfügt werden kann, degradiert haben soll (vgl. ISENRING/ KESSLER, a.a.O., N 14 zu Art. 197 StGB; BGE 133 IV 31 E. 6.1.1; BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; BGE 128 IV 260 E. 2.1). Im Gegenteil ist in der Wortwahl der Beschwerdeführerin 1 keinerlei Sexualisierung zu erkennen, sondern lediglich eine Zuneigungsbekundung der Grossmutter des Kindes. Auch wenn diese als etwas derb formuliert dasteht, wird die inkriminierte Aufzeichnung dadurch noch nicht zur Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB. Diesbezüglich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin zurecht selbst darlegt, dass es bei der Frage nach der objektiven Tatbestandsmässigkeit im Rahmen von Art. 197 Abs. 4 StGB einzig darauf ankommt, ob eine Aufzeichnung aus sich selbst heraus als Pornographie im Sinne des Tatbestands zu qualifizieren ist und äussere Umstände insofern unerheblich sind. Dementsprechend ist aber auch das Argument der Beschwerdegegnerin nicht zu hören, dass die inkriminierte Aufnahme in einer Sammlung einschlägiger Pornographie anders bewertet worden wäre. Ob allenfalls Personen mit einschlägigen Neigungen durch das fragliche Video aufgereizt werden könnten, ist gerade nicht entscheidend, andernfalls etwa auch das unproblematische Foto eines nackten Kindes in einem Familienalbum strafbare Pornographie darstellte (vgl. ISENRING/ KESSLER, a.a.O., N 14a zu Art. 197 StGB). Ferner ist der Umstand, dass die Videoaufnahme dem Kind allenfalls später peinlich sein könnte, wenn es älter ist, strafrechtlich nicht relevant.

Die Beschwerdegegnerin hat somit aufgrund unrichtiger Beurteilung der Rechtslage eine umfassende Strafuntersuchung durchgeführt, womit es in jedem Fall am Kausalzusammenhang zwischen dem vorgeworfenen Verhalten und den vollen Verfahrenskosten gebricht (vgl. BGer 6B_877/2016 vom 13. Januar 2017 E. 3.2). Auch erhellt aufgrund des Dargelegten, dass ein zivilrechtliches Verschulden von einer gewissen Erheblichkeit, wie es Art. 426 Abs. 2 StGB verlangt, in casu klarerweise nicht gegeben ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Verfahren zwar eingestellt, in den Erwägungen der angefochtenen Einstellungsverfügung aber dennoch zu Unrecht die strafrechtliche Schuld der Beschwerdeführerin 1 festgestellt wurde, was unzulässig ist. Die Beschwerdeführerin 1 hat deshalb im Sinne der eingangs erläuterten Ausnahme einen Anspruch darauf, dass Dispositivziffer 1 der angefochtenen Einstellungsverfügung im Sinne des hier Festgestellten abgeändert wird (vgl. E. 1.3.2 hiervor). Aus dem Dargelegten erhellt ausserdem, dass die Kostenauflegung in casu



trotz Einstellung des Verfahrens unrechtmässig erfolgt ist. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist somit vollumfänglich gutzuheissen.

Beschwerde der Beschwerdeführerin 2

4. – 5. ...



Demnach wird erkannt:

://: 1. In Gutheissung der Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 werden die Ziffern 1 und 3 der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 19. August 2020 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"1. Das Strafverfahren wird in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO eingestellt.

*3. Die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt CHF 1'394.00 (einschliesslich einer Entscheidgebühr von CHF 250.00) gehen **zu Lasten des Staates.**"*

2.-6 ...

Präsident

Gerichtsschreiber

Enrico Rosa

Florian Jenal

Dieser Entscheid ist rechtskräftig.