

# ZH\_OBERGERICHT SB210350 vom 6. Dezember 2021

ZH Obergericht, 2021-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210350](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210350)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210350 du 6 décembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210350 del 6 dicembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Wie bereits erwogen sprach die Vorinstanz den Beschuldigten sinngemäss vom Vorwurf des Eigenkonsums eines hartpornografischen Erzeugnisses im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB frei, was unangefochten blieb (Urk. 34 S. 27). Im vorliegend damit noch massgeblichen Teil der Anklageschrift wirft die Anklagebehörde dem Beschuldigten zusammengefasst einerseits vor, er habe im Oktober 2019 per Facebook-Messenger von einem Bekannten namens B.\_\_\_\_\_ eine Videodatei kinderpornografischen Inhalts zugeschickt erhalten, worauf diese Datei auf seinem Mobiltelefon gespeichert wurde, was er gewusst und billigend in Kauf genommen habe. Andererseits habe er am 21. Oktober 2019, nach Aufforderung von B.\_\_\_\_\_, ihm diese Videodatei (wieder) zu senden, die inkriminierte Datei per Facebook-Messenger an B.\_\_\_\_\_ weitergeleitet, womit er, wissentlich und zumindest billigend in Kauf nehmend, ein kinderpornografisches Erzeugnis - 6 - mit tatsächlichen sexuellen Handlungen in Umlauf gesetzt und mindestens an eine Person verbreitet habe (Urk. 17 S. 2).

#### E. 1.2

Die Vorinstanz hielt kurz zusammengefasst fest, dass der Beschuldigte den Anklagesachverhalt anerkannt habe und dieser daher der rechtlichen Würdigung vollumfänglich zugrunde gelegt werden könne (Urk. 34 S. 3). Dies gilt es wie folgt zu präzisieren:

#### E. 1.3

Der Beschuldigte anerkannte im Untersuchungsverfahren und auch vor Vorinstanz auf die entsprechenden – pauschalen – Fragen jeweils den gesamten Anklagesachverhalt (Urk. 2/3 S. 6 f.; Prot. I S. 9). Aufgrund seiner weiteren Aussagen und den Vorbringen der Verteidigung ist jedoch – entgegen der Formulierung der Vorinstanz (Urk. 34 S. 3) – davon auszugehen, dass er lediglich den äusseren Anklagesachverhalt vollumfänglich anerkannte (Urk. 27 S. 1). Zwar schränkte er auch diese Anerkennung teilweise ein, indem er lediglich zugab, dass er die besagte Videodatei im Facebook-Messenger auf seinem Mobiltelefon gespeichert hatte (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/2 S. 4). Da diese somit aber ebenfalls auf seinem Mobiltelefon gespeichert war, anerkannte er im weiteren Sinne die Sachherrschaft darüber an.

#### E. 1.4

Betreffend innerer Sachverhalt anerkannte er zwar, bereits von Beginn an gewusst zu haben, dass es sich bei der auf der Videodatei ersichtlichen weiblichen Person um ein

Kind – und damit bei der Datei um Kinderpornografie – hand- le; er bestritt jedoch konstant gewusst und in Kauf genommen zu haben, dass die besagte Datei auf seinem Mobiltelefon gespeichert gewesen sei, sowie dass er mit dem Zusenden der Videodatei an B.\_\_\_\_\_ Kinderpornografie verbreiten bzw. "weiterleiten" könne (Urk. 2/2 S. 2 ff.; Urk. 2/3 S. 3 f.; Prot. I S. 10).

### **E. 1.5**

Auch im Berufungsverfahren wird der Anklagesachverhalt vom Beschuldig- ten und der Verteidigung im oben genannten Umfang anerkannt (Urk. 58 S. 7; Urk. 59 S. 2 f.). Insbesondere räumt der Beschuldigte nur aber immerhin ein, dass sich die Videodatei im Facebook-Messenger befand. Da der Beschuldigte angab, den Facebook-Messenger über sein Mobiltelefon und damit über die App verwen- det und die Videodatei über sein Mobiltelefon angeschaut zu haben, und da die

- 7 - Datei somit irgendwie in der App – und damit auch auf seinem Mobiltelefon – abgespeichert werden musste, ist auf sein wiederholtes Geständnis zum äusse- ren Anklagesachverhalt abzustellen. Diese Darstellung spiegelt sich auch in den Aussagen des Beschuldigten wider, er habe das Video entfernt, indem er es im Facebook-Messenger gelöscht habe (Urk. 2/2 S. 3 f.; Urk. 58 S. 7). Das Zuge- ständnis des Beschuldigten ist mit Blick auf die Formulierung in der Anklage ("Diese Film-Datei war in der Folge auf seinem Mobiltelefon gespeichert") vom Anklagevorwurf noch umfasst (vgl. zum Anklageprinzip BGE 143 IV 63 E. 2.2 S. 65 mit Hinweisen). Dass die Videodatei darüber hinaus (automatisch oder ma- nuell) auch auf dem Mobiltelefon und nicht nur im Facebook-Messenger gespei- chert wurde, geht aus den Untersuchungsakten nicht hervor, stritt der Beschuldig- te in Bezug auf eine manuelle Speicherung ab (Urk. 2/2 S. 4) und lässt sich nicht erstellen. Der nicht eingestandene Teil des inneren Anklagesachverhalts, also was der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt genau wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sodann innere Tatsachen, welche nur anhand äusserer Kennzeichen und Indizien feststellbar sind (BGE 133 IV 9 E. 4.1.; Urteil des Bundesgerichts 6B\_870/2018 vom 29. April 2019 E.3.7.2.). Da vorliegend Tat- und Rechtsfragen eng miteinander verknüpft sind, rechtfertigt es sich, die verbleibenden zu klären- den Tatfragen – soweit erforderlich – nachstehend im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu prüfen, wie dies auch von der Vorinstanz vorgenommen wurde (Urk. 34 S. 4 ff.).

## **E. 2**

Rechtliche Würdigung

### **E. 2.1**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

### **E. 2.2**

Der Beschuldigte obsiegt vorliegend teilweise im Schuldpunkt und auch betreffend die Anordnung einer Landesverweisung, welche für ihn zweifelsohne einen gewichtigen Teil der Berufung darstellt. Entsprechend rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten auch die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, ausgangsgemäss zu einem Drittel aufzuer- legen und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amt- lichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind sodann zu einem Drittel einst- weilen und zu zwei Dritteln definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im

Umfang von einem Drittel dieser Kosten vorzubehalten.

### **E. 2.3**

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt Dr. iur. HSG X.\_\_\_\_\_, macht für das Berufungsverfahren Aufwendungen von rund 25 Stunden bzw. in der Höhe von Fr. 5'522.– (exkl. MwSt.) sowie Auslagen in Höhe von Fr. 9.30 (exkl. MwSt.) und somit ein Honorar von gesamthaft Fr. 5'957.30 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 57). Diese Aufwendungen und Auslagen sind ausgiebig und angemessen. Unter Berücksichtigung der etwas längeren Dauer der Berufungsverhandlung ist der amtliche Verteidiger des Beschuldigten für das Berufungsverfahren daher mit pauschal Fr. 6'200.– (inkl. MwSt. und Auslagen) zu entschädigen.

### **E. 2.4**

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der vormalige amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_, auf eine Entschädigung für seine Aufwendungen und Auslagen im Berufungsverfahren

- 24 - verzichtete, wovon mit Präsidialverfügung vom 8. November 2021 bereits Vor- merkt genommen wurde (Urk. 50; Urk. 54). Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht, vom 21. Dezember 2020 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. (...) 2. Vom Vorwurf der Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen. 3.-4. (...)

#### **E. 2.4.1**

Der objektive Tatbestand des Besitzes von kinderpornografischen Darstellungen orientiert sich am strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff. Verlangt wird die tatsächliche Sachherrschaft über ein Erzeugnis mit tatsächlich kinderpornografischem Inhalt. Die Herrschaftsmöglichkeit an Daten kommt demjenigen zu, welcher diese auf seinem eigenen Computer oder andern Datenträgern (externe Festplatte, DVD, CD, Diskette, Memory Stick u.a.) gespeichert hat. Er kann wie ein Besitzer eines physischen Gegenstandes darüber verfügen, sie verändern, löschen, kopieren usw. (BGE 137 IV 208 E. 4.1., mit Hinweisen).

#### **E. 2.4.2**

Die Vorinstanz führte zur objektiven Tatbeständigkeit der Handlungen des Beschuldigten aus, dass er gemäss anerkanntem Sachverhalt die Videodatei per Facebook-Messenger erhalten und diese erst nach der Weiterleitung gelöscht habe, "weshalb die Film-Datei mindestens im Facebook-Messenger, allenfalls auch auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten [...]" gespeichert gewesen sei (Urk. 34

- 9 - S. 6 f.). Dass der objektive Tatbestand vorliegend erfüllt wurde, ist zutreffend: Der Beschuldigte erhielt ein kinderpornografisches Erzeugnis zugesandt, welches er einige Zeit später dem ursprünglichen Absender erneut zusenden konnte. Entsprechend hatte er von Erhalt bis Löschung der Datei objektiv gesehen Sachherrschaft über die besagte Datei und diese musste somit im weiteren Sinne auf seinem Mobiltelefon gespeichert gewesen sein.

#### **E. 2.4.3**

In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand des Besitzes von tatsächlich kinderpornografischen Erzeugnissen einerseits Vorsatz, jedenfalls Eventualvorsatz, betreffend den hartpornografischen Inhalt (BSK StGB-ISENRING/KESSLER, Art. 197 N

76). Andererseits wird auch ein Besitzes- oder Herrschaftswillen gefordert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass die betroffene Person die hartpornografische Darstellung auf einen eigenen Daten-träger herunterlädt. Mithin manifestiert derjenige, der um die automatische Speicherung der strafbaren pornografischen Darstellungen weiss und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht löscht, dadurch seinen Besitzeswillen, selbst wenn er auf diese nicht mehr zugreift (BGE 137 IV 208 E. 4.2; Urteil 6B\_954/2019 vom 20. Mai 2020 E. 1.3.3; BSK StGB-ISENRING/KESSLER, Art. 197 N 521). Ob ein Computer-/Internetnutzer von der automatischen Speicherung Kenntnis hat, ist nach den konkreten Einzelfallumständen, wie etwa Tathandlungen und Erfahrung mit entsprechenden Applikationen, zu entscheiden (BGE 137 IV 208 E. 4.2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B\_954/2019 vom 20. Mai 2020 E. 1.4.4). Bei der Bejahung des subjektiven Tatbestands bei informationstechnischen Hintergrundprozessen eines elektronischen Geräts ist Zurückhaltung geboten (vgl. BGE 137 IV 208 E. 4.2.2. zur Speicherung von pornografischen Dateien im Cache-Speicher eines Computers).

#### **E. 2.4.4**

Die Vorinstanz schloss aufgrund der Nutzung von Facebook durch den Beschuldigten seit dem Jahr 2013 und aufgrund des Umstandes, dass er, unter anderem auch von B.\_\_\_\_\_, bereits verschiedentlich Fotos bzw. Videos zugeschickt erhalten habe, darauf, dass er erkannt habe oder hätte erkennen müssen, dass die besagte Videodatei auf seinem Mobiltelefon gespeichert und nicht gelöscht gewesen sei, weshalb er einen entsprechenden Besitzeswillen

- 10 - manifestiert habe (Urk. 34 S. 8). Diese Einschätzung ist, wie nachfolgend zu zeigen ist, nicht haltbar:

#### **E. 2.4.5**

Der Beschuldigte sagte über das ganze Verfahren hinweg aus, dass er Mitleid mit dem auf dem Video aufgenommenen Kind hatte und auch, dass er das besagte Video nicht haben wollen und an diesem nicht interessiert gewesen sei (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/2 S. 2 ff.; Urk. 2/3 S. 3; Prot. I S. 9 ff.; Urk. 58 S. 5). Das Betrachten des Videos habe ihm Bauchschmerzen verursacht (Prot. I S. 9). Vor Vorinstanz – und auch anlässlich der Berufungsverhandlung – sagte er hierzu insbesondere aus, dass er die besagte Videodatei nicht auf seinem Mobiltelefon hätte haben wollen und vorgehabt habe, diese zu löschen, dass er dies jedoch im ersten Moment vergessen bzw. unterlassen habe (Prot. I S. 11, Urk. 58 S. 5). Aufgrund seiner durchwegs glaubhaften Aussagen ist davon auszugehen, dass er vom Inhalt des Videos schockiert war und er das Video nicht besitzen wollte. Es kann ihm in diesem Zusammenhang auch ohne Weiteres Glauben geschenkt werden, wenn er vorbringt, dass er vom ersten Moment an vorhatte, dieses zu löschen. Genau dies tat er in der Folge auch sofort, nachdem er von B.\_\_\_\_\_, erneut auf das entsprechende Video angesprochen wurde. Von einem direkten Besitzeswillen kann daher – mit der Verteidigung (Urk. 59 S. 3) – nicht ausgegangen werden.

#### **E. 2.4.6**

Bei dieser Sachlage ist daher zu prüfen, ob der Beschuldigte den Besitz der Datei gemäss der zitierten Rechtsprechung eventualvorsätzlich in Kauf nahm. Zu seinem Verständnis und seinen Vorkenntnissen betreffend automatische Speicherprozesse entsprechender Applikationen wurde der Beschuldigte weder in der Untersuchung noch vor Vorinstanz genügend befragt. Lediglich mit einer Frage erkundigte sich die Anklagebehörde beim

Beschuldigten, wie er das Video habe löschen können, wenn er dieses nicht gespeichert habe. Seine Antwort darauf, dass er es im Facebook-Messenger gelöscht habe, ist bereits ein klares Indiz dafür, dass ihm eine allenfalls aktivierte automatische Speicherung der Videodatei auf seinem Mobiltelefon nicht bekannt war (Urk. 2/2 S. 4). Gleiches gilt für seine Aussage, dass er das Video nicht heruntergeladen, sondern nur erhalten habe (Urk. 2/1 S. 3).

- 11 -

#### **E. 2.4.7**

Auf Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, dass er von entsprechenden automatischen Speicherprozessen keine Kenntnis habe, was in Anbetracht seiner teilweise unbeholfenen Schilderungen zum technischen Ablauf der Tat nachvollziehbar ist (Urk. 58 S. 5 f.).

#### **E. 2.4.8**

Wie ausgeführt hielt der Beschuldigte glaubhaft fest, dass er das Video vom ersten Moment an löschen wollte (E. II.2.4.5 vorstehend). Er habe vergessen, das Video sofort zu löschen (Prot. I S. 11, Urk. 58 S. 5). Mit dieser Darstellung passen die weiteren Schilderungen zwanglos überein, wonach er das Video nicht habe besitzen wollen und er an diesem nicht interessiert gewesen sei (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/2 S. 2 ff.; Urk. 2/3 S. 3; Prot. I S. 9 ff.), er habe die Löschung sofort vorgenommen, nachdem er von B.\_\_\_\_\_ nach dem Video gefragt worden sei und er dieses wie verlangt (zurück-)geschickt habe (Urk. 2/2 S. 2; Urk. 58 S. 5). Damit kann dem Beschuldigten nicht rechtsgenügend zur Last gelegt werden, er habe in Kauf genommen, die Datei im Facebook-Messenger zu belassen, und damit eventualvorsätzlich gehandelt zu haben. Die Videodatei befand sich im Facebook-Messenger. Selbst wenn erstellt wäre, dass die Videodatei nicht nur im Facebook-Messenger, sondern darüber hinaus auch im internen Speicher des Mobiltelefons des Beschuldigten gespeichert gewesen wäre, hätte der Beschuldigte auch eine entsprechende (automatische) Speicherung nicht in Kauf genommen. Der Beschuldigte ist im heutigen Zeitpunkt 41 Jahre alt. Gemäss seinen Angaben absolvierte er in seinem Heimatland die Highschool und das College und erlangte einen Bachelorabschluss in Kriminologie. Vor seiner Einreise in die Schweiz habe er auf den Philippinen als Polizist gearbeitet. In der Schweiz habe er im Jahr 2010 zuerst als Serviceangestellter im Restaurant C.\_\_\_\_\_ im Bahnhof D.\_\_\_\_\_ und danach als Teamleiter im Eventbereich beim E.\_\_\_\_\_ Zürich gearbeitet, wo er heute auch noch tätig sei (Urk. 2/3 S. 4 f.). Aufgrund seines Alters und seines Lebenslaufs kann nicht gesagt werden, dass von ihm eine vertiefte Kenntnis in Belangen der Informationstechnik erwartet werden müsste. Auch kann ihm mangels entsprechender Beweise seine Aussage, er sei auf Facebook nicht so aktiv gewesen (Urk. 2/1 S. 2), nicht widerlegt werden, auch wenn er bereits seit dem Jahr 2013 über ein entsprechendes Profil

- 12 - verfügt hat. Denn auch ein langjähriger, niederschwelliger Gebrauch von entsprechenden Plattformen führt mit fortdauernder Zeit nicht automatisch zu einer Vertiefung der Grundkenntnisse. Aufgrund seiner Aussagen ist eher davon auszugehen, dass von ihm höchstens durchschnittliche Kenntnisse in diesem Bereich erwartet werden können. Eine kombinierte Betrachtung seiner Biografie und seiner Aussagen lässt einzig den Schluss zu, dass der Beschuldigte die besagte Datei fahrlässig auf seinem Mobiltelefon belassen und er somit auch betreffend eine zusätzliche Speicherung auf dem Mobiltelefon nicht

eventualvorsätzlich gehandelt hätte.

#### **E. 2.4.9**

Zusammenfassend ist der Beschuldigte daher vom Besitz tatsächlicher Kinderpornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB freizusprechen.

#### **E. 2.5**

Zusammenfassend würde eine Landesverweisung für den Beschuldigten aufgrund seiner Integration in der Schweiz und seiner Reintegrationschancen auf den Philippinen keinen schwerwiegenden persönlichen Härtefall bewirken, auch wenn dem Beschuldigten zugute zu halten ist, dass er sich innert kurzer Zeit in der Schweiz wirtschaftlich beachtlich integriert hat. Ein schwerer persönlicher Härtefall wäre jedoch zweifelsohne aufgrund seiner familiären Verhältnisse der Fall: Dem Beschuldigten, der einen engen Kontakt zu seiner Tochter und seiner Ehefrau hat und für diese auch finanziell aufkommt, würde faktisch verunmöglicht, den Kontakt zu seiner Kernfamilie im bisher gelebten Umfang aufrecht zu erhalten. Dieser schwere Eingriff in Art. 8 EMRK ist insbesondere vor dem Hintergrund des leichten Verschuldens bei der zu beurteilenden Straftat nicht angemessen. So ist hervorzuheben, dass der Beschwerdeführer in dem von der Vorinstanz zitierten Urteil des Bundesgerichts, in welchem die Weiterführung eines familiären Kontakts via moderner Kommunikationsmittel für zumutbar befunden wurde, über 18 Vorstrafen verfügte, welche er über einen Zeitraum von 8 Jahren erwirkt hatte (Urteil des Bundesgerichts 2C\_62/2019 vom 14. Februar 2020). Dass angesichts einer solchen wiederholten Delinquenz auch ein schwerwiegender Eingriff in das Recht auf Familienleben im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK angemessen sein kann, ist nachvollziehbar. Im vorliegenden Fall lässt sich dies jedoch nicht rechtfertigen.

##### **E. 2.5.1**

Die Vorinstanz würdigte den Versand der Videodatei an den ursprünglichen Absender B.\_\_\_\_\_ in objektiver Hinsicht als Zugänglichmachen eines kinderpornografischen Erzeugnisses im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB. Dass der Beschuldigte die Videodatei nur wenige Tage nach Erhalt an deren ursprünglichen und allfällig bereits in deren Kenntnis befindlichen Absender geschickt habe, stehe dem nicht entgegen. Ferner sei auch durchaus möglich, dass B.\_\_\_\_\_ die Videodatei gelöscht habe und erst nach Zusendung des Beschuldigten wieder darauf Zugriff gehabt habe (Urk. 34 S. 6 ff.).

##### **E. 2.5.2**

Es stellt sich aufgrund der vorliegenden aussergewöhnlichen Anklagekonstellation (Erhalt und Rückversand an Absender) vorab die Frage, was unter "Zugänglichmachen" genau verstanden werden muss. Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht mit dem Begriff und dessen Inhalt noch nicht vertieft auseinandergesetzt. Dass die Unterscheidung der in Art. 197 Abs. 4 StGB aufgeführten Tathandlungen problematisch sein kann, zeigt GODENZI, welche in ihrer Kommentierung zu Art. 197 StGB festhält, dass das Verbot harter Pornografie nach Abs. 4 "[...] alle Verhaltensweisen [erfasst], die darauf abzielen, Gegenstände oder Vorführungen, die harte Pornografie zum Inhalt haben, anderen Personen zugänglich zu machen [...] (herstellen, einführen, lagern, in Verkehr bringen, anpreisen, aus-

- 13 - stellen, anbieten, zeigen, überlassen, zugänglich machen, erwerben, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschaffen, besitzen [...]" (GODENZI, Handkommentar StGB, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 197 N 32). Während sie somit sämtliche Verhaltensweisen nach Art. 197 Abs. 4 StGB als Zugänglichmachen (im weiteren Sinn) qualifiziert, wäre wohl die explizit genannte Verhaltensweise des "Zugänglichmachens" eingeschränkter zu verstehen. BUNDI hingegen geht beim "Zugänglichmachen" explizit von einer weiten Definition aus und hält daher das Auflisten des "Zeigens" und des "Überlassens" für überflüssig, da diese im Zugänglichmachen mitenthalten seien (BUNDI, Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 2008, Rz. 1152).

### E. 2.5.3

Gemäss der von der Vorinstanz – und der Verteidigung (Urk. 59 S. 5 f.) – zitierten Lehrmeinung macht eine hartpornografische Darstellung zugänglich, wer bewusst die Möglichkeit einräumt, aus eigenem Antrieb von einem Gegenstand oder einer Vorführung Kenntnis zu nehmen (BSK StGB I–ISENRING/KESSLER, Art. 197 N 52i; zustimmend BUNDI, a.a.O., Rz. 191). Nach einer anderen Auffassung wird von Zugänglichmachen gesprochen, wenn pornografisches Material derart in den Herrschafts- und Wahrnehmungsbereich eines anderen gelangt, dass dieser die unmittelbare Zugriffsmöglichkeit darauf erhält (MUGGLI, Im Netz ins Netz - Pädokriminalität im Internet und Einsatz von verdeckten Ermittlern und verdeckten Fahndern zu deren Bekämpfung, Zürcher Studien zum Strafrecht, Zürich 2014, S. 142). Für den vorliegenden Einzelfall geht aus diesen Definitionen nicht hervor, ob für die Bejahung des Einräumens einer Möglichkeit zur Kenntnisnahme oder einer Zugriffsmöglichkeit erheblich ist, ob diese Möglichkeit beim Empfänger im Zeitpunkt des Empfangens bereits bestand oder nicht. So geht die Verteidigung davon aus, dass der Beschuldigte gar nicht objektiv tatbeständlich handeln können, da es genau B.\_\_\_\_\_ gewesen sei, der ihm – dem Beschuldigten – die Videodatei zur Kenntnis gebracht habe (Urk. 59 S. 6).

- 14 - Mit den Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB soll nicht nur die ungestörte Entwicklung Jugendlicher, sondern auch zusätzlich der Schutz von Erwachsenen vor der korrumpierenden Wirkung solcher Erzeugnisse im Sinne einer erhöhten Bereitschaft, das Wahrgenommene selbst nachzuahmen (abstraktes Gefährdungsdelikt), bezweckt werden. Mittelbar dient die Norm auch der Bewahrung potentieller "Darsteller" vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung (Urteil des Bundesgerichts 6B\_180/2015 vom 18. Februar 2016 E. 3.1.2.; BGE 131 IV 16 E. 1.2., mit weiteren Hinweisen). Unter Berücksichtigung dieses weit gefassten Schutzzwecks der Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber jegliche Form der Verbreitung von kinderpornografischen Erzeugnissen verhindern wollte. Damit ist auch ein "Zurückschicken" an den ursprünglichen Absender eines kinderpornografischen Erzeugnisses grundsätzlich als Zugänglichmachen zu sehen. Entsprechend kann es für den vorliegenden Fall – mit der Vorinstanz – keine Rolle spielen, ob B.\_\_\_\_\_ über die inkriminierte Videodatei noch verfügen konnte bzw. eine weitere Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte. Aufgrund des Gesagten hat der Beschuldigte mit dem Versand der Videodatei an B.\_\_\_\_\_ den objektiven Tatbestand des Zugänglichmachens im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB erfüllt.

### E. 2.5.4

In subjektiver Hinsicht ist unbestritten, dass der Beschuldigte bereits zu Beginn erkannt hat, dass es sich bei der auf der Videodatei abgebildeten weiblichen Person um ein Kind und damit um eine minderjährige Person handelt (vgl. E. II.1.4). Entsprechend war ihm auch bewusst, dass es sich bei der Videodatei um ein kinderpornografisches Erzeugnis handelte. Aufgrund seiner Aussagen ist zudem davon auszugehen, dass er die Videodatei mithin nicht aus Versehen an B.\_\_\_\_\_ zurückgeschickt hat, sondern dies – mindestens auf dessen entsprechende Bitte – wissentlich und willentlich versandt hat. Damit erfüllt der Beschuldigte auch den subjektiven Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB.

#### **E. 2.5.5**

Obschon nicht direkt geltend gemacht, gilt es zu einem allfälligen Sachverhaltsirrtum zu sagen, dass der Beschuldigte vom kinderpornografischen Charakter der Datei wusste und er sie dennoch wissentlich und willentlich an B.\_\_\_\_\_ geschickt hat. Er hatte mithin betreffend die Merkmale des

- 15 - Straftatbestands nicht eine falsche oder keine Vorstellung. Ein Irrtum über beschreibende Merkmale liegt nicht vor.

#### **E. 2.5.6**

Auch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum liegt nicht vor (Art. 21 Satz 1 StGB). Hält eine beschuldigte Person, die in Kenntnis aller Tatumstände handelte, ihr Tun versehentlich für erlaubt, dann bezieht sich der Irrtum auf die Rechtswidrigkeit der konkreten Tat (BGE 129 IV 238 E. 3.1). Hierfür genügt eine laienhafte Einschätzung für die Verbotskenntnis, dass das fragliche Verhalten der Rechtsordnung widerspricht. Da der Beschuldigte von Beginn an vom verwerflichen Inhalt der Videodatei Kenntnis hatte und ihm deren Inhalt auch zu schaffen machte, hätte er bei gewissenhafter Vorgehensweise klar von einem Rückversand des Erzeugnisses absehen müssen. Aus seinen Aussagen ist sodann auch erkennbar, dass er um die grundsätzliche Widerrechtlichkeit von Kinderpornografie wusste, weshalb vorliegend auch ein vermeidbarer Verbotsirrtum, welcher eine Strafmilderung zur Folge haben könnte, ausscheidet (Art. 21 Satz 2 StGB).

#### **E. 2.5.7**

Da der Beschuldigte somit sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB erfüllt hat und keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe ersichtlich sind, ist er entsprechend schuldig zu sprechen. III. Sanktion 1. Die Vorinstanz hat einleitend zutreffende Erwägungen zu den Grundsätzen der Strafzumessung und zum anwendbaren Strafraum gemacht, auf welche vollumfänglich verwiesen wird (Urk. 34 S. 12 ff.).

#### **E. 2.6**

Aufgrund des Gesagten würde eine Landesverweisung für den Beschuldigten einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall begründen. Auch ist sein persönliches Interesse am Verbleib in der Schweiz höher zu gewichten, als das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung: Der Beschuldigte beging mit der vorliegend zu beurteilenden Tat zwar eine Katalogtat. Das Verschulden wiegt hierbei jedoch leicht und vom Beschuldigten geht unter keinem Titel eine weitergehende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit aus, vor der die Öffentlichkeit zu beschützen wäre. Der Beschuldigte ist zwar vorbestraft. Diese nicht einschlägige Vorstrafe liegt jedoch bereits acht Jahre zurück (Urk. 37). In der Zwischenzeit und seit Einleitung des vorliegenden Strafverfahrens hat sich der

Beschuldigte jeweils an die hiesige Rechtsordnung gehalten und sich am Wirtschaftsleben aktiv betei- ligt. Während das öffentliche Interesse an einer Ausweisung des Beschuldigten - 22 - somit als moderat bis gering gewertet werden muss, ist das Interesse des Be- schuldigten an einem Verbleib in der Schweiz als erheblich einzustufen.

### **E. 2.7**

Zusammenfassend ist daher vorliegend von der Anordnung einer Landes- verweisung gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB abzusehen. V. Genugtuung Der Beschuldigte macht für den Fall eines Freispruchs eine Genugtuung für die durch das Strafverfahren erlittene seelische Unbill in Höhe von Fr. 1'000.– geltend (Urk. 59 S. 1). Er ist vorliegend zumindest teilweise schuldig zu sprechen. In der Beteiligung an einem Strafverfahren an sich ist noch keine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse zu sehen und eine solche wird vorlie- gend auch nicht substantiiert nachgewiesen (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO). Entspre- chend ist dem Beschuldigten ausgangsgemäss keine Genugtuung zuzusprechen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Vorverfahren und erstinstanzliches Gerichtsverfahren Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz von einem der drei Anklagevorwürfe – inzwischen rechtskräftig – freigesprochen und er bewirkt mit seiner Berufung einen weiteren Freispruch und das Absehen von einer Landesverweisung. Folg- lich kommt es lediglich bei einem der drei Anklagevorwürfe zu einem Schuld- spruch. Bei diesem Ausgang rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des Untersuchungs- und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, in Abänderung der vorinstanzlichen Dis- positiv-Ziffer 9, lediglich zu einem Drittel aufzuerlegen und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Unter- suchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren sind – in Abänderung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 10 Abs. 2 – zu einem Drittel einstweilen und zu zwei Dritteln definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist die Rückzahlungs- pflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von einem Drittel dieser Kosten vorzubehalten.

- 23 - 2. Berufungsverfahren

### **E. 3**

Der Vollzug der Geldstrafe ist unter Verweis auf die zutreffenden Erwägun- gen der Vorinstanz (Urk. 34 S. 17 f.) aufzuschieben, unter Ansetzung der gesetz- lich-minimalen Probezeit von 2 Jahren. IV. Landesverweisung und Ausschreibung im SIS 1. Die Vorinstanz hat zur Landesverweisung einleitend zutreffende, theoreti- sche Erwägungen angestellt, auf welche vorab verwiesen werden kann (Urk. 34 S. 19 ff.).

### **E. 5**

Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB wird abgesehen.

### **E. 6**

(...)

### **E. 7**

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'100.–.

### **E. 8**

Die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'500.– Auslagen Untersuchung.

**E. 9**

(...)

**E. 10**

Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 3'000.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt. (...)

**E. 11**

(Mitteilung)

**E. 12**

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 25 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB (Zugänglichmachen). 2. Vom Vorwurf der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB (Besitz) wird der Beschuldigte freigesprochen. 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.–. 4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 5. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB abgesehen. 6. Dem Beschuldigten wird keine Genugtuung zugesprochen. 7. Die Kosten des Untersuchungs- und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu einem Drittel auferlegt und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren werden zu einem Drittel einstweilen und zu zwei Dritteln definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von einem Drittel gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 6'200.– amtliche Verteidigung 9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu einem Drittel auferlegt und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden zu einem Drittel einstwei-

- 26 - len und zu zwei Dritteln definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von einem Drittel gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft See/Oberland (versandt) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft See/Oberland – das Bundesamt für Polizei 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. 11. 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 Bundes- gerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 27 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 6. Dezember 2021 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. C. Maira M.A. HSG M. Wolf-Heidegger 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.