

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB220506-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz, Präsident, lic. iur. R. Faga und  
Ersatzoberrichter lic. iur. R. Amsler sowie der Gerichtsschreiber  
MLaw S. Zuber

## Urteil vom 16. März 2023

in Sachen

**Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,**

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,  
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

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

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwalt MLaw X2. \_\_\_\_\_

betreffend **mehrfache Pornografie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht,  
vom 12. Juli 2022 (GG220002)**

## **Anklage**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 11. Januar 2022 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 16).

## **Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 39 S. 9 ff.)

### **"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist einer strafbaren Handlung nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Dezember 2021 beschlagnahmte Mobiltelefon, Marke iPhone 11 Pro Max (Asservaten-Nr. A015'108'119), lagernd bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, wird dem Beschuldigten innert 3 Monaten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen herausgegeben.

Dem Beschuldigten wird eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um den herauszugebenden Gegenstand selbst (oder durch eine bevollmächtigte Person) unter Vorlage dieses Urteils und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung, bei der vorgenannten Lagerbehörde abzuholen.

Wird der herauszugebende Gegenstand nicht innert Frist abgeholt, wird er der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung überlassen. Die Lagerbehörde wird angewiesen, diese Anordnung innert 30 Tagen zu vollziehen und zu dokumentieren.

3. Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit Fr. 7'725.20 (inkl. Barauslagen und MwSt.) entschädigt.
4. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die übrigen Kosten (inkl. derjenigen der amtlichen Verteidigung) werden auf die Staatskasse genommen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 4 f.)

a) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 51)

- " 1. Der Beschuldigte sei
- ♦ der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. Satz 2 StGB sowie
  - ♦ der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB
- schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je CHF 40.00, als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2019 sowie mit einer Busse von CHF 1'200.00 zu bestrafen.
3. Der Vollzug der Geldstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren aufzuschieben.
4. Die im Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2019 ausgesprochene Probezeit sei um 1 Jahr zu verlängern.
5. Es sei dem Beschuldigten ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 StGB auszusprechen.
6. Der Beschuldigte sei für die Dauer von 5 Jahren des Landes zu verweisen.
7. Die Ausschreibung der Landesverweisung sei im Schengener Informationssystem auszuschreiben. "

b) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 52)

- " 1. Der Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen;

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sowie der amtlichen Verteidigung im Höhe von total Fr. 3'409.05 (inkl. 7.7 % MwSt.) seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen."

### Erwägungen:

#### **I. Verfahrensgang und Umfang der Berufung**

1. Für Einzelheiten zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 39 S. 4 f.) sowie auf nachfolgende Erwägungen (II. Ziff. 2.3.) verwiesen werden. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 12. Juli 2022 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ von den Vorwürfen der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB sowie der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB vollumfänglich freigesprochen (Urk. 39 S. 9). Gegen diesen Entscheid meldete die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis mit Eingabe vom 15. Juli 2022 innert gesetzlicher Frist Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 36). Die Berufungserklärung ging ebenfalls innert Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 7. Oktober 2022 (Urk. 45) wurde dem Beschuldigten Frist zur Anschlussberufung angesetzt, welche dieser ungenützt verstreichen liess. Am 16. März 2023 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte, sein amtlicher Verteidiger Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_ und Staatsanwältin C. Wiederkehr erschienen (zum Ganzen: Prot. II S. 4).
2. Die Staatsanwaltschaft beantragte mit ihrer Berufung einen Schuldspruch wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB sowie der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB, eine Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je Fr. 40.– (als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2019), eine Busse von Fr. 1'200.–, die Anordnung eines Tätigkeitsverbots sowie die Anordnung einer Landesverweisung (inkl. Ausschreibung ebendieser im Schengener Informationssystem), unter Kostenaufgabe zulasten des Beschuldigten (Urk. 16; Urk. 51). Der Beschuldigte beantragte an der Berufungsverhandlung die Bestäti-

gung des vorinstanzlichen Freispruchs (Urk. 52). Damit ist das vorinstanzliche Urteil – mit Ausnahme der Festsetzung des Honorars der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 3), was vorab vorzumerken ist – vollumfänglich angefochten.

3.1. Soweit nachfolgend auf Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen wird, erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO (vgl. dazu BGer. 6B\_570/2019 vom 23. September 2019, E. 4.2, m.w.H.), auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3.2. 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, mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit in der Begründung auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

## **II. Prozessuales**

1. Die Anklage zum Vorwurf der Pornografie nach Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB basiert im Wesentlichen auf den Erkenntnissen zufolge Auswertung des Mobiltelefons iPhone 11 durch die Kantonspolizei Zürich, Digitale Forensik (Urk. 5/1; Urk. 5/4). Aufgrund des Berichts kam die Anklage zum Schluss, am 11. Juni 2021 um 7.00 Uhr habe sich eine Videodatei, welche einen nackten Knaben unter 18 Jahren, der explizit Genitalien und Anus zur Schau stellt, auf dem iPhone 11 des Beschuldigten befunden (Urk. 16 S. 2 f.).

2.1 Von der Verteidigung wurde die Verwertbarkeit des auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten aufgefundenen Videos gerügt. Zusammengefasst brachte sie vor, die Staatsanwaltschaft habe, indem sie am 11. Mai 2021 einen Vorführungsbefehl gegen den Beschuldigten und einen Ermittlungsauftrag an die Polizei erlassen sowie eine Hausdurchsuchung angeordnet habe, eine Strafuntersuchung eröffnet. Von Beginn an – nämlich seit der Meldung durch das Bundesamt für Polizei fedpol an die Kantonspolizei Zürich vom 10. Juli 2020 – sei festgestanden, dass sich der Tatverdacht gegen den Beschuldigten auf eine Katalogtat – d.h. auf Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB – und somit auf eine obligatorische Landes-

verweisung richte, weshalb bereits ab 11. Mai 2021 eine notwendige Verteidigung zu bestellen gewesen wäre. Eine notwendige Verteidigung sei dem Beschuldigten jedoch erst per 25. August 2021 von der Staatsanwaltschaft beigeordnet worden. Somit sei der Beschuldigte an der Hausdurchsuchung am 11. Juni 2021 ohne Verteidigung gewesen, worauf er aber angewiesen gewesen sei, zumal der Beschuldigte rechtsunfähig sei und nicht gut Deutsch spreche. Insbesondere das Recht auf Siegelung sei in diesem Zusammenhang von Bedeutung gewesen, was dem Beschuldigten infolge der fehlenden Verteidigung aber nahezu verunmöglicht geblieben sei. Damit sei weder das im Nachgang zur Hausdurchsuchung auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten aufgefundene Video noch die Aussagen des Beschuldigten zu diesen Daten verwertbar (Urk. 32 S. 3 ff.).

2.2. Die Vorinstanz folgte in ihrer Urteilsbegründung im Wesentlichen diesen Argumenten. Sie gelangte diesbezüglich zusammengefasst zum Schluss, dass die amtliche Verteidigung erst nach dem Zeitpunkt, in dem eine solche im Sinne von Art. 130 lit. b StPO erkennbar notwendig gewesen wäre, bestellt worden sei. Da die notwendige Verteidigung zu spät sichergestellt worden sei, unterlägen die ab Eröffnung der Strafuntersuchung am 11. Mai 2021 bis zur Bestellung einer amtlichen Verteidigung am 25. August 2021 erhobenen Beweise der Beweismittelbeschränkung von Art. 131 Abs. 3 StPO und seien folglich unverwertbar, zumal eine Wiederholung der Beweiserhebung faktisch ausgeschlossen sei und der Beschuldigte auch nicht auf eine solche verzichtet habe (Urk. 39 S. 3 ff.).

2.3. Aus den Akten ergibt sich, dass am 1. Juli 2020 von Interpol Wiesbaden, Deutschland eine Meldung betreffend Versand von kinderpornografischen Dateien am 6. September 2018 über die Mobiltelefonnummer "... " beim Bundesamt für Polizei fedpol einging. Als Anschlussinhaber der fraglichen Rufnummer in der Zeitspanne von 6. Oktober 2017 bis zum 23. Januar 2019 sei der Beschuldigte ermittelt worden (Urk. 2/1). Der diesbezügliche Bericht des fedpol vom 10. Juli 2020 wurde sodann der Kantonspolizei Zürich übermittelt, welche am 22. April 2021 an die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis rapportierte, mit dem Antrag, gegebenenfalls sei ein Hausdurchsuchungsbefehl für den Beschuldigten auszustellen (Urk. 1). Am 11. Mai 2021 erteilte die Staatsanwaltschaft den Ermittlungs-

auftrag an die Kantonspolizei, am Wohnort des Beschuldigten sei eine Hausdurchsuchung durchzuführen. Ebenfalls sei der Beschuldigte – da eine Landesverweisung drohe – unter Beizug eines notwendigen Verteidigers zu den Vorwürfen zu befragen (Urk. 10/1). Die Staatsanwaltschaft erliess gleichentags einen Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl (Urk. 9/1) sowie einen Vorführungsbefehl (Urk. 8/1). Anlässlich der Hausdurchsuchung beim Beschuldigten am 11. Juni 2021 wurde dessen Mobiltelefon iPhone 11 sichergestellt. Die Unterschrift zum Protokoll der Hausdurchsuchung verweigerte der Beschuldigte, hingegen gab er der Polizei den Code ("...") zum Entsperren seines iPhones bekannt, nachdem er – gemäss Protokoll – auf sein Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen worden war (Urk. 9/2; Urk. 9/3). Gemäss Vorführbefehl sollte der Beschuldigte im Anschluss an die Hausdurchsuchung durch die Kantonspolizei einvernommen werden. Die erste Einvernahme des Beschuldigten durch die Polizei fand jedoch am 8. September 2021 statt, nachdem diesem zuvor mit Verfügung vom 25. August 2021 durch die Oberstaatsanwaltschaft Zürich ein amtlicher Verteidiger bestellt worden war (Urk. 11/2). Damit war der Beschuldigte ab der ersten Einvernahme anwaltlich verteidigt, was weder von der Verteidigung noch von der Vorinstanz beanstandet wurde (Urk. 32; Urk. 39). Fraglich ist vorliegend, ob die Videodatei auf dem anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten iPhone 11 verwertbar ist.

2.4. Gemäss Art. 131 Abs. 2 StPO ist die Verteidigung – sofern die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung bereits bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt sind – nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen. Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet. Die Hausdurchsuchung stellt eine solche Zwangsmassnahme dar. Sie wurde vorliegend seitens der Staatsanwaltschaft mit Ermittlungsauftrag an die Polizei vom 11. Mai 2021 bzw. im gleichentags erstellten Hausdurchsuchungsbefehl (Urk. 10/1; Urk. 9/1) angeordnet. Damit war die Untersuchung jedenfalls per 11. Mai 2021 materiell eröffnet worden, wie dies auch von der Vorinstanz richtig erkannt wurde. Ebenfalls hat die Staatsanwaltschaft richtig festgestellt, dass beim Beschuldigten ein Fall einer notwendigen

Verteidigung vorliegt, aufgrund der drohenden Landesverweisung (Urk. 10/1). Hingegen führt in Abweichung zu den vorinstanzlichen Erwägungen der Umstand, dass im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung am 11. Juni 2021 noch keine notwendige Verteidigung bestellt war, nicht zur Unverwertbarkeit des auf dem iPhone 11 sichergestellten Videomaterials.

2.5. Eine Hausdurchsuchung stellt nämlich keine Beweiserhebung im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StPO dar. Grundsätzlich kommen den Parteien bei der Hausdurchsuchung keine Teilnahmerechte zu, was sich aus der Systematik der Strafprozessordnung ergibt. Dort wird die Hausdurchsuchung im 5. Titel "Zwangsmassnahmen" (Art. 196 bis Art. 298, konkret Art. 244, Art. 245) geregelt und nicht im 4. Titel "Beweismittel" (Art. 139 bis Art. 195). Damit ist die Hausdurchsuchung eine Verfahrenshandlung, die der Beweissicherung dient. Ausserdem greift sie in die Grundrechte der betroffenen Person ein (Art. 196 Abs. 1 lit. a StPO). Abgemildert wird dieser Eingriff dadurch, dass gemäss Art. 245 Abs. 2 StPO die Inhaber der zu durchsuchenden Räume an der Hausdurchsuchung anwesend zu sein haben (BSK StPO, THORMANN/BRECHBÜHL, N 15 zu Art. 245). Daraus erhellt, dass der Inhaber der zu durchsuchenden Räume nicht gleichzeitig auch beschuldigte Person sein muss. Dass der Beschuldigte oder sein Verteidiger der Hausdurchsuchung beiwohnen müssten, ist vom Gesetz nicht vorgesehen (vgl. Art. 245 Abs. 2 zweiter Satz StPO).

2.6. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass es sich bei der Hausdurchsuchung nicht um eine "Beweiserhebung" im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StPO handelt, an welcher den Parteien und ihren Rechtsvertretern ein Teilnahmerecht zukäme. Sie wird mithin auch nicht von den in Art. 131 Abs. 3 StPO genannten Beweiserhebungen erfasst, die – um gültig zu sein – erst nach Bestellung der notwendigen Verteidigung durchgeführt werden dürfen (vgl. dazu eingehend: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, SB190365 vom 5. Oktober 2020, E. II./5.1. ff. m.w.H.). Selbiges gilt auch für die anschliessende Durchsuchung bzw. Auswertung des sichergestellten Mobiltelefons (Art. 246 StPO).

2.7. Die Verteidigung brachte anlässlich der Hauptverhandlung (Urk. 32 S. 5 f.) sowie der Berufungsverhandlung (Urk. 52 S. 5; Prot. II S. 7) vor, dass für den

Beschuldigten das Recht auf Siegelung von Bedeutung gewesen wäre, ohne jedoch irgendwelche Siegelungsgründe zu benennen. Gemäss Art. 248 Abs. 1 StPO müssen Aufzeichnungen und Gegenstände, die nach Angaben der Inhaberin oder des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen, versiegelt werden und dürfen von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet werden. Vorliegend wurde die Hausdurchsuchung im Zimmer des Beschuldigten, welches er damals alleine bewohnte, in dessen Anwesenheit in der Asylunterkunft B.\_\_\_\_\_ durchgeführt (Urk. 3). Vom sichergestellten iPhone ist der Beschuldigte der alleinige Inhaber (vgl. Urk. 6 S. 2; Urk. 7 S. 5). Ob ihm die Möglichkeit einer Siegelung gemäss Art. 248 StPO bekannt war, erscheint fraglich, da der Beschuldigte nur wenig Deutsch versteht und er die Unterschrift auf dem Durchsuchungsprotokoll, wo die Möglichkeit einer Siegelung gemäss Art. 248 Abs. 1 StPO hervorgehoben erläutert wird, verweigerte (Urk. 9/3). Der Grund für die Verweigerung der Unterschrift ist nicht bekannt. Es wurden keine besonderen Vorkommnisse während der Hausdurchsuchung rapportiert (Urk. 9/3). Hingegen ist – entgegen den Vorbringen der Verteidigung – darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte anlässlich der Hausdurchsuchung den Polizeibeamten den Entsperrcode seines Mobiltelefons bekanntgab ("..."; Urk. 9/3), nachdem er – gemäss Protokoll – auf sein Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen worden war. Dies kann als Einverständnis, das iPhone zu durchsuchen bzw. als Verzicht auf Siegelung gewertet werden, zumal der Beschuldigte nie – auch nicht nachträglich anlässlich der Einvernahmen, an denen er amtlich verteidigt war – gegen die Durchsuchung opponierte oder die Siegelung verlangte (Urk. 6 S. 4; Urk. 7 S. 5 f.). Siegelungsgründe wurden ebenfalls weder von ihm, noch später von der Verteidigung geltend gemacht und sind auch nicht den Akten zu entnehmen. Damit erscheinen die Ergebnisse der Durchsuchung des iPhones ohne Weiteres als verwertbar.

3. Bezüglich der Verwertbarkeit der nachfolgend verwendeten Beweismittel ergeben sich somit keinerlei Einschränkungen, weshalb für die Erstellung des Sachverhalts grundsätzlich darauf abgestellt werden kann.

### III. Sachverhalt

#### 1. Versand von drei Videodateien an die WhatsApp-Gruppe "C. \_\_\_\_\_"

1.1. Die Anklage wirft dem Beschuldigten vor, er habe am 6. September 2018 um 23.02.48 Uhr, um 23.02.59 Uhr sowie um 23.06.18 Uhr von seinem Wohnort in B.\_\_\_\_\_ drei kinderpornografische Filme an die WhatsApp-Gruppe "C.\_\_\_\_\_" versendet. Für die Einzelheiten zu den Videos wird auf die Anklageschrift verwiesen (Urk. 16).

1.2. Über sämtliche Einvernahmen hinweg bestritt der Beschuldigte diesen Sachverhaltsabschnitt (Urk. 6; Urk. 7; Prot. I S. 8 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung verwies der Beschuldigte auf seine Aussagen vor der Vorinstanz (Urk. 50 S. 4 ff.). Die Vorinstanz hat zusammengefasst erwogen, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass ein Dritter das Mobiltelefon des Beschuldigten zum fraglichen Zeitpunkt benutzt habe, weshalb ernsthafte Zweifel bestünden, ob sich der Sachverhaltsteil so begeben habe, wie in der Anklage umschrieben worden sei (Urk. 39 S. 6 ff.). Sie sprach den Beschuldigten deshalb von diesem Anklagevorwurf frei.

1.3. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid die massgeblichen Beweismittel und wie diese zu würdigen sind, korrekt wiedergegeben. Es kann vorab vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (Urk. 39 S. 6 f.). Ebenfalls kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass kein Zweifel daran besteht, dass die Mobiltelefonnummer (...), von welcher die fraglichen Bilder in die WhatsApp-Gruppe verschickt wurden, zum tatrelevanten Zeitpunkt (6. September 2018) auf den Beschuldigten registriert war. Nichts Anderes geht aus den durch das Fedpol eingeholten Auskünften bei der Mobiltelefonbetreiberin D.\_\_\_\_\_ AG hervor (Urk. 2/2). Das alleine reicht jedoch nicht aus, um den Beschuldigten als Absender der Nachrichten zu identifizieren.

1.4. So gab der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll, dass er dazumal zu zweit im Zimmer in B.\_\_\_\_\_ gelebt habe und sich bei Sachen, die er nicht verstanden habe, an seinen Mitbewohner gewandt habe. Dieser habe

auch Sachen für ihn auf sein Handy heruntergeladen (Prot. I S. 9 ff.). Später in derselben Befragung gab er an, dass er sein im Jahr 2020 gekauftes iPhone von einem Kollegen, der den PIN-Code kenne, habe in Ordnung bringen lassen (Prot. I S. 12 ff.). Ebenfalls gab der Beschuldigte an, dass er zeitgleich mehrere Nummern benutzt habe, sich jedoch nicht mehr erinnern könne, ob er die fragliche Mobiltelefonnummer im Jahr 2018 benutzt habe (Urk. 7 S. 7; Prot. I S. 15).

1.5. Obwohl bei der Befragung jeweils unklar blieb, von welcher Zeitspanne der Beschuldigte sprach, erscheinen seine Aussagen nicht unglaubhaft. Es ist nicht unüblich, dass asylsuchende Personen mit geringen finanziellen Möglichkeiten regelmässig den Mobiltelefonanbieter oder die Rufnummer wechseln und so mittels sogenannten Prepaid-Angeboten den kostengünstigsten Weg wählen, um mit Personen im Herkunftsland zu kommunizieren. Das war auch beim Beschuldigten der Fall, indem er eine Rufnummer (gemeint ist wohl die SIM-Karte mit entsprechender Rufnummer) wegwarf, sobald das Guthaben aufgebraucht war (Urk. 7 S. 8). Dass sich der Beschuldigte nicht mehr an die fragliche Mobiltelefonnummer zu erinnern vermochte, erscheint in diesem Kontext ebenfalls glaubhaft, zumal er sich hier auch selber belastete und angab, dass er die fragliche Rufnummer "vielleicht hatte, um nach Afghanistan zu telefonieren" und "wenn er sie benutzte habe, dann nur selten" (Urk. 7; Prot. I S. 15). Dabei ist daran zu denken, dass der Beschuldigte offenbar keinen dermassen persönlichen Bezug zu einer Rufnummer pflegte, wie dies etwa bei Personen der Fall ist, die im Rahmen eines mehrjährigen Abonnements eine Mobiltelefonnummer benützen. Dies gilt umso mehr, als der Beschuldigte gleichzeitig mehrere SIM-Karten verwendete und verschiedentlich Hilfe bei Kollegen holte, wenn es zu technischen Fragen bezüglich seines Mobiltelefons kam und die damit Zugang zum Mobiltelefon des Beschuldigten hatten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschuldigte anlässlich der Befragung vor Vorinstanz angab, dass niemand Zugang zu seinem Mobiltelefon gehabt habe (Prot. I S. 14). Eine SIM-Karte mit dazugehöriger Nummer kann auch in andere Mobiltelefone eingesetzt und verwendet werden. Nicht das Mobiltelefon ist einer Rufnummer zugeordnet, sondern die SIM-Karte. Im Lichte der Lebensumstände des Beschuldigten und gestützt auf seine grundsätzlich nicht vollends unglaubhaften Aussagen kann zusammen mit der Vorinstanz

nicht ausgeschlossen werden, dass am 6. September 2018 auch noch Drittpersonen Zugang zum Mobiltelefon des Beschuldigten hatten oder die SIM-Karte mit der fraglichen Rufnummer von andern Personen in der Asylunterkunft benutzt wurde. Wenn die Vorinstanz daraus schlussfolgert, der anklagerelevante Sachverhalt – insbesondere die Urheberschaft des Beschuldigten – liesse sich nicht mit rechtsgenügendes Sicherheit erstellen, so ist dem beizupflichten.

1.6. Damit ist der Beschuldigte bezüglich des Sachverhaltsabschnitts "Versand von drei Videodateien an die WhatsApp-Gruppe C.\_\_\_\_\_" *in dubio pro reo* vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB freizusprechen.

## 2. Videodatei "nackter Knabe" auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten

2.1. Die Anklage wirft dem Beschuldigten weiter vor, am 11. Juni 2021 um 7.00 Uhr habe sich eine Videodatei mit einem nackten Knaben unter 18 Jahren in sexuell aufreizenden Posen – v.a. durch explizites zur Schaustellen der Genitalien und des Anus – auf dem Mobiltelefon iPhone 11 des Beschuldigten befunden (Urk. 16 S. 2).

2.2. Der Beschuldigte hat, nachdem er in der ersten polizeilichen Einvernahme noch die Aussage verweigerte (Urk. 6), anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme diesen äusseren Sachverhaltsabschnitt der Anklageschrift anerkannt (Urk. 7 F35 ff.). Die Befragung vor Vorinstanz brache sodann nichts Neues, weil der Beschuldigte wiederum keine Aussagen dazu machte (Prot. I S. 16). Den inneren Sachverhalt, namentlich den Eigenkonsum, bestritt er demgegenüber durchgehend bzw. verweigerte die Aussage dazu (Urk. 6 F33 ff.; Urk. 7 F38 ff.; Prot. I S. 16).

2.3. Das Geständnis des Beschuldigten zum äusseren Sachverhalt deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, insbesondere mit dem auf dem Mobiltelefon iPhone 11 aufgefundenen Video (Urk. 5/4), weshalb auf das Geständnis des Beschuldigten abgestellt und der äussere Sachverhalt als rechtsgenügend erstellt

bezeichnet werden kann. Auf den inneren Sachverhalt ist im Rahmen der nachfolgenden rechtlichen Würdigung eingehend zurückzukommen.

#### **IV. Rechtliche Würdigung**

##### **1. Grundlagen**

Die Staatsanwaltschaft würdigt das Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als Konsum sog. "harter" Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB (Urk. 16 S. 3). Demnach macht sich strafbar, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1 der Bestimmung, die 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. Bestraft wird hier u.a. der Konsum, d.h. *der Besitz zum ausschliesslichen eigenen Konsum* (BSK StGB II-ISENRING/KESSLER, Art. 197 N 49). Als Gegenstände im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB gelten insbesondere pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen und Abbildungen.

##### **2. Objektiver Tatbestand**

2.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt der Begriff der Pornografie ein Zweifaches voraus: Zum einen müssen die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sein, 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. Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergrößert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (BGE 144 II 233 E. 8.2.3 m.w.H.). Im Vordergrund stehen auf den Genitalbereich konzentrierende Darstellungen sexuellen Inhalts (BSK StGB II a.a.O. Art. 197 N 14). Bei der harten Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB kommt zum pornografischen Charakter einer Darstellung gemäss Abs. 1 mindestens eines von drei weiteren Merkmalen hinzu: Der Einbezug von minderjährigen Personen, Tieren oder Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen. Als Tatob-

jekt nennt Art. 197 Abs. 5 StGB unter anderem pornografische Bildaufnahmen bzw. Abbildungen.

2.2. Unzweifelhaft erfüllt das auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten aufgefundene Video die durch das Bundesgericht festgelegten Voraussetzungen an den Begriff der Pornografie. Das Video zeigt einen komplett nackten Knaben, deutlich erkennbar als noch minderjährig, der verschiedene Positionen einnimmt und dabei mit gespreizten Beinen seinen Penis zeigt oder mittels Spreizen der Pobacken seinen Anus in Richtung des Betrachters hält. Dieses Gebaren kann einzig darauf angelegt sein, beim (entsprechend veranlagten) Konsumenten eine geschlechtliche Erregung zu wecken. Der in aufdringlich sexueller Weise posierende Knabe wird im Video als reines Sexualobjekt dargestellt.

2.3. Die Anklageschrift wirft dem Beschuldigten sodann vor, das infrage stehende Video zu seinem eigenen Konsum auf seinem Mobiltelefon iPhone 11 belassen zu haben (Urk. 16 S. 2 f.). Dies setzt auf subjektiver Seite primär den Willen voraus, den pornografischen Inhalt in der eigenen Verfügungsmacht zu behalten und zukünftig wieder darauf zuzugreifen (BSK StGB II a.a.O. N 52l). Vom Beschuldigten wird diesbezüglich bestätigt, dass sich das Video auf seinem Mobiltelefon befand. So gab er in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme an, das Video sei ihm von einem "Kollegen" zugeschickt worden. Es sei dann im Messenger geblieben. Er habe das Video ein bis eineinhalb Minuten geschaut. Auf die Frage, weshalb er das Video nicht gelöscht habe, gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er das Video nicht löschen könne. Er kenne sich damit [mit Löschen] nicht aus (Urk. 7 F38 ff.). Somit kann als erstellt gelten, dass der Beschuldigte das Video auf seinem Mobiltelefon hatte und dieses anschaute. Fraglich ist jedoch, ob der Beschuldigte das Video dort belies, um es zu konsumieren. Damit ein strafbarer Konsum vorliegt, muss das Betrachten des pornografischen Inhalts eine gewisse Intensität aufweisen, d.h. der visuelle Kontakt mit der Pornografie darf nicht nur zufällig und unbeabsichtigt sein. Wenn man z.B. im Internet "surft", dabei zufällig auf harte Pornografie stösst und diese sofort wieder "wegklickt", konsumiert man nicht im strafrechtlichen Sinne (BSK StGB II a.a.O. N 52m). Nachdem sich der Beschuldigte das Video jedoch gemäss eigener Aussage wäh-

rend ein bis eineinhalb Minuten angesehen hat, ist vorliegend eindeutig von einem strafbaren Konsum auszugehen.

2.4. Die Aussage des Beschuldigten, wonach er nicht gewusst habe, wie man das Video im Messenger lösche, muss als Schutzbehauptung gewertet werden. Der Beschuldigte besass mehrere Mobiltelefone und benutzte mehrere SIM-Karten, teilweise gleichzeitig. Bei regelmässigem Umgang mit einem Mobiltelefon kann davon ausgegangen werden, dass man weiss, wie man Nachrichten und damit auch Videos löscht. Dieses Allgemeinwissen kann für Mobiltelefonnutzer mit Durchschnittswissen vorausgesetzt werden. Dies steht auch nicht im Widerspruch dazu, dass der Beschuldigte angibt, dass er für technische Unterstützung jeweils einen Kollegen beigezogen hat (Prot. I S. 13). Das Einrichten des Mobiltelefons oder das Beheben von technischen Problemen beim Mobiltelefon sind weitaus komplexere Tätigkeiten, als das Löschen einer Nachricht oder eines zugesendeten Videos in einem Messengerdienst. Zu ergänzen ist sodann, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung derjenige den Besitzeswillen manifestiert, der um die automatische Speicherung der strafbaren pornografischen Daten weiss und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht löscht, selbst wenn er nicht mehr darauf zugreift (vgl. zum Ganzen BGE 137 IV 208). Dadurch fällt sogar das bewusste Belassen von verbotenen pornografischen Daten im temporären Speicher unter den Tatbestand des Besitzes (BSK StGB II a.a.O. Art. 197 N 521).

2.5. Bezüglich der Konsumation gibt es zu sagen, dass der Beschuldigte in der staatsanwaltlichen Einvernahme selber zugab, dass er das Video mindestens einmal, für ein bis eineinhalb Minuten angeschaut habe (Urk. 7 F40). Ebenfalls ergänzte er, dass er den Inhalt des Videos nicht möge (Urk. 7 F42). Daraus kann geschlossen werden, dass es dem Beschuldigten durchaus bewusst war, welche Art Video er anschaute. Gleichzeitig fällt auf, dass er in den Befragungen verschiedentlich mit einer Gegenfrage auswich, wenn nach dem beschlagnahmten Mobiltelefon und dem dort aufgefundenen Video gefragt wurde (Urk. 7 F50, F51, F52; Prot. I S. 15). Bemerkenswert ist sodann, dass der Beschuldigte anlässlich der Befragung vor Vorinstanz plötzlich verwundert und nichts wissend re-

agierte, als ihm vorgehalten wurde, dass kinderpornografisches Material auf seinem Mobiltelefon gefunden worden sei (Prot. I S. 15). Dies, obwohl er sich noch bei der Staatsanwaltschaft an den Namen sowie den damaligen Wohnort der Person erinnern konnte, die ihm die unliebsame Videodatei zugesendet haben soll (Urk. 7 F44 f.). Dieses Ausweichen und widersprüchliche Aussageverhalten spricht dafür, dass der Beschuldigte hier nicht die Wahrheit sagte. Nichts Anderes kann geschlussfolgert werden, als dass dem Beschuldigten bekannt war, dass er ein kinderpornografisches Video auf seinem Mobiltelefon beliess. Indem er dies tat und ihm das Video jederzeit zur Konsumation bereitstand, handelte er tatbestandsmässig.

### 3. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist beim Täter Vorsatz gefordert, wobei Eventualvorsatz genügt (Art. 12 StGB). Der Vorsatz muss sich zusätzlich auf das normative Tatbestandselement "pornografisch" beziehen. Dem subjektiven Erfordernis des Wissens des Täters ist Genüge getan, wenn er den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (BSK StGB II a.a.O. N 76). Der Beschuldigte manifestierte, wie bereits erwähnt, durch Belassen des Videos auf seinem Mobiltelefon den Willen, das Video besitzen zu wollen, um später wieder darauf zurückgreifen zu können. Indem der Beschuldigte angab, dass er das Video mit dem "afghanischen Kind nicht möge" (Urk. 7 F38, F42), zeigte er auf, dass er um den problematischen Inhalt des Videos wusste. Bemerkenswert ist sodann, dass der Beschuldigte nie abstritt, dass das Video "pornografisch" sei. Dazu sagte er lediglich, er habe nicht gewusst, dass in der Schweiz Pornografie verboten sei (Urk. 7 F69), was wiederum als reine Schutzbehauptung, ev. als unbehelflicher Rechtsirrtum zu werten ist. Es ist somit erstellt, dass der Beschuldigte das pornografische Video bewusst und gewollt auf seinem Mobiltelefon beliess, womit auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

### 4. Fazit

Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind keine ersichtlich. Damit ist der Beschuldigte, in Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides, betreffend

das Video mit einem nackten Knaben der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB schuldig zu sprechen.

## **V. Strafzumessung**

### 1. Strafrahmen und Grundlagen

1.1. Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB sieht einen ordentlichen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Da keine Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe ersichtlich sind, ist der vorgenannte Strafrahmen nicht zu verlassen.

1.2. 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).

1.3. 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. Tatkomponente

2.1. Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine einzige kinderpornografische Videodatei gehandelt hat, welche der Beschuldigte auf seinem Mobiltelefon gespeichert und mindestens einmal konsumiert hat. Das Video zeigt einen minderjährigen Knaben in eindeutigen Posen und weist damit einen ganz klaren sexuellen Bezug auf. Es ist auch von einem juristischen Laien unzweifelhaft als kinderpornografisches Videomaterial zu erkennen. Der Beschuldigte hat dieses nach Erhalt nicht sofort gelöscht, obwohl ihm dies jederzeit ohne weiteres möglich gewesen wäre, sondern hat es auf seinem Gerät belassen. Es ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass am Knaben keine sexuellen Handlungen vorgenommen werden, was das Video keineswegs bagatellisiert. Jedoch wären im Spektrum möglicher kinderpornografischer Aufnahmen weitaus explizitere und aufdringlichere sexuelle Handlungen möglich. Im Rahmen des Tatbestandes von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB erscheint deshalb die objektive Tatschwere damit als sehr leicht.

2.2. Mit Bezug auf das subjektive Tatverschulden ist dem Beschuldigten zu Gute zu halten, dass er die Tat nicht von langer Hand geplant hat, sondern die ihm zugeschickte Videodatei nach Erhalt lediglich einmal konsumiert und auf seinem Gerät belassen hat. Er hat nicht aktiv nach solchen Videodateien gesucht. Hingegen ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Konsequenzen seines Handelns offensichtlich zu wenig bedachte, insbesondere, dass der Knabe missbraucht wurde, um dieses Video herzustellen und dass dies weiter geschieht, solange eine Nachfrage nach derartigem Videomaterial besteht. Trotzdem erweist sich das subjektive Tatverschulden immer noch als sehr leicht, weshalb insgesamt von einem sehr leichten Tatverschulden auszugehen ist.

## 3. Täterkomponente

3.1. Der heute 28-jährige Beschuldigte gab zu seinen persönlichen Verhältnissen an, dass er im Jahre 2015 von Afghanistan in die Schweiz gekommen sei, weil dort sein Leben in Gefahr gewesen sei. In Afghanistan lebe nur noch eine Schwester von ihm, zu welcher er keinen Kontakt mehr habe. In der Schweiz lebe

er alleine und habe keine Kinder. Er habe hier den Aufenthaltsstatus F. Vor seiner Arbeitslosigkeit habe er in der Reinigung sowie der Logistik gearbeitet. Derzeit sei er auf der Suche nach einer Arbeitsstelle (Urk. 7 S. 12 ff.; Prot. I S. 17 ff.). Diese persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten sind strafzumessungsneutral zu beurteilen.

3.2. Der Beschuldigte weist eine Vorstrafe aus dem Jahr 2019 auf. Am 22. Dezember 2019 wurde er von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Diebstahls zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt, mit einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 44). Die Vorstrafe ist weder gravierend noch einschlägig, weshalb sie sich nur leicht strafferhöhend auswirkt.

3.3. Im Rahmen der Untersuchung zeigte sich der Beschuldigte nach der polizeilichen Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft geständig, das besagte Video auf seinem Mobiltelefon gehabt zu haben und dieses auch angeschaut zu haben. Vor Vorinstanz wollte er sich dann aber nicht mehr an das Video erinnern. Es gilt zu beachten, dass die Beweislage auch ohne die Aussagen des Beschuldigten ziemlich erdrückend war, jedoch kam diese insbesondere zustande, da der Beschuldigte sofort und freiwillig Zugang zu seinem Mobiltelefon gewährte. Zuzugabe dieses kooperativen Verhaltens sowie des teilweisen Geständnisses ist dem Beschuldigten eine leichte Strafminderung zu gewähren. Eine besondere Strafempfindlichkeit weist er schliesslich nicht auf.

3.4. Bei den Täterkomponenten hält sich der strafferhöhende sowie der strafmindernde Faktor die Waage. Alle weiteren Faktoren sind strafzumessungsneutral zu bewerten. Insgesamt wirken sich deshalb die Täterkomponenten neutral auf das Tatverschulden aus.

3.5. In Würdigung aller relevanten Strafzumessungsgründe erscheint eine Strafe von 30 Strafeinheiten angemessen.

#### 4. Strafart und Höhe

4.1. Bei der Strafhöhe fällt sowohl eine Freiheitsstrafe als auch eine Geldstrafe in Betracht. Ist eine Freiheitsstrafe nicht geboten, um den Täter von der Begehung

weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten, ist grundsätzlich eine Geldstrafe zu verhängen (Art. 41 StGB *e contrario*). Es gibt vorliegend keinen Anlass, für den Beschuldigten auf eine andere Strafart zu erkennen. Der Beschuldigte ist damit mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu bestrafen (vgl. Art. 41 StGB).

4.2. Nach Art. 34 Abs. 2 StGB beträgt ein Tagessatz in der Regel mindestens Fr. 30.– und höchstens Fr. 3'000.–. Ausnahmsweise, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten, kann der Tagessatz bis zu Fr. 10.– gesenkt werden. Der Beschuldigte verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ungefähr Fr. 2'500.– aus der Arbeitslosenversicherung. Er wohnt alleine, die Miete beträgt Fr. 500.–. Für die Krankenversicherung bezahlt er monatlich Fr. 380.–. Nach eigenen Aussagen besitzt er kein Vermögen. Regelmässige finanzielle Verpflichtungen hat der Beschuldigte keine (Urk. 7 S. 14; Prot. I S. 17). An der Berufungsverhandlung ergänzte er, dass er eine neue Anstellung als Küchenhilfe gefunden habe, ohne jedoch dazu einen Arbeitsvertrag beizubringen (Urk. 50 S. 2). Angesichts der finanziellen Verhältnisse erscheint eine Tagessatzhöhe von Fr. 50.– angemessen.

4.3. Nach Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Für den bedingten Vollzug nach Art. 42 Abs. 1 StGB genügt das Fehlen einer ungünstigen Prognose, das heisst die Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2). Der Beschuldigte wurde am 22. Dezember 2019 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Diebstahls zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt, mit einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 44). Am 11. Juni 2021 delinquierte er mit vorliegend zu beurteilender Tat innerhalb der Probezeit erneut. Das vorliegende Verfahren mit angedrohtem Landesverweis dürfte beim Beschuldigten jedoch genügend Eindruck hinterlassen haben, um nicht erneut straffällig zu werden. Der vorliegend zu beurteilende Vorfall steht sodann in keinerlei Zusammenhang zur Verurteilung vom 22. Dezember 2019. Weiter zu berücksichtigen ist, dass der Beschuldigte offenbar bemüht ist, sich beruflich einzugliedern, indem er sich immer

wieder neue Arbeitsstellen sucht. Besondere Veränderungen in den Lebensumständen des Beschuldigten wurden anlässlich der Berufungsverhandlung nicht vorgebracht (Urk. 50). In Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren besteht beim Beschuldigten damit trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung, womit der bedingte Vollzug der Strafe ist zu gewähren ist.

4.4. Vorliegend sind keinerlei Gründe ersichtlich, die für eine besonders lange Probezeit sprechen würden. Angesichts der Vorstrafe bzw. der Delinquenz in der Probezeit rechtfertigt sich dennoch die Festsetzung einer gegenüber dem Minimum leicht erhöhten Probezeit von drei Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

4.5. Beim vorliegenden Fall handelt es sich nicht um ein Massendelikt, bei welchem die Schnittstellenproblematik zu berücksichtigen wäre. Das Verschulden erweist sich als sehr leicht und es ist davon auszugehen, dass das Strafverfahren und die auszusprechende bedingte Geldstrafe den Beschuldigten genügend beeindruckend werden, sodass aus spezialpräventiven Gesichtspunkten die Auferlegung einer zusätzlichen Busse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB nicht erforderlich ist, um ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen. Von der Festsetzung einer zusätzlichen Busse ist somit abzusehen.

#### 5. Widerruf / Verlängerung der Probezeit Strafbefehl Nr. 2019/10043731

Von einer Verlängerung der Probezeit (Art. 46 Abs. 2 StGB) für die von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl mit Strafbefehl vom 22. Dezember 2019 ausgefallten bedingten Geldstrafe kann gestützt auf die vorstehenden Erwägungen (Ziffer 4.3.) zufolge der fehlenden ungünstigen Prognose abgesehen werden.

### **VI. Landesverweisung**

Mit dem Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB steht keine obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB zur Diskussion.

## VII. Tätigkeitsverbot

### 1. Grundlagen

1.1. Die Staatsanwaltschaft fordert unter Verweis auf Art. 67 StGB die Anordnung eines Tätigkeitsverbots.

1.2. 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 StGB angeordnet wird, lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst. Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB wird von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB erfasst. Gestützt auf Art. 67 Abs. 4<sup>bis</sup> 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.

### 2. Würdigung

2.1. Vorliegend ist der Beschuldigte der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB schuldig zu sprechen. Er ist dafür mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 50.– zu bestrafen. Das vom Beschuldigten gespeicherte Video hat offensichtlich eine sexuelle Darstellung von einer minderjährigen Person 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<sup>bis</sup> StGB vorliegt, welcher einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes zu rechtfertigen vermag.

2.2. In den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung fallen nur Fälle, die eigentlichen Bagatelldarakter aufweisen. Nicht notwendig erscheint ein Tätigkeitsverbot sodann, wenn dem Täter eine gute Prognose gestellt werden kann, weil Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr fehlen (vgl. u.a. TRECH-

SEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2021, N15c zu Art. 67 StGB).

2.3. Vorliegend hat der Beschuldigte eine kinderpornografische Videodatei konsumiert und besessen. Dabei handelte es sich zwar offenkundig um eine pornografische Aufnahme eines minderjährigen Knaben. Dieses Video wurde dem Beschuldigten jedoch zugesendet, d.h. er hat dieses nicht aktiv im Internet gesucht. Dass er das Video weiterhin auf seinem Mobiltelefon gespeichert hatte, muss denn auch eher als einmaliger Ausrutscher angesehen werden. Zwar war dem Beschuldigten – wie vorstehend erwogen – bewusst, dass es sich hier um eine problematische Videoaufnahme handelt. Weitere – über das fragliche Video hinausgehende – Hinweise, die auf ein gewisses Interesse des Beschuldigten an der pornografischen Darstellung von Kindern hindeuten, sind jedoch nicht erkennbar. Der Beschuldigte hat – ohne sich dabei viel zu überlegen und die Konsequenzen ausreichend zu bedenken – einmalig eine kinderpornografische Datei gespeichert. Dies widerspiegelt sich auch im leichten Verschulden des Beschuldigten und entsprechend in der milden Bestrafung. Wegen einer solchen einmaligen Handlung ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot zu verhängen, erscheint unter diesen Umständen als unverhältnismässig. Hinreichende Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr betreffend gleichartiger Straftaten sind beim Beschuldigten insgesamt nicht ersichtlich.

2.4. Angesichts der genannten Umstände besteht im vorliegenden Fall Anlass zur Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4<sup>bis</sup> StGB. Das vom Gesetzgeber vorgesehene lebenslängliche Tätigkeitsverbot mit Minderjährigen ist nicht anzuordnen.

### **VIII. Einziehung**

Die Staatsanwaltschaft beantragte die Einziehung und Vernichtung des beschlagnahmten Mobiltelefons iPhone 11 Pro Max (A015'180'119) des Beschuldigten, auf dem sich das Video mit dem nackten Knaben befindet.

Gemäss Art. 197 Abs. 6 StGB sind Gegenstände kinderpornographischen Inhalts ohne Weiteres einzuziehen. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Dezember 2021 beschlagnahmte Mobiltelefon iPhone 11 Pro Max (A015'180'119) ist deshalb einzuziehen und der Lagerbehörde zur Vernichtung bzw. zur gutscheinenden Verwendung zu überlassen.

## **IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **1. Vor- und Hauptverfahren**

1.1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, soweit sie selber einen neuen Entscheid fällt. Vor Vorinstanz erging ein vollständiger Freispruch, weshalb dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 426 Abs. 2 StPO keine Kosten auferlegt wurden und die Vorinstanz auch keine Gerichtsgebühr festsetzte.

1.2. Die Kostenaufgabe erfolgt bei einer Verurteilung gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO grundsätzlich an den Beschuldigten. Ausgenommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung, welche vom Beschuldigten zurückzubezahlen sind, sobald die wirtschaftlichen Verhältnisse es erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Wird die beschuldigte Person bei einer Mehrzahl von Delikten teilweise schuldig und teilweise freigesprochen, so sind die Verfahrenskosten anteilmässig der beschuldigten Person aufzuerlegen, wobei dem Gericht ein gewisser Ermessensspielraum zukommt.

1.3. Für das erstinstanzliche Hauptverfahren erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– als angemessen, welche somit in dieser Höhe festzusetzen ist. Ferner beträgt die Gebühr für das Vorverfahren Fr. 2'100.– sowie fallen Auslagen der Polizei in der Höhe von Fr. 450.– an (Urk. 17).

1.4. Zufolge des teilweisen Freispruchs erscheint es gerechtfertigt, dem Beschuldigten die Kosten des Vorverfahrens und des Hauptverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) zu  $\frac{1}{2}$  aufzuerlegen und im verbleibenden  $\frac{1}{2}$  auf die Gerichtskasse zu nehmen. Sodann sind die Kosten der amtlichen Verteidigung im Vor- und Hauptverfahren im Umfang von  $\frac{1}{2}$  einstweilen und im Umfang

von ½ definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ein staatlicher Rückzahlungsanspruch über ½ der Kosten bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

## 2. Berufungsverfahren

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxismässig auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2.2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Es erfolgt ein Schuldspruch betreffend Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB. Betreffend den Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB wird der Beschuldigte freigesprochen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten des Berufungsverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) dem Beschuldigten zu ½ aufzuerlegen und im verbleibenden ½ auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.3. Die amtliche Verteidigung machte für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Berufungsverfahren Fr. 3'409.– (inkl. [geschätzter] Aufwand für die Berufungsverhandlung und MwSt.) geltend (Urk. 54). Das geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. Für die leicht längere Dauer der Berufungsverhandlung ist ein geringer Zuschlag auszurichten. Mithin ist Rechtsanwalt X1.\_\_\_\_\_ mit einem Honorar von Fr. 3'500.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind im Umfang von ½ einstweilen und im Umfang von ½ definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ein staatlicher Rückzahlungsanspruch über ½ der Kosten ist vorzubehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 12. Juli 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

- 1.-2. [...]
  3. Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit Fr. 7'725.20 (inkl. Barauslagen und MwSt.) entschädigt.
  4. [...]
  5. [Mitteilung]
  6. [Rechtsmittel]"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte **A.**\_\_\_\_\_ wird freigesprochen vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB.
2. Der Beschuldigte **A.**\_\_\_\_\_ ist schuldig der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 zweiter Satz StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 50.–.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
5. Von einer Verlängerung der dem Beschuldigten mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2019 (2019/10043731) angesetzten Probezeit wird abgesehen.
6. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots gemäss Art. 67 StGB wird abgesehen.

7. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Dezember 2021 beschlagnahmte Mobiltelefone iPhone 11 Pro Max (A015'180'119) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung bzw. zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

8. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'500.- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'100.- Gebühr für das Vorverfahren

Fr. 450.- Auslagen Polizei

Fr. 7'725.20 amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt.)

9. Die Kosten des Vorverfahrens und des Hauptverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschuldigten zu  $\frac{1}{2}$  auferlegt und im verbleibenden  $\frac{1}{2}$  auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Vor- und Hauptverfahren werden im Umfang von  $\frac{1}{2}$  einstweilen und im Umfang von  $\frac{1}{2}$  definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Ein staatlicher Rückzahlungsanspruch über  $\frac{1}{2}$  der Kosten bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

10. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

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

Fr. 3'500.- amtliche Verteidigung

11. Die Kosten des Berufungsverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschuldigten zu  $\frac{1}{2}$  auferlegt und im verbleibenden  $\frac{1}{2}$  auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden im Umfang von  $\frac{1}{2}$  einstweilen und im Umfang von  $\frac{1}{2}$  definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Ein staatlicher Rückzahlungsanspruch über  $\frac{1}{2}$  der Kosten bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

12. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
- das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei, 3003 Bern

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, unter Hinweis auf Dispositiv-Ziffer 7.

13. 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, 16. März 2023

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Prinz

MLaw S. Zuber

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.