

# ZH\_OBERGERICHT SB230183 vom 6. September 2023

ZH Obergericht, 2023-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB230183](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230183)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB230183 du 6 septembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB230183 del 6 settembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Am 9. November 2022 (Postaufgabe) meldete der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ fristgerecht Berufung gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung – Einzelgericht (nachfolgend: Vorinstanz) vom 9. November 2022 an (Urk. 69), welches ihm gleichentags mündlich und schriftlich im Dispositiv eröffnet worden war (vgl. Prot. I S. 27 ff. sowie Urk. 66). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 73 = Urk. 76) am 9. März 2023 (Urk. 75/2) reichte der Beschuldigte dem Obergericht am 28. März 2023 (Poststempel) fristgerecht seine Berufungserklärung ein (Urk. 78).

#### E. 1.1

Die Berufungserklärung des Beschuldigten richtet sich gegen den vorinstanzlichen Schuldspruch wegen mehrfacher Pornografie (Disp.-Ziff. 1), die Strafzumessung (Disp.-Ziff. 3-4), die Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Disp.-Ziff. 5-6), das lebenslängliche Tätigkeitsverbot (Disp.-Ziff. 7), die Einziehung des Mobiltelefons nebst SIM-Karte (Disp.-Ziff. 8; teilweise) sowie die Kostenaufgabe (Disp.-Ziff. 10 und 11). Der Beschuldigte verlangt einen vollumfänglichen Freispruch, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (Urk. 78 S. 2 ff.).

#### E. 1.2

Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen sind somit die Dispositiv-Ziffer 2 (Teilfreispruch), Ziffer 8 teilweise (betreffend Einziehung und Vernichtung der Datensicherungen) sowie Ziffer 9 (Kostenfestsetzung) des vorinstanzlichen Urteils, was vorab festzustellen ist.

#### E. 1.3

Nachdem der Beschuldigte als einziger Berufung führt, steht die Überprüfung des angefochtenen Urteils zudem unter dem Vorbehalt des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO).

- 7 - 2. Formelles

### E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 3. April 2023 wurde der Staatsanwaltschaft in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO sowie Art. 401 StPO eine Kopie der Berufungserklärung des Beschuldigten zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zugleich wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zu den Be-weisanträgen des Beschuldigten obligatorisch Stellung zu nehmen. Ferner wurde der Beschuldigte aufgefordert, aktuelle Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 79). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit

Eingabe vom 11. April 2023 auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Zudem nahm sie Stellung zu den Beweisanträgen (Urk. 81 und 82). Mit Präsidialverfügung vom 12. April 2023 wurden – in teilweiser Gutheissung der Beweisanträge des Beschuldigten – die Datenträger der Datensicherung / Datenauslesung beim Beschuldigten vom Forensischen Institut bzw. der Kantonspolizei Zürich in die vorliegenden Verfahrensakten beigezogen (Urk. 83 und 85).

### **E. 2.1**

Als schwerstes Delikt zur Festlegung der Einsatzstrafe erscheint der Anklagevorwurf 1. In objektiver Hinsicht verbreitete der Beschuldigte vorsätzlich zwei Videos mit harter Kinderpornografie (realer Kindsmisbrauch mit Vaginal- und Oralverkehr) an über 60 Empfänger – was schwer wiegt – über Facebook, wobei unklar bleibt, wie viele davon, die Videos anschliessend konsumiert haben. Beim Video "Zwei minderjährige Kinder" handelt es sich um ein verwackeltes Amateurvideo, welches eine Minute und 52 Sekunden dauert. Darin zu sehen ist ein am Gesicht erkennbares ca. 8- bis 10-jähriges Mädchen, welches zunächst Fellatio an einem nicht erkennbaren jungen Mann ausübt, welcher diese im zweiten Teil mit seinem Penis vaginal penetriert. Zuletzt masturbiert sie diesen noch kurz. Beim Video "Erwachsene Frau mit minderjährigem Jungen" handelt es sich ebenfalls um ein verwackeltes Amateurvideo, welches eine Minute und fünf Sekunden dauert. Die Personen darauf sind nicht identifizierbar. Gezeigt wird eine erwachsene Frau, welche Fellatio an einem Knaben von ca. 8 bis 12 Jahren ausübt, wobei sie sich anschliessend auf ihn setzt und Vaginalverkehr mit ihm hat, woran er aktiv mitwirkt. In beiden Videos werden lediglich harmlose sexuelle Praktiken ausgeübt. Es gibt keine Hinweise auf besondere Erniedrigung, starken Zwang oder die Mitwirkung von fremden Personen. Das Verschulden innerhalb des qualifizierten Tatbestands wiegt daher sehr leicht. Es wäre eine Einsatzstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe festzusetzen. Über die Motive des Beschuldigten kann nur gemutmasst werden. Es gibt vorliegend zumindest keinerlei Hinweise auf eine Störung der sexuellen Präferenz im Sinne einer Pädophilie. Der Beschuldigte dürfte wohl dem Reiz des Unbekannten erlegen sein und aus Neugier gehandelt haben. Der Beschuldigte war denn auch zum Tatzeitpunkt gerade einmal 22 Jahre alt. Dies ist leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen, womit eine Einsatzstrafe von 80 Tagessätzen Geldstrafe festzusetzen ist.

### **E. 2.2**

Hinsichtlich des Anklagevorwurfs 2 versandte der Beschuldigte vorsätzlich ein kinderpornografisches Video etwas weniger gravierenden Inhalts an eine Drittperson über Whatsapp. Es handelt sich um ein 17 Sekunden langes Amateurvideo, in welchem ein Junge im Alter von ca. 8 bis 12 Jahren heimlich und gegen seinen Willen beim Onanieren gefilmt wird. Der Junge masturbierte intrinsisch motiviert, mithin freiwillig und nicht unter Zwang, wobei dieser durch die Aufnahme missbraucht, negativ geprägt und wohl in seiner sexuellen Entwicklung gestört wurde. Es handelt sich um eine äusserst schambehaftete Situation, in welcher der Junge blossgestellt wurde. Das objektive Verschulden ist als sehr leicht zu bewerten. Es rechtfertigt sich eine Einsatzstrafe von 45 Tagessätzen Geldstrafe. Bezüglich des subjektiven Verschuldens gibt es keinerlei Hinweise auf eine Störung der sexuellen Präferenz im Sinne einer Pädophilie. Der Beschuldigte handelte wohl aus Neugier. Es gilt hierbei zu beachten, dass der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt gerade einmal 22 Jahre alt war. Sodann handelte der Beschuldigte auch aus dem Motiv der Belustigung

seinem Freund gegenüber. Dies ist leicht verschuldens- mindernd zu berücksichtigen. Gestützt auf ein gesamthafes sehr leichtes Verschulden ist die Einzelstrafe auf 40 Tagessätze Geldstrafe festzusetzen. In Anwendung des Asperationsprinzips ergibt sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 20 Tagessätze. 2.3.1. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 76 S. 24, S. 26 oben und S. 29). An der Berufungsverhandlung ergab sich neu, dass der Beschuldigte eine Arbeitsstelle als Pizzaiolo am E.\_\_\_\_\_ antreten wird, bei welcher er Fr. 3'600.– bis Fr. 3'700.– netto verdienen wird (Urk. 92 S. 5 f.). Der Beschuldigte ist umgezogen, lebt alleine und bezahlt neu Fr. 1'100.– Miete pro Monat (Urk. 92 S. 2). Seine Freundin – mit der er nach wie vor zusammen ist und mit der er über das Handy Kontakt hält – lebt sodann inzwischen mit ihrer Familie in der Türkei (Urk. 92 S. 3). Der Beschuldigte erklärte, nach Erlangung der B-Bewilligung wolle er einen Antrag stellen, damit sie hier her kommen könne. Er

- 20 - wolle heiraten und eine Familie gründen (Urk. 92 S. 4). Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten sind weder straf erhöhend noch strafmindernd zu berücksichtigen. 2.3.2. Der Beschuldigte weist bislang keine Vorstrafen auf (Urk. 90). Er zeigte sich einzig hinsichtlich des Anklagevorwurfs 2 teilweise geständig, was sich jedoch kaum strafmindernd auszuwirken vermag. 2.3.3. Insgesamt ergeben sich somit aus der Täterkomponente keine straf- zumessungsrelevanten Faktoren.

#### **E. 2.4**

Die von der Vorinstanz gewählte Strafart (Geldstrafe) ist bereits aufgrund des geltenden Verschlechterungsverbots zu bestätigen. Der Beschuldigte wäre mit einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu bestrafen gewesen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots bleibt es indessen bei der von der Vorinstanz ausgefallten Strafe von 70 Tagessätzen. Angesichts der aktuellen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist auch die Tagessatzhöhe von Fr. 30.– zu bestätigen (vgl. Urk. 92 S. 2 und S. 6).

#### **E. 2.5**

Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs durch die Vorinstanz, unter Ansetzung einer minimalen Probezeit von zwei Jahren, ist ebenfalls bereits aufgrund des Verschlechterungsverbots zu bestätigen. V. Landesverweisung / SIS-Ausschreibung 1. Vorab kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur Landesverweisung im Allgemeinen sowie zur vorliegenden Katalogtat verwiesen werden (Urk. 76 S. 27 ff.). Es ist zu prüfen, ob ein Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt. 2. Die amtliche Verteidigung führte diesbezüglich im Berufungsverfahren aus, dass sie im Falle eines Schuldspruches beantrage, von einer Landesverweisung abzusehen und erklärte, hierzu bewusst keine weiteren Ausführungen zu machen (Prot. II S. 16). Zur SIS-Ausschreibung äusserte sie sich nicht (vgl. Urk. 93 und Prot. II S. 8 ff.). In ihrem Plädoyer erwähnte sie sodann, dass der Beschuldigte

- 21 - ohne das vorliegende Verfahren eine B-Bewilligung erhalten würde, da eine Rückführung seit Jahren nicht möglich und ein weiteres Verharren in diesem Zustand unzumutbar wäre. Daher sei auch eine Landesverweisung unzumutbar. Rückführungen fänden nur nach Kurdistan statt. Der Beschuldigte würde dort jedoch keine Aufenthaltsgenehmigung erhalten oder als irakischer Staatsangehöriger anerkannt, da er Araber sei. In den arabischen Bereich sei eine Rückführung jedoch nicht zumutbar (Urk. 93 S. 11 N. 23, Ergänzung 18). 3. Der heute 25-jährige Beschuldigte kam vor ca. 6 Jahren als

Flüchtling aus dem Irak in die Schweiz. Sein Asylgesuch wurde abgelehnt, jedoch wurde er hier vorläufig aufgenommen (Bewilligung F). Er ist somit weder in der Schweiz geboren noch hier aufgewachsen. Wie bereits die Vorinstanz unter Prüfung der VZAE- Kriterien zutreffend festhielt, kann jedenfalls nicht von einer überdurchschnittlichen Integration des Beschuldigten im Sinne eines Härtefalls gesprochen werden (Urk. 76 S. 29 f.). Zutreffend sind weiter die Ausführungen der Vorinstanz zu den geltend gemachten Vollzugshindernissen sowie die Feststellung, dass eine Durchführung der Landesverweisung in den Irak im heutigen Zeitpunkt jedenfalls nicht definitiv ausgeschlossen werden kann (Urk. 76 S. 30 f.). Daran hat sich auch im Berufungsverfahren nichts geändert. Somit bleibt es dabei, dass beim Beschuldigten kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, weshalb er in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB obligatorisch des Landes zu verweisen ist. Die minimale Dauer der Landesverweisung von 5 Jahren ist bereits aufgrund des Verschlechterungsverbots zu bestätigen. 4.1. Die Vorinstanz ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS an, ohne dies indessen näher zu begründen (Urk. 76 S. 32). 4.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen Ausschreibungen im SIS gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Voraussetzung für die Eingabe einer Aus-

- 22 -  
schreibung zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die auf einer Entscheidung der zuständigen nationalen Instanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) beruht; diese Entscheidung darf nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergehen (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Die Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 SIS-II-Verordnung). Dies ist insbesondere bei einem Drittstaatsangehörigen der Fall, der in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung). Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung erfordert weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr noch einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Insoweit genügt es, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Indes ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung). An die Annahme einer solchen Gefahr sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird, dass das "individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt". Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher nicht entgegen (zum Ganzen: BGE 147 IV 340, E. 4.8; BGer. 6B\_628/2021 vom 14. Juli 2022, E. 2.2.3; 6B\_834/2021 vom 5. Mai 2022, E. 2.2.2; 6B\_19/2021 vom 27. September 2021, E. 5.1). Art. 24 SIS-II-Verordnung und Art. 24 der Verordnung (EU) 2018/1861 verpflichten die Schengen-Staaten nicht zum Erlass von Einreiseverboten. Kommt es gestützt auf das nationale Recht wegen eines strafbaren

Verhaltens im Sinne von Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung indes zu einer Landesverweisung und sind die zuvor erwähnten Voraussetzungen er-

- 23 - füllt, d.h. ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung zu bejahen, ist die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS grundsätzlich verhältnismässig und folglich vorzunehmen (BGE 147 IV 340, E. 4.9; 146 IV 172, E. 3.2.2). Den übrigen Schengen-Staaten steht es frei, die Einreise in ihr Hoheitsgebiet im Einzelfall aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen dennoch zu bewilligen (vgl. Art. 6 Abs. 5 lit. c der Verordnung [EU] 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über den Schengener Grenzkodex [ABl. L 77 vom 23. März 2016 S. 1]) bzw. ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. a der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [ABl. L 243 vom 15. September 2009 S. 1]). Die Souveränität der übrigen Schengen-Staaten wird insofern durch die in der Schweiz ausgesprochene Landesverweisung, welche ausschliesslich für das Hoheitsgebiet der Schweiz gilt, nicht berührt (BGE 147 IV 340, E. 4.9; 146 IV 172, E. 3.2.3). Umgekehrt garantiert die Nichtausschreibung der Landesverweisung im SIS keinen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht in den übrigen Schengen-Staaten (BGE 147 IV 340, E. 4.9; zum Ganzen: BGer. 6B\_932/2021 vom 7. September 2022, E. 1.8.2. f., m.w.H.). 4.3. Vorliegend wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher Verbreitung von Kinderpornografie (drei Videos) via Internet mit einer bedingten Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, wobei dieser Tatbestand mit einer Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Diese Verurteilung gab zudem Anlass zur Anordnung einer Landesverweisung von 5 Jahren. Zu prüfen ist, ob vom Beschuldigten deshalb eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung) und die Landesverweisung im SIS auszuschreiben ist. Ohne die Taten des Beschuldigten bagatellisieren zu wollen, ist deswegen keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ersichtlich, so ist der Beschuldigte nicht pädophil veranlagt, weshalb diesbezüglich nicht von einer Rückfallgefahr auszugehen ist. Es ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich der Konsequenzen seines Handelns nun bewusst ist und

- 24 - solche Handlungen daher künftig ausbleiben werden. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ist somit abzusehen. VI. Tätigkeitsverbot 1. Die Vorinstanz verhängte gegen den Beschuldigten gestützt auf Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB ein lebenslängliches Verbot jeder beruflichen sowie jeder organisierter ausserberuflicher Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst. 2. Die amtliche Verteidigung brachte im Berufungsverfahren lediglich vor, dass sie im Falle eines Schuldspruches, den Verzicht auf ein Tätigkeitsverbot beantragte und erklärte, hierzu bewusst keine weiteren Ausführungen zu machen (Prot. II S. 16). 3. Es ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 76 S. 33 ff.), wobei ergänzend zu erwähnen ist, dass das Bundesgericht die restriktive Anwendung eines Ausnahmefalles in einem kürzlich ergangenen Entscheid erneut bestätigt und ausgeführt hat, dass als besonders leichte Fälle von Sexualstraftaten in objektiver Hinsicht etwa sexuelle Belästigungen oder Exhibitionismus in Frage kommen, sofern im konkreten Fall eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen verhängt werde (BGer. 6B\_1027/2021 vom 5. Juni 2023, E. 2.3.3.). Ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB liegt hier nicht vor, nachdem der Beschuldigte zunächst zwei harte kinderpornografische

Videos an einen relativ grossen Empfängerkreis von rund 60 Personen verbreitete und ca. sechs Monate später erneut ein kinderpornografisches Video an eine Drittperson weiterleitete. Es handelte sich demnach weder um einen einmaligen noch um einen besonders leichten "Ausrutscher", welcher Anlass zur Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4bis StGB geben könnte. 4. Dem Beschuldigten ist somit gestützt auf Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB je- de berufliche sowie jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regel- mässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, lebenslänglich zu verbieten.

- 25 - VII. Einziehungen 1. Die Vorinstanz beschlagnahmte das sichergestellte Mobiltelefon sowie die SIM-Karte, zog diese ein und überliess sie der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft zur Vernichtung (Urk. 76 S. 36). 2. Die amtliche Verteidigung beantragte im Berufungsverfahren, es sei auf die Beschlagnahme, Einziehung und Vernichtung des Mobiltelefons sowie der SIM- Karte zu verzichten (Urk. 93 S. 2) und erklärte, aufgrund der Tatsache, dass der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen sei, würden sich weitere Aus- führungen hierzu erübrigen (Urk. 93 S. 15 N. 4). 3. Gemäss Art. 197 Abs. 6 StGB sind Gegenstände kinderpornografischen Inhalts ohne Weiteres einzuziehen. Das polizeilich sichergestellte Mobiltelefon des Beschuldigten Apple iPhone 7 Plus (Asservat Nr. A015'295'235), welches namentlich das kinderpornografische Video gemäss Anklagevorwurf 2 enthält, ist deshalb nebst der dazugehörigen SIM-Karte (Asservat Nr. A015'335'112) einzu- ziehen und der Lagerbehörde zur Vernichtung bzw. zur gutscheinenden Verwen- dung zu überlassen. Der Beschuldigte hatte diesem Vorgehen in seiner Einver- nahme vom 16. Dezember 2021 – im Beisein der amtlichen Verteidigung – denn auch bereits ausdrücklich zugestimmt (Urk. 5 S. 11 F/A 87 f.). VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziffer 10 und 11) ist ausgangsgemäss sowie unter Hinweis auf die zutreffenden vorinstanzli- chen Erwägungen hierzu (vgl. Urk. 76 S. 36 f.) zu bestätigen. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden nach Obsiegen und Unterlie- gen verteilt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nachdem der Beschuldigte mit seiner Beru- fung praktisch vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfah- rens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, vollständig aufzuer- legen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

- 26 - 3. Die amtliche Verteidigung ist für ihre Bemühungen und Barauslagen im Be- rufungsverfahren anhand der eingereichten Honorarnote (Urk. 95) mit Fr. 4'427.90 zu entschädigen. Die geltend gemachten Aufwendungen erscheinen angemessen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Ge- richtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung – Einzelgericht, vom 9. November 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt:

### **E. 3**

Am 3. Mai 2023 wurden die Parteien zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen, wobei der Staatsanwaltschaft das Erscheinen freigestellt wurde (Urk. 86). Am 15. Mai 2023 wurde der heutige Verhandlungstermin neu auf 14.00 Uhr angesetzt (Urk. 88). Auf telefonische Anfrage der amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_, wurde dieser am

### **E. 3.1**

Die Verteidigung beantragte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass fünf Personen, mit welchen der Beschuldigte die Zugangsdaten zu seinem Facebook- Account geteilt habe – zwei Brüder und drei Kollegen – rechtshilfweise im Irak zu befragen seien (Urk. 93 S. 3 f.; Prot. II S. 7). Sie seien dazu zu befragen, ob sie selbst das Facebook-Profil des Beschuldigten für das Spiel B.\_\_\_\_\_ genutzt hätten, ob es im Irak erlaubt gewesen sei, B.\_\_\_\_\_ zu spielen, ob sie je einen VPN- Client mit einer Schweizer IP-Adresse zum Spielen benutzt hätten, ob sie selbst das Facebook-Profil des Beschuldigten für die Verbreitung von pornografischen Videos genutzt hätten und ob sie jemand anderem die Logindaten des Beschuldigten weitergegeben hätten. So könnten mehr Informationen über die tatsächliche Täterschaft erlangt werden (Urk. 93 S. 9 N. 17 f.).

#### **E. 3.1.1**

Bezüglich des Anklagevorwurfs 1 kann vorab vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 76 S. 8 bis 13 oben). Zusammenfassend und ergänzend ist festzuhalten, dass zum Tatzeitpunkt erstelltermassen die zwei in der Anklageschrift umschriebenen Videos an über 60 Empfänger über das Facebook-Konto des Beschuldigten, welches mit seinem Namen, seinem Geburtsdatum, seiner Telefonnummer und seinen Fotos versehen war, versandt wurden, was grundsätzlich für eine Urheberschaft des Beschuldigten spricht und ohne weiteres aus dem NCMEC-Rapport hervorgeht. Die anfängliche Verdächtigung des Onkels des Beschuldigten, D.\_\_\_\_\_, beruhte einzig und allein auf der Tatsache, dass die Handynummer des Beschuldigten auf dessen Namen eingelöst war, da dieser aufgrund seines Aufenthaltsstatus keine Telefonnummer auf seinen eigenen Namen registrieren lassen konnte.

#### **E. 3.1.2**

Wenn der Beschuldigte behauptet, seine Facebook-Kontodaten würden auch von Verwandten und Kollegen im Irak benutzt, um sich damit beim Online- Spiel "B.\_\_\_\_\_ Mobile" einzuloggen, ändert das daran noch nichts, beinhaltet die Verwendung der Facebook-Kontodaten zum Einloggen z.B. bei "B.\_\_\_\_\_ Mobile" (sog. "SingleSignOn", vgl. hierzu etwa: <https://www.n-tv.de/ratgeber/So-funktioniert-das-Einloggen-via-Facebook-article13642321.html>) doch offenkundig

- 12 - nicht ohne Weiteres das Einloggen in das Facebook-Profil des Beschuldigten selbst, geschweige denn das Erstellen von Posts oder Versenden von Videos über dieses. Sofern der Beschuldigte mit seinen Aussagen implizieren will, eine dieser im Irak befindlichen Personen habe ohne sein Wissen über sein Facebook- Profil (unter seinem Namen), mithin unter missbräuchlicher Verwendung seiner Zugangsdaten zwei kinderpornografische Videos an über 60 Empfänger versandt, erscheint dies bereits an sich nicht ohne Weiteres plausibel. Denn dies würde einen schweren Vertrauensmissbrauch durch einen nahen Verwandten bzw. guten Kollegen des Beschuldigten bedeuten, was sich den (vage gehaltenen) Aussagen des Beschuldigten nicht ansatzweise entnehmen lässt. Zudem erfolgte der Upload der inkriminierten Videos ins Facebook-Netzwerk gemäss NCMEC-Rapport aufgrund der ermittelten IP-Adresse des Benutzers von einem (ungefähren) Standort in der Schweiz aus und nicht aus dem Irak, was den Andeutungen des Beschuldigten bezüglich einer missbräuchlichen Verwendung seiner Zugangsdaten durch

Personen im Irak klar widerspricht.

### **E. 3.1.3**

Es besteht sodann kein Anlass dazu, davon auszugehen, dass jemand mittels VPN-Client die Videos über eine schweizerische IP-Adresse versandt hat. Die Nutzung eines VPN-Servers hätte zu einem festen Standort und nicht wie vor- liegend unterschiedlichen Standorten geführt, welche gerade für den Zugriff über ein Mobiltelefon aus der Schweiz sprechen. Wer sich über einen VPN-Provider einloggt, kann sich zwar ein Land aussuchen, jedoch nicht den spezifischen Server oder eine spezifische IP-Adresse. Die Brüder und Kollegen des Beschuldigten hätten sodann nicht zwingend einen solchen VPN-Client zwecks Spielen von B.\_\_\_\_\_ verwenden müssen, hätten sich diese doch auch bei Verwendung einer ausländischen IP-Adresse im Irak aufgrund des Spielverbots strafbar gemacht. Es ist denn auch nicht ersichtlich, dass die Benutzung eines VPN-Clients technisch notwendig gewesen wäre. Der Beschuldigte machte selbst geltend, im Irak würden alle B.\_\_\_\_\_ spielen. Wäre ein VPN-Server in der Schweiz benutzt worden, würde dies sodann auch aus dem NCMEC-Rapport hervorgehen.

- 13 -

### **E. 3.1.4**

Die Variante, dass eine der fünf Personen die Facebook-Logindaten des Beschuldigten an eine bisher unbekannte Person in der Schweiz mit irakischem Migrationshintergrund weitergeleitet hat, ist zwar theoretisch möglich, erscheint jedoch nicht plausibel. Es gäbe schlicht keinen Anlass dazu, dies zu tun, könnte eine solche Person doch ohne weiteres einen eigenen Facebook-Account eröffnen und so auf Spiele wie B.\_\_\_\_\_ zugreifen.

### **E. 3.1.5**

Was die Möglichkeit betrifft, dass das Facebook-Profil des Beschuldigten gehackt wurde, gilt es zu sagen, dass der Beschuldigte selbst nie geltend machte, gehackt worden zu sein. Er liess lediglich die theoretische Möglichkeit in den Raum stellen. Wird der eigene Account gehackt, hat man in der Regel entweder keinen Zugriff mehr auf den Account, weil das Passwort geändert wird oder Face- book dies bemerkt und den Account daher vorsorglich sperrt. Selbst wenn das nicht geschieht, muss einem spätestens dann auffallen, dass das eigene Konto gehackt wurde, wenn man ungewöhnliche Aktivitäten auf dem eigenen Profil fest- stellt, wie z.B. nicht selbst verfasste Beiträge, nicht selbst versendete Nachrichten oder Freundschaftsanfragen an unbekannte Personen. Wird eine solche Feststel- lung gemacht, ist eine umgehende Reaktion des Kontoinhabers zu erwarten. So würde man unter anderem wohl unmittelbar das Passwort ändern und Freunde vor vermeintlich durch sich selbst versandten Nachrichten warnen. Wäre das Fa- cebook-Profil des Beschuldigten gehackt worden, wäre mithin zu erwarten gewe- sen, dass er dies bemerkt und entsprechend reagiert. Den Aussagen des Be- schuldigten sowie den weiteren Akten ist diesbezüglich jedoch keinerlei Hinweis zu entnehmen, behauptete er doch noch nicht einmal gehackt worden zu sein. Es handelt sich mithin zwar um eine theoretische Möglichkeit, dass der Account des Beschuldigten gehackt wurde, es bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dies so war.

### **E. 3.1.6**

Schliesslich lassen die Vorbringen des Beschuldigten allesamt auch die Frage offen, wieso er beim nächsten Einloggen in sein Facebook-Profil nicht erkannte, dass in seiner

Abwesenheit "fremde" Posts bzw. Mitteilungen – insbesondere an so viele Nutzer – von seinem Konto abgesetzt wurden.

- 14 -

### **E. 3.1.7**

Zusammenfassend erweisen sich die Vorbringen des Beschuldigten als ungläubhafte Schutzbehauptungen. Es ist sodann nicht relevant, dass der Beschuldigte die Videos nicht separat bei sich abgespeichert hatte. Eine Verbreitung ist ohne Abspeichern über die sozialen Medien ohne weiteres möglich, so dass offenbleiben kann, ob er diese allenfalls nach dem Versand einfach wieder gelöscht hat. Der Sachverhalt gemäss Anklagevorwurf 1 ist ohne Weiteres erstellt.

### **E. 3.2**

Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung ist zunächst ebenfalls auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 76 S. 16 bis 19 oben sowie S. 22 oben). Bezüglich der Qualifikation des Videos "Erwachsene Frau mit Jungen" als Kinderpornografie ist sodann zusätzlich festzuhalten, dass diese eine erwachsene Frau zeigt, welche zunächst Oralverkehr an einer männlichen Person ausführt und danach Vaginalverkehr mit dieser hat. Das Gesicht der männlichen Person ist zwar – wie die amtliche Verteidigung zu Recht bemerkte – nicht ersichtlich. Jedoch lässt sich diese auch ohne Betrachtung des Gesichts in Würdigung der gesamten Umstände ohne Weiteres als Kind identifizieren. Das Geschlechtsteil ist noch nicht vollends entwickelt und sehr klein, was nicht nur auf den Penis selbst, sondern auch auf die Hoden zutrifft. Sodann ist die Bettdecke mit Kinderbettwäsche bezogen und das Kind trägt eine Kinderpyjamahose. Insbesondere anhand der Arme und Beine wird ersichtlich, dass kein Kleinkind involviert ist. Aus dem Gesamtbild geht jedoch hervor, dass es sich um einen Jungen im Alter zwischen ca. 8 bis 12 Jahren und damit klarerweise um ein Kind handelt. Es lässt sich sodann nicht abschliessend klären, woher der von der Verteidigung erwähnte Schatten rührt, wobei es in Anbetracht des Alters plausibel erscheint, dass es sich dabei allenfalls um beginnende Schambehaarung handelt. Das Video qualifiziert mithin klarerweise als Kinderpornografie.

### **E. 3.3**

Der Beschuldigte ist somit bezüglich des Anklagevorwurfs 1 der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB schuldig zu sprechen. 4.1.1. Hinsichtlich des Anklagevorwurfs 2 anerkannte der Beschuldigte den ihm vorgeworfenen Sachverhalt, liess indessen die rechtliche Würdigung des fraglichen Videos als Kinderpornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB in Abrede

- 15 - stellen (vgl. Urk. 76 S. 5). Die Vorinstanz äusserte sich zur rechtlichen Würdigung einlässlich und zutreffend (Urk. 76 S. 16 bis 18 sowie S. 19 f. und S. 22 oben).

Zusammenfassend kann zur rechtlichen Würdigung gesagt werden, dass das Video einen onanierenden Jungen zeigt, welcher dabei heimlich gefilmt wird, was er schliesslich bemerkt, wodurch er dann ertappt wirkt. Die sexuelle Handlung des minderjährigen Jungen ist eindeutig und steht im Fokus. 4.1.2. Hinsichtlich des geltend gemachten Verbotsirrtums kann ergänzt werden, dass der Täter einem solchen erliegt, der zwar alle Tatumstände kennt und somit weiss, was er tut, aber nicht weiss, dass sein Tun rechtswidrig ist (BGE 129 IV 238, E. 3.1). Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich

rechtswidrig verhält, handelt gemäss Art. 21 Satz 1 StGB nicht schuldhaft. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 21 Satz 2 StGB). Ein Verbotsirrtum ist indes ausgeschlossen, wenn der Täter aufgrund seiner laienhaften Einschätzung weiss, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht, wenn er also in diesem Sinne das unbestimmte Empfinden hat, etwas Unrechtes zu tun (BGE 104 IV 217, E. 2.; BGE 148 IV 298, E. 7.6.; BGer. 6B\_274/2021 vom 1. Dezember 2021, E. 1.3.4.). Um den Rechtsirrtum für sich in Anspruch nehmen zu können, muss der Täter mit anderen Worten stets davon ausgegangen sein, überhaupt nichts Unrechtes zu tun. Sobald aber auch nur ein unbestimmtes Empfinden besteht, man könnte bei seinem Handeln gegen das verstossen, was recht ist, liegt ein beachtlicher Rechtsirrtum ausser Betracht (BGE 104 IV 217, E. 2.; BSK StGB, 4. Auflage, Basel 2019, NIGGLI/MAEDER, Art. 21 N. 13). Unvermeidbar ist der Rechtsirrtum mithin, wenn dem Täter daraus kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (BGer. 6B\_782/2016 vom 27. September 2016, E. 3.1. mit Verweis auf BGE 99 IV 185, E. 3.1. und BGE 104 IV 217, E. 3 a). Die Regelung beruht auf dem Gedanken, dass sich der Rechtsadressat um die Kenntnis der Gesetze bemühen muss, wobei deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt (BGE 129 IV 238, E. 3.1). Jedermann ist gehalten, das eigene Verhalten auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, insbesondere wenn der Täter selbst Zweifel hinsichtlich der Rechtmässigkeit seines Verhaltens hat oder hätte haben müssen. Dies ist

- 16 - z.B. dann der Fall, wenn der Täter zwar weiss, dass sein Verhalten rechtlichen Regelungen unterliegt, sich aber nicht näher über deren Inhalt und Reichweite informiert (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB210566-O vom 30. August 2022, E. 2.1.). Die Herkunft aus einem anderen Kulturkreis stellt für sich allein keinen zureichenden Grund für die Annahme eines Verbotsirrtums dar (BGer. 6B\_77/2019 vom 11. Februar 2019, E. 2.3.). Die Anforderungen für die Annahme eines Verbotsirrtums im Sinne von Art. 21 StGB sind damit relativ hoch. Die meisten Menschen wissen nicht im Detail, was genau alles im Rechtssinne verboten ist, dennoch machen sie sich bei entsprechenden Zuwiderhandlungen grundsätzlich strafbar. 4.2. Der Beschuldigte führte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, er habe das Video einem Freund in etwas gehobenerem Alter geschickt, der immer behauptete, er sei nicht mehr für solche Dinge zu haben. Dies habe er getan, um ihm damit zu sagen, dass er das, als er jung gewesen sei, vielleicht ebenfalls getan habe und nun, wo er älter sei, könne er das nicht mehr (Urk. 92 S. 9 f.). Damit stellte der Beschuldigte den im Video vorhandenen sexuellen Bezug ebenfalls her. Es ging ihm mithin eben gerade nicht darum, dass der Junge auf dem Video aufgrund des ertappt-Werdens erschrocken schaute, sondern der sexuelle Aspekt des Videos stand auch für den Beschuldigten im Zentrum. Er hat mithin erkannt, dass der Junge, bei dem es sich offensichtlich um ein Kind handelt, eine sexuelle Handlung vornimmt und das Video aus genau diesem Grund verschickt. Dass der Beschuldigte dabei keinen sexuellen Bezug erkannt und es lediglich als lustig empfunden haben will, ist somit als reine Schutzbehauptung zu werten. Der Beschuldigte hat die kinderpornografische Natur des Videos mindestens für möglich gehalten und wollte dieses Video seinem Freund zugänglich machen. Gemäss den Ausführungen der amtlichen Verteidigung lebt der Beschuldigte sodann bereits seit vielen Jahren in der Schweiz und geht einer regelmässigen Arbeit nach. Der einzige Grund dafür, weshalb er noch keine B-Bewilligung habe, sei sodann das vorliegende Strafverfahren (Urk. 93 S. 11 N. 23), weshalb von einer gewissen Integration des Beschuldigten in die hiesige Gesellschaft mit deren Rechtsvorstellungen auszugehen ist.

Für den Ausschluss eines Rechtsirrtums genügt bereits ein unbestimmtes Empfinden, etwas Unrechtes zu tun. Die

- 17 - Videodatei steht im klaren Widerspruch zu den vorherrschenden ethischen, sittlichen Wertvorstellungen. Folglich liegt die Möglichkeit sehr nahe, dass der Beschuldigte und Versand solcher Darstellungen gegen die Rechtsordnung verstossen könnte. Der Beschuldigte hat sodann gemäss der amtlichen Verteidigung auch gewusst, dass Kinderpornografie falsch, d.h. – mit anderen Worten – verboten, ist (Urk. 93 S. 15 N. 39 Ergänzung 29). Er erkannte sodann, dass das Kind im Video eine sexuelle Handlung vornimmt, was der Grund dafür war, dass er dieses seinem Kollegen schickte. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte zumindest ein unbestimmtes Empfinden dafür hatte, etwas Unrechtes zu tun. Es wäre damit zu erwarten gewesen, dass der Beschuldigte sein Handeln nach der hier geltenden Rechtsordnung prüft bzw. zumindest nach dem hiesigen Rechtsverständnis hinterfragt. Dafür werden keine speziellen Kenntnisse benötigt. Das Vorliegen eines Rechtsirrtums ist demnach zu verneinen. 4.3. Der Beschuldigte ist somit bezüglich des Anklagevorwurfs 2 der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB schuldig zu sprechen. IV. Strafzumessung 1. Zum vorliegend anwendbaren Strafrahmen sowie zu den allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 76 S. 22 f.). Ergänzend verlangt das Bundesgericht seit BGE 144 IV 217, E. 3.5.3 f., zunächst für jedes Delikt innerhalb seines jeweiligen Strafrahmens eine Einzelstrafe (zumindest anhand der jeweiligen Tatkomponenten) festzulegen. Diese Einzelstrafen sind dann – soweit sie gleichartig ausfallen – erst in einem zweiten Schritt gegebenenfalls zu (einer oder mehreren) Gesamtstrafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Bei der Gesamtstrafenbildung ist sodann jeweils von der für die schwerste Tat (pro Straftat) festgelegten Einzelstrafe als Einsatzstrafe auszugehen und diese ist dann für die übrigen Einzelstrafen (derselben Straftat) unter Beachtung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen, so dass die Gesamtstrafe höher ausfällt als die Einsatzstrafe, aber tiefer als die Summe der verwirkten Einzelstrafen. Zudem darf die Gesamtstrafe nicht tiefer ausfallen als

- 18 - die höchste gesetzliche Mindeststrafe aller daran beteiligten Strafrahmen (vgl. BGE 144 IV 217, E. 3.5.1 ff. und E. 4.). Zu beachten ist schliesslich, dass die Ausfällung einer höheren bzw. härteren Strafe als der von der Vorinstanz ausgefallenen bedingten Geldstrafe von 70 Tagessätzen bereits aufgrund des im Berufungsverfahren geltenden Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) ausser Betracht fällt.

## **E. 5**

September 2023 Einsicht in die drei relevanten Videos gewährt (Urk. 89 i.V.m. Urk. 91). 4. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_ (Prot. II S. 5). Es waren keine Vorfragen zu entscheiden (Prot. II S. 7). Es wurde sodann der Beweisantrag gestellt, fünf Personen – zwei Brüder und drei Kollegen des Beschuldigten – rechtshilfweise im Irak zu befragen (Prot. II S. 7 i.V.m. Urk. 93 S. 3 f.). Über den Beweisantrag wurde anlässlich der Beratung in der Hauptsache befunden. In der Sache selbst stellten die Parteien die eingangs wie dargegebenen Anträge (Prot. II S. 5 f.; Urk. 81; Urk. 93 S. 2 f.). Das Verfahren ist spruchreif. II. Prozessuales 1. Umfang der Berufung

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