

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190469-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. B. Gut und Ersatz-  
oberrichter lic. iur. R. Faga sowie der Gerichtsschreiber lic. iur.  
M. Keller

## Urteil vom 19. November 2020

in Sachen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Bärlocher,  
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

gegen

**A.\_\_\_\_\_,**

Beschuldigter und II. Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **mehrfache Pornographie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,  
2. Abteilung - Einzelgericht, vom 9. Mai 2019 (GG180208)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 2. Oktober 2018 (Urk. 21) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 46 S. 39 ff.)

**"Das Einzelgericht erkennt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB (Anklageziffer 1.2.a und c).
2. Vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB gemäss Anklageziffer 1.2.b) wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 7 Monaten Freiheitsstrafe.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgelegt.
5. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.
6. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. Januar 2017 beschlagnahmte und bei der Stadtpolizei Zürich unter der Geschäfts-Nr. 68420995 lagernde Computer der Marke Samsung (Asservat Nr. A010'000'154) wird definitiv eingezogen und vernichtet.
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. Januar 2017 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der Geschäfts-Nr. 68420995 lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben:
  - 1 Computer der Marke Dell (Asservat Nr. A010'000'187)
  - 1 Harddisc der Marke Toshiba (Asservat Nr. A010'000'212)
  - 1 Harddisc der Marke iomega (Asservat Nr. A010'000'234)
  - 1 Harddisc WD, SN: 1 (Asservat Nr. A010'000'245)
  - 1 Harddisc WD, SN: 2 (Asservat Nr. A010'000'256)
  - 1 Harddisc WD, SN: 3 (Asservat Nr. A010'000'267)
  - 1 Harddisc WD, SN: 4 (Asservat Nr. A010'000'278)
  - 1 Harddisc WD, SN: 5 (Asservat Nr. A010'000'289)
  - 1 Harddisc WD, SN: 6 (Asservat Nr. A010'000'290)

- 1 Harddisc WD, SN: 7 (Asservat Nr. A010'000'303)
- 1 Harddisc WD, SN: 8 (Asservat Nr. A010'000'314)
- 1 Harddisc WD, SN: 9 (Asservat Nr. A010'000'325)
- 1 Harddisc WD, SN: 10 (Asservat Nr. A010'000'336)
- 1 Harddisc Freecom, P/N 11 (Asservat Nr. A010'000'358)
- 1 Harddisc Freecom, P/N 12 (Asservat Nr. A010'000'369)
- 1 Harddisc Freecom, P/N 13 (Asservat Nr. A010'000'370)
- 1 Harddisc Freecom, SN: 14 (Asservat Nr. A010'000'381)
- 1 Harddisc Freecom, SN : 15 (Asservat Nr. A010'000'392)
- 1 Speicherkarte San Disk 20GB (Asservat Nr. A010'000'405).

Bei Nichtabholung innert drei Monaten seit Eintritt der Rechtskraft werden diese Gegenstände vernichtet.

8. Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird für ihre Aufwendungen als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten mit pauschal Fr. 24'724.60 aus der Gerichtskasse entschädigt.

9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

- Fr. 5'400.-; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'500.- Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 3'810.- Auslagen (Auswertung Datenträger)
- Fr. 570.- diverse Kosten (Digitale Forensik)
- Fr. 24'724.60 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

12. [Mitteilungen.]

13. [Rechtsmittel.]"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 5 f.)

a) **Der Staatsanwaltschaft:**

(Urk. 76 S. 1)

1. Es sei die Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019, Einzelgericht, aufzuheben, und der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten zu bestrafen.
2. Es sei die Dispositivziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben, und es sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen.
3. Es sei die Dispositivziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben, und es sei eine Landesverweisung von 5 Jahren anzuordnen.
4. Im Übrigen sei das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen.
5. Dem Beschuldigten seien, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

b) **Der Verteidigung des Beschuldigten:**

(Urk. 74 S. 1 f.)

1. Es seien Dispositivziffer 1, 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben und der Beschuldigte sei vom Vorwurf der mehrfachen harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 StGB freizusprechen.
2. Eventualiter sei Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben und der Beschuldigte sei im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 StGB schuldig zu sprechen (Anklageziffer 1.2.a).

3. Eventualiter sei Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben und der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges zu bestrafen.
4. Es sei Dispositivziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben, der im Computer der Marke Samsung eingebaute Datenträger zu vernichten, der Computer der Marke Samsung (Lager Nr. A010'000'154) nach Eintritt der Rechtskraft jedoch an den Beschuldigten herauszugeben.
5. Es sei Dispositivziffer 10 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2019 aufzuheben, die Verfahrenskosten (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung) auf die Gerichtskasse zu nehmen bzw. eventualiter die Verfahrenskosten (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung) im Verhältnis von 1/15 dem Beschuldigten aufzuerlegen bzw. zu 14/15 auf die Staatskasse zu nehmen.
6. Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung) seien auf die Gerichtskasse zu nehmen bzw. eventualiter (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung) im Verhältnis von 1/15 dem Beschuldigten aufzuerlegen bzw. zu 14/15 auf die Staatskasse zu nehmen.

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgeschichte, Berufungsumfang, Prozessuales**

##### 1. Prozessgeschichte

1.1. Das vorstehend wiedergegebene Urteil vom 9. Mai 2019 wurde den Parteien am 13. respektive 20. Mai 2019 schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 37 und 38). Die Staatsanwaltschaft meldete mit Schreiben vom 15. Mai 2019 innert Frist Berufung an (Urk. 39), ebenso der Beschuldigte mit Schreiben vom 22. Mai 2019 (Urk. 40).

1.2. Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 42 und 44) reichten die Staatsanwaltschaft am 4. Oktober 2019 und der Beschuldigte am 14. Oktober 2019 fristgerecht die Berufungserklärungen ein (Urk. 47 und 50). Mit Präsidialverfügung vom 16. Oktober 2019 wurden die Berufungserklärungen in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 und Art. 401 StPO der Gegenpartei zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 23. Oktober 2019 auf Anschlussberufung (Urk. 55), ebenso der Beschuldigte mit Eingabe vom 11. November 2019 (Urk. 56). Seinen gleichzeitig gestellten Antrag auf Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens wies die Verfahrensleitung am 13. November 2019 ab (Urk. 58). Am 14. November 2019 ersuchte die Verteidigung, es sei die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils in den Dispositivziffern 2, 7 und 8 festzustellen. Mit Beschluss vom 22. November 2019 kam das Gericht diesem Antrag betreffend die erstinstanzliche Dispositivziffer 8 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) nach (Urk. 62).

1.3. Am 9. September 2020 wurde auf den 19. November 2020 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 65). Am 19. November 2020 fand die Berufungsverhandlung statt. Es erschienen der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin sowie der Staatsanwalt (Prot. II S. 5). Vorfragen waren keine zu entscheiden (Prot. II S. 7). Sowohl die amtliche Verteidigerin als auch der Staatsanwalt reichten anlässlich ihres Parteivortrages Unterlagen ins Recht (Urk. 75/1-4 und Urk. 77/1-4). Beweisanträge wurden im Übrigen keine gestellt (Prot. II S. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte verlangt, er sei von Schuld und Strafe freizusprechen (Urk. 50; Urk. 74). Die Staatsanwaltschaft beantragt eine höhere und unbedingte Freiheitsstrafe sowie die Anordnung einer Landesverweisung (Urk. 76). Unangefochten blieben der Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Pornographie gemäss Anklageziffer 1.2.b (Dispositivziffer 2), die Herausgabe verschiedener Gegenstände an den Beschuldigten (Dispositivziffer 7), die Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 8) sowie die vorinstanzliche Kostenfestsetzung

(Dispositivziffer 9). In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was - mit Ausnahme der Dispositivziffer 8, deren Rechtskraft bereits am 22. November 2019 festgestellt wurde - vorab vorzumerken ist (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 437 StPO; vgl. Prot. II S. 7). Im Übrigen steht der angefochtene Entscheid zur Disposition.

## **II. Sachverhalt**

### **1. Allgemeines**

1.1. Nach Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung. Die Organe der Strafrechtspflege sollen frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Überzeugung aufgrund gewissenhafter Prüfung der vorliegenden Beweise darüber entscheiden, ob sie eine Tatsache für bewiesen halten (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.1 S. 348 ff. mit Hinweis). Als Beweiswürdigungsregel besagt der Grundsatz "in dubio pro reo", dass sich das Strafgericht nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 38 E. 2a S. 41 mit Hinweisen).

Der allgemeinen Glaubwürdigkeit einer Person im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft kommt bei der Aussagewürdigung nur untergeordnete Bedeutung zu. Wichtiger für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage, welche durch methodische Analyse ihres Inhalts darauf überprüft wird, ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogenen Angaben einem tatsächlichen Erleben entspringen (BGE 133 I 33 E. 4.3 S. 45 mit Hinweisen).

1.2. Es kann vorausgeschickt werden, dass die Verteidigung teilweise Dateien thematisiert, die nicht Gegenstand der Anklage bzw. des Berufungsverfahrens bilden (so in Urk. 50 S. 5; ferner Prot. II S. 9). Darauf braucht nicht eingegangen zu werden. Im Übrigen kann sich die Berufungsinstanz auf die für ihren

Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; je mit Hinweisen).

## 2. Mehrfache Pornographie

2.1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, mit dem P2P-Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" ab 7. Oktober 2016 bis 27. November 2016 verschiedene pornographische Erzeugnisse aus dem Internet heruntergeladen, angeschaut und gespeichert zu haben. Der Beschuldigte habe gewusst, dass das Material sexuelle Handlungen mit Kindern, Tieren und Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt gehabt habe. Durch die Verwendung des genannten Datenaustauschprogramms habe der Beschuldigte die Erzeugnisse weiteren Benutzern von "B.\_\_\_\_\_" zugänglich gemacht, was der Beschuldigte gewollt respektive zumindest in Kauf genommen habe.

### 2.2. Sachverhaltserstellung der Vorinstanz

2.2.1. Die Vorinstanz kommt zusammengefasst zum Schluss, der Vorwurf betreffend die Erzeugnisse mit Darstellungen von tatsächlichen sexuellen Handlungen mit und von Kindern (Anklageschrift Ziffer 1.2.a) sei teilweise erstellt. Dateinamen mit Schlagwörtern wie "11y" oder "12yo" (vor allem in Verbindung mit sexuellen Stichworten), "Preteen", "pedomother" etc. lieferten einen klaren Hinweis auf kinderpornographisches Material. Der Beschuldigte habe deshalb beim Herunterladen solcher Dateien zumindest in Kauf nehmen müssen, tatsächlich Daten mit solchen Inhalten herunterzuladen. In der Folge unterscheidet die Vorinstanz zwischen Dateien, die vollständig heruntergeladen und Dateien, die nur unvollständig heruntergeladen und in einem temporären Downloadverzeichnis als sogenannte part-Dateien angelegt wurden. Bei ersteren sei der ursprüngliche Dateiname vorhanden, bei letzteren sei aufgrund der Anklageschrift und der Untersuchungsakten nicht ersichtlich, welcher Dateiname dem Beschuldigten angezeigt worden sei.

Die Vorinstanz gelangt zur Überzeugung, dass der Beschuldigte bei folgenden Dateien deshalb gewusst hat, dass es sich mit grosser Wahrscheinlichkeit um kinderpornographisches Material handelte:

- III. 1 Film "[pthc] [ptsc] 11y HOTTEST Blonde Preteen Strips On Bathroom (06.26.2014) ~ ~ MORE PLEASE !!! OPVA whatsapp 12y 13y 10y novinha children lolita.mp4"
- IV. 1 Film "New webcam mom plays with herself and fondles a toddler young boy son NEW pthc pedomom pedowoman pedomother 2015.avi.";
- 9. 1 Film "Amatoriale - Due Ragazzine Russe Che Si Toccano!!! Spettacolare!!!!.mpg"
- 10. 1 Film "Boys - Chatroulette-Boy-12yo Masturb And Sperm 04-12-2013.flv"
- 11. 1 Film "BIBCAM Chatroulette 2012.03.02 - 12yo finish boy cums twice (SV CAM).mp4"
- 13. 1 Film "2015-12 Chinese ptGirl Fucked Hard - Woman is filming (with sound-Hot).avi"
- 15. 1 Film "Awesome-Tanlines-Newtits-Mast-Unknown Hottie Vid00014-Marker-Bate-Nipple-Play-2009 V-Good.avi"
- 1. 1 Bild "lolita kinds pedo young jung 13yo 14yo 16yo ficken pussy exschwester tochter freundin schlampe amateur privat porno.jpg"
- 2. 1 Bild "erotic teens Figa&Porca.jpg"

2.2.2. In Bezug auf den Vorwurf betreffend Erzeugnisse mit Gewaltdarstellungen (Anklageschrift Ziffer 1.2.b) gelangt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass der Anklagevorwurf mit Blick auf die Namen der fraglichen fünf Filme und drei Bilder (".part"-Dateien respektive Reihe von Buchstaben und Zahlen) in subjektiver Hinsicht nicht erstellt ist, weshalb sie den Beschuldigten diesbezüglich freispricht.

2.2.3. Der Vorwurf betreffend eine Datei mit sexuellen Handlungen mit Tieren (Anklageschrift Ziffer 1.2.c) betrifft eine Filmdatei mit folgender Bezeichnung:

- "Marido Botou No Whatsapp Flagra Da Mulher Dando Pro Cachorro Sexo Bizarro.mp4".

Die Vorinstanz hält fest, für den spanischsprachigen Beschuldigten habe es mit Blick auf den portugiesischen Dateinamen klar sein müssen, dass diese Datei mit grosser Wahrscheinlichkeit verbotene Pornographie enthalte (Urk. 46 S. 8 ff.).

### 2.3. Standpunkte

2.3.1. Der Beschuldigte stellte sich vor Vorinstanz zusammengefasst auf den Standpunkt, mit dem Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" nach pornographischem, nicht aber nach kinderpornographischem Material gesucht zu haben. Er habe eine Liste mit problematischen Suchbegriffen geführt. Um diese als kinderpornographische Begriffe zu identifizieren, habe er auf Google danach gesucht. Er sei auf Seiten gestossen, auf denen diese Bezeichnungen erklärt worden seien. Mit dieser Liste habe er versucht, das Risiko "so im Griff zu behalten". Seine Suchbegriffe hätten im legalen pornographischen Umfeld greifen sollen. Er sei sich aber bewusst gewesen, dass sie auch zu ganz anderen, nicht legalen Dateien führen würden. Dies habe er gemeint, wenn er in der Untersuchung von "Grenzbereichen" oder "Grenzsituationen" gesprochen habe. Er habe eine gewaltige Datenmenge heruntergeladen, was ihn von anderen Gedanken abgelenkt sowie ihm eine gewisse Struktur und Verantwortung gegeben habe. Diese grosse Menge habe er gar nicht vollständig sichten können (Urk. 31 S. 8 ff.).

Anlässlich der Berufungsverhandlung wiederholte der Beschuldigte sinngemäss und im Wesentlichen den bereits geschilderten Standpunkt. Er habe es auf keinen Fall bewusst getan, könne aber nicht schlüssig verneinen, dass verbotenes Material heruntergeladen worden sei. Wenn er solches tatsächlich vorgehabt hätte, wäre er technisch und fachlich vielmehr dazu in der Lage gewesen, dies mit den nötigen "Verschleierungs- oder Verschlüsselungsverfahren" zu tun. Er habe versucht, Dateien mit problematischen Begriffen in den ersichtlichen Dateinamen, welche auf verbotene Inhalte hinweisen könnten, visuell zu identifizieren und manuell herauszufiltern. Jedoch könne eine Datei einen ganz anderen Inhalt aufweisen, als der Name erkennen lasse, weshalb er anhand des Dateinamens nicht auf Kinderpornographie habe schliessen können (Urk. 73 S. 12 ff.). Auch die

Verteidigung führt zusammengefasst ins Feld, der Beschuldigte habe aufgrund der für ihn ersichtlichen Dateinamen nicht erkennen können, welchen Inhalt die Dateien tatsächlich aufgewiesen hätten. Es sei zudem unklar, ob die streitbetroffenen Dateien vollständig heruntergeladen worden seien. Der Beschuldigte habe nicht vorsätzlich nach illegalem Material gesucht und alles getan, um den Download von solchen Dateien zu verhindern (Urk. 50 S. 6 ff.; Prot. II S. 9 ff.)

2.3.2. Die Staatsanwaltschaft hält sinngemäss und im Wesentlichen dagegen, bereits anhand der für den Beschuldigten ersichtlichen Dateinamen, teilweise mit Altersangaben, sei offensichtlich, dass es sich bei den heruntergeladenen Dateien um verbotenes respektive kinderpornographisches Material gehandelt habe (Urk. 76 N 5-8). Der Beschuldigte, welcher einschlägig vorbestraft und als Informatiker "vom Fach" sei, habe kurz nach Ablauf der Probezeit erneut das Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" installiert und sich damit absichtlich im Graubereich des Internets bewegt. Damit habe der Beschuldigte zumindest in Kauf genommen, dass illegales Material heruntergeladen und gleichzeitig mit anderen Nutzern geteilt werde (Urk. 76 N 9-18).

#### 2.4. Relevante Dateien

2.4.1. Die von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmten Geräte (ein Mobiltelefon, zwei Computer, 17 Harddiscs und eine Speicherkarte) wurden mit Einwilligung des Beschuldigten durchsucht (Urk. 11/6 und 11/7). Die anklagerelevanten Dateien, die Gegenstand des Berufungsverfahrens sind (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme Nr. 9, 10, 11, 13 und 15 sowie Bilder Nr. 1 und 2; Anklageschrift Ziffer 1.2.c, Film Nr. 1), waren auf zwei Festplatten des Laptops Samsung 700Z gespeichert. Auf diesem Gerät war auch das Peer-2-Peer Programm "B.\_\_\_\_\_" installiert (vgl. Auswertungsbericht der Datenträger vom 12. Dezember 2017 in Urk. 8/2; Bildbericht in Urk. 8/3/1 S. 3, 4, 8, 9 und 47). Dies wird seitens des Beschuldigten grundsätzlich nicht bestritten. Er lässt hierzu aber vorbringen, diese Dateien seien im Rahmen der Datenauswertung in der Strafuntersuchung auf einem USB-Stick zur Verfügung gestellt und in einem Dateiordner mit dem Namen "01\_KiPo\UmbenannteDateien\_abspielbar" gespeichert worden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die IT-Spezialisten diese Dateien hätten umbenennen

müssen, um sie abspielen zu können. Zudem könne dies auch bedeuten, dass die Dateien nicht vollständig heruntergeladen worden seien (Urk. 50 S. 6 ff.; Prot. II S. 10).

Wie die Staatsanwaltschaft erörterte, enthält der USB-Stick die Dateien in derjenigen Form, in welcher sie auf dem Laptop des Beschuldigten haben sichergestellt werden können, samt dazugehörigem Dateinamen. Weiter hat die Staatsanwaltschaft plausibel erklärt, weshalb der Dateiodner entsprechend bezeichnet worden sei. So hätten die Spezialisten der digitalen Forensik die Dateien lediglich derart aufbereitet und auf dem Stick abgespeichert, dass diese auch für die weiteren damit befassten Behörden mit üblichen Programmen abspielbar seien (Urk. 76 N 6). Nichts anderes ergibt sich auch aus den Auswertungs- und Bildberichten der entsprechenden Datenträger (Urk. 8/2-3). Soweit der Beschuldigte geltend machen will, die Dateien bzw. Dateinamen seien verändert worden oder nicht abspielbar gewesen, handelt es sich um unbelegte, haltlose Behauptungen, die keinerlei Stütze in den Akten finden. Gleiches hat für den Einwand zu gelten, die sichergestellten Dateien seien nur unvollständig geladen worden. Das Gericht hat die auf dem USB-Stick als Pendant der auf dem Laptop gesicherten Dateien gesichtet. Die relevanten Dateien waren mit den in der Anklage genannten Dateinamen vollständig vorhanden und einsehbar, weshalb sie entsprechend auch in derselben Form heruntergeladen werden mussten (Urk. 8/5).

2.4.2. Bezüglich der hier ebenfalls relevanten Filme "[pthc] [ptsc] 11y HOTTEST Blonde Preteen Strips On Bathroom (06.26.2014) ~ ~ MORE PLEASE !!! OPVA whatsapp 12y 13y 10y novinha children lolita.mp4" (Anklageziffer 1.2.a. Film III.) und "New webcam mom plays with herself and fondles a toddler young boy son NEW pthc pedomom pedowoman pedomother 2015.avi." (Anklageziffer 1.2.a. Film IV.) wendet die Verteidigung ein, es seien keine oder nur marginale Spuren dieser Dateien auf dem Datenträger des Beschuldigten gefunden worden. Zu Gunsten des Beschuldigten sei deshalb davon auszugehen, dass diese Dateien nie oder ebenfalls nur unvollständig heruntergeladen worden seien (Urk. 50 S. 6).

Die beiden genannten Files wurden laut der bei der Bundeskriminalpolizei angesiedelten KOBİK (Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität)

vom Beschuldigten mit dem Peer-to-Peer Programm "B.\_\_\_\_\_" heruntergeladen und verbreitet (Urk. 6/1-2). Gemäss Auswertungsbericht der digitalen Forensik der Stadtpolizei Zürich vom 12. Dezember 2017 sind die Files zudem in der auf dem Laptop des Beschuldigten aufgefundenen Downloadliste "C.\_\_\_\_\_" aufgeführt, einem Logbuch über Dateien, die mittels "B.\_\_\_\_\_" heruntergeladen wurden. Dass sie vom Beschuldigten - identifiziert durch seinen persönlichen "B.\_\_\_\_\_" User-Hash 16" - zumindest teilweise heruntergeladen worden sind, ist deshalb nicht zweifelhaft. Daran ändert auch nichts, dass die besagten Dateien vollständig respektive nahezu vollständig überschrieben wurden (vgl. Auswertungsbericht der Datenträger vom 12. Dezember 2017 in Urk. 8/2 S. 5; Nachtrag vom 19./28. August 2018 in Urk. 8/4 S. 4 ff.; Datei "2047919\_KnownFiles.pdf" in Urk. 6/3). Ebenfalls sind die beiden Files gemäss Nachtrag zum Auswertungsbericht zumindest partiell verbreitet worden. Bei der ersten Filmdatei wurde eine Anfrage zum Download akzeptiert. Die zweite Filmdatei wurde teilweise verbreitet (Urk. 8/4 S. 5 ff.). Selbst der Beschuldigte stellt dies nicht in Abrede und erklärt, so lange die Datei nicht vollständig heruntergeladen worden sei, stehe sie dem Netzwerk zur Verfügung und werde geteilt. Dies sei Teil der Architektur des Programms (Urk. 7/2 S. 5 F/A 30; Urk. 73 S. 13). Letztlich kann zwar nicht rechtsgenügend erstellt werden, dass die beiden Dateien ursprünglich vollständig heruntergeladen wurden; dies ist mit Blick auf die rechtliche Würdigung jedoch auch nicht von Relevanz, wurden doch bereits die partiell heruntergeladenen Files durch das Verwenden des entsprechenden Programms unbestrittenermassen geteilt und damit weitergeleitet (vgl. nachstehend Erw. III.1.2.).

2.4.3. Unbestritten und aufgrund der Einsichtnahme in den relevanten Datenträger ist zudem erstellt, dass die Dateien Darstellungen von sexuellen Handlungen mit und von Kindern sowie sexuelle Handlungen mit Tieren enthalten (Urk. 8/4 S. 5; 8/3/1 S. 3, 4, 8, 9 und 47; Urk. 8/5).

## 2.5. Würdigung

2.5.1. Die Vorinstanz hat die Aussagen des Beschuldigten korrekt wiedergegeben. Dessen Betrachtungsweise - er habe mittels "B.\_\_\_\_\_" nach verschiedenen legalen Begriffen gesucht, aufgrund des Dateinamens habe er jedoch den Inhalt

der Dateien nicht mit Sicherheit bestimmen können; er habe die Datenmenge nicht mehr im Griff gehabt und es sei ihm nicht möglich gewesen, bei jeder Datei deren legalen Inhalt zu verifizieren; er habe eine Liste mit problematischen Suchbegriffen geführt und nach diesen gesucht, um überhaupt festzustellen, welche problematischer Natur gewesen seien; er habe mittels Vorschaubilder illegales Material aussortiert - hat die Vorinstanz richtig zusammengefasst und gewürdigt. Darauf kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 46 S. 8 ff.). Richtig ist auch, dass Dateinamen mit Schlagwörtern wie "11y" und "12yo" in Verbindung mit sexuellen Stichworten sowie die weiteren in den hier relevanten Filmen und Bilddateien verwendeten Bezeichnungen ("pedo", "Preteen", "pedomother", "pedomom", "pedowoman") auf kinderpornographisches Material hinweisen und für den Beschuldigten ersichtlich waren (siehe dazu vorstehend E. II.2.4.). Indem der Beschuldigte in Kenntnis der konkreten Dateinamen und deren Bedeutung die Filme respektive Bilder mittels "B.\_\_\_\_\_" herunterlud, nahm er zumindest in Kauf, dass es sich dabei um kinderpornographische Erzeugnisse handelte. Bringt der Beschuldigte vor, "die Dateinamen korrespondieren zum Teil nicht immer mit den Bildern" (Urk. 7/2 S. 6; ähnlich auch Heute: Urk. 73 S. 15 ff.), kann er daraus für seinen Standpunkt nichts ableiten. Das Gegenteil war hier der Fall (vgl. Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme III, IV, Nr. 10, 11; Bild Nr. 1). Ebenso wenig überzeugt, wenn die Verteidigung behauptet, die Dateinamen seien nicht vollständig und "ohne zu blättern nicht sichtbar" gewesen (Urk. 50 S. 7). Dies wird nicht einmal vom Beschuldigten selber behauptet. In den "KnownFiles" werden die auf dem Netzwerk verfügbaren Namen sodann angegeben (Urk. 6/1 S. 2). Sie sind vollständig abgebildet, wie die Dateinamen auch im Programm "B.\_\_\_\_\_" sichtbar waren (vgl. "...\_KnownFiles.pdf" in Urk. 6/3). Bei der von der Verteidigung erwähnten Datei (Urk. 50 S. 7) stehen im Übrigen die pädosexuellen Begriffe nicht "eher am Schluss des sehr langen Dateinamens", sondern am Anfang ("lolita kinds pedo..."). Daraus lässt sich nichts zu Gunsten des Beschuldigten ableiten.

2.5.2. Nichts anderes gilt für zwei Dateien mit vollständigem Dateinamen, deren Bezeichnungen die oben erwähnten Merkmale nicht enthielten. Es ist nicht zweifelhaft, dass der aus Spanien stammende Beschuldigte die im Kontext einschlägige Bezeichnung "Ragazine" (italienisch für Mädchen oder kleine Mädchen) ver-

stand (vgl. Prot. II S. 10). Ebenso war es (auch) für den Beschuldigten mit der Vorinstanz und entgegen dem Dafürhalten der Verteidigung klar, dass der portugiesische Dateiname "Marido Botou No Whatsapp Flagra Da Mulher Dando Pro Cachorro Sexo Bizarro.mp4" (Marido: Ehemann; Mulher: Ehefrau; Cachorro: Welp; Sexo Bizarro: skurriler Sex) auf sexuelle Handlungen mit Tieren hinwies (vgl. Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Film Nr. 9; Anklageschrift Ziffer 1.2.c, Film Nr. 1; Urk. 50 S. 8 f.). Der Beschuldigte hat denn auch nicht behauptet, den Dateinamen nicht verstanden zu haben.

2.5.3. Zudem gilt ganz allgemein für die heruntergeladenen Dateien und konkret betreffend die restlichen Dateien, die im vorinstanzlichen Verfahren in einen Schuldspruch mündeten (vgl. Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme Nr. 13 und 15 sowie Bild Nr. 2) Folgendes: Der Beschuldigte räumte wiederholt ein, es sei damit zu rechnen, dass auch verbotenes Material heruntergeladen werde, halte man sich absichtlich im "Graubereich" respektive "Grenzbereich" des Internets auf und suche man über "B.\_\_\_\_\_" nach pornographischem Material (vgl. Urk. 7/1 S. 8; 7/2 S. 2, 3 und 6; 7/3 S. 8, 9 und 10; 7/4 S. 16). Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 2. Februar 2018 hielt er fest, er sei an die Grenzen gegangen, "da der 'Kick' für mich darin bestand, nach Dateien zu suchen, an die nicht jedermann herankommt. Der Reiz war schon gegeben, einfach an solche Bereiche vorzudringen" (Urk. 7/2 S. 6). Wenn die Verteidigung geltend machen will, der Beschuldigte habe bei diesen Aussagen nicht auf die Problematik mit allfällig kinderpor-nographischem Material Bezug nehmen wollen, widerspricht sie ihrem eigenen Mandanten (Prot. II S. 12). Auf die Frage, was für den Beschuldigten ein Grenzbereich sei, gab dieser in der Untersuchung wörtlich zu Protokoll: "Es gibt Grenzbereiche, wann ist jemand minderjährig. Wenn z.B. nicht klar ersichtlich ist, dass jemand minderjährig ist oder nicht. Das muss schlussendlich jeder selber entscheiden. Es gibt natürlich das Gesetzliche das ist mir klar" (Urk. 7/2 S. 6 F/A 32). Diese Aussagen sind bemerkenswert. Sie sind darüber hinaus entlarvend, wird dem Verfahren wegen mehrfacher Pornographie aus den Jahren 2012 bis 2014 Rechnung getragen. Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 27. März 2014 unter anderem wegen mehrfacher Pornographie verurteilt, nachdem er 1'069 Dateien mit sexuellen Handlungen mit Kin-

dern, 20 Dateien mit sexuellen Gewaltdarstellungen, 18 Dateien mit sexuellen Handlungen mit Tieren und 14 (seit Mitte 2014 nicht mehr verbotene) Dateien mit menschlichen Ausscheidungen heruntergeladen hatte. Bereits damals verwendete der Beschuldigte das Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_". Und bereits damals vertrat er den Standpunkt, man könne "nie ausschliessen, dass man beim Suchen von etwas Gewünschtem auch Ungewünschtes erhält". Es sei "eher im Sinn vom Suchen/Testen einer Grenzerfahrung" gewesen (Beizugsakten 2012/7247 der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl, Urk. HD 4 S. 2 und 5). Die "grosse Menge der Daten machte es unmöglich, diese zu verwalten". Wenn man "nach bestimmten Suchbegriffen suche[n], dann kommen auch Sachen, die nicht genau dem entsprechen". Beispielsweise habe er systematisch nach 20-jährig, 19-jährig, 18-jährig gesucht und sei so "die Leiter hinuntergegangen". Gebe man das Alter von 20 rückwärts ein, dann lande man im illegalen kinderpornographischen Bereich (Beizugsakten, Urk. HD 5 S. 2 ff.). Damit umschrieb der Beschuldigte bereits in der früheren Untersuchung mit eigenen Worten und in unmissverständlicher Form zumindest eine Inkaufnahme des deliktischen Erfolges. Weshalb das Abstellen auf diese Aussagen, wie die Verteidigung in der Berufungserklärung ins Feld führt (Urk. 50 S. 10), verfassungsrechtlich unzulässig sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Im vorliegenden Verfahren ging der Beschuldigte nach gleichem Muster vor. Nebst den bereits erwähnten Dateien (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme III, IV, Nr. 9, 10, 11; Bild Nr. 1; Anklageschrift Ziffer 1.2.c, Film Nr. 1) kann deshalb das vorinstanzliche Beweisergebnis auch in Bezug auf die restlichen Dateien (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme Nr. 13 und 15 sowie Bild Nr. 2) übernommen werden (Ur. 46 S. 9 ff. E. 2.2.2 und 2.2.3).

2.5.4. Zusammenfassend hat der Beschuldigte die vorgenannten Dateien (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme III, IV, Nr. 9, 10, 11, 13 und 15; Bild Nr. 1 und 2; Anklageschrift Ziffer 1.2.c, Film Nr. 1) bewusst zum Eigenkonsum heruntergeladen und konsumiert. Für den Download musste er diese einzeln respektive in Blöcken markieren ("Wenn ich eine Datei oder Dateien herunterladen wollte, dann musste ich diese entsprechend markieren. All die von mir nicht markierten Dateien wurden nicht heruntergeladen": Urk. 7/3 S. 11; "Ich suchte [...], dann kamen tausend Dateien, ich nahm diese und machte den Download": Urk. 73 S. 16). Da-

bei nahm er mindestens in Kauf, dass die Darstellungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen und mit Tieren beinhalten würden.

2.5.5. Der Vorinstanz kann gefolgt werden, soweit sie einen rechtsgenügenden Nachweis, wonach der Beschuldigte gezielt Suchbegriffe wie "r@ygold", "kdquality" und "pthc" verwendet haben soll, ausschliesst (Urk. 46 S. 12). Auch die Staatsanwaltschaft hat dies – ausgenommen des Begriffs "kdquality" – in der heutigen Berufungsverhandlung im Grundsatz nicht mehr bestritten (Prot. II S. 15). Zwar kann angenommen werden, dass der Beschuldigte den für Kinderpornographie einschlägigen Begriff "r@ygold" spätestens kannte, als er am 16. Oktober 2016 auf urbandictionary.com danach suchte und die besagte Seite den Suchbegriff im Bereich der Kinderpornographie ansiedelte. In der Folge finden sich in der Downloadliste "C.\_\_\_\_\_" verschiedene Dateien, die am 17. Oktober 2016, 8. November 2016, 9. November 2016 und 27. November 2016 heruntergeladen wurden und die Bezeichnung "r@ygold" enthalten (Urk. 8/4 S. 2 f.). Die Erklärung des Beschuldigten, möglicherweise habe der Download lange gedauert (Urk. 7/4 S. 6 f.), überzeugt nicht. Dass aber der Beschuldigte wie angeklagt "r@ygold" als Suchbegriff auf "B.\_\_\_\_\_" verwendete, ist nicht erstellt. In den letzten 30 auf "B.\_\_\_\_\_" gespeicherten Suchbegriffen ist dieser nicht enthalten (Urk. 8/4 S. 3). Ebenso wenig kann zweifelsfrei angenommen werden, dass der Beschuldigte die Bedeutung von "kdquality" kannte. In seinem undatierten Textfile führt er zwar den Begriff unter "Problematisches/verbotenes Material" auf (Urk. 8/2 S. 6) und dieser Begriff wurde auch für die Suche verwendet (Urk. 8/4 S. 3). Damit ist zwar zu vermuten, der Beschuldigte habe den Begriff im Zeitpunkt seiner Suche auch tatsächlich gekannt. Rechtsgenügend erstellt ist dies aber mit der Vorinstanz nicht (Urk. 46 S. 12).

2.5.6. Durch das Herunterladen der genannten Filme und Bilder wurden die Dateien gleichzeitig für andere Benutzer des Datenaustauschprogramms "B.\_\_\_\_\_" zugänglich gemacht (Urk. 8/4 S. 1; 8/2 S. 5). Die Vorinstanz würdigt die Aussagen des Beschuldigten im vorliegenden wie auch im früheren Verfahren (Untersuchung 2012/7247 der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl) und schlussfolgert, die Funktionsweise der Tauschbörse "B.\_\_\_\_\_" sei dem Beschuldigten be-

kannt gewesen. Mithin habe der Beschuldigte das Inverkehrbringen der Daten billigend in Kauf genommen, um seinen eigenen Download-Datenfluss nicht zu gefährden. Dem ist beizupflichten (Urk. 46 S. 13). Die Aussagen des Beschuldigten belegen eindeutig, dass er um diesen Umstand wusste: "Wenn man etwas herunterlädt, teilt man das gleichzeitig" (Urk. 73 S. 13). Mit der Staatsanwaltschaft verfügt der Beschuldigte sodann zweifellos über das nötige Fachwissen, hat er dies doch selber heute mehrfach erwähnt und war er in seiner letzten Festanstellung als IT-Projektleiter für eine Grossbank tätig (Urk. 76 N 9; Urk. 73 S. 5 ff.). Er wusste somit um die eingegangenen Risiken bei seinen Handlungen und hat diese – wie er selber mehrfach anschaulich darlegte – in Kauf genommen.

2.5.7. Zusammenfassend ist der anklagerrelevante Sachverhalt im oben genannten Sinne erstellt.

2.5.8. Laut Vorinstanz nicht erstellt ist der Anklagevorwurf in Bezug auf Filme mit der einschlägigen Bezeichnung "pthc" (pre teen hard core) sowie in Bezug auf nicht vollständig heruntergeladene ".part-Dateien". Bei letzteren Dateien sei aufgrund der Anklageschrift und der Untersuchungsakten nicht ersichtlich, welcher Dateiname dem Beschuldigten bei seiner Suche angezeigt worden sei (Urk. 46 S. 9 und 14 f.). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bei der Dateisuche mit dem seitens des Beschuldigten verwendeten Programms "B.\_\_\_\_\_" für die konkrete Auswahl der Dateien sehr wohl eine manuelle Aktion nötig ist, man diese mithin anwählen muss, nachdem die Dateiliste mit den Suchtreffern erscheint (so auch der Beschuldigte: Urk. 73 S. 16). Dabei ist auch der jeweilige Dateiname der zum Download angewählten Datei ersichtlich und damit (theoretisch) einsehbar. Erst hernach – im Rahmen des Herunterladens – werden die betreffenden Dateien als sogenannte ".part-Dateien" angezeigt. Es erscheint deshalb zumindest fraglich, weshalb die Dateinamen für den Beschuldigten nicht hätten einsehbar gewesen sein sollen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) hat es damit aber ohnehin sein Bewenden. Wird hingegen nicht wegen aller Delikte verurteilt, die nach Auffassung der Anklage in Tatmehrheit begangen worden sein sollen, muss - soweit es nicht zu einer Einstellung kommt - ein Freispruch erfolgen, um die Anklage erschöpfend zu behandeln (BGE

142 IV 378 E. 1.3 S. 381 f.). Die Vorinstanz unterliess es, den Beschuldigten vom Vorwurf der mehrfachen Pornographie gemäss Anklageziffer 1.2.a, Filme I, II, 1 - 8, 12, 14, 16 - 31 und Bild Nr. 3 freizusprechen. Dies gilt es nachzuholen.

### **III. Rechtliche Würdigung**

1.1. Gemäss Art. 197 Abs. 4 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, unter anderem zugänglich macht, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt. Eine Sichtung der Gegenstände bzw. Vorführungen ist nicht zwingende Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Tathandlungen, die ausschliesslich dem Eigenkonsum des Täters dienen, werden in Art. 197 Abs. 5 StGB privilegiert. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Abs. 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, konsumiert oder zum eigenen Konsum besitzt oder herstellt. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

1.2. Die Verteidigung äusserte sich nicht zur rechtlichen Würdigung. Die Vorinstanz hat in ihrer rechtlichen Würdigung theoretische Erwägungen zum objektiven Tatbestand der Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB sowie zu den Tathandlungen des Besitzes und der Herstellung gemacht (Urk. 46 S. 16 ff.). Darauf kann verwiesen werden. Des Zugänglichmachens von harter Pornographie macht sich strafbar, wer jemandem die Möglichkeit der Kenntnisnahme der betreffenden Gegenstände bewusst einräumt (ISENRING/KESSLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 52i zu Art. 197 StGB).

Wie gesagt ist eine eigene Durchsicht des Materials dabei nicht vorausgesetzt. Eben so wenig ist bei der Ermöglichung der Kenntnisnahme solcher Vorführungen erforderlich, dass die Mediendateien selber vollständig heruntergeladen werden. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist im Wesentlichen zu bestätigen. Der Beschuldigte ist der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 sowie Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB schuldig zu sprechen (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme III, IV, Nr. 9, 10, 11, 13 und 15; Bild Nr. 1 und 2; Anklageschrift Ziffer 1.2.c, Film Nr. 1).

#### **IV. Strafzumessung**

##### **1. Anträge/Grundsätze/Anwendbares Recht/Strafrahmen**

1.1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten. Die Verteidigung beantragt eventualiter, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten zu bestrafen (Urk. 50 S. 3; Urk. 74 S. 1). Demgegenüber beantragt die Staatsanwaltschaft berufungsweise, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von neun Monaten zu bestrafen (Urk. 47 S. 3; Urk. 76 S. 1 und S. 9 f.). Während die vorinstanzliche Strafzumessung hinsichtlich der Tatkomponente nicht beanstandet wird, moniert die Staatsanwaltschaft die unzutreffende Würdigung respektive Gewichtung der tatunabhängigen Zumesungsfaktoren.

1.2. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB und die an sie gestellten Begründungsanforderungen wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. S. 59 ff. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 313 E. 1.1 S. 316 ff., 217 E. 2.2 und E. 3 S. 219 ff.; 141 IV 61 E. 6.1.2 S. 67 f.; je mit Hinweisen). Darauf sowie auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 46 S. 20 ff.) kann verwiesen werden.

Die Bildung einer Gesamtstrafe (sowie die Bildung der Zusatzstrafe bei der retrospektiven Konkurrenz) sind nur bei gleichartigen Strafen möglich. Un-

gleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Mehrere gleichartige Strafen liegen vor, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällen würde. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht (BGE 142 IV 265 E. 2.3.2 S. 267 f.; 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 f.; je mit Hinweisen).

Wie noch zu zeigen ist, wäre für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe auszufällen, weshalb die Voraussetzungen für die Bildung einer Gesamtstrafe gegeben sind.

1.3. Der Beschuldigte beging die Delikte vor den Änderungen des Sanktionenrechts am 1. Januar 2018. Zur Tatzeit betrug die Geldstrafe in aller Regel höchstens 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 aStGB). Neu beträgt die Geldstrafe mindestens drei und höchstens 180 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB). Wird auf eine Geldstrafe von über 180 Tagessätze erkannt, wäre dies über den neurechtlichen Rahmen von 180 Strafeinheiten und wäre das neue Recht nicht milder und das alte Recht anwendbar. Wie noch zu zeigen sein wird, ist eine Freiheitsstrafe auszusprechen. Damit ist das neue Sanktionenrecht für den Beschuldigten nicht milder.

Nach Art. 42 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Abs. 1). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Abs. 2). Altrechtlich mussten besondere günstige Umstände für einen Aufschub vorliegen, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt wurde (Art. 42 Abs. 2 aStGB). Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 27. März 2014 zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt. Wie noch zu zeigen sein wird, kann dem Beschuldigten der bedingte Voll-

zug gewährt werden, selbst wenn keine "besonders günstige Umstände" vorliegen. Betreffend den Vollzug erweist sich das neue Recht deshalb als milder, weshalb es gestützt auf den Grundsatz der *lex mitior* (Art. 2 Abs. 2 StGB) zur Anwendung gelangt (vgl. zum Grundsatz der Alternativität BGE 134 IV 82 E. 6.2.3 S. 88 f. mit Hinweisen).

1.4. Das Gesetz sieht für die Pornographie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe führen mangels aussergewöhnlicher Umstände nicht dazu, die Grenzen des ordentlichen Strafrahmens zu verlassen und sie nach oben oder unten zu erweitern (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen). Strafschärfungsgründe sind aber strafferhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd zu berücksichtigen.

## 2. Wahl der Sanktionsart

2.1. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100 mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; Urteil 6B\_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2; je mit Hinweis).

Die Geldstrafe stellt die Hauptsanktion dar (BGE 134 IV 97 E. 4.2.2 S. 101). Sie wiegt als Vermögenssanktion prinzipiell weniger schwer als ein Eingriff in die persönliche Freiheit (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; 134 IV 97 E. 4.2.2 S. 101, 82 E. 7.2.2 S. 90). Am Vorrang der Geldstrafe hat der Gesetzgeber im Rahmen der erneuten Revision des Sanktionenrechts entgegen der ursprünglichen Stossrichtung festgehalten (BGE 144 IV 217 E. 3.6 S. 237 f. mit Hinweisen).

2.2. Der Beschuldigte ist einschlägig vorbestraft (Urk. 49). Er liess sich durch das frühere Verfahren sowie die ausgefallte Geldstrafe nicht von weiteren Straftaten abhalten. Er delinquierte nur rund ein halbes Jahr nach Ablauf der zweijährigen Probezeit. Dabei verwendete er erneut das Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" und ging er in diesem Sinne nach gleichem Muster vor. Auch die Erklärungen zu seinem Verhalten fallen gleichlautend aus wie im vorangehenden Strafverfahren. Der Beschuldigte hat sich weder durch das frühere Untersuchungs- und Gerichtsverfahren noch durch die Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe und zu einer Busse abschrecken lassen. Er muss deshalb als uneinsichtig bezeichnet werden. Vor diesem Hintergrund und der fehlenden Einsicht und Reue bestehen erhebliche Zweifel an der spezialpräventiven Wirkung einer Geldstrafe. Vielmehr ist eine solche angesichts der bisherigen Wirkungslosigkeit nicht zweckmässig. Bei separater Beurteilung jeder Tat scheint es geboten, für jedes der begangenen Delikte je eine Freiheitsstrafe auszufällen, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Im Übrigen beantragt auch die Verteidigung im Eventualstandpunkt die Ausfällung einer Freiheitsstrafe (Urk. 50 S. 12; Urk. 74 S. 1).

### 3. Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB

3.1. Im Rahmen der objektiven Tatschwere wesentlich ist, dass der Beschuldigte in knapp 1 ½ Monaten acht Filme (sieben Filme mit tatsächlichen kinderpornographischen Darstellungen sowie einen Film mit sexuellen Handlungen mit einem Tier) und zwei Bilder mit tatsächlichen kinderpornographischen Darstellungen durch das Herunterladen unbeschränkt vielen Nutzern des Datenaustauschprogramms "B.\_\_\_\_\_" zugänglich gemacht hat. Die Anzahl der Dateien ist als gering einzuschätzen. Sie haben zwar zum grossen Teil tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Gegenstand. Es handelt sich dabei – ohne die Handlungen zu bagatellisieren, aber mit Blick auf das breite Spektrum von denkbaren Darstellungen – als eher leichtartige Handlungen. Davon ausgenommen und erschwerend zu berücksichtigen sind der Film Nr. 13 (ein rund zwölfjähriges nacktes Mädchen wird von einem Mann penetriert) und das Bild Nr. 1 (ein rund

12- bis 14-jähriges nacktes Mädchen wird von einem Mann penetriert). Auch die Darstellung der sexuellen Handlung mit einem Tier (eine Frau wird von hinten von einem Hund penetriert) überschreitet die Grenze zur harten Pornographie erheblich. Für das einfache Inverkehrbringen brauchte der Beschuldigte hingegen keine weiteren Vorkehrungen zu treffen, nachdem das Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" als Standard den Upload eingestellt hatte (vgl. Urk. 8/4 S. 1; 7/3 S. 6; 31 S. 10 f.). Damit musste der Beschuldigte eine eher geringe kriminelle Energie an den Tag legen.

Das objektive Verschulden des Beschuldigten ist insgesamt als leicht einzuordnen.

3.2. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich gehandelt und das Inverkehrbringen der Daten billigend in Kauf genommen hat, um seinen eigenen Download-Datenfluss nicht einzuschränken.

3.3. Insgesamt ist das Gesamtverschulden als leicht zu bezeichnen. Damit rechtfertigt es sich, die Einsatzstrafe im unteren Bereich des unteren Strafrahmendrittels auf fünf Monate festzusetzen.

#### 4. Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB

4.1. Vorab kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden. Die Menge (insgesamt acht Filme und zwei Bilder) ist als gering zu bezeichnen. Auch der Tatzeitraum von rund 1 ½ Monaten fiel eher kurz aus. Erschwerend fällt auch hier ins Gewicht, dass das Material den Geschlechtsverkehr mit Minderjährigen und mit einem Tier umfasst.

Das objektive Verschulden des Beschuldigten ist insgesamt als leicht einzuordnen.

4.2. Im Rahmen der subjektiven Tatkomponente ist betreffend das Herunterladen und den Besitz von einem eventualvorsätzlichen und betreffend den Konsum von einem zumindest teilweise direktvorsätzlichen Handeln auszugehen.

Insgesamt erscheint das als leicht eingestufte objektive Verschulden in unverändertem Licht.

4.3. Für die Asperation und die Bemessung der Gesamtstrafe ist dem Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihrem Zusammenhang, ihrer grösseren oder geringeren Selbständigkeit sowie der Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen Rechnung zu tragen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (Urteil 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.2). Letzteres ist hier der Fall. Das Zugänglichmachen der Datenmenge und das Herunterladen sowie der Besitz zum Eigenkonsum gingen Hand in Hand, weshalb diese nicht losgelöst voneinander zu veranschlagen sind. Eine Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe von fünf Monaten um einen Monat trägt dem Tatverschulden angesichts des weiten Strafrahmens angemessen Rechnung.

## 5. Täterkomponenten

5.1. Die Staatsanwaltschaft beanstandet, die einschlägige Vorstrafe des Beschuldigten sei nur ungenügend strafehöhend berücksichtigt worden. Die Vorinstanz habe zwar erwogen, die Vorstrafe führe zu einer klaren Erhöhung der Strafe, während sich das Nachtatverhalten nur sehr leicht strafmindernd auswirke. Dennoch habe sie die hypothetische Einsatzstrafe von 6 Monaten hernach nur um einen Monat erhöht. Entgegen der vorinstanzlich vertretenen Ansicht könne dem Beschuldigten unter dem Titel des Nachtatverhaltens nichts zu Gute gehalten werden. Aufgrund der einschlägigen Vorstrafe, bei welcher der Beschuldigte bereits in identischer Weise delinquent habe, und der damit einhergehenden offensichtlichen Unbelehrbarkeit, sei die Einsatzstrafe um drei Monate zu erhöhen. Eine Freiheitsstrafe von 9 Monaten erscheine gerechtfertigt (Urk. 76 N 22-25). Die Verteidigung bringt dagegen vor, der Beschuldigte sei von Anfang an kooperativ gewesen und habe sich teilweise selber belastet. Dass er nicht geständig sei, könne nicht zu seinen Ungunsten ausgelegt werden (Prot. II S. 13).

5.2. Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse und den Werdegang des Beschuldigten korrekt wiedergegeben. Darauf kann zunächst verwiesen werden (Urk. 46 S. 27). Ergänzend bzw. aktualisierend führte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, er werde nicht mehr von seinen Eltern im Rahmen des Erbvorbezugs finanziell unterstützt, seit er sich im August 2019 beim Sozialamt angemeldet habe. Er habe in diesem Zusammenhang auch seine alte Wohnung aufgeben und umziehen müssen. Durch das Vermittlungsprogramm der "D.\_\_\_\_\_" des E.\_\_\_\_\_"E'.\_\_\_\_\_" habe ihm ein Einsatzplatz vermittelt werden können. Er sei seit dem 25. September 2020 vorerst in einem Pensum vom 60% als ICT- und Business-Solutions Manager tätig, wobei er die Geschäftsleitung der Firma in strategischen IT-Fragen berate. Der Einsatz sei vorerst auf sechs Monate befristet, könne jedoch verlängert werden. Ein Entgelt erhalte er dafür nicht, da diese Tätigkeit vom Sozialamt subventioniert werde (Urk. 73 S. 1 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen ergibt sich nichts für die Strafzumessung Relevantes.

5.3. Der Beschuldigte weist eine einschlägige Vorstrafe auf. Er wurde am 8. August 2014 wegen mehrfacher Verbreitung harter Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 aStGB (sowie wegen einer BetmG-Übertretung) zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt (Urk. 49). Diese Vorstrafe liess den Beschuldigten gänzlich unbeeindruckt, nachdem er lediglich ein halbes Jahr nach abgelaufener Probezeit das bereits damals benutzte Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" erneut herunterlud und die hier zu beurteilenden Taten beging. Diese Umstände sind mit der Staatsanwaltschaft durch die Vorinstanz zu wenig berücksichtigt worden (Urk. 46 S. 28). Der einschlägigen Vorstrafe ist deutlich strafferhöhend Rechnung zu tragen.

5.4. Der Beschuldigte vertrat im Wesentlichen den Standpunkt, mittels "B.\_\_\_\_\_" nach pornographischem, nicht aber nach kinderpornographischem Material gesucht zu haben. Er habe sich anhand einer selbst angefertigten Liste im "Grenzbereich" bewegt und die grosse Datenmenge gar nicht vollständig sichten können. Damit bestritt der Beschuldigte den Tatvorwurf. Aufgrund des Verbots des (unter anderem in Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II und Art. 6 Ziff. 1 EMRK

verankerten) Selbstbelastungszwangs ist es das prozessuale Recht des Beschuldigten, die Vorwürfe abzustreiten. Darauf hat die Verteidigerin grundsätzlich zu Recht hingewiesen (Prot. II S. 13). Gleichzeitig kann er unter diesem Titel für sich aber keine Strafreduktion reklamieren. Reue und Einsicht sind so dann ebenfalls nicht auszumachen.

Schliesslich sind auch keine Anhaltspunkte für eine erhöhte Strafempfindlichkeit ersichtlich. Weitere für die Strafzumessung relevante Faktoren lassen sich dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten nicht entnehmen.

5.5. Unter Berücksichtigung aller für die Strafzumessung relevanter Kriterien erscheint eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten angemessen.

## **V. Vollzug**

1.1. Die Staatsanwaltschaft wendet sich gegen den vorinstanzlich gewährten bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe. Es müsse mit Blick auf Art. 42 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden, dass im früheren Strafbefehlsverfahren mit 180 Tagesstrafen Geldstrafe eine Sanktion ausgesprochen worden sei, welche einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten entspreche. Der Beschuldigte habe sich durch die bedingt ausgesprochene Geldstrafe nicht von erneuter und einschlägiger Delinquenz abhalten lassen. Es könne entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen nicht davon ausgegangen werden, der Beschuldigte werde sich rechtskonform verhalten, nur weil er im vorliegenden Verfahren erstmals in einem Gerichtsverfahren zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werde. Die Rechtswohltat des bedingten Vollzugs greife bei bereits verurteilten Straftätern nicht, welche lediglich ein halbes Jahr nach Ablauf der Probezeit erneut einschlägig delinquirieren würden (Urk. 76 N 26 f.). Die Verteidigung sieht dagegen die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs unter Ansetzung einer längeren Probezeit als gegeben an (Prot. II S. 14).

1.2. Nach dem hier anwendbaren Art. 42 StGB (E. IV.1.3.) schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren

in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Abs. 1). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschieb nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Abs. 2). Für den bedingten Vollzug nach Art. 42 Abs. 1 StGB genügt das Fehlen einer ungünstigen Prognose, das heisst die Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 5 f.). Der Strafaufschieb ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang (BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 97 E. 7.3 S. 117, 1 E. 4.2.2 S. 5 f.; Urteil 6B\_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.2.2; je mit Hinweisen).

Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (vgl. dazu im Einzelnen BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5 mit Hinweisen). Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung erheblich zu gewichten. Sie schliessen den bedingten Vollzug aber nicht notwendig aus (Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in BGE 145 IV 55).

1.3. Der Beschuldigte erwirkte im Jahre 2014 eine Vorstrafe wegen Verbreitung harter Pornographie. Die hier zu beurteilenden Taten beging er lediglich ein halbes Jahr nach abgelaufener Probezeit. Die frühere Verurteilung, die bedingte Geldstrafe (180 Tagessätze zu Fr. 30.–) sowie die Busse (Fr. 900.–) zeigten deshalb keine genügende Warnungswirkung. Deshalb kann die Befürchtung, der Beschuldigte werde sich inskünftig (wieder) nicht bewähren, nicht von vornherein verneint werden. Die familiäre Situation präsentiert sich heute nicht wesentlich anders als im Zeitpunkt der früher zu beurteilenden Delikte. Grundsätzlich legalprognostisch als positiv zu werten ist hingegen, dass der Beschuldigte im Rahmen des durch das Sozialamt initiierten Arbeitseinsatzes zumindest vorübergehend einem geregelten Berufsalltag nachgehen kann (Urk. 75/3). Der Beschuldig-

te hat sich seit dem Vorfall wohl verhalten. Während die frühere Strafe im Strafverfahren ausgesprochen wurde und eine Geldstrafe betraf, wird dem Beschuldigten heute eine Freiheitsstrafe auferlegt. Es kann mit der Vorinstanz angenommen werden, dass das Untersuchungs- und Gerichtsverfahren sowie die heute auszufällende Freiheitsstrafe den Beschuldigten genügend beeindrucken und ihm den Ernst der Lage deutlich machen. Deshalb kann das Fehlen einer ungünstigen Prognose noch angenommen werden. Letzten Zweifeln an der Bewährung ist mit einer Probezeit von vier Jahren zu begegnen.

## **VI. Landesverweisung**

### **1. Ausgangslage und rechtliche Grundlagen**

1.1. Die Vorinstanz sah von der Anordnung einer Landesverweisung ab. Die appellierende Staatsanwaltschaft beantragt, es sei eine Landesverweisung von 5 Jahren auszusprechen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz liege kein Härtefall im Sinne einer absoluten Ausnahmeregelung vor, selbst wenn der Beschuldigte seit bald 50 Jahren in der Schweiz wohne. So sei der Beschuldigte nicht wirklich in der Schweiz verwurzelt, mittlerweile vom Sozialamt abhängig und weise eine einschlägige Vorstrafe auf. Zudem werde er aufgrund der mehrjährigen Arbeitslosigkeit im Falle einer Landesverweisung auch nicht aus einem stabilen Umfeld gerissen (Urk. 76 N 28 ff.).

Die Verteidigung hält dafür, es liege ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor. Der Beschuldigte sei in der Schweiz aufgewachsen und integriert, habe regelmässigen Kontakt mit seiner Ex-Frau und Familienangehörigen und sei vor über 10 Jahren letztmals in Spanien gewesen. Zwar könne die finanzielle Bedürftigkeit des Beschuldigten nicht in Abrede gestellt werden, jedoch habe der Beschuldigte eine befristete Anstellung gefunden, welche allenfalls sogar in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umgewandelt werden könne (Urk. 32 S. 29 ff.; Prot. II S. 14).

1.2. Das Gericht verweist den Ausländer, der – wie der Beschuldigte – wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB verurteilt wird,

unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1). Sie muss zudem unabhängig davon angeordnet werden, ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausgesprochen wird (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; Urteil 6B\_560/2020 vom 17. August 2020 E. 1.1.1).

Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB kann das Gericht von einer Landesverweisung "ausnahmsweise" und unter den kumulativen Voraussetzungen absehen, dass diese (1) für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Die Härtefallklausel ist restriktiv anzuwenden. Das Gericht hat dabei die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) erfolgen. Art. 31 Abs. 1 VZAE ist indes nicht abschliessend. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung miteinzubeziehen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2 S. 108 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholten Delinquenz Rechnung zu tragen. Dabei darf das Gericht auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (Urteil 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2).

1.3. Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist in der Regel bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen (Urteil 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.1 mit Hinweisen). Zum durch Art. 8 EMRK geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person. Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchenden Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f. mit Hinweisen).

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Die Staaten sind auch nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen. Auch hier ist eine Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall erforderlich (zum Ganzen: Urteil 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.3 und 6.3.4; je mit Hinweisen).

## 2. Härtefallprüfung

### 2.1. Soziale und berufliche Integration

2.1.1. Der Beschuldigte wurde Ende 1965 in Spanien geboren, wo er die ersten Lebensjahre bei seinen Grosseltern verbrachte und drei Schuljahre absolvierte. Im Alter von acht Jahren kam er ca. 1974 in die Schweiz. Hier wuchs er zusammen mit seinem Bruder bei seinen Eltern auf. Der damals 53-jährige Beschuldigte

hielt anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung am 20. Dezember 2018 fest, er lebe seit er achtjährig sei, mithin im heutigen Zeitpunkt seit rund 47 Jahren, in der Schweiz. In den letzten zehn Jahren sei er nie in Spanien gewesen (Urk. 31 S. 2 ff.). Der Beschuldigte verfügt über eine C-Bewilligung.

Eine lange Anwesenheitsdauer allein führt jedoch nicht automatisch zur Annahme eines Härtefalls. Die Härtefallprüfung ist in jedem Fall anhand der gängigen Integrationskriterien vorzunehmen, wobei dem Aufwachsen in der Schweiz als einer "besonderen Situation" gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB Rechnung zu tragen ist. Mit zunehmendem Alter verliert diese besondere Situation aber an Gewicht und das Erfüllen der Integrationserfordernisse wird massgeblich (Urteil 6B\_15/2020 vom 5. Mai 2020 E. 1.4.4 m.H.).

2.1.2. Aktuell lebt der Beschuldigte alleine. Die Ehe mit seiner früheren Ehefrau dauerte zehn Jahre und blieb kinderlos. Seine 81 bzw. 82 Jahre alten Eltern und sein Bruder, zu welchen er wöchentlichen Kontakt pflege, leben ebenfalls in der Schweiz. Der Beschuldigte erlebte offenbar nach dem Umzug in die Schweiz bis im Alter von rund 14 Jahren ein gewalttätiges Elternhaus. Er sieht die Grosseltern als seine eigentlichen Eltern an (Urk. 32 S. 26; Urk. 73 S. 9). Heute erklärte der Beschuldigte, es bestehe ein gutes Verhältnis zu Bruder und Eltern, ohne dies näher auszuführen (Urk. 73 S. 12). Er habe seine Eltern physisch schon länger nicht mehr gesehen, auch aufgrund der Corona-Pandemie. Diese familiären Kontakte tangieren die konventionsrechtlich geschützte Beziehung mit der Kernfamilie nicht direkt, gehört dazu doch in erster Linie die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung von besonderem Ausmass zu Bruder und Eltern kann nicht ausgemacht werden. Sodann ist an dieser Stelle zu bemerken, dass es unter dem Gesichtswinkel des Schutzes des Anspruches auf Familienleben nach den Umständen genügt, den Kontakt im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über moderne Kommunikationsmittel wahrzunehmen (Urteil 6B\_300/2020 vom 21. August 2020, E. 3.4.5. m.H.). Über die klassischen und neuen Kommunikationsmittel wären tägliche Kontakte des Beschuldigten mit ihren Bezugspersonen

denn auch ohne Weiteres möglich, und Besuche – zumindest durch den Bruder – erscheinen bei einer Rückkehr nach Spanien nicht als ausgeschlossen.

Darüber hinaus sind sodann keinerlei Anhaltspunkte auszumachen, welche auf besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen gesellschaftlicher Natur hindeuten würden, wie dies als Härtefallbegründende Tatsache erforderlich wäre (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 13). So engagiert sich der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben seit Kurzem zwar in der Quartierhilfe, wo er unter anderem Einkäufe für betagte Senioren tätigt, und amtiert zudem als ehrenamtlicher Dolmetscher für Teilnehmer des Basisbeschäftigungsprogramms des Sozialamtes (Urk. 74 S. 9; Urk. 73 S. 6). Dies ist positiv zu werten. Neben dem Kontakt zu seinem Bruder und seiner Ex-Frau pflegt er aber offenbar keine nennenswerten sozialen Kontakte besonderen Ausmasses (Urk. 73 und Urk. 74 passim). Sein bester Freund wohnt denn auch in Spanien (Urk. 73 S. 12). Von einem nachhaltigen (ausserfamiliären) Beziehungsnetz oder einer besonderen sozialen Integrationsleistung in der Schweiz kann deshalb trotz der langen Aufenthaltsdauer nicht gesprochen werden.

2.1.3. Nach der obligatorischen Schulzeit absolvierte der Beschuldigte in der Schweiz eine Lehre als Elektromonteur und arbeitete zwei Jahre auf diesem Beruf. Danach wechselte er in den IT-Bereich, war mit der Planung von IT-Strukturen beauftragt und übernahm schliesslich bis ins Jahre 2010 Projektleitertätigkeiten bei der F.\_\_\_\_\_. Nach einem Burnout 2010, einem Wiedereinstieg im Jahre 2012 bei der F.\_\_\_\_\_ und einem erneuten Rückfall wurde das Arbeitsverhältnis ca. im Jahre 2014 aufgelöst. Seither ist der Beschuldigte arbeitslos. Nachdem er zuerst seinen Lebensunterhalt mit seinen Ersparnissen finanzierte, wurde er in der Folge von seinen Eltern im Rahmen eines Erbvorbetrags finanziell unterstützt. In den Jahren 2014/2015 befand er sich aufgrund einer Depression in psychiatrischer Behandlung. Im Rahmen der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zeigte er sich in Bezug auf einen beruflichen Wiedereinstieg motiviert und überzeugt. Einzig das vorliegende Verfahren habe ihn blockiert, wenn man berücksichtige, aus welchem (beruflichen) Umfeld er komme und welche Ansprüche er an eine berufliche Tätigkeit habe. Er sei der Überzeugung, dass die Selbststän-

digkeit eine gute Lösung für ihn sei, und habe Ideen, was er machen könne (Urk. 31 S. 4 ff.). Den Schritt in die Selbstständigkeit realisierte der Beschuldigte bislang nicht. Seit August 2019 ist er von der Sozialhilfe abhängig. Von da an leisteten die Eltern keinen finanziellen Beistand an seinen Lebensunterhalt mehr.

2.1.4. Durch das Vermittlungsprogramm des E.\_\_\_\_\_ "E.\_\_\_\_\_" konnte dem Beschuldigten per 25. September 2020 eine auf 6 Monate befristete Stelle als ICT- und Business-Solutions Manager in einem Pensum vom 60% bei der Firma "G.\_\_\_\_\_ AG" vermittelt werden. Es handelt sich somit nicht um eine ordentliche Anstellung auf dem Primärarbeitsmarkt. Eine Verlängerung oder sogar eine Festanstellung sei jedoch (theoretisch) möglich. Das Programm unterstütze den Beschuldigten gemäss eigenen Aussagen darin, eine aktuelle Referenz zu erhalten, da er rund 10 Jahre nicht mehr arbeitstätig gewesen sei. Einen Lohn im eigentlichen Sinne erhalte er dafür nicht, da die Tätigkeit vom Sozialamt unterstützt werde. Auch nebenbei sei er weiterhin gehalten, nach Arbeitsstellen zu suchen (Urk. 73 S. 1 ff.; Urk. 74 S. 5 ff.). Es ist dem Beschuldigten fraglos zugute zu halten, dass er im Rahmen des Arbeitsintegrationsprogramms versucht, beruflich wieder Fuss zu fassen. Im Lichte von Art. 58a Abs. 1 lit. d AIG, wonach als Integrationskriterium insbesondere die tatsächliche Teilnahme am Wirtschaftsleben bzw. der Erwerb zu beachten ist (vgl. SPESCHA; in: OF-Komm. Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 58a AIG N 7), genügt dies jedoch nicht, um anzunehmen, der Beschuldigte sei beruflich integriert. Da der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen die Depression bzw. das Burnout vollständig überwunden habe und gesund sei, liegt auch keine besondere Situation vor, welche gemäss Art. 58a Abs. 2 AIG bei der Beurteilung der Teilnahme am Wirtschaftsleben angemessen zu berücksichtigen wäre.

Ob bei dem durch das Sozialamt unterstützten Arbeitseinsatz bei der "G.\_\_\_\_\_ AG" gemäss Verteidigung allenfalls Hoffnung auf eine feste Anstellung bestehe, kann nur gemutmasst werden (Urk. 74 S. 8). Mit der Verteidigung erweist sich ein Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt (in der Schweiz) zwar nicht als ausgeschlossen, zumal der Beschuldigte seine Karriere hier aufbaute und über mehrere Jahrzehnte im Berufsleben und im Schweizer Arbeitsmarkt integriert war. Nach einer

rund

10-jährigen Abwesenheit des heute 55-jährigen Beschuldigten von der sich schnell entwickelnden Informatikbranche und ohne akademischen Abschluss oder gleichwertige Weiterbildungen erscheint selbst unter Berücksichtigung der momentanen Teilnahme am genannten Arbeitsintegrationsprogramm insgesamt äusserst zweifelhaft, ob der Beschuldigte inskünftig eine Arbeitstätigkeit in diesem Bereich wahrnehmen, längerfristig seinen finanziellen Verpflichtungen ohne staatliche Hilfe nachkommen sowie seinen Lebensunterhalt dauerhaft aus eigener Erwerbstätigkeit bestreiten kann. Auch die Verteidigung räumt diese Umstände sinngemäss ein, wenn sie ausführt, der Beschuldigte habe wegen seiner persönlichen Situation den Weg in die Sozialfürsorge beschreiten müssen, um fachkundige Hilfe und Unterstützung zu erlangen (vgl. Urk. 74 S. 10). Generell besteht jedoch kein konventionsrechtlicher Anspruch auf einen Verbleib im Aufenthaltsstaat zwecks Bezug von medizinischen, sozialen oder anderen Unterstützungsleistungen (Urteil 6B\_2/2019 vom 27. September 2019, E. 6.1). Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist sodann aufgrund der gesamten Umstände nicht ersichtlich, weshalb eine angemessene Integration in den Arbeitsmarkt hierorts viel besser möglich sein soll als in Spanien (Urk. 32 S. 35). Seine Möglichkeiten, in Spanien erstmals beruflich Fuss zu fassen, sind zwar ebenfalls als eher schwierig einzuschätzen, jedoch ist wohl anzunehmen, dass der Beschuldigte nicht weniger Chancen als hierorts zu gewärtigen hätte, selbst unter Berücksichtigung der dortigen Wirtschaftslage mit einer Arbeitslosenquote von aktuell rund 15% (Urk. 32 S. 35; <https://ec.europa.eu/eurostat/web/lfs/visualisations#Ecotrends>). Letzteres allein vermag die strafrechtliche Landesverweisung aber ohnehin nicht zu verhindern (Urteil 6B\_118/2020 vom 2. September 2020 E. 1.4 mit Hinweis). Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass er als (früherer) Elektromonteur auf dem erlernten Beruf in Spanien arbeiten könnte, selbst wenn dies mit Blick auf die weit zurückliegende Lehre und eher kurze Berufserfahrung wohl mit Weiterbildungen verbunden wäre. Selbst wenn diese Möglichkeiten für den Beschuldigten eher theoretischer Natur sind: Bei der aufgezeigten Ausgangslage sind die Resozialisierungschancen in beruflicher Hinsicht in der Schweiz jedenfalls nicht in relevanter Weise besser bzw. ähnlich gering als in Spanien.

## 2.2. Finanzielle Verhältnisse und Wohnsituation

2.2.1. Wie bereits erwähnt, ist der Beschuldigte seit August 2019 von der Sozialhilfe abhängig und wird seither nicht mehr von seinen Eltern finanziell unterstützt. Während der Beschuldigte vor Vorinstanz erklärte, Schulden von insgesamt rund Fr. 60'000.– zu haben, bezifferte er seine aktuell vorhandenen Schulden bei der Steuerverwaltung und seiner Ex-Ehefrau anlässlich der Berufungsverhandlung mit Fr. 180'000.–. Da er nunmehr vom Sozialamt unterstützt werde, könne er diese Schulden auch nicht mehr mit monatlichen Abzahlungen tilgen (Urk. 31 S. 7; Urk. 73 S. 5 f.). Aufgrund der massgebenden Umstände im Urteilszeitpunkt ist die finanzielle Situation des Beschuldigten als desolat anzusehen. Mangels Erwerbstätigkeit im primären Arbeitsmarkt bestehen denn auch keine konkreten Anzeichen dafür, dass sich der Beschuldigte in absehbarer Zeit von der Sozialhilfeabhängigkeit lösen können wird.

2.2.2. Anlässlich der Berufungsverhandlung wurde sehr ausführlich die neue und nach Ansicht der Verteidigung grenzwertige Wohnsituation des Beschuldigten dargelegt. So habe dieser nach der Anmeldung beim Sozialamt aus der 100 m<sup>2</sup> grossen Mietwohnung ausziehen müssen und heute jetzt in einem "abbruchreifen" Mansardenzimmer, wo er die gemeinschaftlich genutzten sanitären Anlagen mit weiteren, teils drogenabhängigen Sozialhilfebezügern teilen müsse. Die hygienischen Zustände seien deshalb teils sehr schlecht. Auch wenn die Wohnsituation des Beschuldigten mit der Verteidigung durchaus als "prekär" bezeichnet werden kann, kann daraus nichts Relevantes für die Frage der Landesverweisung abgeleitet werden (Urk. 74 S. 2-5).

## 2.3. Delinquenz und Legalprognose

2.3.1. Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB ist eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB. Nach Ansicht des Gesetzgebers stellen Katalogtaten gemäss Art. 66a StGB vornehmlich schwere Widerhandlungen gegen bestimmte Rechtsgüter und damit grundsätzlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar (s.a. Botschaft S. 5997 f.). Relevant sind dabei die Erzeugnisse mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen. Bilder

respektive Filme mit sexuellen Handlungen mit Tieren respektive mit Gewaltdarstellungen fallen für sich genommen nicht unter Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB. Letztere sind zudem entgegen der Vorinstanz (Urk. 46 S. 35) nicht Teil des Schuldspruchs. Die vom Beschuldigten begangene Anlasstat ist somit keineswegs zu bagatellisieren, auch wenn sich sein Verschulden im unteren Bereich bewegt. Als zentrales Rechtsgut des Verbots von Kinderpornographie erscheint die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Die Bestimmung dient auch dem Schutz der Erwachsenen. Der Konsum kinderpornographischer Erzeugnisse weckt die Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte und schafft den finanziellen Anreiz zur Begehung von Straftaten. Insofern trägt er mittelbar zum sexuellen Missbrauch der zur Schau gestellten Kindern bei. Das zum Schutzzweck der Norm Gesagte gilt unter geänderten Vorzeichen im Wesentlichen auch für Pornographie mit Tieren (BGE 131 IV 16 E. 1.2 S. 19). Mit Blick auf die geschützten Rechtsgüter ist nicht zweifelhaft, dass ein beachtliches öffentliches Interesse besteht, dass der Beschuldigte entsprechende Delikte nicht begeht. Akzentuiert wird dies, weil der Beschuldigte bereits in der Vergangenheit gleiche Rechtsgüter verletzt und im Jahre 2014 eine Geldstrafe erwirkt hat.

2.3.2. Der Beschuldigte macht gestützt auf den Vollzugaufschub eine günstige Legalprognose geltend (Urk. 74 S. 9). Das Gesetz setzt gemäss Art. 42 StGB jedoch nicht eine günstige Prognose voraus, sondern nur das Fehlen einer ungünstigen Prognose (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht ergibt sich im ausländerrechtlichen Bereich ein strengerer Beurteilungsmassstab (BGE 137 II 233 E. 5.2.2 S. 237). Zur Legalprognose wurde bereits festgehalten, dass die frühere Verurteilung wie auch die bedingte Geldstrafe und die Busse offensichtlich keine genügende Warnungswirkung zeitigten. Vielmehr delinquierte der Beschuldigte kurz nach Ablauf der Probezeit erneut und einschlägig über einen längeren Zeitraum. Der bedingte Vollzug der vorliegend ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 8 Monaten kann ihm nur gewährt werden, da den Zweifeln an der Bewährung mit einer Probezeit von vier Jahren begegnet worden ist. Zwar hat sich der Beschuldigte seit dem letzten Vorfall wohl verhalten, und die von ihm ausgehende Gefahr weiterer Straftaten ist sicherlich nicht hoch. Diese Momente relativieren das öffentliche Interesse an ei-

ner Wegweisung aber nur in leichtem Masse, missachtete der Beschuldigte noch nunmehr wiederholt die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

#### 2.4. Fazit

Das Vorliegen eines Härtefalls könnte vorliegend einzig mit Blick auf die fraglos lange Aufenthaltsdauer des Beschuldigten angenommen werden. Dies reicht jedoch nicht aus, um einen Aufenthaltsanspruch zu begründen. Vielmehr müssen mit zunehmendem Alter auch die erforderlichen Integrationserfordernisse erfüllt werden (Urteil 6B\_15/2020 vom 5. Mai 2020 E. 1.4.4 m.H.). Der Beschuldigte verbrachte unter anderem die lebensprägenden Jahre in der Schweiz. Gleichwohl und trotz der überaus langen Anwesenheitsdauer ist er gemäss der dargelegten Rechtsprechung weder sozial noch beruflich integriert, in jüngerer Vergangenheit zwei Mal straffällig geworden und weist keine günstige Legalprognose im engeren Sinne auf. Der Beschuldigte missachtete mit anderen Worten wiederholt die öffentliche Sicherheit und Ordnung und nimmt nicht am Wirtschaftsleben teil (Art. 4 und 58a Abs. 1 AIG). Dies spricht klar gegen eine Integration im weiteren Sinne. Seine zukünftige finanzielle Leistungsfähigkeit und damit die Wahrscheinlichkeit der Resozialisierung in der Schweiz ist mehr als fraglich. Entgegen der Ansicht der Verteidigung kann sodann nicht entscheidend sein, ob dem Beschuldigten eine allfällige berufliche Wiedereingliederung in der Schweiz leichter fallen würde als in Spanien, sondern ob zwingende Gründe gegen eine Rückkehr ins Herkunftsland sprechen (Urk. 32 S. 35).

Eine Landesverweisung wird den Beschuldigten zweifellos hart treffen, erscheint vorliegend jedoch nicht unmöglich. In einem kürzlich ergangenen Urteil bestätigte das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit einer Landesverweisung trotz schwieriger Wiedereingliederung im Herkunftsland, nur rudimentären Sprachkenntnissen des Herkunftslandes und dem Umstand, dass der dortige Beschwerdeführer in der Schweiz geboren und aufgewachsen sowie nur ein Mal in seinem Herkunftsland gewesen war (vgl. Urteil 6B\_1417/2019 vom 13. März 2020). Spanien ist weder ein Drittweltland noch muss der Beschuldigte dort aus ökonomischen Gründen um sein Leben fürchten. Die alleinige Tatsache, dass der Beschuldigte seit über 47 Jahren in der Schweiz lebt, kann die übrigen dargelegten Umstände,

welche allesamt gegen das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls sprechen, in einer Gesamtabwägung somit nicht derart in den Hintergrund drängen, dass von der Anordnung einer Landesverweisung abgesehen werden könnte. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist nicht gegeben.

### 3. Öffentliches Interesse

Liegt bereits kein schwerer persönlicher Härtefall vor, so erübrigt sich eine weitere Interessenabwägung nach dem Gesetz (Urteil 6B\_34/2019 vom 5. September 2019, E. 2.4.3.).

### 4. Vereinbarkeit mit dem FZA

4.1. Obwohl nicht explizit vorgebracht, ist die Vereinbarkeit mit dem FZA zu prüfen. Gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA hat eine Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt, ein Anwesenheitsrecht unter der Voraussetzung, dass sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, so dass sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen und sie überdies krankenversichert ist (BGE 142 II 35 E. 5.1). Das Bundesgericht hat dazu insbesondere festgehalten, dass das FZA kein umfassendes Aufenthaltsrecht gewähre (Urteil 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018, E. 2.5.3). Die Zielsetzung des FZA bilde das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, und umfasse nicht Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Ob jemand schuldhaft oder schuldlos in diese Situation gerät, hat das Bundesgericht nicht erörtert, weshalb davon auszugehen ist, dass dies rechtlich unerheblich ist. Das Bundesgericht verweist bezüglich weiterer aufenthaltsberechtigender Umstände gemäss FZA im Übrigen auf einen Aufsatz von TOBLER/GLESS/PETRIG in der Zeitschrift "forumpoenale" (forumpoenale, 2/2018 S. 97 ff.). Diese sind vorliegend jedoch nicht weiter von Bedeutung.

4.2. Das FZA berechtigt somit lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts, und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1

Anhang I FZA (Urteil 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018, E. 2.5.2). Vorliegend verfügt der Beschuldigte seit mehreren Jahren über keine Erwerbstätigkeit im Primärarbeitsmarkt mehr und die Aussichten auf eine berufliche Reintegration sind wenig erfolgsversprechend, zumal sich der Beschuldigte offenbar schon seit über einem Jahr ergebnislos zu bewerben versucht (Urk. 73 S. 11). Der erste Arbeitsversuch im Rahmen des Integrationsprogramms vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Darüber hinaus muss der Beschuldigte mit Sozialleistungen unterstützt werden. Mangels Erwerbstätigkeit und ausreichenden finanziellen Mitteln gelangt Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA nicht zur Anwendung.

#### 5. Dauer der Landesverweisung und Fazit

Der Beschuldigte ist gestützt auf Art. 66a StGB des Landes zu verweisen. Aufgrund des leichten Verschuldens ist die Landesverweisung für die minimal vorgesehene Dauer von 5 Jahren anzuordnen.

### **VII. Einziehung**

1.1. Die Zwangsmassnahme der Beschlagnahme ist in Art. 263 ff. StPO geregelt. Gemäss Art. 263 Abs. 1 StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson beschlagnahmt werden, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden (lit. b; vgl. auch Art. 268 StPO) oder wenn sie voraussichtlich einzuziehen sind (lit. d; sogenannte Einziehungsbeschlagnahme). Eine weitere Beschlagnahme regelt das Strafgesetzbuch in Art. 71 Abs. 3 StGB im Zusammenhang mit der Ersatzforderung (sogenannte Ersatzforderungsbeschlagnahme). Ist die Beschlagnahme eines Gegenstands oder Vermögenswertes nicht vorher aufgehoben worden, so ist über seine Rückgabe an die berechtigte Person, seine Verwendung zur Kostendeckung oder über seine Einziehung im Endentscheid zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO). Die Einziehung deliktischer Gegenstände und Vermögenswerte ist in Art. 69 ff. StGB geregelt. Weiter sieht Art. 197 Abs. 6 StGB die Einziehung von Gegenständen der harten Pornographie vor, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 69 Abs. 1 StGB zu prüfen sind.

1.2. Auf dem beim Beschuldigten mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 20. Januar 2017 beschlagnahmten Computer der Marke Samsung (Asservat Nr. A010'000'154) waren die pornographischen Erzeugnisse abgespeichert. Er ist deshalb mit der Vorinstanz einzuziehen und zu vernichten. Soweit die Verteidigung vorbringt, die inkriminierten Daten befänden sich ausschliesslich auf den Festplatten, nur der eingebaute Datenträger sei problematisch (Urk. 50 S. 13), kann ihr nicht gefolgt werden. Selbst wenn das pornographische Material einzig auf den Festplatten abgespeichert wäre, war auf dem Computer das Datenaustauschprogramm "B.\_\_\_\_\_" installiert und erfolgte mit dem Laptop der strafbare Down- und Upload. Es besteht die Gefahr, dass das Gerät in Zukunft wieder für eine Deliktsbegehung genutzt wird. Es ist deshalb in Anwendung von Art. 197 Abs. 6 StGB und Art. 69 StGB einzuziehen und der Lagerbehörde zur Vernichtung zu überlassen.

## **VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **1. Kostenfolgen im erstinstanzlichen Verfahren**

Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung ist wie ausgeführt in Rechtskraft erwachsen (Dispositivziffer 9). Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffern 10 und 11) zu bestätigen. Mit der Vorinstanz (Urk. 46 S. 38 f.) ist von einer teilweisen Kostenbefreiung trotz der rechtskräftigen Freisprüche (Anlageziffer 1.2.b) und der im Berufungsverfahren zusätzlich auszufällenden Freisprüche abzusehen. Der beschuldigten Person können die gesamten Kosten des Untersuchungsverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens auferlegt werden, wenn die ihr zur Last gelegten Handlungen in einem engen und direkten Zusammenhang stehen und alle Untersuchungshandlungen hinsichtlich jedes Anklagepunkts notwendig waren. Bei einem einheitlichen Sachverhaltskomplex ist vom Grundsatz der vollständigen Kostenaufgabe nur abzuweichen, wenn die Strafuntersuchung im freisprechenden Punkt zu Mehrkosten geführt hat (Urteil 6B\_115/2019 vom 15. Mai 2019 E. 4.3 mit Hinweisen). Die dem Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen stehen in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang. Das von ihm verwendete Muster fand auf sämtliche zur

Anklage gebrachten Dateien Anwendung und war als Ganzes Gegenstand der Untersuchung. Die freisprechenden Punkte haben das Ausmass der Strafuntersuchung nicht in relevanter Weise tangiert. Eine teilweise Kostenbefreiung drängt sich nicht auf.

## 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

2.1. Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2014, N 6 zu Art. 428 StPO).

2.2. Der Beschuldigte strebte mit seiner Berufung einen Freispruch an und unterliegt mit seinen Anträgen nahezu vollumfänglich. Einzig der Entscheid über den Strafvollzug ist leicht zu Gunsten des Beschuldigten ausgefallen. Die Staatsanwaltschaft unterliegt demgegenüber betreffend Strafpunkt teilweise und bei der Frage des Vollzugs der Strafe, obsiegt aber hinsichtlich der Anordnung der Landesverweisung. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, zu 9/10 aufzuerlegen und zu 1/10 auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine allfällige Rückerstattungspflicht im Umfang von 9/10 bleibt aber vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

2.3. Die amtliche Verteidigung, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, macht einen Aufwand von knapp 48 Stunden sowie Barauslagen von total Fr. 223.50 geltend, was einer Gesamtforderung von Fr. 11'590.– (inkl. MwSt.) entspricht. Darin enthalten sind bereits die (geschätzten) Aufwendungen im Zusammenhang

mit der Berufungsverhandlung inklusive Weg und Nachbesprechung von gesamthaft 6.5 Stunden (Urk. 72 S. 3). Der geltend gemachte Aufwand ist gemäss Honorarnote zwar ausgewiesen, erweist sich jedoch nicht mehr als angemessen. Gemäss § 23 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 AnwGebV setzt sich die Vergütung für die amtliche Verteidigung aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen. Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen. Vorliegend handelt es sich um einen Fall in der Kompetenz des Einzelgerichts. Die zu entschädigende Grundgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren beträgt somit maximal Fr. 8'000.– (§ 18 Abs. 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Zwar handelt es sich vorliegend a priori nicht um einen leichten Fall, jedoch liegt auch kein Verfahren vor, welches äusserst spezieller Anforderungen bedurft oder gesondert zu berücksichtigende Mehraufwände generiert hätte. Damit rechtfertigt sich jedenfalls keine über die vorgesehene Grundgebühr hinausgehende Entschädigung im Berufungsverfahren. Es erscheint vielmehr angemessen, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ für ihre Aufwendungen und Auslagen pauschal mit Fr. 8'000.– respektive Fr. 8'616.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 9. Mai 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

### **"Das Einzelgericht erkennt:**

1. [...]
2. Vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB gemäss Anklageziffer 1.2.b) wird der Beschuldigte freigesprochen.
- 3.-6. [...]
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. Januar 2017 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der Geschäfts-Nr. 68420995 lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben:
  - 1 Computer der Marke Dell (Asservat Nr. A010'000'187)

- 1 Harddisc der Marke Toshiba (Asservat Nr. A010'000'212)
- 1 Harddisc der Marke iomega (Asservat Nr. A010'000'234)
- 1 Harddisc WD, SN: 1 (Asservat Nr. A010'000'245)
- 1 Harddisc WD, SN: 2 (Asservat Nr. A010'000'256)
- 1 Harddisc WD, SN: 3 (Asservat Nr. A010'000'267)
- 1 Harddisc WD, SN: 4 (Asservat Nr. A010'000'278)
- 1 Harddisc WD, SN: 5 (Asservat Nr. A010'000'289)
- 1 Harddisc WD, SN: 6 (Asservat Nr. A010'000'290)
- 1 Harddisc WD, SN: 7 (Asservat Nr. A010'000'303)
- 1 Harddisc WD, SN: 8 (Asservat Nr. A010'000'314)
- 1 Harddisc WD, SN: 9 (Asservat Nr. A010'000'325)
- 1 Harddisc WD, SN: 10 (Asservat Nr. A010'000'336)
- 1 Harddisc Freecom, P/N 11 (Asservat Nr. A010'000'358)
- 1 Harddisc Freecom, P/N 12 (Asservat Nr. A010'000'369)
- 1 Harddisc Freecom, P/N 13 (Asservat Nr. A010'000'370)
- 1 Harddisc Freecom, SN: 14 (Asservat Nr. A010'000'381)
- 1 Harddisc Freecom, SN : 15 (Asservat Nr. A010'000'392)
- 1 Speicherkarte San Disk 20GB (Asservat Nr. A010'000'405).

Bei Nichtabholung innert drei Monaten seit Eintritt der Rechtskraft werden diese Gegenstände vernichtet.

8. [...]

9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

- Fr. 5'400.-; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'500.- Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 3'810.- Auslagen (Auswertung Datenträger)
- Fr. 570.- diverse Kosten (Digitale Forensik)
- Fr. 24'724.60 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

10.-11. [...]

12. [Mitteilungen.]

13. [Rechtsmittel.]"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 sowie Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme III, IV, Nr. 9, 10, 11, 13 und 15; Bild Nr. 1 und 2; Anklageschrift Ziffer 1.2.c, Film Nr. 1).
2. Der Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf der mehrfachen Pornographie (Anklageschrift Ziffer 1.2.a, Filme I, II, 1 - 8, 12, 14, 16 - 31 und Bild Nr. 3).
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. Januar 2017 beschlagnahmte Computer der Marke Samsung (Asservat Nr. A010'000'154) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffern 10 und 11) wird bestätigt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

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

Fr. 8'616.– amtliche Verteidigung.

9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu 9/10 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/10 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu 1/10 definitiv und zu 9/10 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von 9/10 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 Zürich-Sihl (übergeben)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei, 3003 Bern (mit ausgefülltem Fragebogen der KOBİK zur Weiterleitung an diese [Urk. 6/4])

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Stadtpolizei Zürich HR-A-GA gemäss Dispositivziffer 6 (Referenz K161216-009 / Geschäfts-Nr. 68420995).

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, 19. November 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. M. Keller

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.