Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB150205-O/U/eh

Mitwirkend: Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni und Ersatzoberrichter lic. iur. A. Wenker sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter

Urteil vom 2. November 2015

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. U. Weder,
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und II. Berufungskläger
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend

Versuch sexuelle Handlungen mit Kindern etc.

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 5. Februar 2015 (DG140326)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2014 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 18).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 38 S. 31 ff.)

"**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB.

2. Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen.

3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon bis und mit heute 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.

4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.

5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, aufbewahrten Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen:

   - 1 Festplatte SSD 120 GB;
   - 1 Festplatte 1 TB aus PC Steg;
   - 1 USB-Festplatte WD 800 GB.

6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz,

aufbewahrten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben:

- 1 Speicherkarte SD-Card 4 GB;
- 15 CD/DVD.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.	1'000.–	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	3'310.–	Auslagen Untersuchung
Fr.	6'498.15	amtliche Verteidigung

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.

9. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 6'498.15 (inkl. Mehrwertsteuer) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

10. (Mitteilung)

11.-12. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 4 f.)

a) Der Staatsanwaltschaft (Urk. 54 S. 10 f.):

- Der Beschuldigte sei zusätzlich zum Schuldspruch der Vorinstanz wegen mehrfacher, teilweise versuchter Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis aStGB auch der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen;

- Er sei mit 12 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei Ansetzung einer 2-jährigen Probezeit;

- Die Kosten des vorinstanzlichen und dieses zweitinstanzlichen Verfahrens seien vollständig dem Beschuldigten aufzuerlegen, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, die unter Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO, auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 55 S. 1):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 05.02.2015 in den Ziff. 1, 3, 4, 5, 7, 8 und 9 aufzuheben.

2. Es sei mein Klient wegen mehrfacher versuchter Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB sowie versuchter sexueller Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB von Schuld und Strafe freizusprechen, es seien die beschlagnahmten Gegenstände dem Beschuldigten herauszugeben und es seien die Kosten der amtlichen Verteidigung ohne Vorbehalt auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Es sei mein Klient für die erstandene Untersuchungshaft von 1 Tag angemessen zu entschädigen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Umfang der Berufung

1. Vorinstanzliches Urteil

1.1. Mit Urteil vom 5. Februar 2015 sprach das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, den Beschuldigten und Berufungskläger (hernach: Beschuldigter) der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB schuldig.

Vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wurde der Beschuldigte freigesprochen.

Der Beschuldigte wurde mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.-- bestraft, wovon bis zum Urteilszeitpunkt ein Tagessatz als durch Haft geleistet galt.

Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.

Die beschlagnahmten Festplatten wurden von der Vorinstanz definitiv eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen. Die beschlagnahmten Speicherkarten sowie 15 CD's/DVD's sollen laut dem Urteil der Vorinstanz dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben werden.

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.

1.2. Gegen das (vorerst unbegründet ergangene) Urteil der Vorinstanz (Urk. 30) wurde seitens der Anklägerin und Berufungsklägerin (hernach: Anklägerin) mit Eingabe vom 10. Februar 2015 (vgl. Urk. 32) wie auch seitens der Verteidigung mit Eingabe vom 13. Februar 2015 (vgl. Urk. 33) rechtzeitig Berufung angemeldet. Nach Erhalt des begründeten Urteils jeweils am 5. Mai 2015 (Urk. 37/1-2) erstatteten die Verteidigung mit Eingabe vom 19. Mai 2015 (Urk. 41) und die Anklägerin mit Eingabe vom 20. Mai 2015 (Urk. 43) jeweils fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung.

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 22. Mai 2015 (Urk. 45) wurde dem Beschuldigten sowie der Anklägerin jeweils unter Beilage einer Kopie der Berufungserklärung der Gegenseite Frist angesetzt, um Anschlussberufung zur Berufung der Gegenseite zu erheben oder begründet Nichteintreten auf deren Berufung zu beantragen. Der Anklägerin wurde zudem Frist angesetzt, um die sie im Berufungsverfahren vertretende Person zu bezeichnen. Der Beschuldigte wurde

zur Einreichung des Datenerfassungsblattes mit Angaben zu seiner finanziellen Lage aufgefordert (Urk. 45). Weder der Beschuldigte noch die Anklägerin gaben innert der ihnen angesetzten Frist (s. auch Empfangsscheine Urk. 46) eine Erklärung betreffend Erhebung einer Anschlussberufung bzw. Nichteintreten auf die Berufung der Gegenseite ab. Seitens der Anklägerin wurde am 27. Mai 2015 mitgeteilt, dass Staatsanwalt Dr. U. Weder sie vertrete (Urk. 47). Der Beschuldigte reichte am 12. Juni 2015 sein ausgefülltes Datenerfassungsblatt und Beilagen zu seinen finanziellen Verhältnissen ein (Urk. 48/1-11).

1.4. Am 28. Juli 2015 ergingen die Vorladungen an die Anklägerin und den Beschuldigten zur heutigen Berufungsverhandlung (Urk. 50). Zur Berufungsverhandlung sind der Leitende Staatsanwalt Dr. U. Weder sowie der Beschuldigte persönlich in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt lic. iur. X._____ erschienen (Prot. II S. 4).

2. Umfang der Berufung

2.1. Die Anklägerin hat ihre Berufung auf Dispositiv-Ziffern 2 (Freispruch vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern) und 3 (Strafe) des vorinstanzlichen Urteils beschränkt (s. Urk. 43).

2.2. Seitens des Beschuldigten wurden Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldspruch wegen mehrfacher, teilweise versuchter Pornografie), 3 (Strafe), 4 (Vollzug), 5 (Einziehungen), 7 (Kostenfestsetzung), 8 (Kostenauflage) und 9 (Entschädigung amtliche Verteidigung) angefochten.

Auf die Berufung des Beschuldigten gegen Dispositiv Ziffer 9 Satz 1 (Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung) ist indes nicht einzutreten. Wie die Vorinstanz in ihrem Dispositiv (Ziff. 12) zutreffend festhält, wäre der Entscheid betreffend Höhe der Entschädigung durch den amtlichen Verteidiger selbst mittels Beschwerde anzufechten gewesen, was vorliegend nicht geschehen ist.

2.3. Demnach bilden die Dispositiv-Ziffern 1-5 sowie 7-9 Satz 2 des erstinstanzlichen Urteils Berufungsgegenstand. Dispositiv-Ziffer 6 (Herausgabe beschlag-

nahmter Gegenstände) ist in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

II. Prozessuales

1. Antrag auf Nichteintreten

Die Verteidigung machte vor Vorinstanz geltend, die Frage der Verwertbarkeit von Aktenstücken und anderen Beweismitteln könne – entgegen der unzutreffenden Auffassung der Vorinstanz – Gegenstand einer Vorfrage nach Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO sein und sich somit auf die Gültigkeit der Anklage im Allgemeinen nach Art. 329 Abs. 1 lit. a StPO auswirken (Urk. 41 S. 2 f.). Sie leitet daraus ab, dass die Vorinstanz nicht auf die Anklage hätte eintreten dürfen (Urk. 28 S. 1 f.) bzw. dass das vorinstanzliche Urteil bereits gestützt darauf aufzuheben sei (Urk. 41 S. 2). Im Berufungsverfahren brachte die Verteidigung diesen Einwand nicht mehr vor, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

2. Keine Beweisanträge oder prozessualen Einwände

2.1. Auf die Stellung von Beweisanträgen wurde seitens der Prozessparteien verzichtet (Prot. II S. 6).

2.2. Die Anklägerin und die Verteidigung brachten des Weiteren keine prozessualen Einwendungen vor (vgl. Urk. 54; Urk. 55).

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern

1.1. Anklagevorwurf

Laut der Anklage soll der Beschuldigte am 17. September 2013 im Chatroom "B._____" von 13:58 Uhr bis 15:05 Uhr vermeintlich die 14-jährige "C._____" (tatsächlich waren dies ein Ermittler der Stadtpolizei Zürich) kennengelernt haben,

mit welcher er – in den folgenden Tagen über die ausgetauschten Handynummern per SMS – über Sex kommuniziert und schliesslich ein Treffen mit ihr am Hauptbahnhof Zürich vereinbart haben soll. Dabei habe er in der Absicht gehandelt, mit der vermeintlich 14-jährigen C._____ in der Folge sexuelle Handlungen, allenfalls bis zum Geschlechtsverkehr, vorzunehmen. Anlässlich des mit "C._____" vereinbarten Treffens am Hautbahnhof Zürich vom 25. September 2013, zu welchem er mehrere Kondome mit sich geführt habe, wurde der Beschuldigte von der Polizei festgenommen (Urk.18 Ziff. 1 Abs. 1 u. 2; Urk. 1 S. 2).

1.2. Freispruch der Vorinstanz

Seitens der Vorinstanz wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen (Urk. 38 Dispositiv-Ziff. 2). Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass gestützt auf die verwertbaren Beweise nicht erwiesen sei, dass die Versuchsschwelle zum strafbaren Beginn des Delikts vom Beschuldigten überschritten worden sei. Die Frage, ob der subjektive Tatbestand erfüllt worden sei, wurde deshalb offen gelassen (Urk. 38 E.II.A.2.2.5.2., 2.2.6., 2.2.7. u. 4.).

1.3. Berufung der Anklägerin

Gegen diesen vorinstanzlichen Freispruch vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB wurde seitens der Anklägerin im Wesentlichen mit der Begründung Berufung erhoben, dass die polizeiliche Fahndungstätigkeit, welche zur Festnahme des Beschuldigten führte, keineswegs im Rahmen einer verdeckten Ermittlung gemäss Art. 285a StPO erfolgt sei. Es habe sich dabei vielmehr um eine verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a ff. StPO gehandelt. Deshalb seien die dabei gewonnenen Beweismittel entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen durchaus verwertbar, was zum Schuldspruch des Beschuldigten führe (Urk. 43). Anlässlich der Berufungsverhandlung konkretisierte die Anklagebehörde, dass es dahingestellt bleiben könne, ob der Chatroom-, email- und SMS-Verkehr zwischen dem

Beschuldigten und der Polizei in § 32d PolG abgestützt gewesen sei oder ob sich mit der Zustellung des unzensurierten Bildes seines Penis' durch den Beschuldigten am 17. September 2013 um 14.46 Uhr ein Tatverdacht ergeben habe, so dass der weitere Kontakt nicht mehr präventiv-polizeilich, sondern repressiv-strafprozessual zu beurteilen sei, denn die polizeirechtliche präventive verdeckte Fahndung und Ermittlung gemäss § 32d und § 32e PolG würden sich offensichtlich stark an die strafprozessualen Bestimmungen der verdeckten Fahndung bzw. Ermittlung anlehnen. Entscheidend sei daher, ob es sich bei den polizeilichen Ermittlungshandlungen um eine verdeckte Fahndung im Sinne von Art. 298a ff. StPO oder um eine verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a ff. StPO gehandelt habe. Die verdeckte Ermittlung und verdeckte Fahndung würden sich vorliegend wie folgt unterscheiden: Verdeckte Ermittler würden mit einer durch Urkunden abgesicherten Legende ausgestattet, verdeckte Fahnder nicht. Letztere würden aber auch täuschen, so etwa über ihr Geschlecht, Alter, Wohnort und sie würden in Chat-Räumen Nicknamen verwenden. Verdeckte Ermittlung sei regelmässig auf eine längere Dauer ausgerichtet, in der Regel auf mehrere Monate, verdeckte Fahndung dagegen erfolge im Rahmen kurzer Einsätze und ein eigentliches Vertrauensverhältnis werde dabei nicht aufgebaut. Im vorliegenden Fall liege keine urkundengestützte Legende vor. Eine E-Mail-Adresse, die auf einen fingierten Namen laute, oder der Versand einer Foto, stütze eine Legende offensichtlich nicht, und deren Verwendung sei im Rahmen der verdeckten Fahndung zulässig. Vorliegend könne ebenso wenig vom Vorliegen eines Vertrauensverhältnis ausgegangen werden, da sich Ermittler und Zielperson persönlich überhaupt nie von Angesicht zu Angesicht gesehen hätten, sondern nur in einem Chatroom und danach per SMS unterhalten hätten. Von einem Vertrauensverhältnis könne umso weniger die Rede sein, als es sich bei der Zielperson um einen 23-jährigen Beschuldigten gehandelt habe, der mit einem 14-jährigen Mädchen in Kontakt getreten sei. Zudem sei der Ermittler im vorliegenden Fall quasi als vermeintliches "Opfer" aufgetreten, so dass die Gefahr einer unzulässigen Einwirkung auf die Zielperson nicht oder jedenfalls vergleichsweise geringer erscheine als dort, wo der Ermittler als eingeweihter Mittäter auftrete. In Fällen einer Opferstellung des Ermittlers sei die Grenze zwischen verdeckter Fahndung

und verdeckter Ermittlung später zu ziehen und es könnten auch längere Kontakt über das Internet, Mail oder SMS als verdeckte Fahndung qualifiziert werden. Vorliegend spreche auch die Dauer der polizeilichen Aktion keineswegs gegen die Bejahung einer verdeckten Fahndung. In Chatrooms und SMS-Verkehr werde naturgemäss in kurzen Sätzen kommuniziert, so dass eine mehrere Tage bestehende Kommunikation ohne persönliches Treffen durchaus noch als kurzer Einsatz qualifiziert werden könne. Würde man die polizeiliche Aktion gegen den Beschuldigten bereits als verdeckte Ermittlung qualifizieren, so würde die Rechtsprechung die Revision der Strafprozessordnung vom 14. Dezember 2012 quasi wieder rückgängig machen und den Anwendungsbereich der verdeckten Ermittlung wieder derart ausdehnen, wie das vorher der Fall gewesen sei (Urk. 54 S. 2 ff.). Die Anwendung des § 32f PolG stehe hier nicht zur Diskussion, da es vorliegend um eine gezielte Fahndung gegangen sei und nicht um Informationsbeschaffung im Internet. Ebenso wenig könne man sich auf BGE 134 IV 266 stützen, da dieser Entscheid vor der Änderung der StPO ergangen sei. Zudem sei es nicht so, dass nicht mehr von einer verdeckten Fahndung ausgegangen werden könne, wenn die Zielperson bekannt sei (Prot. II S. 7 f.).

1.4. Beweismittel

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat der Beschuldigte anlässlich sämtlicher Einvernahmen (Urk. 10/2 S. 2; Urk. 10/3 S. 1 f.; Prot. I S. 9) den äusseren Sachverhalt gemäss Ziff. 1 Abs. 1-2 der Anklageschrift anerkannt. An der Berufungsverhandlung verweigerte er die Aussage dazu (Urk. 53 S. 5). Den inneren Sachverhalt, namentlich die Absicht zur Vornahme von sexuellen Handlungen mit einem Kind, bestritt er demgegenüber durchgehend bzw. verweigerte die Aussage dazu (Urk. 10/2 S. 2 ff.; Urk. 10/3 S. 2 ff., S. 9; Prot. Vorinstanz S. 8 ff., Urk. 53 S. 5 f.). Wie seitens der Vorinstanz zutreffend aufgelistet (s. Urk. 38 E.II.A.2.1.), bestehen nebst den Aussagen des Beschuldigten folgende weiteren relevanten Beweismittel:

- Chat-Protokoll vom 17. September 2013 (Urk. 2);
- Nacktfotos des Beschuldigten (Urk. 3);

- Extraktionsbericht Handyauswertung vom 25. September 2013 (Urk. 4; nachfolgend SMS-Protokoll);
- Auskunft über Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Urk. 5);
- Auswertungsbericht Hausdurchsuchung und Durchsuchung (Urk. 7);
- Bild- und Filmberichte der sichergestellten Datenträger (Urk. 8/1-6).

1.5. Verwertbarkeit der erhobenen Beweismittel

1.5.1. Die *crux* im vorliegenden Verfahren besteht in der Frage, ob die Beweisverwertungsverbote gemäss Art. 140 f. StPO richtig angewendet wurden. Nach Art. 140 Abs. 1 StPO sind Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen, bei der Beweiserhebung untersagt. Solche Methoden sind nach Abs. 2 derselben Bestimmung auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt. Nach Art. 141 Abs. 1 StPO sind Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet. Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Unerlässlich ist die Verwertung dann, wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich wäre (DONATSCH/ SCHWARZENEGGER/ WOHLERS, Strafprozessrecht, 2. A., Zürich 2014, S. 125 m.w.H.). Die Auslegung des Begriffs der "schweren Straftat" ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings uneinheitlich und in der Lehre in hohem Masse umstritten (s. die übersichtliche Darstellung bei LUZIA VETTERLI, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Verwertungsverboten, ZStrR 2012, S. 458 ff.). Ermöglicht ein Beweis, der demgemäss nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (sog. Fernwirkungsverbot).

1.5.2. Die in Art. 141 Abs. 2 StPO erwähnten Gültigkeitsvorschriften können ihre gesetzliche Grundlage in der eidgenössischen Strafprozessordnung oder im kantonalen Recht haben. Seitens der Vorinstanz wurde zutreffend erwogen, dass diesbezüglich zwischen der *präventiven* und der *repressiven* Fahndung und Ermittlung zu unterscheiden sei: Während die verdeckte Fahndung und Ermittlung gemäss StPO nur Anwendung finden, wenn bereits ein Tatverdacht besteht, sie mithin *repressiven* Charakter haben (Art. 286 Abs. 1 lit. a u. Art. 298a Abs. 1 lit. b StPO), besteht für die verdeckte Fahndung oder Ermittlung vor dem Vorliegen eines Tatverdachts ein *präventiver* Charakter, für deren gesetzliche Grundlage die Kantone kompetent sind (Urk. 38 E.II.A.2.2.3. mit zutreffendem Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014).

1.5.3. Ihren Ursprung hatte die ins vorliegende Strafverfahren mündende verdeckte Fahndung – wie seitens der Vorinstanz zutreffend erwogen wurde (Urk. 38 E.II.A.2.2.3.) – in der Instruktion eines als Chatroom-Ermittlers eingesetzten Polizeibeamten, welcher ganz allgemein in Kinder- und Jugend-Chatrooms nach Anzeichen für pädosexuelle Aktivitäten Ausschau halten sollte (s. Urk. 1 S. 1), weshalb die Instruktion nicht mit Blick auf einen konkreten Tatverdacht erfolgte. Die Auftragserteilung erging mithin mit dem Zweck, abzuklären, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, um im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern (s. Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014 E.6.1.). Diese Fahndung bzw. Ermittlung zunächst präventiven Charakters findet ihre gesetzliche Grundlage deshalb in §§ 32 ff. des Zürcherischen Polizeigesetzes (PolG).

1.5.4. Seitens der Vorinstanz wird der Zeitpunkt, in welchem sich ein konkreter Tatverdacht ergeben habe, auf denjenigen der Übermittlung des – unzensierten – Nacktbildes durch den Beschuldigten an "C._____" am 17. September 2013 um 14:46 Uhr terminiert. Ab diesem Zeitpunkt habe sich die danach weitergeführte verdeckte Ermittlung oder Fahndung nach dem Regime der Strafprozessordnung zu richten gehabt (Urk. 38 E.II.A.2.2.4.). Dies ist nicht zu beanstanden, da mit dem Versand des Bildes an die vermeintlich 14-jährige "C._____" ein hin-

reichender Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO gegeben war und damit der Verdacht bestand, ein Verbrechen oder Vergehen – *in casu* versuchte Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB – sei begangen worden (Art. 298b Abs. 1 lit. a StPO).

1.5.5. Die Abgrenzung zwischen der vorliegend nunmehr anwendbaren nicht bewilligungspflichtigen verdeckten Fahndung gemäss Art. 298a ff. StPO und der bewilligungspflichtigen verdeckten Ermittlung gemäss Art. 285a ff. StPO wird von der Vorinstanz auf den Zeitpunkt des Übergangs der Unterhaltung vom Chat-Forum (Urk. 2) zur SMS-Unterhaltung (Urk. 4) festgesetzt (Urk. 38 E.II.A.2.2.5.2.). Daraus wird von ihr gefolgert, dass letztere Urkunde – entgegen der Ansicht der Anklagebehörde (s. E.1.3. vorstehend) – der Genehmigungspflicht durch das Zwangsmassnahmengericht unterstanden hätte. Mangels erfolgter entsprechender Genehmigung sei das Protokoll der SMS-Unterhaltung laut der Vorinstanz deshalb unverwertbar (Urk. 38 E.II.A.2.2.6.)

1.5.6. Seitens der Vorinstanz wird zutreffend ausgeführt, dass die Abgrenzung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung heikel und insbesondere in Bezug auf Ermittlungen in Chatrooms nicht abschliessend geklärt sei (Urk. 38 E.2.2.5.2.). Eine verdeckte Ermittlung liegt dann vor, wenn Angehörige der Polizei oder von dieser beauftragte Personen unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen, mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären (Art. 285a ff. StPO). Noch eine verdeckte Fahndung liegt hingegen dann vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen (Art. 298a ff. StPO).

1.5.7. Massgebende Kriterien zur Abgrenzung zwischen der verdeckten Fahndung und der verdeckten Ermittlung sind gemäss den zitierten Legaldefiniti-

onen demnach die Verwendung einer Legende einerseits und das Knüpfen von Kontakten, mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen, andererseits.

1.5.8. Wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen (Urk. 38 E.II.A.2.2.5.2.), war der fahndende Polizist zum Zeitpunkt des Beginns der Ermittlungen noch nicht mit einer Legende i.S.v. Art. 285a StPO ausgestattet. Richtig ist, dass mit der Bekanntgabe der E-Mail-Adresse von "C._____" (Urk. 2 S. 2, um 14:19 Uhr), welcher entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft die erforderliche – weit zu verstehende (s. BSK-STPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 8; SCHMID, a.a.O., Art. 285a StPO N 3 f.) – Urkundenqualität im Sinne von Art. 192 Abs. 2 StPO zukommt, im Zusammenhang mit den vorangehenden sehr spezifischen Angaben über Wohnort, Alter, Grösse, körperliche Konstitution, Haarfarbe etc. von "C._____" (vgl. Urk. 1 u. 2) von einer Legende im Sinne von Art. 285a StPO auszugehen war.

1.5.9. In der Lehre wird die Ausstattung mit einer Legende zuweilen als das entscheidende Abgrenzungskriterium bezeichnet, weil es richtig sei, im Rahmen der verdeckten Fahndung auf die Legende zu verzichten und damit die Eingriffsintensität gegenüber derjenigen der verdeckten Ermittlung zu vermindern (BSK-STPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 5 u. 8. sowie Art. 298a StPO N 9 m.w.H.). Gleichzeitig wird aber auch dem Kriterium des Aufbaus eines Vertrauensverhältnisses eine erhebliche Rolle zugemessen, indem geltend gemacht wird, dass es insbesondere die Zulässigkeit der Konstellation zu vermeiden gelte, in der eine zunächst als verdeckter Fahnder eingesetzte Person ohne explizite Legendenausstattung ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufbaut, das unter Umständen intensiver wird als jenes einer von Beginn weg geplanten verdeckten Ermittlung mit Legendenausstattung und Genehmigungspflicht (BSK-STPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 10). In Bezug auf die verdeckte Fahndung und Ermittlung in Chatforen überzeugt ein alleiniges Abstellen auf die Legendenausstattung als entscheidendes Abgrenzungskriterium allerdings nicht. Die Eingriffsintensität des fahndenden Polizisten wird denn auch wesentlich durch den Verlauf der Kommunikation geprägt, auch wenn die Nennung der E-Mail-Adresse durch den verdeckten Fahnder in diesem Zusammenhang einen – allenthalben nicht unwesentlichen

– Teil dieser Vertrauensbildung darstellt. Weiter befeuert wurde das geschaffene Vertrauensverhältnis durch den Versand einer Fotografie durch "C._____" (Urk. 2 S. 2, 14:30 Uhr), wodurch deutlich aufgezeigt wird, dass die Preisgabe weiterer Elemente der Legende mit der Intensivierung des Vertrauensverhältnisses einhergehen, mithin in einer Wechselwirkung stehen.

1.5.10 Eine andere Lehrmeinung legt dar, dass gerade im Rahmen von Ermittlungen gegen Pädophile, die sexuelle Kontakte mit Minderjährigen suchen, zu berücksichtigen sei, dass in solchen Fällen nicht der verdeckte Ermittler, sondern gerade die Zielperson Vertrauen schaffen muss, wie das überhaupt in der Regel gelte, wenn der verdeckte Ermittler nicht als eingeweihter Mittäter sondern als Opfer auftritt. Das führe dazu, dass man bei solchen Umständen die Grenze zwischen verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung etwas später (also nach intensiveren Kontakten) ziehen dürfe. Das Verfahren der verdeckten Ermittlung sei dann einzuleiten, wenn die Beziehungen zwischen Zielperson und verdecktem Ermittler (vermeintlich) persönlicher werden, insbesondere dann, wenn klar sei, dass die Zielperson den direkten Kontakt zur Begehung von "hands-on-Delikten" sucht (THOMAS HANSJAKOB, Verdeckte polizeiliche Tätigkeit im Internet, forumpoenale, 4/2014, S. 248).

1.5.11. Dieser Ansicht kann mit gewissen Einschränkungen gefolgt werden. Wie dargelegt, ergibt sich die Eingriffsintensität des fahndenden Polizisten aus einer Kombination der eigenen Legendenausstattung einerseits und dem Aufbau eines Vertrauensverhältnisses andererseits, wobei die Legendenausstattung durchaus Mittel zum Zweck der Vertrauensbildung ist (s. auch HANSJAKOB, a.a.O., S. 246). Auch wenn sich die Zielperson in Bezug auf die Kontaktaufnahme mit dem Chatpartner – was dem Regelfall entspricht – ungleich aktiver zeigt, bedeutet dies indes nicht, dass die vertrauensbildenden Vorkehrungen des fahndenden Polizisten in den Hintergrund treten. Vielmehr stehen diese bei der Beurteilung der Frage der zur Anwendung gelangenden Eingriffsintensität weiterhin im Zentrum. *In casu* lässt sich diese aufbauende Vertrauensbildung anhand der von "C._____" eingenommenen Rolle im Verlauf der Chat-Unterhaltung deutlich nachvollziehen: So zeigte sich "C._____" vorerst nicht abgeneigt, die vom Be-

schuldigten vorgegebene Unterhaltung über sexuelle Inhalte, welche durch das Aufbringen der Themen Küssen (um 14:00 Uhr) und Sex ("sueche eigentlich sex… aber do bisch glaub z jung" um 14:04 Uhr) früh lanciert wurde, weiterzuführen. Auch war "C._____" einigermassen rasch bereits, ihre E-Mail-Adresse (um 14:19 Uhr) und eine Fotografie von sich (um 14:30 Uhr) an den Beschuldigten zu senden. Zwischenzeitlich zeigte sie sich auch begeistert vom (vorerst zensierten) Nacktbild des Beschuldigten ("und das bisch würkli du?!?/huärä geil" um 14:24 Uhr) und bestärkte den Beschuldigten damit weiterhin aktiv in seiner Anmache. Auch wenn sie sich daraufhin nicht bereit erklärte, ein freizügigeres Foto von sich zu senden, zeigte sie sich weiterhin in Flirtstimmung und gegenüber sexuellen Anzüglichkeiten sehr offen ("nei so fotene schicki ned…/chaschs der ja vorstelle;-)" um 14:31 Uhr bzw. "hihi:)" auf die Nachricht des Beschuldigten, ob sie bereits "e harte Schwanz" gesehen habe). Auch war "C._____" nicht abgeneigt, ein freizügigeres Bild seitens des Beschuldigten zu erhalten, wobei sie sich nunmehr implizit bereit zeigte, selbst eine solche Fotografie zu versenden ("du zerscht!:) um 14:43 Uhr). Auch wenn "C._____" es daraufhin nach dem Erhalt des (unzensierten) Nacktbildes des Beschuldigten (um 14:46 Uhr) weiterhin ablehnte, ein freizügigeres Bild von sich selbst zu versenden, bestärkte sie den Beschuldigten weiterhin aktiv in seinem Tun, indem sie sein Nacktbild bewundernd kommentierte ("wooow!!!!:[:-[" um 14:47 Uhr). *In casu* ist indes mit Blick auf die Vertrauensbildung von herausragender Bedeutung, dass "C._____" kommunizierte, dass sie sich ein Treffen mit dem Beschuldigten durchaus vorstellen könnte, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass der Beschuldigte seinerseits klar betonte, auf Sex aus zu sein:

"C._____":	"ja treffe wär was anders/das wird ned im internet gspeicheret;-) (um 14:54 Uhr)
Beschuldigter:	"warum? ich bi 23ig und will sex, macht dir das nid angst?" (um 14:54 Uhr)
"C._____":	"wiso meinsch? du gsehsch ja ned bös us;-)" (um 14:55 Uhr)

Der Umstand, dass "C._____" dem Beschuldigten ausserdem kurz darauf ihre Mobiltelefonnummer bekanntgab (um 14:57 Uhr), bekräftigt ihren zuvor bereits manifestierten Willen, die Beziehung mit dem Beschuldigten zu intensivieren, auch wenn die konkreten Umstände für ein Treffen noch nicht feststanden.

Spätestens in diesem Zeitpunkt der Chat-Unterhaltung ist es demnach als erstellt zu erachten, dass "C._____" das Vertrauen des Chatpartners mit Blick auf ein Treffen, bei welchem sexuelle Handlungen wahrscheinlich waren, gewonnen hatte. Ein eigentliches Treffen von Angesicht zu Angesicht ist für den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses nicht erforderlich; ebenso wenig steht vorliegend das Alter des Beschuldigten oder von "C._____" der Entstehung eines Vertrauensverhältnisses entgegen. Die für eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht erforderliche Eingriffsintensität im Sinne von Art. 285a StPO war deshalb spätestens um 14:57 Uhr der Chat-Unterhaltung gegeben.

Für die Anwendung des von § 32f PolG besteht im vorliegenden Fall kein Raum, zumal es hier nicht um eine generelle Überwachung oder Informationsbeschaffung ging, sondern um eine konkrete Fahndung.

Art. 293 StPO regelt sodann das Mass der zulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Zielperson und findet gemäss Art. 298c Abs. 2 StPO sinngemäss auch Anwendung auf verdeckte Fahnder. Verdeckte Ermittler bzw. Fahnder dürfen demnach keine allgemeine Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf schwere Straftaten lenken. Der verdeckte Ermittler muss sich auf die Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses beschränken. Dem verdeckten Ermittler muss es erlaubt sein, sich rollenadäquat zu verhalten und nicht nur vollkommen passiv zu bleiben (BSK-STPO-KNODEL, Art. 293 StPO N 1 und 5). Das Chatprotokoll zeigt im vorliegenden Fall, dass "C._____" nicht als "agent provocateur" den Tatentschluss beim Beschuldigten erst hervorgerufen hatte, sondern dass sich ihre Einwirkung auf den Beschuldigten zweifellos im zulässigen Bereich bewegte.

1.5.12. *In casu* stellt sich die Frage, ob für die weitere Chat-Unterhaltung und den nachfolgenden SMS-Austausch (Urk. 4) ein absolutes Beweisverwertungs-

verbot gemäss Art. 141 Abs. 1 i.V.m. Art. 140 StPO oder ein relatives Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 2 StPO Anwendung findet (s. auch die vorstehenden Ausführungen unter E.1.5.1.). Der Vorhalt eines an sich unverwertbaren Beweises in einer Einvernahme ist aufgrund von Art. 140 StPO unverwertbar, da es sich um eine Täuschung handelt, wenn einem Beschuldigten illegale Beweise vorgehalten werden, ohne dass die einvernommene Person über die Unverwertbarkeit aufgeklärt wurde (BSK-STPO-GLESS, Art. 140 StPO N 65a; VETTERLI, a.a.O., S. 469). Als Täuschung gilt hierbei ein von den Strafbehörden hervorgerufener Irrtum beim Beschuldigten, also ein Auseinanderfallen von Wahrheit und Vorstellung über Rechtsfragen oder Tatsachen (VETTERLI, a.a.O., S. 469). Unerheblich ist dabei, ob die Täuschung absichtlich oder fahrlässig erfolgte (BSK-STPO-GLESS, Art. 140 StPO N 48).

1.5.13. Dem Beschuldigten musste es anlässlich seiner Festnahme am 25. September 2013 im Hauptbahnhof Zürich klar sein, dass ihn die Polizei ausschliesslich in Kenntnis der vorangehenden Unterhaltungen mit "C._____" festnahm, weil er darüber informiert wurde, dass die Festnahme wegen des Verdachts der sexuellen Handlungen mit Kindern vorgenommen wurde (s. Urk. 10/1 S. 1). Selbst wenn der damals noch nicht verteidigte Beschuldigte anlässlich der gleichentags erfolgten polizeilichen Einvernahme – auch noch bevor ihm die Chat- und SMS-Unterhaltung vorgehalten wurde – gewisse Eingeständnisse, wie z.B. den Umstand, dass er "C._____" kennenlernen und mit deren Einverständnis "schon auch" Sex haben wollte (Urk. 10/1 S. 3 Frage 15), gemacht hat, kann dies nicht zu seinen Ungunsten verwertet werden, weil er gleichzeitig nicht über die teilweise Unverwertbarkeit der seiner Festnahme zugrunde liegenden Beweismittel in Kenntnis gesetzt wurde. Demzufolge lag eine Täuschung über die gegen ihn vorliegenden und verwertbaren Beweismittel vor. Da sich *in casu* aus dem verwertbaren Teil der Beweismittel – wie dies auch die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 38 E.II.A.2.2.7.) – noch nicht ergibt, wann, wo und mit welchem genauen Hintergrund sich der Beschuldigte mit "C._____" hätte treffen wollen, waren die Festnahme des Beschuldigten sowie die darauffolgenden Einvernahmen bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft mit anschliessendem (Teil-)Geständnis in Bezug auf sexuelle Handlungen mit Kindern nur aufgrund der

rechtswidrig erhobenen Beweise möglich. Die Geständnisse des Beschuldigten hinsichtlich der durch nicht verwertbare Beweismittel – namentlich eines Teils des Chat-Protokolls (Urk. 2; spätestens ab 14:57 Uhr) sowie des ganzen SMS-Austauschs (Urk. 4) – ermittelten Sachverhalte sind somit ebenfalls nicht verwertbar.

1.5.14. Demzufolge wurde seitens der Vorinstanz zutreffend festgestellt (Urk. 38 E.II.A.2.2.6.), dass die gesamte der Chat-Unterhaltung folgende, im SMS-Protokoll verurkundete Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und "C._____" (Urk. 4) gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 140 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 289 Abs. 6 StPO unverwertbar ist, weil dieses Beweismittel im Rahmen der verdeckten Ermittlung ohne die erforderliche zwangsmassnahmenrichterliche Genehmigung erhoben wurde.

1.6. Rechtliche Würdigung

1.6.1. Gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet, es in eine sexuelle Handlung einbezieht. Die Vornahme einer sexuellen Handlung erfordert in jedem Fall einen körperlichen Kontakt mit dem Kind (BGE 131 IV 103). Reine Chat-Unterhaltungen mit Kindern im Internet, selbst wenn sie auf ein reales Treffen mit sexuellem Charakter gerichtet sind, oder einen pornografischen Inhalt aufweisen, sind nicht tatbeständlich im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB (DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, StGB-Kommentar, 19. A., Zürich 2013, Art. 187 StGB N 13a). Ein Versuch gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB liegt immer dann vor, wenn der Täter alle subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt, ohne alle objektiven Tatbestandsmerkmale zu verwirklichen (BGE 137 IV 115), wobei Eventualvorsatz genügt (BGE 122 IV 248 m.w.H.).

1.6.2. Seitens der Vorinstanz wurde unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend festgestellt, dass der Beschuldigte *in casu* die Versuchsschwelle der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB nicht überschritten hat, weshalb offen gelassen werden könne, ob der subjektive Tatbestand erfüllt sei (Urk. 38 E.II.A.3.).

1.6.3. Korrekt wurde von der Vorinstanz darauf verwiesen (Urk. 38 E.II.A.3.2.), dass bei Anbahnung eines Treffens zwischen dem Täter und dem vermeintlich minderjährigen Opfer in einem Chatroom die Schwelle des strafbaren Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 StGB – in der Regel (s. auch BGE 134 IV 266 E. 4.6.2.) – damit überschritten wird, dass der zur Tat entschlossene Täter an den vereinbarten Treffpunkt reist und sich dort einfindet (BGE 131 IV 100, E. 8.2). Zutreffend ist auch, dass die Grenze des Versuchs nicht bereits durch das Chatten als solches überschritten wird, auch wenn im Chatroom über die Vornahme sexueller Handlungen gesprochen wird. Es fehlt derartigen Handlungen die zeitliche und räumliche Nähe zur Tatausführung, so dass sich die Gefahr noch nicht verwirklichen kann (BGE 131 IV 100, E. 8.1). Vorliegend ist aufgrund der verwertbaren Beweismittel nicht erstellt, dass der Beschuldigte an den vereinbarten Treffpunkt gereist ist, sondern lediglich, dass er sich im Chatroom mit "C._____" über sexuelle Handlungen, auch mit Blick auf ein Treffen, bei welchem sexuelle Handlungen wahrscheinlich waren, austauschte. Die Schwelle zum Versuch wurde dadurch indes noch nicht überschritten.

1.7. Zwischenergebnis

Der Beschuldigte ist demnach vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freizusprechen.

2. Vorwurf der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie

2.1. Anklagevorwurf

Laut der Anklage soll der Beschuldigte der vermeintlich 14-jährigen "C._____" zudem im Chatroom wiederholt mitgeteilt haben, dass es ihm um sexuelle Absichten gehe. Weiter soll der Beschuldigte ihr nachfolgend per SMS mitgeteilt haben, dass er sie treffen wolle und habe am 19.September 2013 konkretisiert, dass er einen Ort wolle, wo sie ungestört seien, wobei am 24. September 2013 der Wohnort des Mädchens vereinbart worden sei und er "C._____" gefragt habe, ob

sie laut werden könnten, worauf sie Lust habe, ob sie die Pille nehme oder ob sie mit Kondom wolle (Urk. 18, Anklageziffer 1 Abs. 3).

Zudem soll der Beschuldigte "C._____" am 17. September 2013 im Wissen um deren Alter von (vermeintlich) 14 Jahren ein Bild seines Penis geschickt haben (Urk. 18, Anklageziffer 1 Abs. 4).

Im Zeitraum vom 7. Juni 2012 bis am 24. September 2013 soll der Beschuldigte an seinem Wohnort ausserdem wissentlich und willentlich insgesamt 179 Bilder mit Kinderpornografie, zwei Filmdateien mit Gewalttätigkeiten sowie zwei Filmdateien mit sexuellen Handlungen mit Tieren heruntergeladen haben, wobei er in der Absicht und im Bewusstsein gehandelt habe, dass die Bilder auf seiner Festplatte gespeichert und damit entsprechende Kopien hergestellt worden seien. Schliesslich sei der Beschuldigte am 25. September 2015 wissentlich und willentlich im Besitz von zehn Bildern mit Kinderpornografie gewesen, wobei diese Dateien der von ihm besuchten Webseiten jeweils vom verwendeten Browser aufgrund der "Cache"-Funktion als temporäre Zwischenspeicherung auf der Festplatte abgespeichert worden seien (Urk. 18, Anklageziffer 2).

2.2. Schuldspruch der Vorinstanz

Seitens der Vorinstanz wurden die Anklagevorwürfe gemäss Anklageziffer 1 Abs. 4 und Anklageziffer 2 – im Gegensatz zu den in Anklageziffer 1 Abs. 3 enthaltenen Vorwürfen – als bewiesen erachtet und der Beschuldigte gestützt darauf der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB schuldig gesprochen (Urk. 38 E.II.B.2.2., 3.3. u. 4.).

2.3. Berufung des Beschuldigten

2.3.1. Gegen diesen vorinstanzlichen Schuldspruch der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB wurde seitens des Beschuldigten Berufung erhoben.

2.3.2. Im Wesentlichen macht seine Verteidigung geltend, die Vorinstanz habe unter Verletzung der Gültigkeitsvorschriften (insb. Art. 141 Abs. 2 und 4 StPO) unzulässigerweise Beweismittel verwertet. Richtigerweise seien die Nacktfotos (Urk. 3), das sichergestellte pornografische Material auf den Festplatten (Urk. 7 bzw. 8/1-6) sowie die Aussagen des Beschuldigten (vor den Justizbehörden wie auch im Chatroom) – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 38 E.II.B.2.1.) – nicht verwertbar (Urk. 28 S. 6 f.; Urk. 41 S. 3 ff.; Urk. 55 S. 3 ff.).

2.3.3. Spätestens ab dem 17. September 2013 um 14:19:42 Uhr – dem Zeitpunkt der Nennung der E-Mail-Adresse durch "C._____" – hätten laut der Verteidigung die Voraussetzungen für die verdeckte Ermittlung gemäss Art. 285a ff. StPO gegolten, was die Genehmigung der Überwachungsmassnahmen durch das Zwangsmassnahmengericht bedingt hätte. Der Tatverdacht hätte bereits um 13:59:28 Uhr bestanden, als "C._____" ihr Alter genannt habe. Im Zusammenhang mit der vom Beschuldigten kommunizierten Tatsache, dass er nach Sex suche (14:04:18 Uhr), hätte schliesslich mit der Nennung der E-Mail-Adresse durch den Beschuldigten um 14:14:41 Uhr, womit dessen Identität festgelegt gewesen sei, nicht mehr von einer verdeckten Fahndung gesprochen werden können. Die nach der Festnahme beim Beschuldigten durchgeführte Hausdurchsuchung, welche zur Sicherstellung von pornografischem Material geführt habe, sei unzulässig gewesen, da sie ohne die unzulässige, da nicht genehmigte Vorermittlung bzw. Ermittlung nicht möglich gewesen wäre. Sowohl das Nacktfoto (Urk. 3) wie auch das pornografische Material auf den Festplatten (Urk. 7 bzw. 8/1-6) würden dem Fernwirkungsverbot unterliegen und seien deshalb nicht verwertbar. Ausserdem seien die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Folgebeweise höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis der illegal erworbenen Beweise hätten erlangt werden können, weshalb sie nicht von der Anwendung des Fernwirkungsverbotes erfasst seien und dass sämtliche Beweise betreffend Pornografie auf den Datenträgern des Beschuldigten verwertbar seien (s. Urk. 38 E.II.B.2.1.2.2.), unbeholfen (Urk. 28 S. 6 f.; Urk. 41 S. 4 ff.; Urk. 55 S. 3 ff.)

2.3.4. Anlässlich der Berufungsverhandlung konkretisierte die Verteidigung zudem, dass … D._____ sich am 17. September 2013 als Kontaktperson nach

§ 32d PolG betätigt habe, sich mit einer Legende ohne Urkunden vom Vorgesetzten habe einsetzen lassen und Informationen im Internet nach dem verfassungswidrigen § 32f PolG beschafft habe, alles ohne richterliche Genehmigung. Das Vorgehen sei verfassungswidrig, da § 32f PolG gegen Art. 13 Abs. 1 und Art. 123 Abs. 1 BV verstosse. Es ergebe sich, dass am 17. September 2013 um 13:58:14 Uhr, als die Polizei ihre Aktion gegen jedermann begonnen habe, für eine verdeckte Fahndung und eine verdeckte Ermittlung die Art. 285a ff. und Art. 298a ff. StPO nicht als gesetzliche Grundlagen zum Zuge gekommen seien, sondern allein § 32d PolG für die Kontaktnahme. § 32e PolG entfalle, da keine Genehmigung eines Zwangsmassnahmengerichts vorgelegen habe (Urk. 55 S. 4 ff.).

2.4. Beweismittel

Seitens der Vorinstanz wurde – teilweise sinngemäss – erwogen, dass nebst den Geständnissen des Beschuldigten (Urk. 10/1 S. 4: Urk. 10/2 S. 5; Urk. 10/3 S. 9; Prot. I S. 14 f.) die nachfolgenden Beweismittel verwertbar seien (Urk. 38 E.II.B.2.1.1., 2.1.2.):

- Chat-Protokoll vom 17. September 2013 (Urk. 2);
- Nacktfotos des Beschuldigten (Urk. 3);
- Auskunft über Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Urk. 5);
- Auswertungsbericht Hausdurchsuchung und Durchsuchung (Urk. 7);
- Bild- und Filmberichte der sichergestellten Datenträger (Urk. 8/1-6).

2.5. Verwertbarkeit der erhobenen Beweismittel

2.5.1. Auch in Bezug auf den Vorwurf der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie stellt sich die Frage, ob die Beweisverwertungsverbote gemäss Art. 140 f. StPO richtig angewendet wurden (s. hierzu auch die vorstehend unter E. 1.5.1. gemachten theoretischen Ausführungen).

2.5.2. Wie bereits erwähnt (E. 1.5.4.) war vorliegend mit dem Versand des (unzensierten) Nacktbildes (Urk. 3) um 14:46 Uhr an die vermeintlich 14-jährige

"C._____" ein hinreichender Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO gegeben. Damit bestand der Verdacht, dass ein Verbrechen oder Vergehen – *in casu* versuchte Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB – begangen worden sei (Art. 298b Abs. 1 lit. a StPO). Bis zu diesem Zeitpunkt haben die in Art. 141 Abs. 2 StPO erwähnten Gültigkeitsvorschriften ihre gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht (s. Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 5.1. u. 5.5.2.).

2.5.3. Auf die Abgrenzung zwischen nicht bewilligungspflichtiger Kontaktnahme gemäss § 32d PolG und bewilligungspflichtiger verdeckter Vorermittlung gemäss § 32e PolG wird seitens der Vorinstanz nicht eingegangen, da sie ausschliesslich von der Anwendung der StPO ausgeht (Urk. 38 E.II.A.2.2.4. u. B.2.1.). Diese kantonalrechtlichen Vorschriften knüpfen an die Grundsatzbestimmung über die Vorermittlung und das Vorverfahren in § 4 Abs. 1 PolG an. Danach tätigt die Polizei ausgehend von Hinweisen oder eigenen Wahrnehmungen Vorermittlungen, um festzustellen, ob strafbare Handlungen zu verhindern (lit. a) oder aufzuklären (lit. b) sind.

Gemäss § 32d PolG – auf welche Bestimmung als Ausgangspunkt sich die fahndenden Polizisten vorliegend stützten (s. Urk. 1 S. 1) – können Angehörige der Polizei bzw. von ihr beauftragte oder mit ihr kooperierende Dritte zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten mit anderen Personen Kontakt aufnehmen, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekanntzugeben (Abs. 1). Als Kontaktnahmen gelten auch die Vorbereitung und der Abschluss von Scheingeschäften (Abs. 2). Das Polizeikommando kann die eingesetzte Person mit einer Legende ausstatten. Herstellung, Veränderung und Gebrauch von amtlichen Dokumenten wie Pässe, Identitätskarten und Führerausweise bedürfen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Abs. 3). § 32d PolG soll ähnlich wie bei der für das Strafverfahren vorgesehenen verdeckten Fahndung eine vereinfachte Form der verdeckten Erhebungen regeln, bei denen nicht wie bei der verdeckten Vorermittlung qualifiziert vorgegangen und somit kein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufgebaut wird. Diese verdeckten Erhebungen werden im PolG als Kontaktnahme bezeichnet, um sie auch begrifflich von der strafprozessualen ver-

deckten Fahndung abzugrenzen. Solche Kontaktnahmen erschöpfen sich meist in einem Auftreten mit situations- und milieuangepasster Erscheinung und Ausstattung sowie in der blossen Verheimlichung der Identität. Sie sind nicht auf eine längere Kontaktzeit ausgerichtet und zielen weder auf den Aufbau eines besonderen Vertrauensverhältnisses noch darauf ab, mutmasslich in ein kriminelles Umfeld einzudringen und sich darin über eine gewisse Dauer hinweg aktiv zu bewegen. Zu denken ist an Situationen, in denen Polizeiangehörige bei Betrugs- oder Erpressungsfällen die Rolle eines Opfers oder bei Abklärungen im Drogen- oder Sexmilieu jene der Kundin oder des Kunden übernehmen. (s. Antrag des Regierungsrats des Kantons Zürich an den Kantonsrat vom 28. März 2012 zur Änderung des Polizeigesetzes, S. 20).

In § 32e PolG ist in Ergänzung zu § 4 Abs. 1 PolG/ZH vorgesehen, dass das Polizeikommando mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts ausserhalb eines Strafverfahrens verdeckte Vorermittlerinnen und Vorermittler einsetzen kann, die unter einer auf Dauer angelegten falschen Identität durch aktives und zielgerichtetes Verhalten versuchen, zu anderen Personen Kontakte zu knüpfen und zu ihnen ein Vertrauensverhältnis aufzubauen (Abs. 1). Eine solche persönliche Kontaktnahme kann unter anderem auch über das Internet in sog. Chatrooms erfolgen (s. BGE 134 IV 266). Eine verdeckte Vorermittlung kann angeordnet werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass es zu Straftaten i.S.v. Art. 286 Abs. 2 StPO kommen könnte, die Schwere dieser Straftaten eine verdeckte Vorermittlung rechtfertigt, und andere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder die Vorermittlung sonst aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert wäre (Abs. 2). Verdeckte Vorermittlungen ermöglichen der Polizei das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden sind oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten. Vorermittlungen bezwecken die Feststellung, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, und im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern (Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 6.1. unter Hinweis auf den

Antrag des Regierungsrats an den Kantonsrat vom 28. März 2012 zur Änderung des Polizeigesetzes, S. 15 f., sowie E. 7.).

2.5.4. Auffällig ist, dass § 32e PolG gleich wie Art. 285a Abs. 1 StPO das Erfordernis des Aufbaus eines Vertrauensverhältnisses verlangt. Wie im Rahmen der Beurteilung der genehmigungsbedürftigen Ermittlungshandlungen gemäss StPO dargelegt (s. E. 1.5.9.-1.5.11. vorstehend), ergibt sich die Eingriffsintensität des fahndenden bzw. kontaktnehmenden Polizisten richtigerweise auch im kantonalen Recht aus einer Kombination der eigenen Legendenausstattung einerseits und dem Aufbau eines Vertrauensverhältnisses andererseits, wobei die Legendenausstattung durchaus Mittel zum Zweck der Vertrauensbildung ist. *In casu* kann in Bezug auf den Aufbau des Vertrauensverhältnisse vollumfänglich auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach "C._____" letzten Endes durch die Bekanntgabe ihrer Mobiltelefonnummer (um 14:57 Uhr) das Vertrauen des Chatpartners mit Blick auf ein Treffen, bei welchem sexuelle Handlungen wahrscheinlich waren, gewonnen hatte (s. E. 1.5.11.).

2.5.5. Zuvor lässt sich aus dem Chat-Protokoll (Urk. 2) kein hinreichender Tatverdacht in Bezug auf einen Straftatbestand ausmachen, welcher die erforderliche Schwere im Sinne von § 32e Abs. 2 PolG aufweist und somit zwingend eine Genehmigung der Ermittlung durch das Zwangsmassnahmengericht nach sich gezogen hätte. Auch der Versand des Nacktbildes durch den Beschuldigten (um 14:46 Uhr) stellt aufgrund der Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 1 StGB noch nicht einen Straftatbestand dar, welcher im Sinne von § 32e Abs. 2 lit. a PolG hinreichende Anhaltspunkte auf eine Straftat gemäss Art. 286 Abs. 2 StPO lieferte. In diesem Zeitpunkt musste folglich (noch) nicht davon ausgegangen werden, dass ein schweres Delikt im Sinne von Art. 286 Abs. 2 StPO droht, welches zwingend die Genehmigung der Ermittlungsaktion durch das Zwangsmassnahmengericht nach sich zog. Auch wies damals nichts auf das Herstellen oder den Besitz von Pornografie durch den Beschuldigten hin, was sich schliesslich erst aufgrund der nachfolgenden Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme ergab. Auch dies spricht dafür, dass die Grenze zwischen nicht genehmigungsbedürftiger Kontaktnahme im Sinne von § 32d PolG und genehmigungsbedürftiger Vorermittlung

gemäss § 32e PolG für eine längere Phase der Chat-Unterhaltung zwischen dem Beschuldigten und "C._____" noch nicht überschritten war. Selbst wenn angenommen werden würde, dass der Zeitpunkt, in welchem die Handlungen der Polizei gemäss § 32e PolG durch das Zwangsmassnahmengericht genehmigt hätten werden müssen, bereits mit der Bekanntgabe der E-Mail-Adresse durch "C._____" um 14:19 Uhr erreicht war (so die Verteidigung: Urk. 41 S. 4), ist dem entgegenzuhalten, dass im Zeitpunkt der Nennung der E-Mail-Adresse durch den Beschuldigten (um 14:14 Uhr) – welche ohne Weiteres geeignet war, seine Identifikation zu ermöglichen – das Genehmigungserfordernis gemäss § 32e PolG noch nicht gegeben war. Dies hat auch dann zu gelten, wenn Name und Adresse des Beschuldigten schliesslich mittels CCIS-Anfrage gestützt auf seine Handynummer ermittelt wurden (s. Urk. 1 S. 4).

2.5.6. Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 41 S. 4 f.) begründet der Umstand, dass "C._____" ihr Alter (um 13:59 Uhr) genannt hatte, noch keinen hinreichenden Tatverdacht, auch nicht im Zusammenhang mit der vom Beschuldigten (um 14:04) kommunizierten Tatsache, dass er nach Sex suche, auch zumal er gleichzeitig erwähnte, dass sie zu jung für ihn sei (Urk. 2 S. 1).

2.5.7. Weshalb mit der Nennung der E-Mail-Adresse durch den Beschuldigten um 14:14 Uhr, womit dessen Identität festgelegt gewesen sei, nicht mehr von einer verdeckten Fahndung gesprochen werden könne, legt die Verteidigung nicht näher dar (Urk. 41 S. 5; Prot. I S. 17 u. 19; Urk. 55 S. 4). In diesem Zusammenhang ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass sich der Tatverdacht für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung auf die Begehung einer Katalogtat gemäss Art. 286 Abs. 2 StPO und noch nicht auf einen konkreten Täter beziehen muss (s. BSK-STPO-KNODEL, Art. 286 StPO N 18 m.w.H.). Es geht denn auch nicht darum, dass der Beschuldigte – wie der Verteidiger geltend macht – der Polizei um 14:14 Uhr bekannt gewesen ist, sondern darum, dass in diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbar die Begehung einer schweren Straftat gemäss Art. 286 Abs. 2 StPO drohte. Sollte die Bekanntgabe der E-Mail-Adresse durch den Beschuldigten aus Sicht der Verteidigung als bedeutsames Indiz dafür gesehen werden, dass in diesem Zeitpunkt das Vertrauensverhältnis gemäss § 32e Abs. 1

PolG bereits gegeben war und die Voraussetzungen für genehmigungsbedürftige verdeckte Ermittlungen bereits bestanden haben, ist dem entgegenzusetzen, dass die Bekanntgabe der E-Mail-Adresse sehr früh in der Chat-Unterhaltung erfolgte, ohne dass "C._____" zu diesem Zeitpunkt irgendwelche besonders vertrauensbildende Massnahmen ergriffen hatte (s. auch die unter E. 1.5.11. vorstehend gemachten Ausführungen). Der Umstand, dass der Beschuldigte seine E-Mail-Adresse der ihm doch noch einigermassen fremden "C._____" bereits um 14:14 Uhr gesendet hatte, ist seiner eigenen Unvorsichtigkeit anzurechnen und nicht einer besonders perfiden Vorgehensweise von "C._____" (vgl. dazu vorstehende E. III. 1.5.11.).

2.5.8. Folglich war die nach der Festnahme und seinen ersten Aussagen beim Beschuldigten durchgeführten Durchsuchungen gemäss Art. 241 ff. StPO, welche zur Sicherstellung von pornografischem Material führten, zulässig. Deshalb wird – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 41 S. 6) – sowohl das Nacktfoto des Beschuldigten (Urk. 3) wie auch das bei ihm sichergestellte pornografische Material auf den Festplatten (Urk. 7 bzw. 8/1-6) – nicht vom Fernwirkungsverbot erfasst, weil sich diese Beweismittel auf den als Beweismittel verwertbaren Teil der Chat-Unterhaltung vom 17. September 2013 (Urk. 2) bzw. die gestützt darauf erfolgten entsprechenden Geständnisse des Beschuldigten stützen.

2.5.9. Auch ist der Auffassung der Vorinstanz, dass bereits durch das Senden eines Nacktfotos an eine (vermeintlich) minderjährige Person durch den Beschuldigten ein klarer Tatverdacht begründet wurde, durch welchen die Voraussetzungen für die Anordnung einer Hausdurchsuchung und Durchsuchung gemäss Art. 244 Abs. 2 und Art. 246 StPO gegeben waren (Urk. 38 E.II.B.2.1.2.2.), beizupflichten. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass daher davon ausgegangen werden müsse, dass die Durchsuchungen auch ohne weitere Ermittlungen bereits aufgrund des Initialdelikts durch die Staatsanwaltschaft angeordnet worden wären, sobald diese von der Polizei davon Kenntnis erlangt hätte (Urk. 38 E.II.B.2.1.2.2.), ist jedenfalls keinesfalls abwegig. Demnach hätten die Folgebeweise höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis der illegal erhobenen Erst-

beweise erlangt werden können, weshalb sie nicht von der Anwendung des Fernwirkungsverbots erfasst sind. Sämtliche Beweise betreffend Pornografie auf den Datenträgern des Beschuldigten gemäss Ziff. 2 der Anklageschrift sind demzufolge verwertbar.

2.6. Rechtliche Würdigung

2.6.1. Gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet. Nach aArt. 197 Ziff. 3 StGB macht sich strafbar, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, oder zugänglich macht. Ziffer 3bis der Bestimmung stellt zudem das Erwerben, Beschaffen oder Besitzen von Gegenständen oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder Tieren oder sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, unter Strafe.

2.6.2. Seitens der Vorinstanz wurde zutreffend festgestellt (Urk. 38 E.II.B.3.1.), dass vorliegend altes Recht zur Anwendung gelangt, weil die per 1. Juli 2014 revidierte Bestimmung nicht zu einer milderen Bestrafung des Beschuldigten führen würde (Art. 2 Abs. 2 StGB). Auch wurde von der Vorinstanz richtig erwogen, dass zwischen aArt. 197 Abs. 3 und Abs. 3bis StGB unechte Konkurrenz besteht, da das Unrecht des blossen Besitzens der Datei im Herunterladen und demnach das "Herstellen" derselben bereits enthalten ist (Urk. 38 E.II.B.3.2. unter Verweis auf BSK-STGB-ACKERMANN, Art. 49 N 52), weshalb sich der Beschuldigte nur in neun statt zehn Fällen des Besitzes von Pornografie gemäss aArt. 197 Abs. 3bis StGB schuldig gemacht habe. Zutreffend wurde von der Vorinstanz überdies aufgeführt, dass die vom Beschuldigten im Rahmen der Chat-Unterhaltung gemachten Äusserungen nicht als Pornografie zu werten sind

(Urk. 38 E.II.B.3.3.2.). Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erachtete es die Vorinstanz als vorliegend nicht gegeben, dass diese Äusserungen so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt seien, dass die betroffene Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben nach verfügt werden kann (BGE 131 IV 64 E. 10.1.1.). Dem ist beizupflichten, wobei überdies zu beachten ist, dass die Verwertbarkeit der verfügbaren Beweismittel weiter eingeschränkt wurde, und die derberen Aussagen des Beschuldigten am Schluss der Chat-Unterhaltung vom 17. September 2013 sowieso nicht mehr zu berücksichtigen wären. Anklageziffer 1 Absatz 3 ist deshalb nicht als versuchte Pornografie zu qualifizieren. Im Übrigen ist die rechtliche Beurteilung der Anklägerin zutreffend und blieb seitens der Verteidigung unbestritten (Urk. 10/3 S. 9 f.; Prot. I S. 14 f.; Urk. 55 S. 7).

2.7. Zwischenergebnis

Der Beschuldigte machte sich demnach vorliegend der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie gemäss aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB schuldig.

3. Ergebnis

Mangels Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen machte sich der Beschuldigte demnach vorliegend im Sinne der Erwägungen der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie gemäss aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB schuldig. Vom Vorwurf der der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB ist der Beschuldigte demgegenüber freizusprechen.

IV. Sanktion

1. Strafrahmen

1.1. Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der schwersten anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis weit verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Strafzumessungskriterien festzusetzen wäre. Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor. Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8.).

1.2. Diese geltende aktuelle Praxis des Bundesgerichts wurde seitens der Vorinstanz korrekt angewandt (s. Urk. 38 E.III.A.1. u. 2.). Vorliegend ist demnach vom ordentlichen Strafrahmen von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe auszugehen.

2. Strafzumessungsfaktoren

Seitens der Vorinstanz wurden zu den Kriterien der Strafzumessung die nötigen theoretischen Ausführungen gemacht. Darauf (Urk. 38 E.III.B.) und auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema (BGE 136 IV 55 E. 5.4. ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen) kann vorab verwiesen werden. Zutreffend wurde auch festgehalten, dass zwischen der Tat- und Täterkomponente sowie der objektiven und subjektiven Tatschwere zu unterscheiden ist. Auch wurden seitens der Vorinstanz die einzelnen Elemente der objektiven und subjektiven Tatschwere ausreichend und korrekt dargelegt (Urk. 38 E.III. B.1.-4. u. C.1.-3.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Zutreffend ging die Vorinstanz sodann davon aus, dass vorliegend das mehrfache Herstellen von Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 3 StGB das schwerste Delikt darstellt, wofür zuerst eine hypothetische Strafe festzulegen ist (Urk. 38 E.III.C.1.).

3. Tatkomponente

3.1. Mehrfache Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 3 StGB

3.1.1. Objektive Tatschwere

Bezüglich der objektiven Tatschwere wurden seitens der Vorinstanz alle wesentlichen Elemente zutreffend gewürdigt (Urk. 38 E.III.C.1.1.): So wurde angemessen berücksichtigt, dass das sichergestellte pornografische Material Darstellungen von klar minderjährigen Personen im kindlichen Alter enthält, die zum Teil von Männern penetriert werden; dass die Bilder sich leicht als illegale pornografische Darstellungen erkennen lassen würden; sowie dass zwei Filme mit Gewaltdarstellungen an erwachsenen Frauen und ein Film mit sexuellen Handlungen mit Tieren darunter waren. Auch wurde zutreffend erwogen, dass bei den meisten sichergestellten kinderpornografischen Dateien keine besonders jungen Kinder betroffen waren und die Anzahl Bilder gemessen am Zeitraum der Speicherung relativ gering ist. Auch wurde zutreffend gewürdigt, dass es sich beim Herunterladen und Speichern von Bildern auf einer Festplatte um eine der leichtesten denkbaren Arten des Herstellens von Pornografie handelt. Die Qualifikation der objektiven Tatschwere als *noch leicht* durch die Vorinstanz ist deshalb in keiner Weise zu beanstanden.

3.1.2. Subjektive Tatschwere

Hinsichtlich der Beurteilung der subjektiven Tatschwere wurde von der Vorinstanz zutreffend in Betracht gezogen, dass der Beschuldigte die Bilder primär zum

Zweck der eigenen Lustbefriedigung herunterlud und bei ihm keine grosse kriminelle Energie oder pädosexuelle Neigungen erkennbar seien (Urk. 38 E.III.C.1.2.). Auch delinquierte der Beschuldigte bei voller Entscheidungsfreiheit. Daraus folgt, dass die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere nicht zu relativieren vermag.

3.1.3. Verschulden und Hypothetische Einsatzstrafe

Weder die seitens der Vorinstanz unter Berücksichtigung sämtlicher Elemente der Tatkomponenten vorgenommene Einschätzung des Verschuldens als noch leicht noch die daraus resultierende Festsetzung einer als angemessen erachteten hypothetische Einsatzstrafe von 240 Tagessätzen bzw. 8 Monaten (Urk. 38 E.III.C.1.2.) sind vorliegend gestützt auf die gemachten Erwägungen zu beanstanden.

3.2. Mehrfache Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 3bis StGB

Die seitens der Vorinstanz mit zutreffender Würdigung vorgenommene Qualifikation des mehrfachen Besitzes von neun weiteren pornografischen Dateien durch die "Cache"-Funktion als leicht ist nicht zu beanstanden (s. Urk. 38 E.III..2.).

3.3. Versuchte Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB

3.3.1. Objektive Tatschwere

Hinsichtlich der objektiven Tatschwere wurde von der Vorinstanz zutreffend festgehalten (Urk. 38 E.III.C.3.1.), dass der Beschuldigte das unzensierte Bild seines Körpers mit erigiertem Penis an eine vermeintlich 14-Jährige erst auf ihre Bestätigung hin, dass sie ein solches Bild sehen wolle (s. Urk. 2 S. 2 14:34 Uhr, wo "C._____" bestätigte, alles vom Beschuldigten sehen zu wollen, sich aber selber nicht zu trauen), geschickt hat. Auch geschah dies vor dem Hintergrund, dass "C._____" den Beschuldigten durch ihre Äusserungen allgemein aktiv in seiner

Anmache bestärkte (s. dazu E.1.5.11. vorstehend). Die Gefährdung, die von einem einzigen Bild eines Penis ausgeht, ist gerade vor diesem Hintergrund gesehen eher gering, weshalb die Einschätzung der Vorinstanz, dass der Versand des Nacktfotos insbesondere ein 14-jähriges Mädchen nicht gravierend in ihrem zu schützenden Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung zu verletzen vermag (Urk. 38 E.III.C.3.1.), nicht zu beanstanden ist.

3.3.2. Subjektive Tatschwere

Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere wurde seitens der Vorinstanz zutreffend berücksichtigt, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich – im Wissen um das (vermeintlich) jugendliche Alter der Empfängerin – handelte (Urk. 38 E.III.C.3.2.). Die Aussagen des Beschuldigten weisen darauf hin, dass sein Tatmotiv insbesondere in der eigenen Lustbefriedigung zu sehen ist (s. Prot. Vorinstanz S. 11: "Es war nur das chatten, um geil zu werden, so dumm es sich auch anhört."), auch weil er sich mit dem Versand des eigenen Nacktfotos den Erhalt freizügigerer Fotos seitens der 14-jährigen Chatpartnerin erhoffte. Der Vorinstanz ist im Übrigen darin beizupflichten, dass der Beschuldigte durch die Übermittlung des Bildes bei der Empfängerin die sexuelle Lust sowie ihr Verlangen nach einem Treffen wecken wollte (Urk. 38 E.III.C.3.2.).

Die Qualifikation der objektiven und subjektiven Elemente des Verschuldens in Bezug auf den Versand des Nacktbildes als *noch leicht* (Urk. 38 E.III.C.C.3.2.) ist jedenfalls nicht zu beanstanden.

3.4. (Untauglicher) Versuch

Wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten wurde (Urk. 38 E.III.C.3.3.), blieb es vorliegend beim Versuch, was indes nur marginal reduzierend zu berücksichtigen ist, da es ausserhalb des Verfügungsbereichs des Beschuldigten stand, dass es sich bei "C._____" eben nicht um ein minderjähriges Mädchen handelte.

4. Asperation

Die Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe aufgrund der anderen Taten um insgesamt zwei Monate bzw. 60 Tagessätze auf 10 Monate oder 300 Tagessätze (Urk. 38 E.III.C.4.), ist angemessen.

5. Täterkomponente

5.1. Wie seitens der Vorinstanz zutreffend dargelegt umfasst die Täterkomponente die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere frühere Straftaten oder bisheriges Wohlverhalten) und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (Urk. 38 E.III.B.4. unter Verweis auf HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, a.a.O., Art. 47 StGB N 14).

5.2. Die Vorinstanz ging gestützt auf die Akten und ihre Befragung des Beschuldigten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung von folgenden Angaben über sein Vorleben aus (s. Urk. 38 E.III.D.2.1.): Der Beschuldigte sei in geordneten Verhältnissen mit einem älteren Bruder aufgewachsen. Er studiere ... an der Universität … und werde von seinen Eltern finanziell unterstützt und lebe auch bei ihnen. Der Beschuldigte verfüge über kein Vermögen. Seine Einkünfte aus eigener Erwerbstätigkeit würden sich auf ca. Fr. 400.– pro Monat und seine Schulden würden sich auf ca. Fr. 400.– belaufen (act. 15/5; Prot. S. 6 ff.). An der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte neu aus, er gehe im Moment keiner Erwerbstätigkeit nach, er habe zur Zeit folglich weniger Geld zur Verfügung als früher (Urk. 53 S. 2 ff.).

Marginal strafmindernd erachtete die Vorinstanz den Umstand, dass der Beschuldigte zu Beginn der strafbaren Tathandlungen am 7. Juni 2012 bloss 22 Jahre alt gewesen sei (Urk. 38 E.III.D.2.2.). Eine gewisse Grosszügigkeit der Vorinstanz bei der (wohlwollenden) Berücksichtigung des jungen Alters des Beschuldigten ist angesichts der Tatsache, dass er sich bei Tatbegehung nahe der Altersgrenze betreffend die frühere für 18-20 Jährige anzuwendende Strafmilderung (aArt. 64 Abs. 7 StGB) befand, nicht zu beanstanden (s. auch BSK-STGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 StGB N 126 m.w.H.). Es ist richtig, dass sich im Übrigen die

persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten als nicht strafzumessungsrelevant erweisen (Urk. 38 E.III.D.2.2.).

5.3. Der Beschuldigte weist auch anlässlich des Berufungsverfahrens keine Vorstrafen auf (Urk. 39), was indes zutreffend nicht strafmindernd zu berücksichtigen ist (Urk. 38 E.III.D.3. unter Verweis BGE 136 IV 1).

5.4. Zutreffend deutlich zu Gunsten des Beschuldigten ist sein Geständnis zu berücksichtigen. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich zutreffend fest (Urk. 38 E.III.D.4.1.), dass der Beschuldigte die Straftaten bereits anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme gestanden hat, wobei er teilweise mehr zugab, als ihm hätte nachgewiesen werden können, beispielsweise sein Wissen um die Funktionsweise der Cache-Speicherung. Auch ist richtig, dass sich der Beschuldigte im Verlaufe des Verfahrens stets kooperativ zeigte und auch eine glaubhafte Einsicht in das Unrecht der Taten an den Tag gelegt hat (Urk. 38 E.III.D.4.2.), was sich ebenfalls deutlich strafmindernd auswirkt.

6. Ergebnis

Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Strafzumessungsgründe erweist sich mit der Vorinstanz (Urk. 38 E.III.E.1.- 3.) eine Strafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.-- als angemessen.

7. Anrechnung der Haft

Der Anrechnung von einem Tagessatz, welchen der Beschuldigte durch Haft erstanden hat, steht nichts entgegen (Art. 51 StGB; Urk. 38 E.IV.3.).

V. Vollzug

1. Zu den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges äusserte sich bereits die Vorinstanz ausführlich und zutreffend, weshalb auf jene Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 38 E.IV.1.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Den seitens der Vorinstanz gemachten Erwägungen, dass die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs vorliegend erfüllt sind, und der von ihr getroffenen Schlussfolgerung, dass dem Beschuldigten der Vollzug der Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben ist (Urk. 38 E.IV.2.), ist vollumfänglich zu folgen.

VI. Einziehungen

1. Zu den rechtlichen Voraussetzungen der Sicherungseinziehung gemäss Art. 69 StGB hat sich die Vorinstanz einlässlich und zutreffend geäussert, weshalb auf deren Ausführungen verwiesen werden kann (s. Urk. 38 E.V.1.).

2. Da auf den drei beschlagnahmten Festplatten SSD 120 GB, 1 TB aus PC Steg und WD 800 GB deliktisches Material festgestellt wurde (Urk. 7 S. 2) sind die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz und deren Schlussfolgerung, dass diese Speichermedien definitiv einzuziehen und zu vernichten seien (Urk. 38 E.V.2.), nicht zu beanstanden.

VII. Vorinstanzliche Kostenfolge und -auflage

Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung und -auflage ist nicht zu beanstanden (Urk. 38 E.VI.1.), weshalb das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 38, Dispositiv-Ziffer 7 und 8) vorliegend zu bestätigen ist. In Abweichung vom vorinstanzlichen Erkenntnis (Dispositiv-Ziffer 9 Satz 2) ist der Rückforderungsvorbehalt für die Kosten der amtlichen Verteidigung ausgangsgemäss ebenfalls auf die Hälfte dieser Kosten zu beschränken.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Berufungsverfahren unterliegen sowohl die Anklägerin wie auch der Beschuldigte mit ihren Anträgen. Es rechtfertigt sich vorliegend, die Kosten des

Berufungsverfahrens der Anklägerin und dem Beschuldigten – ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung – grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Kostenanteil der Anklägerin fällt an den Staat. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für die Hälfte der Kosten der amtlichen Verteidigung nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.-- festzusetzen.

3. Der vom amtlichen Verteidiger für seine Bemühungen im Berufungsverfahren verrechnete Betrag (Urk. 52) steht im Einklang mit den Ansätzen der AnwGebV und erscheint als angemessen, weshalb er unter Hinzurechnung von weiteren zwei Stunden für die über die Schätzung des Verteidigers hinausgehende Dauer der Berufungsverhandlung und eine Nachbesprechung zu entschädigen ist.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Beschuldigten gegen Dispositiv-Ziffer 9, Satz 1, (Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung) wird nicht eingetreten.

2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 5. Februar 2015 bezüglich der Dispositiv-Ziffer 6 (Herausgabe Speicherkarte und 15 CD's/DVD's) in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

4. Gegen Ziffer 1 dieses Beschlusses kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

   Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB.

2. Der Beschuldigte A._____ wird vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen.

3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon bis und mit heute 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.

4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.

5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, aufbewahrten Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen:

   - 1 Festplatte SSD 120 GB;
   - 1 Festplatte 1 TB aus PC Steg;
   - 1 USB-Festplatte WD 800 GB.

6. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 7 und 8) wird bestätigt.

7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren werden auf die Gerichtskasse genommen. Die

Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für die Hälfte dieser Kosten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

   Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:

   Fr. 6'015.50 amtliche Verteidigung

9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung , werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für die Hälfte dieser Kosten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

   - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
   - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben)

   sowie in vollständiger Ausfertigung an

   - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
   - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
   - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei (BKP), Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern

   und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

   - die Vorinstanz
   - die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
   - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profils und Vernichtung des ED-Materials"
- die Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, gemäss Dispositiv Ziffern 5 und vorinstanzlicher Dispositiv Ziffer 6.

11. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

    Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

    Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 2. November 2015

Der Präsident:	Die Gerichtsschreiberin:
Dr. F. Bollinger	lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.