

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210115-O/U/cs

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

Urteil vom 7. September 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **harte Pornografie**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 16. November 2020 (GG200030)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 19. August 2020 (Urk. 10) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 30.00 sowie mit einer Busse von Fr. 400.00.
3. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Dem Beschuldigten wird lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, verboten (Art. 67 Abs. 3 StGB).
6. Es wird eine Bewährungshilfe nach Art. 67 Abs. 6 StGB angeordnet.
7. Rechtsanwalt MLaw Y._____ wird für seine Bemühungen und Auslagen als amtlicher Verteidiger mit Fr. 9'026.90 (inkl. Fr. 695.00 Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.00 Gebühr Anklagebehörde
Fr. 9'026.90 amtliche Verteidigung

Verlangt keine der Parteien eine Begründung, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 54 S. 1, sinngemäss)

1. Es seien die Ziffern 2, 3, 4, 5, 6, 8 und 9 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben.
2. Der Berufungskläger sei mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen à Fr. 30.– zu bestrafen, unter Gewährung des bedingten Vollzugs mit einer Probezeit von zwei Jahren.
3. Es sei von der Verhängung eines Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB abzusehen.
4. Es sei von der Anordnung von Bewährungshilfe nach Art. 67 Abs. 6 StGB abzusehen.
5. Unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Untersuchung, das erst- sowie das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren.

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:

(Urk. 46, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Umfang der Berufung

1. Hintergrund der vorliegenden Anklage bildet das Speichern und einmalige Weiterleiten einer zugestellten Bilddatei mit kinderpornografischem Inhalt mittels der App Snapchat. Dieser Vorgang wurde in den USA als CyberTipline Report 64879359 dem National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) gemeldet; dieses leitete eine Hinweismeldung zum Nutzer des Snapchat-Profiles „B. _____“ an die Bundeskriminalpolizei in Bern weiter. Ermittlungen zu diesem Benutzerprofil führten zum Beschuldigten. Zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 41 S. 4).
2. Mit dem vorstehend wiedergegebenen Urteil vom 16. November 2020 wurde der Beschuldigte der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wobei die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde, sowie mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft. Zudem wurde ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB angeordnet sowie eine Bewährungshilfe gestützt auf Art. 67 Abs. 6 StGB. Ausgangsgemäss wurden dem Beschuldigten die Verfahrenskosten auferlegt (Urk. 41 S. 28 f.).
3. Mit Eingabe vom 17. November 2020 meldete der Beschuldigte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil an (Urk. 28) und reichte am 1. März 2021 ebenfalls fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 38/2 und Urk. 43). Innerhalb der mit Präsidialverfügung vom 4. März 2021 angesetzten Frist verzichtete die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44–46). Mit Eingabe vom 12. April 2021 reichte der Beschuldigte das ausgefüllte Datenerfassungsblatt sowie den Lohnausweis 2020 ein (Urk. 50 und 51/1–2).

4. Der Beschuldigte liess zunächst – mit Ausnahme der Entschädigung für seinen vormaligen amtlichen Verteidiger (Dispositivziffer 7) – das gesamte Urteil anfechten (Urk. 43). Kurz vor der Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte jedoch mitteilen, dass er den Schuldpunkt anerkenne, was er auch anlässlich der Verhandlung bestätigte (Urk. 52, Prot. II S. 5). Bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch) und 7 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. Im restlichen Umfang ist das Urteil im Berufungsverfahren zu überprüfen.

5. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_46/2018 vom 14. Februar 2018 E. 4 mit Hinweisen). Das Berufungsgericht kann sich somit auf die für seine Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.

II. Strafzumessung

1. Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB sieht einen ordentlichen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor. Die Geldstrafe beträgt mindestens 3 bis höchstens 180 Tagessätze, die Freiheitsstrafe umfasst 3 Tage bis 5 Jahre (Art. 34 Abs. 1 StGB, Art. 40 Abs. 1 StGB). Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe liegen keine vor, weshalb es keinen Anlass gibt, diesen ordentlichen Strafrahmen zu verlassen.

Innerhalb des Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird dabei nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den gesamten Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

Für die Zumessung der Strafe ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden. Bei der Tatkomponente ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Deliktes festzulegen und zu bewerten. Dabei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie aufgrund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wurde. Ebenfalls von Bedeutung sind die kriminelle Energie, der Tatbeitrag bei Tatausführung durch mehrere Täter sowie ein allfälliger Versuch. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere Reue und Einsicht oder ein Geständnis (BSK StGB I–WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 90 ff.).

2.1. Tatkomponente

Bei der *objektiven Tatschwere* ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine einzige kinderpornografische Bilddatei gehandelt hat, welche der Beschuldigte auf seinem Mobiltelefon gespeichert und ebenfalls ein einziges Mal an eine Drittperson weitergeleitet hat. Die Vorinstanz hat allerdings zu Recht festgehalten, dass das Bild offensichtlich ein minderjähriges Mädchen zeigt und einen ganz klaren sexuellen Bezug aufweist. Es ist somit auch von einem juristischen Laien unzweifelhaft als ein kinderpornografisches Bild zu erkennen. Trotzdem hat der Beschuldigte das Bild absichtlich gespeichert und gar einmalig weitergeleitet. Zu Recht hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass durch diese Handlung der Beschuldigte dazu beigetragen hat, dass dieses Bild weiter konsumiert und weiterverbreitet wird. Ein solches Handeln ist nicht zu bagatellisieren, im Rahmen des Tatbestandes von Art. 197 Abs. 4 StGB erscheint aber die objektive Tatschwere als sehr leicht.

Mit Bezug auf die *subjektive Tatschwere* ist dem Beschuldigten zu Gute zu halten, dass der Beschuldigte die Tat sicher nicht von langer Hand geplant hat, sondern die ihm zugeschickte Bilddatei ohne sich viel dabei zu überlegen gespeichert und dann auch weitergeleitet hat. Zu berücksichtigen ist, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt gerade einmal 19-jährig und damit noch sehr jung war. Obwohl sich

junge Leute in der Regel gewandt im Internet und auf sozialen Plattformen bewegen, dürfte ihnen aufgrund des jugendlichen Alters trotzdem häufig nicht klar sein, wo die Grenzen zur Strafbarkeit verlaufen und dass das Verhalten in der virtuellen Welt einen Einfluss auf die reale Welt hat (zum Beispiel im vorliegenden Fall, dass das Mädchen missbraucht wurde, um dieses Bild herzustellen und dies weiter geschieht, wenn solche Bilder konsumiert und geteilt werden). Der Beschuldigte bedachte die Konsequenzen seines Handelns offensichtlich zu wenig; entsprechend zeigte er sich überfordert vom Strafverfahren, welches durch das einmalige Speichern und Versenden dieser kinderpornografischen Datei ausgelöst worden ist (vgl. Urk. 3/1 F/A 53). Ebenso ist dem Beschuldigten zu Gute zu halten, dass er keine pädosexuellen Beweggründe hatte, dieses Bild zu speichern und weiterzuleiten. Gemäss eigenen Angaben fand er das Bild nicht sexuell erregend, sondern schockierend (Urk. 3/3 F/A 18). Die subjektive Tatschwere erweist sich somit auch als sehr leicht, weshalb insgesamt von einem sehr leichten Tatverschulden auszugehen ist.

2.2. Täterkomponente

Der Beschuldigte gab zu seinen persönlichen Verhältnissen an, er sei in C. _____ geboren und in D. _____ aufgewachsen. In D. _____ habe er die Primar- und Sekundarschule besucht. Im Anschluss habe er in Zürich die KV-Lehre gemacht und im Anschluss die BMS. Dann arbeitete er in der Unternehmung seiner Eltern, der E. _____ Vorsorge AG in einem Vollpensum (Prot. I S. 6 f.; Urk. 51/1). Momentan ist der Beschuldigte nicht berufstätig, da er in Kürze ein Studium in ... in Winterthur beginne (Prot. II S. 5 f.). Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf. Das Vorleben des Beschuldigten erweist sich mit Bezug auf die Strafzumessung als neutral.

Der Beschuldigte zeigte sich in der Strafuntersuchung geständig, wobei die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen hat, dass die Beweislage erdrückend war. Insgesamt äusserte der Beschuldigte glaubhaft Reue und Einsicht (zum Beispiel Urk. 3/3 F/A 35; Prot. I S. 14 f.; Prot. II S. 12). Er anerkannte den Schuldspruch vor zweiter Instanz, hat sich offenbar mit dem Leid des auf dem Foto abgebildeten Mädchens auseinandergesetzt und sich über richtiges Verhalten im In-

ternet informiert (Prot. II S. 11 f.). Er übernimmt damit Verantwortung für sein Verhalten und steht zu seinem Fehler. Dieses Nachtatverhalten ist somit insgesamt deutlich strafmindernd zu berücksichtigen.

2.3. Da das Verhalten des Beschuldigten zwar nicht zu verharmlosen ist, ihm jedoch ein sehr leichtes Verschulden und ein positives Nachtatverhalten attestiert werden kann, erscheint in Anbetracht des Strafrahmens bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe eine Strafe von 60 Strafeinheiten als angemessen.

3.1. Diese angemessene Strafe von 60 Strafeinheiten liegt im Bereich, in welchem sich die beiden Sanktionsarten Geld- und Freiheitsstrafe überschneiden. Bei der Wahl der Sanktionsart sind gemäss Rechtsprechung als wichtigste Kriterien die Zweckmässigkeit einer Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97, E. 4.2). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift beziehungsweise die ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 97, E. 4.2.2). Eine Freiheitsstrafe wiegt immer schwerer als eine Geldstrafe, unabhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe beziehungsweise der Höhe des Geldstrafenbetrages (BGE 144 IV 217, E. 3.3.3 und 3.4., je m.w.H.). Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen (vgl. Art. 34 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 41 Abs. 1 StGB; vgl. BGE 137 IV 312, E. 2.4). Eine Freiheitsstrafe ist lediglich dann auszufällen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter vor weiteren Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB) oder wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB).

3.2. Im vorliegenden Fall ist die angemessene Sanktionsart offensichtlich die Geldstrafe. Insbesondere hat der Beschuldigte glaubhaft und nachvollziehbar ausgeführt, dass er seine Lehren aus diesem Verfahren gezogen hat (Prot. I S. 14 f.; Prot. II 11 f.). Die Strafe ist somit auf 60 Tagessätze Geldstrafe festzusetzen.

3.3. Die Höhe des Tagessatzes ist nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten festzulegen, wobei ein Tagessatz in der Regel mindestens Fr. 30.– und höchstens Fr. 30'000.– beträgt (vgl. Art. 34 Abs. 2 StGB). Der Beschuldigte ist ledig, wohnt zurzeit noch bei den Eltern und arbeitete bis vor Kurzem im Unternehmen seiner Eltern, wo er knapp Fr. 3'000.– (netto, inkl. 13. Monatslohn) verdiente (Urk. 51/1). Dieses Einkommen stand dem Beschuldigten vollständig zur Verfügung, da er seinen Eltern keinen Mietanteil zu bezahlen hatte und diese auch die Krankenkassenprämien übernahmen (Prot. I S. 8). Er hat keine Schulden, aber ein Vermögen von ca. Fr. 20'000.–. Bei diesen finanziellen Verhältnissen hat die Vorinstanz die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 30.– festgelegt (Urk. 41 S.20 f.). Dies erweist sich in Anbetracht, dass der Beschuldigte den gesamten Nettolohn für seine eigenen Bedürfnisse verwenden konnte und keinen Mietanteil zu bezahlen hatte, als sehr niedrig. Wie der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung angab, beginne er auf das Herbstsemester ein ...-Studium in Winterthur, wo er dann in einem Wohnheim wohnen werde. Er arbeite aufgrund des Studiums nicht mehr bei den Eltern und werde künftig vielleicht in den Semesterferien einer Arbeitstätigkeit nachgehen können. Er bezahle die Krankenkasse sowie einen Mietanteil von Fr. 850.– nun selbst (Prot. II S. 6 f.). Da der Beschuldigte somit kein Einkommen mehr hat, erweist sich der Tagessatz von Fr. 30.– nunmehr als angemessen, zumal er auch selbst von ihm so beantragt wird.

4. Die Vorinstanz kombinierte die bedingt ausgesprochene Geldstrafe in Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB mit einer Busse in der Höhe von Fr. 400.– (Urk. 41 S. 19 f.). Mit einer Verbindungsstrafe bzw. –busse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB soll im Rahmen der Massendelinquenz die sogenannte "Schnittstellenproblematik" zwischen einer unbedingten Busse und der bedingten Geldstrafe entschärft werden, indem durch Art. 42 Abs. 4 StGB die Möglichkeit geschaffen wird, eine spürbare Sanktion zu verhängen. Dabei können gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch general- und spezialpräventive Aspekte eine Rolle spielen. Sie kommt auch in Betracht, wenn man dem Täter den bedingten Vollzug der Strafe gewähren möchte, ihm aber dennoch in gewissen Fällen mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Busse einen spürbaren Denkkzettel verabreichen möchte. In diesen Fällen trägt die unbedingte Verbindungsbusse dazu

bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Dem Täter soll ein Denkkzettel verpasst werden können, um ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu demonstrieren, was bei Nichtbewährung droht (vgl. BGE 134 IV 1 E. 4.5; BGE 134 IV 60 E. 7.2 f.).

Beim vorliegenden Fall handelt es sich nicht um ein Massendelikt, bei welchem die Schnittstellenproblematik zu berücksichtigen wäre. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafe auf, das Verschulden erweist sich als sehr leicht, und es ist davon auszugehen, dass das Strafverfahren und die auszusprechende Geldstrafe, welche mit 60 Tagessätzen nicht ganz marginal ausfällt, den Beschuldigten genügend beeindrucken werden, sodass aus spezialpräventiven Gesichtspunkten die Auferlegung einer zusätzlichen Busse nicht erforderlich ist, um ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen. Von der Festsetzung einer zusätzlichen Busse ist somit abzusehen.

5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu bestrafen ist.

III. Vollzug der Strafe

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs der Strafe zutreffend dargelegt (Urk. 41 S. 21 f.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden.

Der Beschuldigte weist keine Vorstrafe auf (Urk. 42). Es ist davon auszugehen, dass er sich sowohl durch das Strafverfahren als auch die auszufällende Geldstrafe genügend beeindrucken lässt, um sich in Zukunft gesetzeskonform zu verhalten. Folglich ist der Vollzug der Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– aufzuschieben, und es erscheint angemessen, die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.

IV. Tätigkeitsverbot und Bewährungshilfe

1. Die Vorinstanz auferlegte dem Beschuldigten auf Antrag der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 3 StGB und ordnete in Anwendung von Art. 67 Abs. 6 StGB eine Bewährungshilfe an (Urk. 41 S. 28 Dispositivziffer 5 und 6). Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck des Tätigkeitsverbotes auseinandergesetzt und ist zum Schluss gelangt, dass vorliegend die strengen Voraussetzungen für einen leichten Fall gemäss Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB nicht vorliegen (Urk. 41 S. 22.ff.).

Der Beschuldigte hält demgegenüber dafür, dass ein leichter Fall im Sinne des Gesetzes vorliege, in welchem von der Auferlegung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots abzusehen sei. Die Aussprechung eines solch lebenslänglichen Tätigkeitsverbots wäre gar unverhältnismässig, da keine Hinweise vorliegen würden, dass der Beschuldigte erneut delinquieren würde, zumal der Beschuldigte gar nicht pädosexuell veranlagt sei. Der Strafregistereintrag eines solchen Tätigkeitsverbots würde den Beschuldigten lebenslänglich belasten, sei es bei der Stellensuche oder bei Reisen in die USA (Urk. 25 S. 11 f.; Prot. II S. 11).

2. Gemäss Art. 67 Abs. 3 StGB verbietet das Gericht jemandem, der wegen einer der unter lit. a bis d aufgeführten Straftaten zu einer Strafe verurteilt oder gegen den deswegen eine Massnahme nach den Artikeln 59–61, 63 oder 64 angeordnet wird, lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst. Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB wird von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB erfasst, sofern die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Gegenstand hatten. Als Gegenstände und Vorführungen gelten pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art sowie pornografische Vorführungen (Art. 197 Abs. 1 StGB). Gestützt auf Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB kann das Gericht in besonders leichten Fällen ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes nach Abs. 3 absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind.

Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn der Täter wegen eines der in Art. 67 Abs. 4^{bis} lit. a StGB aufgeführten Delikte verurteilt worden ist oder wenn dieser gemäss den international anerkannten Klassifikationen pädophil ist (lit. b).

Die Fassung von Art. 67 Abs. 3 bis Abs. 4^{bis} StGB ist in Umsetzung der sogenannten Pädophilen–Initiative (Art. 123c BV) erlassen und per 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt worden (AS 2018 3803). Im Vergleich zur früheren Fassung ist für die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes keine Mindeststrafe mehr erforderlich. Es genügt, wenn der Täter zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme angeordnet wird. Der Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV) vom 3. Juni 2016 (nachfolgend: Botschaft) ist zu entnehmen, dass das Verbot keine negative Prognose voraussetzt und nicht relevant sein soll, ob das Delikt in Ausübung der zu verbietenden beruflichen oder ausserberuflichen Tätigkeit begangen wurde, da das Verbot zwingend auch dann angeordnet werden muss, wenn die Tat im privaten Rahmen oder in Ausübung einer anderen als der zu verbietenden Tätigkeit begangen worden ist. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, muss das Gericht zwingend ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot anordnen. Die Voraussetzungen für das Absehen von einem zwingend lebenslänglichen Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB sind eng ausgestaltet. Es muss sich kumulativ um einen besonders leichten Fall einer bestimmten Sexualstraftat handeln, und das Tätigkeitsverbot darf nicht notwendig erscheinen, um den Täter von der Begehung weiterer einschlägiger Sexualstraftaten am geschützten Personenkreis abzuhalten. Mit dem Begriff "ausnahmsweise" soll verdeutlicht werden, dass das zwingend lebenslängliche Tätigkeitsverbot die Regel sein soll. Mit der Ausnahmebestimmung soll insbesondere auch der Intention der Initianten der sogenannten Pädophilen–Initiative Rechnung getragen werden, wonach sogenannte Jugendlieben nicht von einem zwingend lebenslänglichen Tätigkeitsverbot erfasst werden sollen und die Volksinitiative auf pädophile Straftäter zielt. Die Rechtsgleichheit gebietet jedoch, dass eine solche Ausnahmebestimmung nicht nur auf diese Fälle beschränkt wird, sondern auch bei anderen ähnlich besonders leichten Fällen, die keinerlei Bezug

zur Pädophilie aufweisen, zur Anwendung gelangen kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (BBI 2016 6158 ff.).

Damit die Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB greift, muss ein besonders leichter Fall vorliegen, das heisst, dieser muss in objektiver und subjektiver Hinsicht eigentlichen Bagatellcharakter aufweisen. Gemäss Botschaft ist bei der Beurteilung, ob ein besonders leichter Fall vorliegt, ein strenger Massstab anzuwenden, und es wird festgehalten, dass die Ausnahmebestimmung nur zurückhaltend angewendet werden soll. Zur Verdeutlichung werden in der Botschaft diverse Beispiele aufgeführt, die als besonders leichte Fälle von Sexualstraftaten verstanden werden könnten (vgl. BBI 2016 6162 f.). Insbesondere können sexuelle Belästigungen (Art. 198 StGB; Strafdrohung: Busse) oder Exhibitionismus (Art. 194 StGB; Strafdrohung: Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen) in Betracht kommen; dies aufgrund ihrer geringen abstrakten Strafdrohung, aber auch andere Sexualdelikte, sofern sie, obwohl sie einer höheren Strafdrohung unterliegen, im konkreten Fall als eine besonders leichte Sexualstraftat gewertet werden können. Dies gelte beispielsweise für sexuelle Handlungen mit einem Kind mit einer Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wenn im konkreten Fall eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen ausgesprochen werde. Dies insbesondere dann, wenn das Gericht unter Gesamtwürdigung der Tat- und Täterkomponenten (Schwere der Verletzung, Verwerflichkeit des Handelns, Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer, Vorleben und Verhältnisse des Täters) das Verschulden des Täters als besonders gering einstufte und deshalb eine milde Strafe ausgesprochen werde (BBI 2016 6161).

Nicht notwendig erscheint ein Tätigkeitsverbot gestützt auf die Botschaft dann, wenn dem Täter eine gute Prognose gestellt werden kann, weil Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr fehlen. Die Botschaft hält dazu fest, dass die Frage, ob ein Verbot nicht notwendig erscheine, um den Täter von der Begehung weiterer Sexualstraftaten abzuhalten, vom Gericht – wie bei der Frage des bedingten Strafvollzuges (Art. 42 Abs. 1 StGB) – aufgrund einer Gesamtwürdigung beantwortet werden müsse. Für eine Einschätzung des Rückfallrisikos sei ein möglichst vollständiges Bild der Täterpersönlichkeit unabdingbar; falls nötig, auch mittels ei-

nes psychiatrischen Gutachtens. Seien die Voraussetzungen erfüllt, so liege der ausnahmsweise Verzicht auf die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes im Ermessen des Gerichtes (BBI 2016 6161 f.).

3. Vorliegend wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB schuldig gesprochen. Dieser Schuldspruch ist rechtskräftig. Er ist dafür mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu bestrafen. Die vom Beschuldigten gespeicherte und verschickte Bilddatei hat offensichtlich die sexuelle Darstellung eines minderjährigen Mädchens zum Inhalt, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB grundsätzlich erfüllt sind. Allerdings ist nachfolgend zu prüfen, ob ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB vorliegt, welcher einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes zu rechtfertigen vermag.

Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich beim Tatbestand der Pornografie um einen der leichteren respektive geringfügigeren Tatbestände des Sexualstrafrechts handelt und die vom Beschuldigten vorgenommene Tathandlung des einmaligen Speicherns und Weiterleitens einer einzigen Bilddatei angesichts des Spektrums von möglichen Handlungen, welche unter den Tatbestand der Pornografie zu subsumieren sind, nicht besonders schwer wiegt und verschuldensmässig im untersten Bereich anzuordnen ist. Hinsichtlich der objektiven als auch der subjektiven Tatschwere ist wie ausgeführt von einem sehr leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Weiter ist das jugendliche Alter des Beschuldigten zu berücksichtigen. Er war im Tatzeitpunkt gerade 19 Jahre alt. Die Tragweite und die Konsequenzen seiner Handlung waren ihm entsprechend nicht genügend bewusst. Zudem verneinte der Beschuldigte durchwegs, pädosexuell zu empfinden und die Bilddatei aus sexuellen Motiven gespeichert und weitergeleitet zu haben. Auch wenn das vom Beschuldigten angegebene Motiv, er habe den Empfänger der Bilddatei "schocken" wollen, nicht wirklich nachvollziehbar erscheint, kann ihm eine sexuelle Motivation nicht nachgewiesen werden. In Anbetracht, dass es sich um einen singulären Vorfall handelt, erscheint das Fehlen einer sexuellen Motivation sogar glaubhaft, zumal pädophil empfindende Pornografiekon-

sumenten in aller Regel grosse Mengen von kinderpornografischem Material speichern und teilen.

Die familiären Verhältnisse des Beschuldigten präsentieren sich stabil, die berufliche Zukunft ist zum jetzigen Zeitpunkt noch offen, erscheint aber ebenfalls vielversprechend, nachdem der Beschuldigte die KV–Lehre abgeschlossen und nun die BMS erfolgreich absolviert hat und bald ein ...-Studium beginnt. Der Beschuldigte zeigte sich zudem einsichtig und reuig, hat sich mit dem Leid der auf kinderpornografischen Darstellungen abgebildeten Personen auseinandergesetzt, weist keine Vorstrafen auf und es ist durchaus glaubhaft, dass er aus dem vorliegenden Strafverfahren seine Lehren und Konsequenzen gezogen hat und sich dadurch und durch die auszusprechende Strafe genügend beeindruckt lässt, um sich in Zukunft gesetzeskonform zu verhalten. Entsprechend muss ihm auch keine ungünstige Legalprognose gestellt werden, sodass ihm der bedingte Vollzug der Geldstrafe zu gewähren ist. Die auszufällende Geldstrafe von 60 Tagessätzen fällt angesichts des massgeblichen Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren noch milde aus und liegt im untersten Bereich. Ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot erscheint nicht notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Sexualstraftaten abzuhalten.

Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist ebenfalls das noch jugendliche Alter des Beschuldigten zu berücksichtigen. Auch wenn er derzeit beruflich und ausserberuflich nicht mit Kindern oder Jugendlichen zu tun hat, wird der Beschuldigte als noch junger Mensch durch ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot massiv eingeschränkt. Dies umso mehr, als dass dieses Tätigkeitsverbot zur Folge hat, dass das Urteil gemäss Auskunft VOSTRA lebenslänglich im Strafregister verzeichnet bleibt und nicht nach 10 Jahren gelöscht wird (vgl. Urk. 24). Dies alles wäre im Sinne des Gesetzgebers ohne zu Zögern hinzunehmen, wenn es sich beim Beschuldigten um eine Person handeln würde, vor welcher Kinder und Jugendliche geschützt werden müssen. Beim Beschuldigten handelt es sich aber nicht um einen Pädophilen, sondern um einen jungen Mann, der – ohne sich dabei viel zu überlegen und die Konsequenzen ausreichend zu bedenken – einmalig eine kinderpornografische Datei gespeichert und verschickt hat. Dies widerspie-

gelt sich auch im sehr leichten Verschulden des Beschuldigten und entsprechend in der milden Bestrafung. Wegen einer solch einmaligen inkriminierten Handlung ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot zu verhängen, erscheint unter diesen Umständen als unverhältnismässig.

Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Umstände ist vorliegend noch von einem besonders leichten Fall von Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB auszugehen. Ein Tätigkeitsverbot ist nicht notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Straftaten im Bereich Konsum und Weiterverbreitung von Pornografie, welche tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, abzuhalten. Da der Beschuldigte weder ein in Art. 67 Abs. 4^{bis} lit. a StGB aufgeführtes Delikt begangen hat noch gemäss den international anerkannten Klassifikationen pädophil ist (lit. b), liegen auch im Sinne der Ausnahmebestimmung keine Gründe vor, welche einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes untersagen würden. Entsprechend ist von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB abzusehen.

4. Da von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots abzusehen ist, erübrigt sich auch eine Anordnung von Bewährungshilfe im Sinne von Art. 67 Abs. 6 StGB für die Dauer des Tätigkeitsverbots.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Mit Bezug auf die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung hat die Rechtsmittelinstanz gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO von Amtes wegen zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (GRIESSER in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N 14 zu Art. 428). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, wenn sie verurteilt wird.

Die Kostenfestsetzung im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 41 S. 29 Dispositivziffer 8) wurde nicht bestritten. Sie erscheint denn auch angemessen und ist zu bestäti-

gen. Da der Beschuldigte nicht freigesprochen, sondern verurteilt wird, hat er die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Die Kostentragung gemäss vorinstanzlichem Urteil (Urk. 41 S. 29 Dispositivzimmer 9) ist entsprechend zu bestätigen.

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1 mit Hinweisen; bestätigt in 6B_10/2015 vom 24. März 2015 E. 4.2.1). Wird der Entscheid im Rechtsmittelverfahren nur unwesentlich abgeändert, können die Kosten nach dem Verursacherprinzip auferlegt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_318/2016 vom 13. Oktober 2016 E. 4.1 mit Hinweisen). Gemäss Art. 436 Abs. 1 StPO richten sich Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren nach den Artikeln 429–434 StPO. Erfolgt weder ein vollständiger Freispruch noch eine Einstellung des Verfahrens, obsiegt die beschuldigte Person aber in andern Punkten, so hat sie Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen (Art. 436 Abs. 2 StPO). Hierunter fallen insbesondere die Kosten für die Verteidigung.

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16, § 2 Abs. 1 lit. b, c und d sowie § 14 GebV OG unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles sowie des Zeitaufwands des Gerichts für dieses Verfahren auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Der Beschuldigte unterliegt teilweise aufgrund seines partiellen Berufungsrückzugs und mit seinem Antrag auf signifikant mildere Bestrafung, obsiegt aber mit Bezug auf die Anfechtung des Tätigkeitsverbots und der Bewährungshilfe; zudem ist keine Verbindungsbusse auszusprechen. Das Tätigkeitsverbot erscheint aufgrund seiner lebenslänglichen Dauer als gewichtig. Deshalb rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen und lediglich zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die erbetene Verteidigung des Beschuldigten machte für das Berufungsverfahren

eine Entschädigung von Fr. 4'954.20 geltend (Urk. 53). Vor dem Hintergrund der Anwaltsgebührenverordnung erscheint dies als angemessen. Diese angemessenen Kosten der erbetenen Verteidigerin des Beschuldigten sind dem Beschuldigten ausgangsgemäss zu einem Drittel zu erstatten, mithin ist ihm eine Prozessentschädigung von gerundet Fr. 1'650.– aus der Gerichtskasse zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 16. November 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt) und 7 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
2. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
3. Von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB wird abgesehen.
4. Von der Anordnung einer Bewährungshilfe im Sinne von Art. 67 Abs. 6 StGB wird abgesehen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 8-9) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu zwei Dritteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse genommen.

8. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'650.– zugesprochen.
9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albissowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
 - das Bundesamt für Polizeiund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

10. 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:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler

MLaw Wolter