

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH DG140326-L vom 5. Februar 2015

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2015-02-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_DG140326-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH DG140326-L du 5 février 2015

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH DG140326-L del 5 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Wird die beschuldigte Person verurteilt, sind ihr die Verfahrenskosten aufzu- erlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Erfolgt ein Teilfreispruch, so sind ihr die Kosten anteilmässig nach ihrem Obsiegen oder Unterliegen aufzuerlegen (BSK StPO- DOMEISEN, Art. 426 N 6). Vorliegend sind daher die Verfahrenskosten dem Be- schuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu neh- men.

E. 1.2

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu neh- men. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung der Verteidigerkosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. 2. Entschädigung der amtlichen Verteidigung

E. 1.3

Die Gültigkeit der Anklage gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. a StPO beschlägt die Voraussetzungen nach Art. 325 und Art. 326 StPO, namentlich den Inhalt der An- klageschrift sowie weitere Angaben und Anträge (BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 339 StPO N 12). Das Fehlen einer der darin genannten Voraussetzungen ist vorliegend nicht ersichtlich und wird von der Verteidigung auch nicht weiter sub- stantiiert. Stützt sich die Verteidigung mit Blick auf allfällige Beweisverwertungs- probleme auf einen fehlenden Tatverdacht im Sinne einer Prozessvoraussetzung gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. b StPO, so ist ein solcher hinreichender Verdacht als Prozessvoraussetzung nur in Ausnahmefällen zu prüfen und wenn, dann nur sehr summarisch. Insbesondere hat das Gericht nicht im Sinne eines Vorentscheides festzustellen, ob die Beweise ausreichend sind (BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 339 StPO N 14). Schliesslich geht es auch bei Vorfragen gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. d nicht um eine Prüfung, ob die erhobenen Beweise einen genügenden

- 5 - Tatverdacht oder einen Schuldspruch zu rechtfertigen vermögen. Das Gericht hat in diesem Verfahrensstadium nicht endgültig über die Gültigkeit von Beweisen zu entscheiden (BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 339 StPO N 16).

E. 1.4

Entgegen der Vorbringen der Verteidigung sind somit keine Gründe für ein "Nichteintreten" (recte: Einstellung des Verfahrens) gemäss Art. 329 Abs. 4 StPO ersichtlich. Die Vorbringen der Verteidigung betreffend Verwertbarkeit der erho- benen

Beweismittel sind im Rahmen der Anspruchsprüfung, d.h. bei der Sachverhaltserstellung bzw. Beweiswürdigung, zu prüfen. II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung A. Versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern

E. 2

Beweiswürdigung

E. 2.1

Die amtliche Verteidigung veranschlagte für ihre Bemühungen im vorliegenden Verfahren ein Honorar von Fr. 8'118.15 (inkl. Auslagen, inkl. MWSt). Für das Erstellen der Plädoyerprotokolle verrechnete sie einen Gesamtaufwand von 23.83 Stunden (act. 27 S. 1).

E. 2.1.1

Nacktfoto Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass die Beweise betreffend das Nacktfoto des Beschuldigten gemäss Anklageschrift Ziff. 1 Abs. 4 noch in der verwertbaren Phase der Ermittlungen erhoben wurden. Das Foto sowie die diesbezügliche Dokumentation sind somit als Beweise verwertbar.

E. 2.1.2

Sichergestelltes pornografisches Material auf Festplatten

E. 2.1.2.1

Die Daten gemäss Anklageschrift Ziff. 2 wurden anlässlich einer Hausdurchsuchung beim Beschuldigten sichergestellt, die wiederum aufgrund eines diesbezüglichen Geständnisses des Beschuldigten in den polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen im Anschluss an seine Verhaftung in Zürich erfolgte (act. 10/1 S. 4; act. 10/2 S. 5). Die Hausdurchsuchung und Durchsuchung nach Art. 244 f., Art. 246 ff. und Art. 249 ff. StPO wurden nach den Bestimmungen gemäss Art. 241 StPO angeordnet (act. 11/1), weshalb die daraus re-

- 17 - sultierenden Erkenntnisse grundsätzlich verwertbar sind. Es ist jedoch zu prüfen, ob das Fernwirkungsverbot gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO Anwendung findet.

E. 2.1.2.2

Fernwirkungsverbot Wie oben bereits dargelegt ist ein Folgebeweis dann nicht vom Fernwirkungsverbot betroffen und somit verwertbar, wenn er aus der ex-ante-Perspektive nach den konkreten Umständen des Einzelfalls höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises hätte erlangt werden können (BSK StPO-GLESS, N 95 zu Art. 141). Die Verteidigung macht zutreffend geltend, dass die von der Staatsanwaltschaft angeordneten Durchsuchungen aufgrund des Geständnisses anlässlich der durch illegal erhobene Beweise ermöglichten Einvernahmen erfolgten (act. 28 S. 7). Es ist jedoch zu bedenken, dass bereits durch das Senden eines Nacktfotos an eine (vermeintlich) minderjährige Person durch den Beschuldigten ein klarer Tatverdacht begründet wurde. Dadurch waren die Voraussetzungen für die Anordnung einer Hausdurchsuchung und Durchsuchung gemäss Art. 244 Abs. 2 und Art. 246 StPO bereits erfüllt. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Durchsuchungen auch ohne weitere Ermittlungen bereits aufgrund des Initialdelikts durch die Staatsanwaltschaft angeordnet worden wären, sobald diese von der Polizei davon Kenntnis erlangt hätte. Mit anderen Worten hätten die Folgebeweise höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis der illegal erhobenen Erstbeweise erlangt werden können, weshalb sie nicht von der

Anwendung des Fernwirkungs- verbots erfasst sind. Sämtliche Beweise betreffend die Pornografie auf den Da- trägern des Beschuldigten gemäss Ziff. 2 der Anklageschrift sind demzufolge verwertbar.

E. 2.2

Der Aufwand für das Rechtsstudium wird der amtlichen Verteidigung grund- sätzlich nur in Ausnahmefällen, d.h. bei aussergewöhnlichen Rechtsfragen, ent- schädigt (Leitfaden für amtliche Mandate der Oberstaatsanwaltschaft, 2. Auflage 2014, E. 1.2). Vorliegend hatte sich die Verteidigung betreffend Verwertbarkeit der Beweismittel zweifelsohne mit einer solchen aussergewöhnlichen Rechtsfrage zu befassen. Dennoch rechtfertigt sich ein Aufwand von knapp 24 Stunden für das Erstellen von sieben Seiten Plädoyernotizen nicht. Angemessen erscheint dafür vielmehr ein Aufwand von rund 15 Stunden. Die Pauschale gemäss § 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV ist entsprechend zu reduzieren. Die amtliche Verteidigung ist mit insgesamt Fr. 6'498.15 (inkl. MWSt) zu entschädigen.

- 31 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen, teilweise versuchten Porno- grafie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB. 2. Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen. 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon bis und mit heute 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt. 4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.

E. 2.2.1

Die freie Beweiswürdigung im Strafprozess findet ihre Grenzen in der recht- lichen Zulässigkeit der Beweismittel. Im Besonderen sind die Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote gemäss Art. 140 f. StPO zu beachten. Es ist daher vor der Würdigung der vorliegenden Beweismittel zu prüfen, ob diese überhaupt ver- wertbar sind.

E. 2.2.2

Die Anklägerin machte anlässlich der Hauptverhandlung geltend, der Ein- satz der Polizei sei rechtmässig erfolgt. Gestützt auf das Polizeigesetz des Kan- tons Zürich (PolG ZH) sei keine Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts für die Beweiserhebung notwendig gewesen. Es habe sich um einen offenen Chatroom gehandelt, in welchem das von der Polizei gewählte Vorgehen zulässig gewesen sei (Prot. S. 16). Dem hielt die Verteidigung entgegen, sämtliche erho- benen Beweise seien unverwertbar. Es sei zwar im Ermittlungsverfahren kantona- les Recht anwendbar. Die Polizei habe sich aber vorliegend bei ihren Ermittlun- gen auf die falsche gesetzliche Grundlage gestützt, nämlich auf § 32d PolG ZH, wohingegen sie sich korrekterweise auf § 32e PolG ZH hätte stützen und dem- gemäss die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts hätte einholen müs- sen (act. 28 S. 3 ff.; Prot. S. 16 ff.).

E. 2.2.3

Zunächst ist zu unterscheiden zwischen der präventiven und der repressi- ven verdeckten Ermittlung und Fahndung. Die StPO regelt die verdeckte Ermitt- lung in Art. 285a ff. sowie seit dem 1. Mai 2013 auch die verdeckte Fahndung in den Art. 295a ff. Die verdeckte Ermittlung und die verdeckte Fahndung nach StPO haben gemein, dass sie nur Anwendung finden, wenn bereits ein Tatverdacht be- steht, sie haben mithin repressiven Charakter (vgl.

Art. 286 Abs. 1 lit. a und

- 7 - Art. 298b Abs. 1 lit. b StPO). Erfolgt eine verdeckte Ermittlung oder Fahndung vor dem Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen der Vorermittlung, hat sie also präventiven Charakter, so liegt die Kompetenz für deren rechtliche Ausgestaltung im kantonalen Recht (Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 5.1 und E. 5.5.2). Aus dem Protokoll der Stadtpolizei Zürich vom 25. September 2013 (act. 1) ist ersichtlich, dass Fw B._____ als Chatroom-Ermittler durch die Polizei eingesetzt wurde, um gemäss Instruktion ganz allgemein ab Juli 2013 in Kinder- und Jugend-Chatrooms nach Anzeichen für pädosexuelle Aktivitäten Ausschau zu halten. Die Instruktion erfolgte nicht mit Blick auf einen konkreten Tatverdacht. Da es sich dabei um rein präventive Ermittlungen handelte, richten sich die Rahmenbedingungen dafür nach kantonalem Recht, in casu nach den §§ 32 ff. PolG ZH. Die Polizei stützte sich bei den vorliegend von ihr getätigten Ermittlungen auf § 32d PolG ZH (act. 1 S. 1), der es der Polizei oder von ihr beauftragten Personen unter dem Titel "Kontaktnahme" erlaubt, mit anderen Personen Kontakt aufzunehmen, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekannt zu geben. Die Polizei kann die eingesetzte Person mit einer Legende ausstatten, wobei die Herstellung, Veränderung und der Gebrauch von amtlichen Dokumenten wie Pässen, Identitätskarten und Führerausweisen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht bedürfen (§ 32d Abs. 3 PolG ZH). Soweit aus dem Polizeiprotokoll ersichtlich, wurde der Ermittler zum Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht mit Elementen ausgestattet, deren Verwendung gemäss § 32d Abs. 3 PolG ZH einer zwangsmassnahmenrichterlichen Zustimmung bedürften. Sodann ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass es sich - zumindest im Zeitpunkt der Auftragserteilung - um einen Ermittlungsauftrag mit dem Ziel des Aufbaus eines Vertrauensverhältnisses im Sinne von § 32e PolG ZH und dadurch um eine genehmigungspflichtige verdeckte Vorermittlung gehandelt hätte. § 32d PolG ZH war somit zum Zeitpunkt der Auftragserteilung die zutreffende gesetzliche Grundlage.

E. 2.2.4

Die Chat-Unterhaltung zwischen dem Beschuldigten und dem Ermittler begann am 17. September 2013 um 13:58 Uhr (act. 2 S. 1). Der Beschuldigte und "Sabrina" unterhielten sich rasch einschlägig über sexuelle Themen, was aber

- 8 - weiterhin noch keinen konkreten Tatverdacht zu begründen vermochte. Um 14:46 Uhr sandte der Beschuldigte Sabrina jedoch ein unzensiertes Bild seines Penis per E-Mail, im Wissen darum, dass Sabrina erst vierzehn Jahre alt sei (act. 1 S. 4; act. 2 S. 3; act. 3 S. 2). Wie der Ermittler im Polizeirapport zutreffend festhielt (act. 1 S. 2), handelt es sich dabei um eine pornografische Bildaufnahme im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 StGB, welche einer minderjährigen Person gezeigt wurde. Sodann war dem Ermittler die Identität des Beschuldigten bereits bekannt – dies nicht erst durch die CCIS-Anfrage der Telefonnummer des Beschuldigten von 15:01 Uhr (act. 5), sondern bereits anhand der eindeutig zuordenbaren E-Mail-Adresse des Beschuldigten (bekannt gegeben um 14:14 Uhr; act. 2 S. 1). Ein konkreter Tatverdacht war demzufolge ab dem Zeitpunkt der Übermittlung des Nacktfotos an "Sabrina", d.h. um 14:46 Uhr, gegeben. Wie oben ausgeführt, richtet sich die polizeiliche Ermittlung und Fahndung nur solange nach kantonalem Recht, als noch kein konkreter Tatverdacht besteht. Da vorliegend ab dem erwähnten Zeitpunkt (17. September 2013, 14:46 Uhr) ein Tatverdacht vorlag, hatte sich die danach weitergeführte verdeckte Ermittlung oder Fahndung nach dem Regime der Strafprozessordnung zu richten. Ob für weitergehende präventive Ermittlungen oder Fahndungen weiterhin § 32d PolG ZH oder

ein anderer Paragraph des PolG ZH die zutreffende gesetzliche Grundlage des kantonalen Rechts gewesen wäre und ob diese vor der Verfassung standhalten würde, kann offen gelassen werden. Es sei jedoch angemerkt, dass gemäss der jüngsten bundesgerichtlichen Praxis Chatroom-Ermittlungen analog der vorliegenden Ermittlung tendenziell als genehmigungspflichtige verdeckte Vorermittlung im Sinne von § 32e PolG ZH gewertet werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 6.1).

E. 2.2.5

Abgrenzung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung Es ist zu prüfen, ob es sich bei den auf die Begründung des ersten Tatverdachts folgenden Ermittlungshandlungen um eine verdeckte Ermittlung i.S.v. Art. 285a ff. StPO oder um eine verdeckte Fahndung i.S.v. Art. 298a ff. StPO handelte.

- 9 -

E. 2.2.5.1

Anwendbarkeit von Art. 285a ff. und Art. 298a ff. StPO Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003 (BVE) wurde durch die Inkraftsetzung der StPO am 1. Januar 2011 aufgehoben. Fortan war die verdeckte Ermittlung in der StPO in den Art. 286 ff. und seit dem 1. Mai 2013 in Art. 285a ff. geregelt. Ebenfalls seit dem 1. Mai 2013 in Kraft sind die Art. 298a ff. StPO über die verdeckte Fahndung. Der vorliegende Ermittlungsauftrag wurde im Juli 2013 erteilt und die Ermittlungen in Bezug auf den Beschuldigten begannen am 17. September 2013 (act. 1 S. 1). Sowohl die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung (Art. 285a ff. StPO) als auch jene über die verdeckte Fahndung (Art. 298a ff. StPO) sind demnach ohne Weiteres anwendbar.

E. 2.2.5.2

Die Abgrenzung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung ist heikel und insbesondere in Bezug auf Ermittlungen in Chatrooms nicht abschliessend geklärt. Entsprechend der Legaldefinition liegt eine verdeckte Ermittlung dann vor, wenn Angehörige der Polizei oder von dieser beauftragte Personen unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen, mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären (Art. 285a ff. StPO). Eine verdeckte Fahndung liegt hingegen dann vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen (Art. 298a ff. StPO). Ein zentrales Element der Unterscheidung ist die Ausstattung durch eine sogenannte Legende. Während bei der verdeckten Fahndung die Täuschung bereits darin liegt, dass sich der Polizeibeamte nicht als solcher zu erkennen gibt, erfordert die verdeckte Ermittlung eine qualifizierte Form der Täuschung durch die Verwendung von Urkunden. Dabei ist von einem weit verstandenen Urkundenbegriff im Sinne von Art. 192 Abs. 2 StPO auszugehen (BSK StPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 8). Es sind daher sämtliche Schriften, E-Mail-Adressen, Websites und dergleichen, welche die falsche Identität des verdeckt Ermittlenden stüt-

- 10 - zen, als Urkunden im Sinne von Art. 285a StPO zu qualifizieren (BSK StPO-KNODEL, a.a.O.; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 285a StPO N 3 f.).

Dadurch soll vermieden werden, dass ein raffiniertes Lügengebäude nur deshalb nicht unter die verdeckte Ermittlung fällt, weil die dazu genutzten Elemente der Lüge nicht unter einen übermässig engen Urkundenbegriff der verdeckten Ermittlung fallen würden (vgl. SCHMID, a.a.O., Art. 285a StPO N 3 f.). Zu vermeiden gilt es insbesondere die Zulässigkeit der Konstellation, in der eine zunächst als verdeckter Fahnder eingesetzte Person ohne explizite Legendenausstattung ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufbaut, das unter Umständen intensiver wird als jenes einer von Beginn weg geplanten verdeckten Ermittlung mit Legendenausstattung und Genehmigungspflicht (vgl. BSK StPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 10). Vorliegend hat der ermittelnde Fw B. _____ im Juli 2013 ein Profil eingerichtet, das ihn als 14-jähriges Mädchen namens "Sabrina" auswies (act. 1 S. 1). Ob er zu jenem Zeitpunkt noch mit anderen legendenartigen Elementen ausgestattet wurde, ist nicht ersichtlich. Er war demnach zum Zeitpunkt des Beginns der Ermittlungen noch nicht mit einer Legende i.S.v. Art. 285a StPO ausgestattet. Im Verlauf der Unterhaltung mit dem Beschuldigten gab "Sabrina" jedoch je länger je mehr persönliche Angaben von sich preis. Nachdem sie ihm ihren vollständigen Namen mitgeteilt hatte gab sie ihm auch ihre E-Mail-Adresse bekannt (act. 2 S. 2), was – wie bereits dargelegt – Urkundenqualität hat. Sodann sandte sie dem Beschuldigten ein Foto von sich (act. 2 S. 3) und teilte ihm später auch ihre Mobiltelefonnummer mit (act. 2 S. 2). Zusammen mit den sehr spezifischen Angaben über Wohnort, Alter, Grösse, körperliche Konstitution, Haarfarbe etc. von "Sabrina" (vgl. act. 1 und 2) wurde ein Konstrukt gesponnen, das einer Legende mit dem Ziel der aktiven Täuschung entspricht. Dieses eigentliche Lügengebäude geht gerade über die der verdeckten Fahndung eigene einfache Lüge hinaus, die sich in der Regel darauf beschränkt, dass der Fahnder sich – typischerweise in Drogengeschäften – nicht sofort als Polizeiangehöriger zu erkennen gibt (BSK StPO-KNODEL, Art. 298a StPO N 13). Ab dem Zeitpunkt, in dem Sabrina dem Beschuldigten ihre E-Mail-Adresse bekannt gegeben hat, ist daher von einer Legende im Sinne von Art. 285a StPO auszugehen.

- 11 - Ein weiterer und entscheidender Unterschied der verdeckten Ermittlung gegenüber der verdeckten Fahndung ist das Ziel des Ermittlers, ein auf Dauer angelegtes Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufzubauen (vgl. Art. 285a StPO). Während der Fahnder bei der verdeckten Fahndung für die Zielperson in der Regel vollkommen austauschbar ist, ist es gerade das Ziel des verdeckten Ermittlers, über längere Dauer das Vertrauen des Täters zu gewinnen und für diesen nicht mehr nur ein beliebiger Geschäftspartner zu sein. Der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses ist zur Unterscheidung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung noch höher zu gewichten als die Ausstattung mit einer Legende. Die Legende ist indes als Mittel zum Aufbau des Vertrauensverhältnisses zu betrachten (HANSJAKOB, forumpoenale 4/2014, S. 246). In casu führten der Beschuldigte und "Sabrina" eine intensive Chat-Unterhaltung, zunächst über eine Stunde im Forum "chatmania" (act. 2) und danach als fortführende Unterhaltung über eine Woche lang per SMS (act. 4). Dabei kokettierten die beiden richtiggehend miteinander. Die Unterhaltung war gespickt mit anzüglichen Bemerkungen von beiden Seiten und sie gaben sich stetig mehr persönliche Details übereinander bekannt, wie zum Beispiel ihre körperliche Konstitution, den exakten Wohnort und die Wohnsituation sowie Freizeitinteressen. Schliesslich unterhielten sich die beiden auch über ihre sexuellen Vorlieben, Erlebnisse mit früheren Partnern und darüber, ob "Sabrina" sich bereits rasiere und ob sie die Pille nehme (act. 4 S. 4, S. 7). All dies sind sehr persönliche Details, die man nicht gegenüber einer beliebigen Person, zu der man kein

Vertrauensverhältnis hätte, preisgeben würde. Dass sich der Beschuldigte und Sabrina auf Anhieb verstanden und sich die Sympathien im Verlaufe des Gesprächs noch vertieften, war – zusammen mit dem aus dem Foto bekannten Aussehen von "Sabrina" – entscheidend für den weiteren Verlauf des Geschehens. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte mit einer beliebigen austauschbaren Person getroffen hätte. Eine Subsumption unter die verdeckte Fahndung, die explizit den vergleichsweise oberflächlichen Abschluss von Scheingeschäften als Beispiel anführt (Art. 298a StPO), liefe fehl.

- 12 - Schliesslich geht auch die Dauer der Kontaktnahme des Ermittlers mit dem Beschuldigten klar über das für die verdeckte Fahndung übliche Mass hinaus. Der Ermittler chattete über eine Woche lang fast täglich mit dem Beschuldigten und war zu fast jeder Zeit abkömmlich. Es deutet nichts darauf hin, dass er nicht auch länger auf ein Treffen hingearbeitet und nötigenfalls noch mehr persönliche Details von "Sabrina" preisgegeben hätte, wenn dies erforderlich gewesen wäre und der Beschuldigte nicht so früh für ein Treffen zu begeistern gewesen wäre. Die Grenzen zwischen der einfachen Lüge im Sinne der verdeckten Fahndung hin zum Beginn eines Vertrauensverhältnisses im Sinne von Art. 285a StPO sind fliessend. Es ist sinnvoll, die Grenze immer dann zu ziehen, wenn feststeht, dass die Zielperson den direkten Kontakt zum Zweck von "hands-on-Delikten" sucht (HANSJAKOB, forumpoenale 4/2014, S. 248). Dass der Beschuldigte auf "hands-on-Delikte" aus war, wurde schon in den ersten Minuten der Chat-Unterhaltung deutlich (act. 2 S. 1; "sueche eigentlich sex"). Das Gespräch verlief zu jenem Zeitpunkt jedoch noch zögerlich. Die kritische Intensitätsschwelle des Vertrauensverhältnisses im Sinne von Art. 285a StPO wurde erst dann überschritten, als der Beschuldigte und "Sabrina" über ein mögliches Treffen sprachen und schliesslich ihre Handynummern austauschten (act. 2 S. 3). Die entscheidende Schwelle wird daher auf den Zeitpunkt des Übergangs der Unterhaltung vom Chat-Forum (act. 2) zur SMS-Unterhaltung (act. 4) festgesetzt.

E. 2.2.5.3

Zwischenfazit Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass aufgrund der Legendenausstattung des Ermittlers sowie vor allem der zunehmenden Intensität des Vertrauensverhältnisses zwischen "Sabrina" und dem Beschuldigten spätestens im obgenannten Zeitpunkt (Ende Chat-Unterhaltung/Beginn SMS-Unterhaltung) keine bloss verdeckte Fahndung im Sinne von Art. 298a ff. StPO mehr im Gange war, sondern die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung (Art. 285a ff. StPO) zu greifen begannen. Diese Würdigung deckt sich im Übrigen mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach in BGE 134 IV 266 ein analoger Fall unmissverständlich als genehmigungspflichtige verdeckte Ermittlung gewertet wurde. Zwar diente damals noch das BVE als gesetzliche Grundlage. Die entsprechenden Bestimmungen des BVE

- 13 - wurden jedoch im Wesentlichen als Vorlage für die Regelung der verdeckten Ermittlung in der neuen StPO übernommen (vgl. BBl 2006 1085, S. 1255 ff.), weshalb sich diesbezüglich keine Praxisänderung aufdrängt.

E. 2.2.6

Genehmigungspflicht durch das Zwangsmassnahmengericht Die Durchführung einer verdeckten Ermittlung bedarf in jedem Fall einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 289 Abs. 1 StPO). Eine solche ist vorliegend nicht erteilt worden bzw. es wurde gar nicht darum ersucht. Es sei angemerkt, dass sich in casu

aufgrund des Gesprächsverlaufs bereits relativ früh in der Unterhaltung zwischen dem Ermittler und dem Beschuldigten abgezeichnet hat, dass eine genehmigungspflichtige Ermittlung vorliegen könnte. Die ermittelnde Behörde hätte beim Zwangsmassnahmengericht einen entsprechenden Antrag einreichen müssen. Der zielführende Fortgang der Ermittlungen wäre dadurch nicht gefährdet gewesen, zumal die Untersuchungsbehörde mit dem Einsatz des verdeckten Ermittlers nicht zuwarten muss, bis die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts vorliegt (BSK StPO-KNODEL, Art. 289 StPO N 1). Die Beweismittel, die im Rahmen der verdeckten Ermittlung ohne zwangsmassnahmenrichterliche Genehmigung erhoben worden sind, sind unverwertbar (Art. 141 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 289 Abs. 6 StPO). Es handelt sich dabei zunächst um das gesamte SMS-Protokoll (act. 4). Hingegen ist das Chat-Protokoll verwertbar, da dieses als Beweis vor der Schwelle zur verdeckten Ermittlung erhoben wurde.

E. 2.2.7

Fernwirkungsverbot Ein Beweis, der ohne die aufgrund von Art. 141 Abs. 2 StPO rechtswidrige Erhebung eines vorangegangenen Beweises nicht möglich gewesen wäre, ist gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO nicht verwertbar. Diese sogenannte Fernwirkung von Beweisverboten gilt nach allgemeiner Meinung *argumentum a fortiori* auch für Folgebeweise von gestützt auf Art. 141 Abs. 1 StPO unverwertbaren Beweisen (BSK StPO-GLESS, Art. 141 StPO N 90, mit Hinweisen).

- 14 - Nach der neueren Auffassung ist ein Folgebeweis dann vom Fernwirkungsverbot beschlagen, wenn er – aus einer *ex-ante*-Perspektive, d.h. vor der Erlangung des illegalen Beweises betrachtet – nach den konkreten Umständen des Einzelfalles höchstwahrscheinlich ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises nicht hätte erlangt werden können (BSK StPO-GLESS, Art. 141 StPO N 95). Vorliegend lässt sich aus dem verwertbaren Teil der Beweismittel noch nicht herauslesen, wann, wo und mit welchem genauen Hintergrund sich der Beschuldigte mit Sabrina hätte treffen wollen. Die Festnahme des Beschuldigten sowie die darauffolgenden Einvernahmen bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft mit anschliessendem (Teil-)Geständnis in Bezug auf sexuelle Handlungen mit Kindern waren nur aufgrund der rechtswidrig erhobenen Beweise möglich. Die Geständnisse des Beschuldigten hinsichtlich der durch nicht verwertbare Beweismittel – namentlich das SMS-Protokoll – ermittelten Sachverhalte sind somit ebenfalls nicht verwertbar.

E. 2.3

Fazit Zusammengefasst liegt bezüglich des Anklagevorwurfs gemäss Ziff. 1 Abs. 1-2 der Anklageschrift als einziges verwertbares Beweismittel das Chat-Protokoll (act. 2) vor. Gestützt darauf sowie auf das diesbezügliche Geständnis des Beschuldigten ist demzufolge lediglich erstellt, dass sich der Beschuldigte mit "Sabrina" über sexuelle Themen sowie ein mögliches Treffen unterhielt. Nicht erstellt sind hingegen sämtliche aus dem unverwertbaren SMS-Protokoll hervorgehenden Äusserungen und Handlungen des Beschuldigten.

E. 3

Rechtliche Würdigung

E. 3.1

Die Höhe des Tagessatzes richtet sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, wobei die Obergrenze Fr. 3'000.–

beträgt. Einen Minimalbetrag nennt das Gesetz nicht (Art. 34 Abs. 2 StGB). Bei der Bemessung ist grundsätzlich vom Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter durchschnittlich verdient (BGE 134 IV 60, E. 5.4 und E. 6).

E. 3.2

Aus den Akten und der aktuellen Situation des Beschuldigten ergibt sich, dass er aus eigener Erwerbstätigkeit nur wenig (ca. Fr. 400.–) verdient und über kein Vermögen verfügt (act. 15/5 S. 2). Er befindet sich jedoch bereits im 9. Semester seines Studiums und hätte die Möglichkeit, mehr zu erwirtschaften. Sodann sind ihm die aufgrund eines familienrechtlichen Anspruchs zustehenden Zuwendungen, die er von seinen Eltern in Form von Studienunterstützung und Logis erhält, als Einkommen anzurechnen (BGE 134 IV 60, E. 8.4). Der Tagessatz ist daher auf Fr. 30.– festzulegen. IV. Vollzug 1. Das Gericht schiebt 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 (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges soll die Regel sein. Die günstige Prognose wird vermutet (BGE 134 IV 82, E. 4.2). Schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). 2. Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind erfüllt. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, welche die von Gesetzes wegen zu vermutende günstige Prognose zu erschüttern vermögen, insbesondere weist der Beschuldigte keine Vorstrafen auf. Weiter ist davon auszugehen, dass er durch die heute auszufällende Strafe genügend beeindruckt sein wird, um in Zukunft nicht wieder straffällig zu werden. Der Vollzug der Strafe ist somit aufzuschieben. Die Probezeit ist auf zwei Jahre anzusetzen.

- 29 - 3. Fazit Der Beschuldigte ist folglich mit einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu bestrafen, wobei ein Tagessatz durch Haft erstanden ist. Die Probezeit ist auf zwei Jahre anzusetzen. V. Einziehung und Beschlagnahme 1. Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 StGB). 2. Anlässlich der vorliegenden Strafuntersuchung wurden von der Untersuchungsbehörde mit Verfügung vom 8. Oktober 2014 folgende Gegenstände beschlagnahmt (act. 11/5): 1 Festplatte SSD 120 GB ■ 1 Festplatte 1 TB aus PC Steg ■ 1 USB-Festplatte WD 800 GB ■ 1 Speicherkarte SD-Card 4 GB ■ 15 CD/DVD. ■ Deliktisches Material wurde indes gemäss Auswertungsbericht nur auf drei der fünf beschlagnahmten Speichermedien festgestellt (act. 7 S. 2). Die Festplatten SSD 120 GB und 1 TB aus PC Steg sowie die USB-Festplatte WD 800 GB haben zur Begehung von strafbaren Handlungen gedient und sind daher definitiv einzuziehen und zu vernichten. Die Speicherkarte SD-Card 4 GB sowie die 15 CD/DVD sind dem Beschuldigten herauszugeben.

- 30 - VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Verfahrenskosten

E. 3.3

Als verschuldensunabhängige Tatkomponente ist schliesslich zu beachten, dass es vorliegend bei einer versuchten Tatbegehung blieb. Dass der Taterfolg nicht eintrat ist

jedoch nur marginal reduzierend zu berücksichtigen, zumal es ausserhalb des Verfügungsbereichs des Beschuldigten stand, dass es sich bei "Sabrina", welche in Wahrheit ein (volljähriger) Ermittler der Polizei war, um ein untaugliches Tatobjekt handelte.

E. 3.3.1

Die Anklägerin macht in der Anklageschrift in Ziff. 1 Abs. 3 unter dem Titel "versuchte Pornografie" Ausführungen zum Sachverhalt, wonach der Beschuldigte ab dem 17. September 2013 mit Sabrina intensiv gechattet habe, ihr seine sexuellen Absichten mitgeteilt habe, ihr persönliche sexuelle Fragen sowie Fragen hinsichtlich eines künftigen Treffens gestellt habe (act. 18 S. 3).

E. 3.3.2

Das einem geplanten Treffen vorhergehende Sich-Austauschen über sexuellen Inhalt in einem Internet-Chat kann unter Umständen als pornografische Schrift im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB gewertet werden (BUNDI, Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz, Bern 2008, S. 61). Aus dem verwertbaren Chat-Protokoll gehen lediglich dahingehende Äusserungen des Beschuldigten hervor, dass er mit Sabrina gerne sexuelle Handlungen vornehmen würde sowie Fragen, ob sie die Pille nehme und ob er ohne Kondom in sie eindringen könne

- 20 - (act. 2). Diese Äusserungen können bereits deshalb nicht als Pornografie gewertet werden, da sie nicht die vom Bundesgericht aufgestellte Voraussetzung erfüllen, wonach pornografische Schriften so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt sein müssten, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann (BGE 131 IV 64, E. 10.1.1). Die dem Beschuldigten nachgewiesenen Äusserungen aus dem Chat-Protokoll vermögen das von Art. 197 Abs. 1 StGB (bzw. aArt. 197 Ziff. 1 StGB) zu schützende Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung (BB1 1985, 1089; BGE 131 IV 64, E. 10.1.2) bei einem 14-jährigen Mädchen nicht zu gefährden. Der bewiesene Teil des Sachverhalts gemäss Ziff.1 Abs. 3 der Anklageschrift stellt daher kein strafbares Verhalten dar und ist nicht als versuchte Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB mitzubestrafen.

E. 3.4

Im Übrigen trifft die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch die Anklagebehörde zu und wird vom Beschuldigten auch anerkannt (act. 10/3 S. 9 f.; Prot. S. 14 f.).

E. 4

Nachtatverhalten und Einsicht in das Unrecht der Tat

E. 4.1

Nachdem dem Beschuldigten die Durchführung einer Hausdurchsuchung und Durchsuchung angekündigt worden war, legte dieser bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme ein vollumfängliches Geständnis ab (act. 10/1). In der Folge hielt er sein Geständnis aufrecht und gab teilweise mehr zu, als ihm hätte nachgewiesen werden können, beispielsweise sein Wissen um die Funktionsweise der Cache-Speicherung. Das Geständnis ist deutlich strafmindernd zu berücksichtigen.

E. 4.2

Sodann zeigte sich der Beschuldigte im Verlaufe des Verfahrens stets kooperativ und legte auch eine glaubwürdige Einsicht in das Unrecht der Taten an den Tag, was sich ebenfalls strafmindernd auswirkt.

E. 5

Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, aufbewahrten Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen: - 1 Festplatte SSD 120 GB; - 1 Festplatte 1 TB aus PC Steg; - 1 USB-Festplatte WD 800 GB.

E. 6

Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, aufbewahrten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben: - 1 Speicherkarte SD-Card 4 GB; - 15 CD/DVD.

- 32 -

E. 7

Die Entscheidgebür wird angesetzt auf: Fr. 4'000.- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. Kosten Kantonspolizei Fr. 1'000.- Gebühr Anklagebehörde Fr. Kanzleikosten Fr. 3'310.- Auslagen Untersuchung Fr. 6'498.15 amtliche Verteidigung

E. 8

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.

E. 9

Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 6'498.15 (inkl. Mehrwertsteuer) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

E. 10

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an den Beschuldigten (übergeben), ■ die amtliche Verteidigung (übergeben), ■ die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben), ■ das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei (BKP) (versandt); ■ und hernach als begründetes Urteil an die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten, die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, ■ das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei (BKP), ■ sowie nach Eintritt der Rechtskraft an die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A (unter Beilage des ■ Formulars "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"), die Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, gemäss Ziffern 5 ■ und 6.

- 33 -

E. 11

Gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Eröffnung an beim Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, Badenerstrasse 90, Postfach, 8026 Zürich, mündlich oder schriftlich Berufung angemeldet werden. Mit der Berufung kann das Urteil in allen Punkten

umfassend angefochten werden. Mit der Berufung können gerügt werden: Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder Unangemessenheit. Die Berufung erhebende Partei hat binnen 20 Tagen nach Zustellung des begründeten Entscheids dem Obergericht des Kantons Zürich, Strafkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eine schriftliche Berufungserklärung einzureichen. Sie hat darin anzugeben, ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt. Werden nur Teile des Urteils angefochten, ist verbindlich anzugeben, auf welche sich die Berufung beschränkt. Bei offensichtlich verspäteten Berufungsanmeldungen oder Berufungserklärungen wird auf die Berufung ohne Weiterungen nicht eingetreten.

E. 12

Gegen Ziffer 9 dieses Entscheids kann von der amtlichen Verteidigung innerhalb 10 Tagen von der Eröffnung an beim Obergericht des Kantons Zürich, Strafkammer, Postfach 2410, 8021 Zürich, schriftlich und begründet Beschwerde eingereicht werden. Zürich, 5. Februar 2015 BEZIRKSGERICHT ZÜRICH 3. Abteilung Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. Th. Kläusli MLaw D. Silberschmidt

- 34 - 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.