

ZH_OBERGERICHT SB110437 vom 28. Oktober 2011

ZH Obergericht, 2011-10-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110437

FR: ZH_OBERGERICHT SB110437 du 28 octobre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT SB110437 del 28 ottobre 2011

Erwägungen

E. 1

Am 10. Mai 2011 verurteilte das Bezirksgericht Horgen, I. Abteilung, den Beschuldigten wegen des Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern und der mehrfachen Pornographie und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, welche zur Hälfte bedingt auf fünf Jahre aufgeschoben wurde. Von den Vorwürfen des versuchten Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung (Chat) und von einem Teil der eingeklagten Pornographietatbestände sprach es ihn frei. Zudem trat das Gericht auf den Vorwurf der versuchten Pornographie nicht ein. Das Gericht ordnete für den Beschuldigten eine ambulante Massnahme an, schob den Vollzug der Freiheitsstrafe jedoch nicht zu deren Gunsten auf.

- 6 - Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft am 13. Mai 2011 Berufung an (Urk. 46). Die Berufungserklärung folgte am 23. Juni 2011 (Urk. 74). Demnach wurde die Berufung der Staatsanwaltschaft beschränkt auf die Freisprüche und das Nichteintreten, sodann auf die Strafe samt der Gewährung des teilbedingten Vollzugs, ferner auf die bloss hälftige Auflage der Kosten an den Beschuldigten (a.a.O.). Anlässlich der Berufungsverhandlung liess die Staatsanwaltschaft die Anfechtung des vorinstanzlichen Nichteintretens auf die Anklage wegen versuchter Pornografie fallen (Prot. II S. 8). Der Beschuldigte schloss sich mit Eingabe seines Verteidigers vom 14. Juli 2011 der Berufung an (Urk. 96). Beantragt wird ein Nichteintreten auf die Anklage samt der Ausrichtung von Genugtuungs- und Schadenersatzzahlungen an den Beschuldigten; eventualiter wird ein Freispruch beantragt, subeventualiter eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Aufschub des Vollzugs zu Gunsten der ambulanten Massnahme (a.a.O.). Insofern erweist sich die Anschlussberufung was Schuldpunkt, Strafe und Strafart angeht, als nicht beschränkt. Von keiner Seite angefochten sind somit die Dispositivziffern 2 (teilweises Nichteintreten auf die Anklage) sowie 6-9 des vorinstanzlichen Urteils (Herausgabe, Einziehung und Vernichtung, Erstellung eines DNA-Profiles, Kostenaufstellung). Diese Punkte sind folglich in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist.

E. 2

Treffen am 8. Juli 2010 mit dem vermeintlichen Mädchen am Bahnhof C._____. Der äussere Sachverhalt dieses Anklageabschnittes ist vom Angeklagten ebenfalls eingestanden und auch im Übrigen erstellt, weshalb davon auszugehen ist, dass sich der Angeklagte am 8. Juli 2010 zum Bahnhof C._____ begeben hat, um sich mit seiner Gesprächspartnerin aus dem Chat, einem angeblich 13-jährigen Mädchen namens ..., wie vereinbart zu treffen zwecks anschliessender Vornahme von sexuellen Handlungen, wozu es jedoch nicht kam, da der Angeklagte am Bahnhof verhaftet wurde. Auch hierzu sind die Erwägungen der Vorinstanz zur rechtlichen Würdigung dieses Sachverhalts zutreffend und erschöpfend, so dass - um Wiederholungen zu vermeiden - integral darauf verwiesen werden kann (Urk. 72

S. 12-26). Zusammenfassend sei hier nurmehr Folgendes festgehalten: Aufgrund des gutachterlich bestätigten generellen Interesses des Beschuldigten an Mädchen im Alter von ungefähr 13 Jahren und der beiden einschlägigen Vorstrafen, die er aufweist, wie auch aufgrund der Thematisierung des grossen Altersunterschiedes und der Unerlaubtheit des Vorhabens des Beschuldigten im vorangegangenen grundsätzlich für Kinder bestimmten Chat ("Teentalk") waren die Behauptungen des Beschuldigten, er habe nicht geglaubt, dass es sich bei der Gesprächspartnerin im Chat effektiv um eine 13-jährige Schülerin gehandelt habe und er hätte sich, sollte es doch so gewesen sein, nicht getraut, dieses Mädchen im Bahnhof C._____ anzusprechen, zu Recht als Schutzbehauptungen zu qualifizieren (a.a.O. S. 15). Auch bestehen gemäss der vom Beschuldigten im Chat beschriebenen Handlungen, die er mit bzw. am besagten Mädchen vorzunehmen gedenke und der Thematisierung, ob Kondome mitzunehmen seien, keine Zweifel, dass das Treffen für den Beschuldigten zum Ziel hatte, sexuelle Handlungen vorzunehmen. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, schliesst der Umstand, dass der Beschuldigte, am Treffen angekommen, schliesslich von sich aus eine (erwachsene) Frau, die ähnlich wie im Chat abgesprochen gekleidet war, ansprach und fragte, ob sie ... sei, seinen anfänglichen direkten Vorsatz, zum Treffen zu kommen, um

- 10 - nicht mit einer Erwachsenen, sondern mit einem Kind im Schutzalter sexuelle Handlungen vorzunehmen, nicht aus. Dass sodann mit dem Eintreffen des Beschuldigten zur vereinbarten Zeit am Treffpunkt der letzte entscheidende Schritt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, gemacht worden ist, steht nach der ständigen Gerichtspraxis zum Versuch ("Schwellentheorie") ausser Frage. Ebenso klar ist, dass es sich hier um einen Versuch an einem untauglichen Objekt gehandelt hat. Hinsichtlich der Beurteilung des Masses der Einwirkung des verdeckten Ermittlers gelangte das angefochtene Urteil zum Schluss, dass es nicht der verdeckte Ermittler war, der die allgemeine Tatbereitschaft des Beschuldigten weckte, sondern das Verhalten des Ermittlers im Chat für den Entschluss des Beschuldigten, das Mädchen zu treffen, eine untergeordnete Rolle spielte und der Ermittler lediglich den Entschluss des Beschuldigten bestärkte, sich zum vereinbarten Treffen einzufinden. Dieser Auffassung ist zu folgen, einmal deshalb, weil der verdeckte Ermittler nach dem geplatzten ersten Treffen den Beschuldigten nicht zu einem neuen Treffen aufforderte, sondern in einer kurzen E-Mail-Nachricht lediglich den Unmut äusserte, versetzt worden zu sein ("danke für dini verarschig!!!! DEPP", Urk. 2/4, 10:45:12). Zudem bettelte der Beschuldigte, als er drei Stunden später dieses E-Mail sah, per E-Mail und im anschliessenden Chat regelrecht darum, eine zweite Chance für ein Treffen zu erhalten (vgl. Urk. 2/4: 14:07:28, 14:16:23, 14:19:50; Urk. 2/3: 15:27, 15:38, 15:44). Den konkreten Entscheid zum Treffen traf der Beschuldigte aufgrund seiner vorbestandenen generellen Tatbereitschaft und dem eigenen Drängen demnach aus völlig eigenem Antrieb. Auch wenn der verdeckte Ermittler sich im E-Mail-Verkehr und im Chat nicht nur passiv verhielt und seinen Unmut über das geplatzte erste Treffen mehrmals äusserte (Urk. 2/4: 14:17:31; Urk. 2/3: 14:39, 15:24) sowie wiederholt seine Zweifel darüber ausdrückte, ob der Beschuldigte wirklich zum neuen Treffen komme (Urk. 2/3: 15:22, 15:24, 15:35, 15:43), so kann – wie die Vorinstanz richtig erkannte – von einem eigentlichen "agent provocateur" bzw. von einer regelrechten Anstiftung zur Tat nicht gesprochen werden. Damit bleibt die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs des Beschuldigten grundsätzlich bestehen.

- 11 - Der Beschuldigte hat sich somit bezüglich des Treffens mit "zuerigirl" des unvollendeten untauglichen Versuchs der sexuellen Handlung mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, und das Einwirken des verdeckten Ermittlers auf das Geschehen ist erst bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

E. 3

Pornographievorwürfe aus der Zeit zwischen Juni 2009 und 8. Juli 2010 Beim Beschuldigten wurden auf Festplatten von zwei seiner Notebooks und auf einem USB-Stick unbestreitbar pornographische Erzeugnisse festgestellt. Die Anklage wirft ihm vor, diese Erzeugnisse über das Internet heruntergeladen und gespeichert bzw. kopiert zu haben; damit habe der Beschuldigte Art. 197 Ziff. 1 und Ziff. 3bis StGB mehrfach verletzt. Die Vorinstanz hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Herunterladen und Abspeichern von Bilddateien pornographischen Inhalts soweit richtig wiedergegeben. Demnach kommt beim bewussten Herunterladen und Abspeichern die Ziff. 3 von Art. 197 StGB zur Anwendung und nicht die eine mildere Strafandrohung aufweisende Ziff. 3bis (Urk. 72 S. 27f.). Entsprechend gelangte die Vorinstanz, soweit dem Beschuldigten vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden kann, zu einer Verurteilung in diesem Sinne. Dieser Schuldspruch ist zu bestätigen. Bei 49 Bildern, die nach Auffassung der Vorinstanz "mit grösster Wahrscheinlichkeit ursprünglich temporäre Internet-Cache-Daten darstellten" bzw. von denen selbst die Staatsanwaltschaft angenommen habe, es seien Cache-Daten, hielt die Vorinstanz weder den objektiven Tatbestand von Art. 197 Ziff. 3 oder 3bis StGB, noch einen Vorsatz des Beschuldigten für gegeben und sprach ihn deshalb frei. Dem Beschuldigten wird von der Anklage denn auch nicht vorgeworfen – und es ihm auch nicht nachgewiesen werden –, dass er spezielle Vorkehrungen getroffen hätte, um das automatische Löschen der Cache-Dateien zu verhindern bzw. entsprechende Zusatz-Software geladen hätte, um so weiterhin Zugang zu diesen Dateien zu haben. Ebenso wenig ist angesichts der Bestreitung des Beschuldigten (Urk. 102 S. 12) erstellt, dass er die erwähnten 49 Bilder bewusst in

- 12 - den temporären Speichern belassen hätte, welches Verstecken selbst bei Vorhandensein gewisser Computer-Kenntnisse keinen Sinn gemacht hätte, nachdem er eine weit grössere Anzahl solcher Bilder normal auf den Festplatten gespeichert und aufbewahrt hatte. Die Inbesitznahme von automatisch gespeicherten Bildern durch bewusstes Belassen in temporären Speichern hätte als spezielle Handlungsweise von der Anklage, die nur von aktivem "beschaffen", "herunterladen", "speichern" und "kopieren" spricht, ohnehin ausdrücklich aufgeführt werden müssen, um das Akkusationsprinzip zu wahren, was nicht der Fall ist.

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