

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB210017-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler, Präsidentin, Ersatzoberrichter  
Dr. iur. Pahud und Ersatzoberrichterin lic. iur. Sigrist-Tanner sowie  
Gerichtsschreiber MLaw Pandya

## Urteil vom 7. September 2021

in Sachen

**Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich**, vertreten durch Staatsanwalt lic. iur.  
Wyss,  
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

**A.\_\_\_\_\_**,  
Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Fürsprecher lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 3. November 2020 (GG200119)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 15. Juni 2020 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

### **Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen hinsichtlich der Anklagevorwürfe
  - der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> StGB,
  - der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird der Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich (APV) im Sinne von Art. 26 APV i.V.m. Art. 10 APV schuldig gesprochen.
3. Von der Auferlegung einer Busse wird abgesehen und dem Beschuldigten wird ein Verweis erteilt.
4. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 16. Dezember 2019 beschlagnahmte Mobiltelefon XS, inkl. SIM-Karte (Asservat-Nr. A013'000'016) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben, nachdem er die Videoaufnahme mit dem Gestöhne vom 21. Juli 2019 vor den Augen eines Polizeifunktionärs gelöscht hat, oder nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.
5. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von pauschal Fr. 6'000.– (inkl. MwSt. und Barauslagen) für die anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

**Berufungsanträge:**

a) Der Vertreter der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:

(Urk. 33 S. 4 f. und Urk. 48 S. 2 sinngemäss)

1. Bestätigung des Schuldspruchs der Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich (Disp.-Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils).
2. Schuldigsprechung von A. \_\_\_\_\_ zusätzlich wegen
  - Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179quater StGB sowie
  - Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB
3. Bestrafung mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.00 (entsprechend Fr. 2'700.00), und einer Busse von Fr. 700.00, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 9. November 2020
4. Es sei die Strafe für vollziehbar zu erklären
5. Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse
6. Absehen von einem Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 abs. 3 lit. d StGB in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4<sup>bis</sup> StGB
7. Einziehung und Vernichtung des mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2019 beschlagnahmten Gegenstandes
8. Entscheid über die Zivilansprüche der Privatklägerschaft
9. Kostenaufgabe

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 46 S. 2)

1. Die Anträge der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerin seien abzuweisen, soweit diese durch die nachfolgenden Anträge nicht ausdrücklich anerkannt werden.
2. Das Urteil des Bezirksgerichtes vom 3. November 2020 (Geschäfts-Nr. GG200119) sei gemäss den Ziffern 1 bis 6 zu bestätigen, darüber hinaus sei der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen:
3. Die Freisprüche
  - der Verletzung des *Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahme-geräte* im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> StGB sowie
  - der *Pornographie* im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGBgemäss Ziffer 1 im Dispositiv des Urteils seien zu bestätigen und
4. Der Schuldspruch der Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich im Sinne von Art. 26 APV i.V.m. Art. 10 APV gemäss Ziffer 2 im Dispositiv des Urteils sei zu bestätigen.
5. Es sei in Bestätigung der Ziffer 3 des Dispositivs des Urteils von der Auferlegung einer Busse abzusehen und die Erteilung des Verweises sie zu bestätigen.
6. In Bestätigung der Ziffer 4 des Dispositivs des Urteils sei das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 16. Dezember 2019 beschlagnahmte Mobiltelefon XS, inklusive SIM-Karte (Asservat-Nr. A013'000'016) dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen herauszugeben, nachdem der Beschuldigte die Videoaufnahme mit dem Gestöhne vom 21. Juli 2019 vor den Augen eines Polizeifunktionärs gelöscht hat, oder nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde zu vernichten.

7. In Bestätigung der Ziffer 5 des Dispositivs des Urteils seien die Entscheidunggebühren vor erster und zweiter Instanz ausser Ansatz zu fällen und die übrigen Kosten seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
8. In Bestätigung der Ziffer 6 des Dispositivs des Urteils sei dem Beschuldigten für die anwaltliche Verteidigung und eine Prozessentschädigung
  - für die erste Instanz von pauschal Fr. 6'000.– (inkl. MwSt. und Barauslagen) und
  - für die zweite Instanz von Fr. 6'130.95 (inkl. MwSt. à Fr. 438.35 und Barauslagen)zuzusprechen.
9. Im Falle eines Schuldspruches gemäss Ziffer 2.1. Absatz 2 sei von einem Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d StGB in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4<sup>bis</sup> StGB abzusehen.
10. Die Zivilforderung der Privatklägerin sei vollumfänglich abzuweisen, eventualiter sei die Zivilforderung auf den zivilen Rechtsweg zu verweisen.
11. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung und die Kosten für das Gerichtsverfahren vor allen Instanzen seien auf die Staatskasse zu nehmen.
12. Dem Beschuldigten sei eine angemessene Prozessentschädigung für alle Instanzen zu entrichten.

Der Sprechende beantragt vorfrageweise die nachfolgenden Beweisanträge

Es seien die nachfolgenden Beweisdokumente

- Notenausweis berufliche Grundausbildung des Kantons Zürich Fachmann Betriebsunterhalt EFZ Hausdienst vom 28. Juni 2021 (Beilage 6),

- Zeugnisse der Berufsfachschule des Kantons Zürich für den Beschuldigten vom 1. Lehrjahr bis und mit 3. Lehrjahr (Beilage 7),
- Bewertung VA – Präsentation mit VA-Schlussnote 5 (Jahr 2020) (Beilage 8)
- Lohnausweis der Arbeitgeberin B.\_\_\_\_\_ AG vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2020 (Beilage 10) und
- Lohnabrechnung der Arbeitgeberin B.\_\_\_\_\_ AG für den Monat Juni 2021 à Fr. 971.35 netto, letzter Lohn bei der Arbeitgeberin (Beilage 11)

zu den amtlichen Akten des vorliegenden Strafverfahrens zu schlagen.

---

### **Erwägungen:**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Aufgrund einer Anzeige der Privatklägerin vom 21. Juli 2019 wurde zunächst gegen unbekannt und alsdann gegen den Beschuldigten eine Untersuchung wegen Vergewaltigung geführt (Urk. 1/1 ff.). Anlässlich der polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten vom 9. September 2019 reichte der Verteidiger des Beschuldigten eine Aufnahme ein, auf der das Stöhnen einer Frau zu hören ist (Urk. 3/1 S. 16 ff.; Urk. 10/10). In der Folge stellte die Privatklägerin am 13. September 2019 Strafantrag gegen den Beschuldigten wegen Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte gemäss Art. 179<sup>quater</sup> StGB (Urk. 2). Nach durchgeführter Untersuchung erliess die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich am 28. Februar 2020 eine Einstellungsverfügung betreffend den Vorwurf der Vergewaltigung (Urk. 16/3). Am 15. Juni 2020 erhob sie Anklage

beim Bezirksgericht Zürich wegen Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte, wegen Pornografie sowie wegen Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich (Urk. 16/3 und Urk. 18).

2. Zum weiteren Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 32 S. 4; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3. Am 3. November 2020 erging das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht (Urk. 25 und Urk. 32). Das Urteil wurde mündlich eröffnet und begründet sowie im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 20).

4. Die Staatsanwaltschaft meldete mit Eingabe vom 9. November 2020 Berufung an (Urk. 28), worauf ihr am 23. Dezember 2020 das begründete Urteil zugestellt wurde (Urk. 31/1). Am 6. Januar 2021 reichte die Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung ein (Urk. 33).

5. Mit Präsidialverfügung vom 15. Januar 2021 wurde dem Beschuldigten sowie der Privatklägerin die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Der Beschuldigte wurde zudem aufgefordert, dem Gericht das "Datenerfassungsblatt" sowie Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen einzureichen. Der Privatklägerin wurde Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie den Antrag stelle, dass dem urteilenden Gericht eine Person gleichen Geschlechts angehöre und ob sie für den Fall einer Befragung verlange, von einer Person gleichen Geschlechts einvernommen zu werden (Urk. 35). Mit Eingabe vom 9. Februar 2021 erklärte der Verteidiger des Beschuldigten, auf Anschlussberufung zu verzichten; zudem reichte er Unterlagen ein (Urk. 37 und Urk. 38/1-5). Die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen. Die Berufungsverhandlung wurde auf den 7. September 2021 angesetzt (Urk. 40) und fand in Anwesenheit des Beschuldigten, des Verteidigers sowie des Staatsanwalts statt (Prot. II S. 4).

## **II. Umfang der Berufung; Prozessuales**

1. Die Staatsanwaltschaft verlangt mit der Berufung im Wesentlichen einen Schuldspruch auch hinsichtlich der Vorwürfe der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> StGB und wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB sowie die Bestrafung mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.00 und einer Busse von Fr. 700.00 (Urk. 33).

Nicht angefochten wurde der Schuldspruch betreffend Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich (Dispositiv-Ziffer 2 und Urk. 33 S. 4). Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO). Im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil zu überprüfen.

2. Mit Bezug auf den Strafantrag hinsichtlich der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte, die Konstituierung als Privatklägerin sowie die fehlende Bezifferung der Zivilforderung der Privatklägerin kann auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 32 S. 5, 14 f.) verwiesen werden.

## **III. Sachverhalt**

1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten Folgendes vor: Am 21. Juli 2019, ca. 02:00 Uhr, hätten der Beschuldigte und die Privatklägerin am Rande eines Waldwegs im Bereich ... in ... Zürich im Stehen den Geschlechtsverkehr ausgeübt. Der zu diesem Zwecke hinter der Privatklägerin stehende Beschuldigte habe dabei heimlich sein Mobiltelefon behändigt und die Videofunktion aktiviert. Dadurch habe er vom Geschlechtsakt einen Film von 36 Sekunden Dauer produziert, auf dem ausser dem dunklen Bildschirm nichts zu sehen, jedoch Lustgeräusche der Privatklägerin zu hören seien. Die Privatklägerin habe nicht gewusst, dass der Beschuldigte den Geschlechtsakt mindestens auf Ton aufzeichne und habe in diese Aufnahme nicht eingewilligt. Der Beschuldigte habe gewusst, dass die Privatklägerin der Aufnahme nicht zugestimmt habe und habe auch nicht von einer Einwilligung der konkludent dem Akt zustimmenden Privatklägerin ausgehen

können (Urk. 18 S. 2 f.). Zudem habe der Beschuldigte gewusst oder habe aufgrund der Umstände mindestens annehmen müssen, dass die zur Tatzeit erst 16 Jahre alte Privatklägerin weniger als 18 Jahre alt gewesen sei, als er die Aufnahme anfertigte. Der Beschuldigte habe sodann während mindestens einiger Tage bis zur Sicherstellung des Telefons am 9. September 2019 die Aufnahme auf seinem Gerät gespeichert und sei in der Lage gewesen, jederzeit darauf zuzugreifen (Urk. 18 S. 3).

2. Nicht streitig ist der Sachverhalt grundsätzlich in objektiver Hinsicht, namentlich, dass der Beschuldigte und die Privatklägerin zur angegebenen Zeit, am angegebenen Ort und in der angegebenen Stellung den Geschlechtsverkehr ausübten, dass eine durch den Beschuldigten mit der Videofunktion des Mobiltelefons erstellte Aufnahme vorliegt und dass die Privatklägerin im damaligen Zeitpunkt 16 Jahre alt war. Insoweit kann im Grundsatz auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 32 S. 5 ff.). Hervorzuheben ist Folgendes:

- Während des Geschlechtsakts am Waldrand um 2 Uhr morgens war es, wie der Beschuldigte nachvollziehbar angab, "dunkel [...] sehr dunkel" (Urk. 3/1 S. 6).
- Vom einvernehmenden Polizeibeamten darauf angesprochen, er (der Polizeibeamte) wisse, dass es "von diesem Akt eine Tonbandaufnahme gibt", führte der Beschuldigte aus: "[...] Ich zog das Kondom an. Dann hat der Sex angefangen. Ich nahm mein Handy aus der Hosentasche. Ich nahm es für mich auf und speicherte es" (Urk. 3/1 S. 16 Frage 176). Auf die Frage, wo das Handy während der Aufnahmen war, erklärte der Beschuldigte: "Ich habe es versorgt. Während dem Sex ging ich nach unten, nahm mein Handy und machte die Aufnahme. Ich habe es dann wieder versorgt" (Urk. 3/1 S. 17 Frage 179).
- Die Aufnahme, die entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 32 S. 7) auf einer SD-Karte gespeichert bei den Akten liegt (Urk. 10/10), wurde mit der Kamera- bzw. Videofunktion erstellt (Urk. 3/1 S. 17 Frage 189). Beim Abspielen ist nichts zu sehen; der Bildschirm bleibt unverändert tiefschwarz.

- Zu hören sind im Wesentlichen das Stöhnen einer Frau und eine ruhig wirkende männliche Stimme mit dem ungefähren Wortlaut "Tue mol so ... genau" (Urk. 10/10; Urk. 1/5 S. 9 und Urk. 4/7).
- Gemäss Polizeirapport vom 2. Dezember 2020 wurde die Aufnahme am 21. Juli 2019 um 02:06 Uhr erstellt. Festgehalten wird, dass keine Metadaten (GPS-Koordinaten) vorhanden seien, die Aufnahme jedoch in der Foto-App zwischen einem Video in einem Bus (01:19 Uhr) und Fotos von der Party (04.23), die gemäss GPS-Koordinaten in der Nähe des Tatortes aufgenommen worden seien, eingebettet sei. Gemäss Spezialisten der Digitalen Forensik sei es nahezu ausgeschlossen, dass die besagte Aufnahme an einem anderen Tag erstellt und erst danach in der Foto-App platziert worden sei (Urk. 1/5 S. 9).
  - Bei den Akten liegt im Weiteren eine Fotodokumentation, u.a. mit Fotos des Waldwegs sowie des Tatorts, an dem eine Kondomverpackung, ein Abriss einer Kondomverpackung und ein gebrauchtes Kondom gefunden wurden (Urk. 1/2). Gemäss Kurzbericht vom 4. November 2019 stimmen die am Kondom gefundenen DNA-Spuren mit dem DNA-Profil des Beschuldigen überein (Urk. 7/4).
3. In subjektiver Hinsicht ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Beschuldigte verneinte, das Alter der Privatklägerin gekannt zu haben. Er habe erst im Nachhinein von der Auskunftsperson C.\_\_\_\_\_ erfahren, dass die Privatklägerin 16 oder 17 Jahre alt gewesen sei (Urk. 3/1 S. 15 ff.). Er habe gedacht, die Privatklägerin sei in seinem damaligen Alter, also 18 Jahre alt. Ihr Alter habe ihn in diesem Moment aber nicht interessiert, weshalb er sie auch nicht danach gefragt habe (Urk. 3/2 S. 2 ff.). Im Übrigen verweigerte der Beschuldigte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 6. Februar 2020 (Urk. 3/2 S. 3 f.), an der Hauptverhandlung vom 3. November 2020 und an der Berufungsverhandlung vom 7. September 2021 die Aussagen zur Sache (Prot. I S. 10 ff. und Prot. II S. 16).

#### IV. Rechtliche Würdigung

1.1 Die Staatsanwaltschaft qualifiziert das Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> StGB sowie als Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB. Die Vorinstanz erachtet die Straftatbestände als nicht erfüllt.

1.2.1 Die Vorinstanz führt – im Einklang mit der Verteidigung (vgl. Urk. 24A S. 4 ff.) – zusammengefasst aus, der Beschuldigte und die Privatklägerin hätten die sexuellen Handlungen an einem öffentlich zugänglichen Ort, in unmittelbarer Nähe zu einer Party mit zahlreichen Gästen und nur etwa fünf Meter vom Waldweg entfernt vorgenommen. Entsprechend seien sie von der Auskunftsperson D.\_\_\_\_\_ vom Weg aus gesehen und gefunden worden. Eine Verletzung des Privat- oder Geheimbereichs sei damit nicht gegeben (Urk. 32 S. 9 f.). Zudem seien auf dem Video aufgrund der Dunkelheit lediglich schwarze Bilder erkennbar, so dass das aufgenommene Video einer eigentlichen Tonaufnahme gleichkomme. Würde man das Tatbestandsmerkmal der Bildaufnahme dennoch bejahen, würde dies dem Zweck der Bestimmung von Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB – dem Schutz des Rechts am eigenen Bild – zuwiderlaufen (Urk. 32 S. 10). Der Straftatbestand der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB sei in objektiver Hinsicht nicht erfüllt, da auf der Aufnahme nicht erkennbar sei, dass die aufgenommene Person noch minderjährig sei. Dem Beschuldigten habe es auch am Vorsatz gefehlt, da dieser das Alter der Privatklägerin erst im Nachhinein erfahren habe und die Privatklägerin sowohl in ihrer körperlichen wie auch geistigen Entwicklung älter wirke sowie in Begleitung einer mit 23 Jahren deutlich älteren Freundin gewesen sei (Urk. 32 S. 13).

1.2.2 Die Staatsanwaltschaft hält demgegenüber dafür, der Geheim- und Privatbereich der Privatklägerin sei verletzt worden. Der zu beurteilende Sachverhalt habe sich mitten in der Nacht im Wald neben einem Waldweg abgespielt. Der Beschuldigte und die Privatklägerin hätten sich zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs neben den Weg ins Dunkle begeben. Die Dunkelheit habe mithin Schutz vor Beobachtung geboten. Dritte hätten zwar nicht ausgeschlossen werden kön-

nen, doch sei notorisch, dass mitten in der Nacht die Annäherung von Personen auf einem Weg gehört werde. Zudem seien die Personen, die gemeinsam mit den Parteien aus dem Nachtbus gestiegen seien, mittlerweile an der Party gewesen und es sei längere Zeit nicht mehr mit Passanten zu rechnen gewesen. Indem der Beschuldigte während des Geschlechtsaktes sein Mobiltelefon gezückt und den Akt aus unmittelbarer Nähe aufgenommen habe, habe er einem Voyeur gleich ein "rechtlich-moralisches Hindernis" überwunden, d.h. eine Grenze, die nach den hiezulande allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten werde (Urk. 33 S. 2 m.H.a. BGE 118 IV 41, 49). Nur aus unmittelbarer Nähe sei es möglich gewesen, die Liebesgeräusche zu erfassen und festzuhalten. Der Angeklagte erfülle aus diesen Gründen objektiv wie subjektiv den Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB (Urk. 33 S. 2).

Bezüglich Pornografie verkenne die Vorinstanz, dass der objektive Tatbestand von Art. 197 Abs. 5 StGB keine Erkennbarkeit des Alters der Protagonisten voraussetze, sondern einzig objektiv auf deren Alter abstütze. Die Bestimmung schütze nicht ausschliesslich die öffentliche Sittlichkeit, sondern vielmehr auch Minderjährige vor sexueller Ausbeutung und Exposition. Eine andere Betrachtungsweise würde die Herstellung und Vermarktung pornografischer Erzeugnisse mit Kindern ermöglichen, so lange die Protagonisten sekundäre Geschlechtsmerkmale aufweisen und somit wie 18 Jahre alt wirken. Auch der subjektive Tatbestand sei erfüllt. Gerade weil der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt erst 18 Jahre alt war, sei ihm zwangsläufig sehr wohl bewusst gewesen, dass die Privatklägerin allenfalls auch jünger als er selber sein dürfte (Urk. 33 S. 3).

2.1 Nach Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt.

2.2.1 Die Strafnorm schützt den Geheim- oder Privatbereich einer Person vor "visueller Bepitzelung" mittels visueller Medien, etwa Filmkamera oder Fotoapparat (BSK StGB-Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>quater</sup> Vor N 1 und N 2). Es geht um das

Beobachten mit einem *Bildaufnahmegerät* und die Aufnahme auf einem *Bildträger* (ebd., N 18).

2.2.2 Im vorliegenden Fall hat der Beschuldigte während des Geschlechtsakts mit der Privatklägerin die "Videofunktion" seines Mobiltelefons aktiviert (und nach 36 Sekunden wieder deaktiviert). Erstellt wurde in diesem Modus eine Tonaufnahme mit Lustgeräuschen der Privatklägerin, nicht aber eine Bildaufnahme. Tonaufnahmen bilden nicht Gegenstand der Strafbestimmung von Art. 179<sup>quater</sup> StGB.

2.2.3 Wenn in der Anklageschrift festgehalten wird, der Beschuldigte habe "vom Geschlechtsakt einen Film [produziert], auf dem ausser dem dunklen Bildschirm nichts zu sehen ist", vertritt die Staatsanwaltschaft möglicherweise den Standpunkt, es liege technisch gesehen auch eine Bildaufnahme vor – auf der einfach bloss Schwärze zu erkennen ist. Allerdings würde dies nichts ändern. Es ist nicht bekannt und wird in der Anklageschrift nicht dargelegt, in welcher Weise der Beschuldigte das Mobiltelefon während der Aufnahme in der Hand hielt, in welche Richtung dessen Kameralinse gerichtet war und "was" mit der Kamera aufgenommen wurde bzw. hätte aufgenommen werden sollen. Dass es sich um eine Bildaufnahme "des Geschlechtsakts" (so Anklageschrift) bzw. der Privatklägerin beim Geschlechtsakt handelt, ist nicht erstellt. Ebenso gut könnte es sich um die Aufnahme des Nachthimmels, des Waldbodens oder der Handinnenseite des Beschuldigten handeln.

2.3 Der Straftatbestand der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB ist nicht erfüllt. Damit kann offen bleiben, ob mit der Vorinstanz und entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft zudem davon auszugehen ist, dass auch der Schutz des Privat- und Geheimbereichs zu verneinen ist, weil die sexuellen Handlungen zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin an einem öffentlich zugänglichen Ort vorgenommen wurden (vorne E. 1.2).

3.1 Nach Art. 197 Abs. 5 StGB macht sich u.a. strafbar, wer pornografische Ton- oder Bildaufnahmen, die sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, insbesondere konsumiert, zum eigenen Konsum herstellt oder besitzt.

3.2.1 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der Begriff der Pornografie zum einen voraus, dass die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sind, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum andern 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 (BGE 133 IV 31 E. 6.1.1; BGer-Urteil 6B\_180/2015 vom 28. Februar 2016 E. 3.1.1).

3.2.2 Pornografie mit Minderjährigen stellt harte Pornografie dar, die abgesehen von der Ausnahme gemäss Art. 197 Abs. 9 StGB, absolut verboten ist (Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB). Dieses Verbot bezweckt neben der ungestörten Entwicklung Jugendlicher zusätzlich den Schutz von Erwachsenen vor der korrumpierenden Wirkung solcher Erzeugnisse und damit mittelbar die Bewahrung potenzieller "Darsteller" vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung. Ein Werk ist schon als kinderpornografisch zu betrachten, wenn daraus erkennbar ist, dass seine vorsätzliche Herstellung in der Schweiz nach Art. 187 StGB strafbar wäre. Im Einzelfall ist – bei bildlichen Darstellungen – nach der Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass Nacktaufnahmen von Kindern auch ohne besondere Betonung des Genitalbereichs als pornografisch qualifiziert werden können (BGE 133 IV 31 E. 6.1.2; BGer-Urteil 6B\_180/2015 vom 28. Februar 2016 E. 3.1.2). Entscheidend ist der Gesamteindruck. Sind die Darstellungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt, den Konsumenten sexuell aufzureizen und ist die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, ist die Aufnahme eines nackten Kindes als pornografisch einzustufen (BGer-Urteil 6B\_180/2015 vom 28. Februar 2016 E. 3.3.1 m.H.).

3.2.3 Bei der Darstellung von Sexualität geht es naturgemäss primär um bildliche Wiedergaben. In der Pornografie stehen auf den Genitalbereich konzentrierende

Darstellungen im Vordergrund (BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197 N 14; Donatsch, Strafrecht III, 11. Auflage, Zürich u.a. 2018, S. 571 f.; Botschaft BBl 1985 7616), wobei – wie ausgeführt – kinderpornografische Aufnahmen im Einzelfall aufgrund des Gesamteindrucks auch ohne die besondere Betonung des Genitalbereichs pornografisch sein können. Strafbar sein können nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich auch bloss Tonaufzeichnungen. Allerdings fällt es bei Tonaufnahmen schwer, eine Schwelle zu erkennen, ab welcher 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. Eine vergleichbare Referenz wie der anatomische Genitalbereich in bildnerischen Darstellungen lässt sich kaum denken. Es bleibt nichts anderes übrig, als sich in jedem Einzelfall die Frage zu stellen, ob durch eine Tonaufnahme nach dem Gesamteindruck die Sexualität ähnlich vergrößert wird wie bei einer bildlichen Fokussierung auf den Genitalbereich. Einen Anhaltspunkt vermag immerhin BGE 119 IV 151 E. 2/a (= Pra 84/1995 Nr. 129 S. 416) zu geben, wo Tonaufnahmen, auf denen "in insistierender Weise und mittels roher Ausdrücke sexuelle Praktiken, Erregung und Orgasmus wiedergegeben werden" der (weichen) Pornografie zugeordnet wurden.

3.3 Im vorliegenden Fall sind auf der 36 Sekunden langen Aufnahme das Stöhnen einer Frau und die Worte eines Mannes "Tue mol so ... genau" zu hören (Urk. 10/10; Urk. 1/5 S. 9; Urk. 4/7; vorne E. III/2). Das Stöhnen lässt sich zwar mit sexueller Erregung in Verbindung bringen. Es wirkt aber weder insistierend noch roh. Die Sexualität wird nicht vergrößert und es lässt sich nicht sagen, die Urheberin der Geräusche werde auf ein blosses Sexualobjekt reduziert. Auch die wenigen durch den Mann gesprochenen Worte erwecken keinen solchen Eindruck. Damit liegt keine Pornografie vor und ist der Tatbestand von Art. 197 Abs. 5 StGB nicht erfüllt.

3.4 Die Vorinstanz verneint die Erfüllung des Tatbestands von Art. 197 Abs. 5 StGB deshalb, weil in keiner Weise erkennbar sei, dass die aufgenommene Person noch minderjährig ist, und weil der Beschuldigte nicht habe in Kauf nehmen müssen, dass die Privatklägerin zum Tatzeitpunkt noch minderjährig war. Die Pri-

vatklägerin wirke sowohl in ihrer körperlichen wie auch geistigen Entwicklung älter und sei in Begleitung einer mit 23 Jahren deutlich älteren Freundin gewesen. Da der Beschuldigte zudem zum Tatzeitpunkt selber erst 18 Jahre alt war, sei es gerechtfertigt, einen weniger strengen Massstab an dessen Sorgfaltspflicht anzuwenden (Urk. 32 S. 13).

Ob dem so zu folgen wäre, kann offen bleiben. Die Ausführungen lenken den Blick aber jedenfalls zu Recht auf das Alter der Privatklägerin sowie dessen Erkennbarkeit, und damit auf den Kerngehalt der Bestimmung von Art. 197 Abs. 5 StGB bzw. auf die ihr zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Zwecke. Der im Zeitpunkt des Geschehens 18 Jahre alte Beschuldigte und die 16 Jahre alte Privatklägerin übten einvernehmlich den Geschlechtsverkehr aus. Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, insbesondere kein Verstoss gegen Art. 187 StGB. Der Schutz der ungestörten Entwicklung der Sexualität von Kindern und Jugendlichen, wie er von Art. 197 Abs. 5 StGB bezweckt wird, wurde damit nicht tangiert. Da im Weiteren nicht erkennbar ist, dass es sich um die Aufnahme einer minderjährigen Person handelt, ist auch der zweite Schutzzweck von Art. 197 Abs. 5 StGB nicht betroffen, nämlich der Schutz von Erwachsenen vor der korrumpierenden Wirkung kinderpornografischer Erzeugnisse bzw. der mittelbare Schutz von Kindern und Jugendlichen vor sexueller Ausbeutung.

4. Festzuhalten ist, dass sich der Beschuldigte der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB sowie der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB nicht schuldig gemacht hat und freizusprechen ist.

## **V. Sanktion**

1. Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz der Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich (APV) im Sinne von Art. 26 APV i.V.m. Art. 10 APV schuldig gesprochen und mit einem Verweis sanktioniert. Der Schuldspruch wurde nicht angefochten. Die Staatsanwaltschaft hält die Sanktion indessen für zu mild und verlangt die Bestrafung mit einer Busse von Fr. 700.– (Urk. 33 S. 4).

2.1 Gemäss Art. 26 APV werden Verletzungen der Bestimmungen der APV mit Busse bestraft. In leichten Fällen kann anstelle einer Busse ein Verweis erteilt werden.

2.2 Der Beschuldigte hat kurz vor bzw. nach dem Geschlechtsverkehr im Wald die Verpackung des Kondoms sowie das benutzte Kondom auf den Waldboden geworfen und liegen lassen. Solches sog. Littering ist ärgerlich und für die Umwelt ein Problem. Allerdings handelt es sich beim vorliegenden Liegenlassen von Kleinabfall um einen leichten Fall, in dem entweder eine Busse im bloss zweistelligen Bereich als angemessen erschiene oder anstelle einer Busse auch ein Verweis erteilt werden kann. Bei Kann-Vorschriften wird Ermessen eingeräumt, das pflichtgemäss auszuüben ist. Die Vorinstanz hat in diesem Sinn erwogen, es erscheine vorliegend dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen, auf eine Busse zu verzichten und einen Verweis auszusprechen, zumal der Beschuldigte bereits durch die Strafuntersuchung stark belastet worden sei. Tatsächlich ist die objektive Tatschwere gering, hat der zur Tatzeit erst 18 Jahre alte Beschuldigte wohl aus Achtlosigkeit – ohne viel zu überlegen – gehandelt, wurde er bis zu jenem Zeitpunkt noch nie sanktioniert, war er von Anfang an geständig und verfügt er als Lehrling über ein bloss geringes Einkommen (vgl. Urk. 38/1-3). Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, dem Beschuldigten einen blossen Verweis zu erteilen.

## **VI. Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände**

1. Ist der Grund für eine Beschlagnahme weggefallen, so hebt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Beschlagnahme auf und händigt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person aus (Art. 267 Abs. 1 StPO). Soweit die Beschlagnahme nicht vorher aufgehoben worden ist, ist über die Rückgabe an die berechnigte Person, die Verwendung zur Kostendeckung oder die Einziehung im Endentscheid zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO).

2. Dem von den Vorwürfen der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte und der Pornografie freigesprochenen Beschuldigten ist das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 16. Dezember 2019 beschlag-

nahmte Mobiltelefon XS, inkl. SIM-Karte (Asservat-Nr. A013'000'016) herauszugeben. Für die Anordnung der Löschung der Aufnahme vom 21. Juli 2019 (vgl. Urk. 32 Dispositivziffer 4; Urk. 33 S. 4) bleibt kein Raum. Trotzdem erscheint es angesichts der Umstände angebracht, dass der Beschuldigte die Aufnahme unwiderruflich entfernt, sobald ihm das Mobiltelefon herausgegeben wird.

## **VII. Zivilansprüche**

1. Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die Staatsanwaltschaft geltend, dass über die Ansprüche der Privatklägerin zu entscheiden sei, auch wenn sich die Vorinstanz im Dispositiv nicht dazu geäußert habe. Selbst wenn die Zivilklage nicht näher substantiiert worden sei, so habe sich die Privatklägerin mit ihrem Strafantrag als solche konstituiert (Urk. 48 S. 7).

2. Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen. Der Strafantrag ist dieser Erklärung gleichgestellt. Vorliegend hat sich die Privatklägerin mittels fristgerechter Antragsstellung konstituiert (Urk. 2/1). Dabei gab sie explizit an, keine finanziellen Ansprüche zu stellen und einzig als Strafkämpferin mitzuwirken (Urk. 11/2). Anträge wurden ihrerseits keine gestellt. Die Vorinstanz ging somit korrekt vor, wenn sie keine Zivilansprüche behandelte (Urk. 32 S. 14).

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

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Urk. 32 Dispositivziffern 5 und 6) zu bestätigen.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

3. Dem Beschuldigten ist für die Kosten der anwaltlichen Verteidigung im Berufungsverfahren eine Entschädigung von pauschal Fr. 6'000.– (inkl. MwSt.) zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO; vgl. Urk. 45).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 3. November 2020 bezüglich Dispositivziffer 2 (Schuldpruch betreffend Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich [APV] im Sinne von Art. 26 APV i.V.m. Art. 10 APV) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird von den Vorwürfen der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> StGB und der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB freigesprochen.
2. Dem Beschuldigten wird für die Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich ein Verweis erteilt.
3. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 16. Dezember 2019 beschlagnahmte Mobiltelefon Apple iPhone XS, inkl. SIM-Karte (Asservat-Nr. A013'000'016) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben oder nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.
4. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

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

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
- die Privatklägerin
- das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei

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

- die Vorinstanz
- die Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, Postfach, 8021 Zürich, betreffend Dispositivziffer 3
- die Verteidigung und den Beschuldigten betreffend Dispositivziffer 3 bezüglich Herausgabefrist
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA-Verordnung mittels Kopie von Urk. 34.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 7. September 2021

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler

MLaw Pandya