

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200483-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz, Präsident, lic. iur. B. Gut und
lic. iur. M. Knüsel sowie der Gerichtsschreiber M.A. HSG
M. Wolf-Heidegger

Urteil vom 27. April 2021

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrlı,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **mehrfache harte Pornografie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht,
vom 3. November 2020 (GG200050)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 26. August 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 42 S. 11 f.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist der mehrfachen harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Die amtliche Verteidigung, Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, Zürich, wird für ihre Aufwendungen mit Fr. 5'713.80 (inkl. MwSt. und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Dem Beschuldigten werden Fr. 296.– als Schadenersatz und Fr. 100.– als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen. Die weitergehenden Genugtuungsansprüche werden abgewiesen.

Das Verrechnungsrecht des Staates bleibt vorbehalten.

5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)".

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 7)

a) der Staatsanwaltschaft

(Urk. 55 S. 1 f.)

1. Schuldigsprechung der **mehrfachen Pornografie** im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB.
2. Bestrafung mit einer Geldstrafe von **45 Tagessätzen zu CHF 40.00** (entsprechend **CHF 1'800.00**) sowie einer Busse von **CHF 400.00**.

3. Gewährung des bedingten Vollzuges der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
 4. Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse.
 5. Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbots
 6. Kostenaufgabe.
- a) der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 61 S. 2)
1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, der Berufungsbeklagte freizusprechen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.
 2. Eventualiter sei von einer Strafe Umgang zu nehmen bzw. das Verfahren einzustellen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten der Berufungsklägerin/Staatskasse.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang
 - 1.1. Betreffend den Verfahrensgang bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die dort enthaltenen zutreffenden Ausführungen verwiesen werden (Urk. 42 S. 4).
 - 1.2. Mit eingangs im Dispositiv widergegebenem Urteil der Vorinstanz vom 3. November 2020 wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der mehrfachen harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 freigesprochen (Urk. 42 S. 11). Gegen diesen Entscheid meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 5. November innert gesetzlicher Frist Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 36). Die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist beim Berufungsgericht ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 44). Nach entsprechender Fristansetzung erklärten sich die Staatsanwaltschaft und die amtliche

Verteidigung mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden und Letztere verzichtete auf Anschlussberufung (Urk. 47, Urk. 49 und Urk. 51). Mit Eingabe vom 28. November 2020 reichte die Staatsanwaltschaft ihre Berufungsbegründung ein (Urk. 55). Hierauf reichte die amtliche Verteidigung mit Eingabe vom 23. Februar 2021 nach entsprechender Fristansetzung die Berufungsantwort ein (Urk. 57 und Urk. 61). Die Staatsanwaltschaft verzichtete ihrerseits auf eine Berufungsreplik (Urk. 66). Es wurden keine Beweisanträge gestellt.

1.3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Umfang der Berufung

2.1. Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Berufung die Schuldigsprechung und Bestrafung des Beschuldigten wegen mehrfacher Pornografie unter entsprechender Kostenaufgabe. Entsprechend steht infolge Konnex das gesamte vorinstanzliche Urteil zur Disposition (Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO).

II. **Schuldpunkt**

1.1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, er habe zwischen 1. Januar 2020 und 23. März 2020 per WhatsApp von einer nicht bekannten Person in einem ersten Gruppenchat eine Videodatei zugeschickt erhalten, welche zeige, wie ein eindeutig minderjähriger Junge auf einem Mobiltelefon ein pornografisches Video mit erwachsenen Person anschau und wie hernach diesem minderjährigen Jungen von einer unbekannt Person die Hose heruntergezogen wird und dessen erigierter Penis zu sehen ist. Der Beschuldigte habe dieses Video mindestens einmal konsumiert und dieses sei in der Folge auf seinem Mobiltelefon mit der Nummer 1 gespeichert gewesen. Dem Beschuldigten sei dabei bewusst gewesen, oder er habe zumindest in Kauf genommen, dass es sich bei besagtem Jungen um ein minderjähriges Kind gehandelt habe und dass das Video auf seinem Telefon gespeichert worden sei (Urk. 22 S. 2).

1.2. Weiter wirft die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor, er habe dieselbe Videodatei am 23. März 2020 und am 29. März 2020 per WhatsApp in einen weiteren Gruppenchat an fünf Freunde weitergeleitet, wobei er hiermit wissentlich

und willentlich, zumindest aber billigend in Kauf nehmend, Filmdateien bzw. Bildmaterial mit sexuellen Handlungen mit einer eindeutig minderjährigen Person in der Schweiz mehrfach in Umlauf gesetzt und damit mehrfach verbreitet habe (Urk. 22 S. 2).

2.1. Der Beschuldigte war im Untersuchungsverfahren und auch im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren betreffend den äusseren Anklagesachverhalt von Beginn weg geständig, was den Erhalt und die erste Verbreitungshandlung des Videos angeht (23. März 2020; Urk. 2 S. 1 ff., Urk. 3 S. 3 f. und Prot. I. S. 8 ff.). Er gab sodann an, sich nicht mehr erinnern zu können, das Video ein zweites Mal im selben Gruppenchat verschickt zu haben (29. März 2020), stritt dies aber auch nicht ab (vgl. Prot. I. S. 10). Aufgrund des Geständnisses und des Untersuchungsergebnisses (vgl. insb. Urk. 4) ist der Anklagesachverhalt insofern ohne Weiteres erstellt, als dass der Beschuldigte die besagte Videodatei erhalten und diese in der Folge am 23. März 2020 um 17:55 Uhr und am 29. März 2020 um 18:28 Uhr per WhatsApp in einem Gruppenchat an fünf Freunde weitergeleitet hat.

2.2. Der Beschuldigte bestritt jedoch konstant, das Video aus sexuellen bzw. pädosexuellen Motiven konsumiert, besessen und weitergeleitet zu haben. Er sei auch nicht davon ausgegangen, dass es sich beim Inhalt der besagten Videodatei um (Kinder-)Pornografie gehandelt habe, sondern habe gedacht, dass dieser gefälscht sei und er habe sich zu Beginn daran amüsiert (Urk. 2 S. 1 ff.; Urk. 3 S. 3 f.; Prot. I S. 8 ff. und Urk. 31 S. 3 ff.). Die amtliche Verteidigung bezweifelte überdies vor Vorinstanz, dass es sich beim Inhalt der besagten Videodatei überhaupt um Kinderpornografie handle (Urk. 31 S. 3 f.).

3.1. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid eingangs theoretische Erwägungen zur Qualifikation von Inhalten als harte Pornografie, insbesondere Kinderpornografie, angestellt (Urk. 42 S. 5). Diese Erwägungen sind an dieser Stelle wie folgt zu ergänzen:

3.2. Nach Art. 197 Abs. 5 StGB macht sich strafbar, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Abs. 1 derselben Bestimmung, die sexuelle Handlungen

mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder tatsächliche sowie nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, konsumiert oder zum eigenen Konsum herstellt, einführt, lagert, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt. Als Gegenstände im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB gelten insbesondere pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen und Abbildungen. Der Begriff "tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen" betrifft sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen (Urteil des Bundesgerichts 6B_997/2018 vom 25. Februar 2019 E. 2.1.1.). Art. 197 Abs. 4 StGB stellt darüber hinaus auch Verbreitungshandlungen entsprechender Erzeugnisse unter Strafe.

3.3. Der Begriff der Pornographie im weiteren Sinne setzt zum einen voraus, dass die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sind, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann. In Bezug auf Medien hat das Bundesgericht dementsprechend Folgendes ausgeführt: "Pornographisch sind somit Medien, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren; sie als blosses physiologische Reiz-Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die Würde des Menschen negieren" (BGE 144 II 233 E. 8.2.3; 133 II 136 E. 5.3.2 i.f.; 131 IV 64 E. 10.1.1; TRECHSEL/BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 197).

3.4. Die Schwelle zur strafbaren Pornografie wird im Bereich von Kinderpornografie jedoch tiefer angesetzt (SCHEIDEGGER, in: Graf [Hrsg.], Annotierter Kommentar StGB, Zürich 2020, N 12 zu Art. 197 StGB). Kinderpornografie liegt gemäss Bundesgericht dann vor, wenn der Täter der Aufnahme eines Kindes durch die Kameraführung und/oder der gewählte Bildausschnitt einen klaren Sexualbezug gibt. Ob der Hersteller dabei selbst sexuelle Regungen verspürt oder das fotografierte Kind selbst den Bezug zur Sexualität erkannt hat oder er-

kennen kann, ist hierbei ohne Bedeutung. Es ist aber auch nicht zwingend, dass der Genitalbereich besonders betont wird. Das Bundesgericht hat – schon zur alten Fassung des Art. 197 StGB – Nacktfotos von Kindern als kinderpornografisch eingestuft, wenn der Täter das Kind in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung posieren lässt. Nicht als kinderpornografisch gelten hingegen Darstellungen, bei denen in keiner Weise auf die Kinder eingewirkt wurde und bei denen nichts dargestellt wird, was unter den Begriff der sexuellen Handlung gemäss Art. 187 StGB zu subsumieren wäre (zum Ganzen BGE 128 IV 25 E. 2.a.; 131 IV 64 E. 11.2.; 133 IV 31 E. 6.1.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_180/2015 vom 18. Februar 2016 E. 3.1.2. und 3.3.1. f.). Entsprechend der Zielrichtung der Lanzarote-Konvention ist daher über das Verbot der Kinder- bzw. Jugendpornografie zum einen jede Darstellung eines Kindes oder Jugendlichen bei "eindeutig sexuellen Handlungen" erfasst und zum anderen "jede Abbildung der Geschlechtsteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken" (vgl. Art. 20 Abs. 2 des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch [Lanzarote-Konvention], SR 0.311.40, in Kraft seit 1. Juli 2014).

4.1. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass dem Video – entgegen dem Wortlaut der Anklageschrift – keine eigentliche eindeutige sexuelle Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB entnommen werden kann (Urk. 42 S. 6). Dem scheint auch die Staatsanwaltschaft dem Grundsatz nach zuzustimmen, spricht sie doch einzig von einer "sexuellen Stimulation" des Opfers (Urk. 55 S. 2). Diese "sexuelle Stimulation" erfolgt in dem Video (mutmasslich) durch Vorführen von (Erwachsenen-)Pornografie auf einem Mobiltelefon (vgl. Urk. 9), was als solches keine sexuelle Handlung mit einem Kind darstellt (WEDER, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], StGB Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2018, N 18 zu Art. 187). Inwiefern zwischen dem Betrachten von Pornografie durch ein Kind von etwa 3 bis 5 Jahren und dessen Erektion ein Kausalzusammenhang bejaht werden kann, wie die Verteidigung bezweifelt (Urk. 61 S. 3 f.), kann an dieser Stelle daher offen bleiben.

4.2. Fraglich bleibt daher, ob im besagten Video das Glied des Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken abgebildet wurde bzw. ob die Kameraführung einen klaren Sexualbezug aufweist. Die Staatsanwaltschaft bejaht dies, ohne dies jedoch näher zu begründen (Urk. 55 S. 2). Die Vorinstanz hielt hierzu fest, dass dem Glied des Kleinkindes zwar eine zentrale Bedeutung zukomme, womit dieses in gewisser Weise übermässig betont werde. Das kindliche Geschlechtsteil sei im eigentlichen Geschehen jedoch von untergeordneter Bedeutung, da es vielmehr den Schluss bzw. die Pointe der gezeigten Geschichte darstelle (Urk. 42 S. 6). Diese Einschätzung der Vorinstanz kann nicht geteilt werden: Mit der Staatsanwaltschaft ist unerheblich, aus welchen Motiven das Erzeugnis aufgenommen wurde, ob dieses den Hersteller sexuell erregt oder ob das Kind den Bezug zur Sexualität erkannt hat. So spielt es für die Qualifikation des Inhalts insbesondere keine Rolle, ob das Video mit kindlichem Geschlechtsteil zur Belustigung oder eben zur sexuellen Erregung aufgenommen wurde, sofern ein Bezug zur Sexualität im Allgemeinen bejaht werden muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_954/2019 vom 20. Mai 2020 E. 1.4.1.). Da das erigierte Glied des jungen Knaben eben gerade "die Pointe" darstellen soll, wird es übermässig in den Mittelpunkt gestellt. Die eigentliche Aussage des Videos – dass ein kleiner Knabe durch Betrachten von Pornografie sexuell erregt wird – weist zudem einen relativ klaren Sexualbezug auf, der jedoch durch den vom Hersteller wahrnehmbar als witzig empfundenen Inhalt mindestens teilweise in den Hintergrund verdrängt wird. Auch wirken die anwesenden erwachsenen Personen insofern auf das Kind ein, als sie diesem Pornografie auf einem Mobiltelefon vorspielen und zur Veranschaulichung der Erektion des Kindes auch dessen Hose herunterziehen. Immerhin ist festzuhalten, dass die anwesenden erwachsenen Personen den Knaben daran hindern, sein Glied zu manipulieren, als er dies versucht, und dessen Hose wieder hochziehen, womit sie die filmische Festhaltung einer eindeutigen sexuellen Handlung gerade noch verhinderten. Gesamthaft gesehen enthält das Video dennoch einen merklichen Sexualbezug. Insbesondere handelt es sich auch nicht um ein Erzeugnis, bei welchem nebenbei der Genitalbereich eines Kindes filmisch aufgenommen wird, wie das beispielweise bei einem Ferienfilm am Strand der Fall wäre (vgl. BGE 131 IV 64 E. 11.2.). Entsprechend muss besagtes Video als

Kinderpornografie qualifiziert werden, deren Konsum und Weiterverbreitung strafbar ist.

4.3. Indem der Beschuldigte das vorgenannte Video besessen, konsumiert und zweimal in einem Gruppenchat versendet hat, hat er den objektiven Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 – mehrfach – und Abs. 5 StGB – mindestens einmalig – erfüllt.

4.4. Die Vorinstanz prüfte der Vollständigkeit halber auch das Vorliegen des subjektiven Tatbestands. Sie kam zum Schluss, dass der Beschuldigte sich bei seinem Handeln weder bewusst gewesen sei, noch er in Kauf genommen habe, dass der Inhalt des Videos strafbare Kinderpornografie darstellen könnte. Er habe in der polizeilichen und der staatsanwaltlichen Einvernahme sowie auf gerichtliche Befragung hin jeweils gleichbleibend ausgesagt, dass er das Video primär lustig gefunden habe und überhaupt nicht daran gedacht habe, dass es sich bei dessen Inhalt um Kinderpornografie handeln könne bzw. er sogar dessen Echtheit bezweifelt habe. Auch habe er vehement verneint, dass ihn das Video sexuell erregt habe (Urk. 42 S. 7 f.).

4.5. Diesen Erwägungen kann ebenfalls nicht gefolgt werden: Nach ständiger Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4 mit Hinweis). Der (Eventual-)Vorsatz muss sich dabei auch auf das normative Tatbestandselement "pornografisch" beziehen. Dem subjektiven Erfordernis des Wissens des Täters ist demnach Genüge getan, wenn der Täter den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre; BGE 99 IV 57 E. 1.a.; BGE 100 IV 233, E. 4.). Vom Wissen um die Strafbarkeit einer Handlung darf gemäss Rechtsprechung sodann auf den Willen des Täters geschlossen werden, wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des

Erfolges ausgelegt werden kann (BGE 130 IV 58 E. 8.4.; 109 IV 137 E. 2.b.; BGE 69 IV 75 E. 5.; je mit Hinweisen).

Dem Beschuldigten war und ist aufgrund seiner Aussagen grundsätzlich bewusst, dass der Besitz, der Konsum und die Verbreitung von Kinderpornografie verboten sind (Urk. 3 F/A 9 ff.). Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit seiner Handlungen (Art. 21 StGB) scheidet damit von Beginn weg aus und käme auch andernfalls nicht zum Tragen, da der Beschuldigte sich entsprechendes Wissen ohne Weiteres hätte zu eigen machen müssen. Er behauptete lediglich, dass er beim vorliegenden Video nicht von einem kinderpornografischen Inhalt ausgegangen sei bzw. dass er dessen Inhalt zuerst als Fälschung betrachtet habe (Urk. 2 F/A 16 ff. und Urk. 3 F/A 7). Wie gesehen, ist der Inhalt des besagten Videos klar als kinderpornografisch einzustufen: Es ist eindeutig ersichtlich, dass der gefilmte Junge noch ein Kind ist und dass dessen erigiertes Glied im Zentrum steht und das Erzeugnis somit einen klaren Sexualbezug aufweist. Dieser Sexualbezug war dem Beschuldigten durchaus bewusst, verbreitete er das Video doch in einem Gruppenchat mit dem Namen "die letschte zuhälters", dessen Hintergrundbild eine leicht bekleidete Frau ziert (vgl. Urk. 4). Auch die auf die Zugänglichmachung folgende Nachricht des Beschuldigten in besagtem Gruppenchat ("B._____ mit 2") macht deutlich, dass er sich sowohl des jungen Alters des darin gefilmten Jungen als auch des Sexualbezugs bewusst war oder zumindest gewesen sein muss, will er damit doch gerade andeuten, dass einer der Empfänger (vom Beschuldigten gespeichert als "B._____ De FICKER") bereits in sehr jungen Jahren sexuell aktiv gewesen sei (Urk. 4). Trotz dieses Wissens hielt es der Beschuldigte dennoch für angebracht, das besagte Video auf seinem Mobiltelefon zu belassen und darüber hinaus noch zwei Mal an weitere Personen weiterzuleiten. Damit nahm er klarerweise in Kauf, dass er kinderpornografisches Material besitzen, konsumieren und zugänglich machen könnte, wobei er wusste, dass dies verboten ist. Dass er das Video allenfalls als Fälschung betrachtet haben könnte, ändert daran nichts: Wie er selber zugibt, war er sich nicht sicher, ob es sich um eine Fälschung handelte (Urk. 3 F/A 7). Er stellte dazu jedoch keine weiteren Abklärungen an, sondern zeigte durch den fortdauernden Besitz und das mehrfache Verbreiten eine gewisse Gleichgültigkeit ob dieses Umstands und nahm somit die Echtheit des Videos

ebenfalls in Kauf. Doch auch wenn das besagte Erzeugnis eine Fälschung darstellen würde – was vorliegend offengelassen werden kann –, so wäre dessen Konsum und Zugänglichmachen gemäss Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB ebenfalls strafbar (nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen), was dem Beschuldigten bewusst sein musste. Entsprechend erfüllte der Beschuldigte auch den subjektiven Tatbestand der mehrfachen harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB.

5. Zusammenfassend ist der Beschuldigte daher der mehrfachen harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB schuldig zu sprechen.

III. Sanktion

1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Wahl der Strafart und die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 217 E. 2.2.; 141 IV 61 E. 6.1.2. je mit Hinweisen). Darauf kann vorab verwiesen werden.

2. Die Staatsanwaltschaft beantragt im Berufungsverfahren die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 40.– (Urk. 55 S. 1). Die amtliche Verteidigung äusserte sich in ihrer Berufungsantwort nicht zum Strafmass, sondern beantragte, es sei bei einem Schuldspruch von einer Strafe gemäss Art. 52 oder Art. 54 StGB Umgang zunehmen (Urk. 61 S. 2).

3.1. Gemäss Art. 52 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Die Bestimmung erfasst nach der Botschaft relativ unbedeutende Verhaltensweisen, welche die Schwere und Härte einer Strafe nicht verdienen (Botschaft vom 23. März 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [...], BBl 1999 2063 Ziff. 213.31). Die Regelung von Art. 52 StGB ist zwingender Natur. Sind die Voraussetzungen erfüllt, muss die Behörde das Strafverfahren einstellen bzw. von einer Überweisung absehen. Stellt erst das

Gericht die Voraussetzungen für das fehlende Strafbedürfnis fest, erfolgt nicht ein Freispruch, sondern ein Schuldspruch bei gleichzeitigem Strafverzicht. Voraussetzung für die Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens gemäss Art. 52 StGB ist die Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Würdigung des Verschuldens des Täters richtet sich nach den in Art. 47 StGB aufgeführten Strafzumessungskriterien. Der Begriff der Tatfolgen umfasst nicht nur den tatbestandsmässigen Erfolg, sondern sämtliche vom Täter verschuldete Auswirkungen der Tat. Diese müssen stets gering sein. Schwerwiegendere Folgen können nicht durch andere, zu Gunsten des Betroffenen wirkende Komponenten ausgeglichen werden (zum Ganzen BGE 135 IV 130 E. 5.3.2. m.w.H.).

3.2. Entgegen der amtlichen Verteidigung kann vorliegend nicht von einem Fall einer relativ unbedeutenden Verhaltensweise ausgegangen werden. Zwar erweist sich das Verschulden des Beschuldigten als sehr leicht, wie noch zu zeigen sein wird. Dennoch verletzte der Beschuldigte mit seinen Handlungen das zentrale – und sehr hoch zu gewichtende – Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen, welches durch das Verbot von Kinderpornografie geschützt werden soll (Urteil des Bundesgerichts 1B_189/2018 vom 2. Mai 2018 E. 3.3.). Die Auswirkungen der Tat sind daher als durchaus bedeutend einzustufen, auch wenn der Beschuldigte das besagte Video nicht selber hergestellt und dieses lediglich an einen beschränkten Adressatenkreis weitergeleitet hat. Die Voraussetzungen für eine Strafbefreiung gemäss Art. 52 StGB sind vorliegend jedoch nicht erfüllt.

4. Auch ist entgegen der amtlichen Verteidigung kein Anwendungsfall einer Strafbefreiung wegen unmittelbarer Betroffenheit des Täters (Art. 54 StGB) gegeben: Unmittelbar betroffen durch die Folgen seiner Tat ist der Täter, wenn diese seine eigenen Rechtsgüter schädigte oder bei ihm seelisches Leiden bewirkte (HEIMGARTNER, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 20. Aufl., Zürich 2018, N 1a zu Art. 54 StGB). Die von der amtlichen Verteidigung beschriebene Betroffenheit des Beschuldigten hat – soweit sie überhaupt bejaht werden kann – ihren Ursprung ausschliesslich in der Strafverfolgung

der Tat. So sei trotz explizitem Wunsch der amtlichen Verteidigung die Vorladung zur staatsanwaltlichen Einvernahme dem Beschuldigen nach Hause geschickt worden, was dem Beschuldigten aufgrund des konservativen Elternhauses Umstände verursacht habe. Weiter sei sein Mobiltelefon im Rahmen der Strafuntersuchung zu Unrecht sichergestellt worden und er habe bereits drei Mal offiziell vorsprechen müssen (Urk. 31 S. 5 f.). Hierbei handelt es sich höchstens um eine mittelbare Betroffenheit des Beschuldigten, welche eine Strafbefreiung nach Art. 54 StGB vorliegend nicht rechtfertigt.

5. Tatkomponente

5.1. Als schwerste vorliegend zu beurteilende Tat ist für das (mehrfache) Zugänglichmachen von harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB eine Einsatzstrafe zu bilden. Der Beschuldigte machte dasselbe Video zwei Mal demselben Adressatenkreis zugänglich. Verschuldensmässig erweisen sich diese beiden Taten daher als identisch:

In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Beschuldigte das besagte Video zwei Mal einem lediglich begrenzten Personenkreis von fünf weiteren Personen zugänglich gemacht hat. Auch enthält dieses, wie bereits erwogen, keine eindeutigen sexuellen Handlungen mit Kindern, auch wenn es dennoch eine erhebliche Beeinträchtigung der sexuellen Integrität des Kindes darstellt. Insgesamt ist in Bezug auf das gesamte Spektrum möglicher Verbreitung von Bildern und Videos mit hartem pornografischem Inhalt von einem sehr leichten Verschulden auszugehen.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte lediglich mit Eventualvorsatz gehandelt hat und er das Video nach seinen Aussagen auch primär mit dem Motiv der Belustigung seiner Freunde versendet hat. Insgesamt ist auch das subjektive Verschulden als sehr leicht zu bewerten.

Für das erste Zugänglichmachen des Videos erscheint damit unter Berücksichtigung des Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe eine Einsatzgeldstrafe von 30 Tagessätzen dem Tatverschulden angemessen. Auch

das zweite Zugänglichmachen wäre, aufgrund der Tatidentität, für sich alleine gesehen mit 30 Tagessätzen Geldstrafe zu bestrafen. In Anwendung des Asperationsprinzips ist die Einsatzstrafe jedoch um lediglich 20 Tagessätze zu erhöhen.

5.2. Sodann ist der Beschuldigte auch für den Besitz bzw. den Konsum von harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB zu bestrafen:

In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass dem Beschuldigte lediglich der Erhalt und Konsum von einem kinderpornografischen Erzeugnis nachgewiesen werden konnte und vorgeworfen wird, wobei dieses, wie bereits erwogen, keine eindeutige sexuelle Handlung mit eine Kind beinhaltet. Daher ist auch hier von einem sehr leichten Verschulden auszugehen. Dieses erweist sich im Vergleich zum objektiven Verschulden beim Zugänglichmachen des besagten Videos als noch geringer, auch da gemäss Anklage lediglich der einmalige Konsum zu bestrafen ist.

In subjektiver Hinsicht ist erneut zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte das Erzeugnis lediglich eventualvorsätzlich besessen bzw. konsumiert hat. Es kann bei ihm zudem auch keine pädophile Neigung ausgemacht werden. Auch hat er das Video gemäss seinen glaubhaften Aussagen mindestens teilweise als belustigend empfunden, und hat es somit nicht zur Befriedigung von sexuellen Bedürfnissen konsumiert. Es ist daher auch subjektiv von einem sehr leichten Verschulden auszugehen.

Für sich alleine gesehen wäre der einmalige Konsum des besagten Videos mit einer Einzelgeldstrafe von 10 Tagessätzen zu bestrafen. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips ist die Einsatzstrafe von 50 Tagessätzen Geldstrafe um 5 Tagessätze auf gesamthaft 55 Tagessätze Geldstrafe zu erhöhen.

6. Täterkomponente

6.1. Die Biografie des Beschuldigten lässt sich wie folgt zusammenfassen: Der Beschuldigte ist Schweizer Bürger, wurde aber in C._____ im Irak geboren. Seine Familie flüchtete mit ihm in die Schweiz als er rund ein halbes Jahr alt war, wobei sein Vater auf der Flucht verhaftet wurde und zwei Jahre im Gefängnis im Irak verbringen musste. Er hat einen älteren Bruder, eine ältere Schwester und einen

jüngeren Bruder. In der Schweiz besuchte und absolvierte er die Primarschule D._____ und die Primarschule E._____ und danach die Sekundarschule A im Schulhaus F._____ (alle in G._____ ZH). Direkt im Anschluss an die Sekundarschule begann er eine Lehre bei der H._____ AG in I._____ als Automobilmechaniker, scheiterte jedoch am praktischen Teil der Lehrabschlussprüfung, weshalb er seither versucht, sich mit einem Autohandel unter der Firma "J._____" selbstständig zu machen. Er plant, den nicht bestandenen Teil der Lehrabschlussprüfung im Frühjahr 2021 nachzuholen. Derzeit lebt er bei seinen Eltern und muss dort Fr. 400.– pro Monat für Logis abgeben. Er ist ledig und kinderlos und verfügt weder über Vermögen noch über Schulden (Urk. 3 S. 5 ff.; Prot. I. S. 6 f.).

6.2. Gemäss Strafregisterauszug ist der Beschuldigte nicht vorbestraft (Urk. 46).

6.3. Sowohl die Biografie des Beschuldigten als auch seine Vorstrafenlosigkeit erweisen sich als strafzumessungsneutral. Jedoch ist dem Beschuldigten zu Gute zu halten, dass er von selbst und aus Loyalität gegenüber einem Freund bei der Polizei vorstellig wurde (Urk. 2 F/A 7). Sodann war er betreffend den objektiven Sachverhalt von Beginn an geständig und kooperierte mit den jeweils befassten Strafverfolgungsbehörden (vgl. Urk. 2 und Urk. 3). Auch zeigte er aufrichtige Einsicht und Reue in das Unrecht seiner Tat (Urk. 3 S. 8 und Prot. I S. 14). Dieses Nachtatverhalten hat zu einer merklichen Reduktion der Einsatzstrafe zu führen.

6.4. Unter Berücksichtigung des Tatverschuldens, des Vorlebens sowie der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten erscheint eine Bestrafung des Beschuldigten für die mehrfache harte Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB mit einer Geldstrafe von gesamthaft 35 Tagessätzen angemessen.

7. Der Beschuldigte gab vor Vorinstanz an, derzeit über ein durchschnittliches monatliches Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit von rund Fr. 4'000.– bis Fr. 4'500.– zu verfügen. Dieses variere jedoch aufgrund der erst kurzen Selbstständigkeit. Er gehe jedoch davon aus, dass ihm nach Bezahlung sämtlicher Lebenshaltungskosten rund Fr. 1'200.– verbleiben würden (Prot. I S. 6 f.). Aufgrund dieser Aussagen erscheint es angemessen, die Tagessatzhöhe auf Fr. 30.– festzusetzen.

8. Für die von der Staatsanwaltschaft beantragte Verbindungsbusse von Fr. 400.– unter Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung (Urk. 55 S. 1 f.) besteht vorliegend kein Raum. Einerseits wird das Verschulden mit der auszusprechenden Geldstrafe bereits vollumfänglich abgegolten, weshalb eine zusätzliche Verbindungsbusse nicht mehr schuldangemessen wäre (vgl. BGE 134 IV 60 E. 7.3). Andererseits liegt auch kein Fall der sog. Schnittstellenproblematik vor, bei welcher ein eigentlich erfüllter Übertretungstatbestand von einem Vergehenstatbestand konsumiert wird (BGE 134 IV 82 E. 8.3; OMAR, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 2 StGB, ZStrR 128/2010 S. 38, S. 43 und S. 51).

9. Sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzuges der Geldstrafe (Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB) sind vorliegend zweifellos erfüllt, weshalb die Geldstrafe bedingt auszusprechen ist. Die Probezeit ist in Anbetracht, dass es sich beim Beschuldigten um einen Ersttäter handelt und aufgrund des Nachtatverhaltens des Beschuldigten keinen weitergehenden Bedenken Rechnung getragen werden muss, auf das Minimum von zwei Jahren festzusetzen.

IV. Tätigkeitsverbot

1. Wird jemand wegen harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 oder Abs. 5 StGB bestraft und haben die Gegenstände sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so verbietet ihm das Gericht lebenslänglich jede berufliche Tätigkeit und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB). Das Gericht kann in besonders leichten Fällen der Pornografie ausnahmsweise von der Anordnung eines solchen Tätigkeitsverbots absehen, wenn ein solches nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind und wenn der Täter gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien nicht pädophil ist (Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB).

2. Die Staatsanwaltschaft beantragte im Berufungsverfahren, dass angesichts der Gesamtumstände des Tatvorwurfs, des noch jungen Alters des Beschuldigten und vor allem des Umstandes, dass bei ihm keinerlei pädophile Neigungen erkennbar seien auf die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots zu verzichten sei (Urk. 55 S. 3). Dem kann ohne Weiteres beigepflichtet werden. Von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots ist in Anwendung von Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB abzusehen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung der eher geringen Schwierigkeit des Falles, des geringen Aktenumfanges und der eher geringen Bedeutung des Falles auf Fr. 1'500.– festzusetzen (vgl. § 14 Abs. 1 lit. a GebV OG). Die Gebühr für das Vorverfahren beträgt Fr. 1'500.– (Urk. 23).

1.2. Die Vorinstanz entschädigte den amtlichen Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, für seine Aufwendungen und Auslagen im Untersuchungsverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren mit den beantragten Fr. 5'713.80 (inkl. MwSt. und Barauslagen; vgl. Urk. 33 und Urk. 42 S. 10 f.). Dies erscheint angemessen und ist ohne Weiteres zu bestätigen.

2.1 Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist praxisgemäss auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

2.2.. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, macht für die anwaltliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren einen Aufwand von 7.15 Stunden im Betrag von Fr. 1'573.– und Barauslagen in Höhe von Fr. 45.10 (exkl. MwSt.) und somit gesamthaft einen Betrag von Fr. 1'742.70 (inkl. MwSt.) geltend. Diese Aufwendungen sind ausgewiesen und angemessen. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ist daher für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 1'742.70 (inkl. MwSt. und Barauslagen) zu entschädigen.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Untersuchungsverfahrens, des erstinstanzlichen Hauptverfahrens und des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung in sämtlichen Verfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist jedoch die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten (Art. 426 Abs. 1 und Art. 428 Abs. 1 StPO).

4. Für die Zusprechung eines Schadenersatzes oder einer Genugtuung an den Beschuldigten besteht beim vorliegenden Verfahrensausgang kein Raum.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A._____** ist schuldig der mehrfachen harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 35 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'500.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 5'713.80 amtliche Verteidigung
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'742.70 amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Untersuchungsverfahrens, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens und des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse ge-

nommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- das Bundesamt für Polizei fedpol, Hauptabteilung Bundeskriminalpolizei

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

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

8. 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, 27. April 2021

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Prinz

M.A. HSG M. Wolf-Heidegger

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.