

ZH_OBERGERICHT SB190508 vom 16. April 2020

ZH Obergericht, 2020-04-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190508

FR: ZH_OBERGERICHT SB190508 du 16 avril 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190508 del 16 aprile 2020

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Vorinstanz hat den Anklagevorwurf zutreffend zusammengefasst und die allgemeinen Regeln der Beweiswürdigung korrekt wiedergegeben (Urk. 50 S. 4 f.). Darauf kann an dieser Stelle verwiesen werden. Des Weiteren hat das Bezirksgericht die relevanten Beweismittel aufgelistet und die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der polizeilichen Befragung vom 28. März 2019 (Urk. 3)

- 6 - und der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 29. März 2019 (Urk. 7) sorgfältig und korrekt zusammengefasst (Urk. 50 S. 6 ff.). Darauf ist ebenfalls zu verweisen.

E. 1.2

Im Rahmen des Berufungsverfahrens hat der Beschuldigte zusammen mit seiner Berufungsbegründung zusätzliche Beweismittel eingereicht. Es handelt sich dabei um die Ausdrücke von zwei auf Onlineportalen erschienenen Artikeln, die über neue Funktionen sowie Probleme mit dem Facebook-Messenger berichten (Urk. 67/1 und 67/2). Auf den Inhalt und Beweiswert besagter Artikel wird an gegebener Stelle im Rahmen der Sachverhaltserstellung einzugehen sein (vgl. nachfolgend Erw. 2.6.).

E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 6. November 2019 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären, oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zum Antrag des Beschuldigten auf schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens Stellung zu nehmen, wobei bei Säumnis aufgrund der Akten entschieden würde (Urk. 54). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 12. November 2019 auf Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung. Zum Antrag des Beschuldigten auf

- 5 - schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens liess sie sich nicht vernehmen (Urk. 56). Mit Präsidialverfügung vom 20. November 2019 wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet sowie dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge einzureichen sowie letztmals eigene Beweisangebote zu stellen (Urk. 60). Am 11. Dezember 2019 liess der Beschuldigte die Berufungsbegründung samt Beilagen einreichen (Urk. 65; Urk. 67/1-3). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (Urk. 71). Ebenfalls verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung zur Berufungsbegründung (Urk. 75).

E. 1.4

Der Schriftenwechsel ist durchgeführt. Das Verfahren ist spruchreif.

E. 2

In objektiver Hinsicht ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beschuldigte eine Videodatei mit kinderpornografischem Inhalt über den Facebook Messenger weitergeschickt hat. Die Aufnahme zeigt zwei offensichtlich Minderjährige beim Oralverkehr und somit bei einer eindeutigen und klar erkennbaren sexuellen Handlung. Wie vom Bezirksgericht richtig bemerkt, ist – wenn auch nur in ganz leichtem Masse – zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass der Oralverkehr zwischen zwei Minderjährigen stattfindet und keine erwachsene Person unmittelbar in die Handlung involviert ist. Weiter leitete der Beschuldigte nur eine Datei an nur einen Empfänger weiter. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte zumindest eventualvorsätzlich, indem er mindestens in Kauf nahm, dass es sich bei den entsprechenden Aufnahmen um verbotenes Material handeln könnte (vgl. Urk. 3 S. 4, wo er bestätigte, dass Kinderpornografie in Europa seines Wissens verboten sei). Alles in allem ist mit der Vorinstanz von leichtem Verschulden auszugehen. Eine Einsatzstrafe in Höhe von 150 Tagen resp. Tagessätzen erscheint angemessen und nicht zu hoch.

E. 2.1

Der Beschuldigte anerkannte zwar anlässlich beider Einvernahmen den Anklagesachverhalt (vgl. Urk. 3 S. 6; Urk. 7 S. 2 f.), relativierte sein Geständnis jedoch auch verschiedentlich. So brachte er beispielsweise vor, dass die Datei womöglich irrtümlich zusammen mit anderen Videos verschickt worden resp. in einem Ordner gespeichert worden sei, dessen Inhalt automatisch weiterversendet werde (Urk. 7 S. 5). Weiter erklärte der Beschuldigte auch, dass seine beiden eineinhalbjährigen Nichten das Video weitergeleitet haben könnten. Diese würden sein ungesichertes Mobiltelefon verwenden, um darauf Videos auf YouTube zu schauen (Urk. 3 S. 2, 4 f.). In diesem Sinne kann vorliegend nicht von einem vollumfänglichen Geständnis des Beschuldigten ausgegangen werden und es ist zu prüfen, ob sich der Anklagesachverhalt auch vor dem Hintergrund der vom Beschuldigten vorgebrachten Relativierungen erstellen lässt.

E. 2.2

Die Vorinstanz hat sich mit den Vorbringen des Beschuldigten auseinandergesetzt und ist dabei zu einem nachvollziehbaren Ergebnis gelangt. Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Zusammenfassung und teilweise Ergänzung der zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen.

E. 2.3

Wie erwähnt machte der Beschuldigte sinngemäss geltend, dass das Video unabsichtlich resp. gar nicht durch ihn versandt worden sein könnte. Sein Vertei-

- 7 - diger führte dazu in der Berufungsbegründung aus, dass ein unabsichtliches Versenden einer Datei sehr wohl denkbar sei. Dies sei schlicht Alltag. Bei der Vielzahl von im Rahmen einer intensiven Kommunikation mit mehreren Kommunikationspartnern erhaltenen Dateien verlören die meisten User den Überblick über ihre Kommunikation. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bedürfe es in der Tat bloss eines Knopfdruckes für den Versand, vor allem wenn der User bereits aufgerufen sei und das Handy anschliessend weggelegt werde. Dies könne auch von 18 Monate alten Kindern, die auf dem nicht mit

einem Sperrcode gesicherten Handy Videos anschauen bzw. spielen würden, geradezu spielend leicht bewerk- stelltigt werden. Es bestünden mithin erhebliche Zweifel daran, dass der Beschul- digte die Videodatei mit Wissen und Willen weiterverschickt haben solle (Urk. 65 S. 2 f.).

E. 2.4

Die vom Beschuldigten und seinem Verteidiger vorgebrachten Erklärungen für den Versand des inkriminierten Videos vermögen nicht zu überzeugen. Zwei- felhaft wirkt zunächst das wechselhafte Aussageverhalten des Beschuldigten, der immer wieder neue Erklärungen für die Verbreitung der fraglichen Datei vorbrach- te. So erklärte er erstmals auf die Frage, ob er das Video verschickt habe, dies könne "vielleicht" der Fall sein. Er habe es aber nicht auf Facebook verschickt. Auf WhatsApp könne dies der Fall sein (Urk. 3. S. 3, 4). Damit zeigte sich der Be- schuldigte grundsätzlich geständig. Anschliessend erklärte er jedoch, es könnten auch seine beiden Nichten, welche auf seinem Natel Filme schauen würden, die Datei weiterversandt haben (Urk. 3. S. 4 f.). Noch in der gleichen Einvernahme machte er geltend, dass es sein könne, dass der Empfänger mit ihm solche Vi- deos geteilt und er ihm deshalb ein solches Video geschickt habe (Urk. 3 S. 6). Anlässlich der tags darauf erfolgten Hafteinvernahme erklärte der Beschuldigte sodann, dass er einen Fehler gemacht und nicht so viel darüber gewusst habe. Es sei das erste Mal, dass er so etwas gemacht habe (Urk. 7 S. 3). Im Laufe der Einvernahme relativierte er aber sein Eingeständnis wieder und machte neu gel- tend, es könne sein, dass andere Videos dabei gewesen seien. In der Bilder- galerie würden die Videos nicht gezeigt, sondern automatisch gewählt und mit anderen Bildern weiterversandt (Urk. 7 S. 4). Weiter erklärte er daraufhin, er habe nicht gewusst, dass es gesetzlich nicht erlaubt sei. Er habe den Fehler nicht extra - 8 - gemacht. Er habe das Video erhalten und als er es gesendet habe, sei es zufällig bei anderen Videos dabei gewesen (Urk. 7 S. 5). Diese ausgesprochene Ambivalenz in den Schilderungen des Beschuldigten weckt Zweifel am Wahrheitsgehalt seiner Aussagen. Zudem erscheint es seltsam, dass der Beschuldigte nicht schon anlässlich der Ersteinvernahme erklärte, dass sein Mobiltelefon offenbar selbständig Bilder und Filme weiterversendet, wäre dies nach seiner heutigen Darstellung doch der naheliegendste Grund für den ungewollten Versand einer Datei. Es wirkt so, als wäre ihm diese Möglichkeit erst im Nachhinein eingefallen. Bezeichnenderweise brachte der Beschuldigte in der polizeilichen Einvernahme zudem auch vor, dass er vom Empfänger womöglich entsprechendes Bildmaterial erhalten und ihm daraufhin auch welches geschickt habe. Dabei handelt es sich um eine Verbreitungsvariante, die ein bewusstes Handeln des Beschuldigten impliziert. Entsprechend ist nicht glaubhaft, dass er einen derart spezifischen Lebenssachverhalt (der seine bewusste Mitwirkung er- fordert) für lediglich "vielleicht" möglich hält, sich aber gleichzeitig nicht sicher sein will, ob die Aufnahme nicht doch ganz ohne sein Zutun zum Empfänger gelangte. Die Aussagen des Beschuldigten, mit denen er seine bewusste Mitwirkung am Versand des Videos in Abrede stellt (oder diese zumindest relativiert), sind im Lichte obiger Ausführungen unglaublich.

E. 2.5

Die vom Beschuldigten genannten Wege, wie der Filmausschnitt zum Empfänger gelangt sein könnte, vermögen jedoch auch einzeln betrachtet nicht zu überzeugen.

E. 2.6

Dass der Beschuldigte die fragliche Datei unabsichtlich weiterversandt hat, ist unglaublich. Selbst wenn die Aufnahme ohne sein Wissen auf dem Natel gespeichert worden wäre (vgl. Urk. 7 S. 4), hätte er sie zwecks Versand (auch mehrerer Dateien) einzeln anwählen müssen. Dabei hätte ihm das Video auffallen müssen. Des Weiteren kannte der Beschuldigte den Empfänger der Datei eigenen Aussagen zufolge nicht (Urk. 3 S. 3). Dieser konnte somit auch nicht Teil einer "intensiven Kommunikation mit mehreren Gesprächspartnern", wie von der Verteidigung insinuiert (Urk. 40 S. 3), sein. Ein zufälliger Versand durch den Beschuldigten erscheint aus diesem Grund realitätsfremd.

- 9 - An dieser Einschätzung vermögen auch die neu eingereichten Beilagen der Verteidigung nichts zu ändern. So berichtet zwar ein auf www.D.....de veröffentlichter Artikel vom 11. November 2018 (Urk. 67/2) davon, dass der Facebook-Messenger ältere Nachrichten ohne Kenntnis der entsprechenden Nutzer versandt habe, dabei handelt es sich gemäss besagtem Artikel um schon einmal versandte Nachrichten (so schon der Titel des Artikels: "Facebook-Messenger verstört mit alten Nachrichten" und "[der Facebook-Messenger] fing nämlich vor ein paar Tagen plötzlich an, willkürlich alte Nachrichten erneut an Nutzer zu verschicken"). Falls die Verteidigung geltend machen will, dass es sich beim vorliegenden Fall um die Folge einer solchen unfreiwilligen wiederholten Zustellung handelt, müsste der Beschuldigte besagtes Video schon einmal an den Empfänger weitergeleitet haben, was seinen Aussagen zufolge nicht der Fall war. Das Argument der Verteidigung, wonach der Facebook-Messenger eine Funktion erhalten solle, welche innerhalb eines gewissen Zeitfensters den Rückzug "aus Versehen" versendeter Nachrichten ermögliche (Urk. 67/1), ist ebenfalls unbehelflich. So mag es durchaus vorkommen, dass Dateien (z.B. im Rahmen eines Mailanhangs) zu früh oder an den falschen Adressaten gesendet werden. Entsprechend zählt der von der Verteidigung eingereichte Artikel als Grund für einen Rückruf denn auch den zu frühen Versand, den Versand an einen falschen Empfänger oder nachträgliches Bereuen auf. Dass eine nicht zum Versand bestimmte Datei irrtümlich an eine Person, mit welcher offenbar gar keine Kommunikation besteht, versendet wird, ist jedoch sehr aussergewöhnlich. Aus dem eingereichten Artikel kann daher nichts zu Gunsten des Beschuldigten abgeleitet werden.

E. 2.7

Dass die Aufnahme sodann völlig ohne Zutun des Beschuldigten gespeichert und versendet worden sei, erscheint ausgeschlossen. Wäre dies so, dann hätte die gespeicherte Datei auf dem Handy des Beschuldigten gefunden werden müssen, stellt sich der Beschuldigte doch nicht auf den Standpunkt, dass er das Video gelöscht habe. Das Handy wurde sichergestellt (Urk. 19/39), aber von "Funden" ist keine Rede. Zudem ist bekannt, dass empfangene Dateien – je nach Sicherheitseinstellungen des Mobiltelefons – zwar automatisch gespeichert wer-

- 10 - den, dass diese jedoch auch ohne jegliches Zutun des betreffenden Nutzers weiterversandt würden, trifft, wie schon von der Vorinstanz richtig hervorgehoben (Urk. 50 S. 9), nicht zu.

E. 2.8

Was den Versand durch die 17 Monate alten Nachrichten des Beschuldigten angeht, hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt (Urk. 50 S. 9), dass dies angesichts ihres jungen Alters unglaublich ist. So müssen, damit eine Datei verschickt werden kann, mehrere Schritte in der richtigen Reihenfolge unternommen werden, und es erscheint sehr unwahrscheinlich,

dass die eineinhalb Jahre alten Nichten des Beschuldigten hierzu in der Lage hätten sein sollen. Das Argument der Verteidigung, wonach dies denkbar sei, wenn der User schon angewählt worden sei, verfängt insofern nicht, als der Beschuldigte angab, den Empfänger gar nicht zu kennen und mit ihm demnach auch nicht in Kontakt stand. Dessen Profil konnte somit auch nicht angewählt gewesen sein.

E. 2.9

Die Ausführungen des Beschuldigten, mit denen er alternative Wege für den Versand der Datei zu präsentieren sucht, verfangen damit nicht. Diese sind vielmehr als Schutzbehauptungen zu werten. Hierfür spricht denn auch, dass der Beschuldigte den Anklagesachverhalt mitunter anerkannte und anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme gar noch präzisierte, er habe einen Fehler gemacht, da er die hiesigen Gesetze nicht genügend gekannt habe. Aus diesem Grund und im Lichte obiger Ausführungen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Aufnahme wissentlich und willentlich an den Empfänger C._____ weiterleitete. Der Sachverhalt ist im Sinne der Anklageschrift erstellt. III. Rechtliche Würdigung 1. Für die rechtliche Würdigung kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 10). Sie wird vom Beschuldigten im Übrigen auch nicht bestritten.

E. 3

Was die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben und das Nachtatverhalten des Beschuldigten angeht, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 12 f.) Insbesondere ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten sein Teilgeständnis nicht zu Gute gehalten werden kann. Zum einen relativierte er es verschiedentlich (entsprechend liess er den vorinstanzlichen Schuldspruch anfechten und einen Freispruch beantragen). Zum andern kürzte dieses die Untersuchung nicht ab, war der Beschuldigte doch von Beginn weg aufgrund der objektiven Beweismittel grundsätzlich überführt. Damit bleibt es bei einer Strafe in Höhe von 150 Tagen bzw. Tagessätzen.

E. 4

Betreffend die Straftat und den Vollzug kann wiederum auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 13 f.). Der Beschuldigte

- 12 - te ist Ersttäter und es erscheint angemessen, ihn mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu bestrafen. Eine Festlegung der Tagessatzhöhe auf Fr. 20.– erscheint – auch angesichts des gemäss den neuesten Unterlagen zwischen 700.– und 800.– Euro betragenden Monatseinkommens des in Italien lebenden Beschuldigten – immer noch angemessen. Einer Erhöhung des Tagessatzes steht das Verschlechterungsverbot entgegen. Die erstandenen zwei Hafttage sind an die Strafe anzurechnen, wobei ein Tag Haft einem Tagessatz Geldstrafe entspricht (Art. 51 StGB).

E. 5

Der Beschuldigte ist damit mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 20.– zu bestrafen, wobei zwei Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.

E. 6

[...]

E. 7

Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf: Fr. 600.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'380.00 Kosten Vorverfahren; Fr. 2'780.00 amtliche Verteidigung.

E. 8

[...]

E. 9

[...]

E. 10

[Mitteilungen]

E. 11

[Rechtsmittel]" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 16 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig der Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 StGB. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 20.–, wovon 2 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten. 3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen. 5. Das von der Stadtpolizei anlässlich der Hausdurchsuchung vom 28. März 2019 sichergestellte Mobiltelefon der Marke Samsung wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. 6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 8 und 9) wird bestätigt. 7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 863.40 amtliche Verteidigung 8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – das Migrationsamt des Kantons Zürich – das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei

- 17 - und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die Lagerbehörde Stadtpolizei Zürich (Asservat Nr. A012'477'097) 10. 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. April 2020 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. S. Volken MLaw M. Burkhardt

- 18 - 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 vor- erst 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.