

ZH_OBERGERICHT SB230237 vom 27. Oktober 2023

ZH Obergericht, 2023-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230237

FR: ZH_OBERGERICHT SB230237 du 27 octobre 2023

IT: ZH_OBERGERICHT SB230237 del 27 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht in Strafsachen, vom 2. Februar 2023, welches dem Beschuldigten und der amtlichen Verteidigung mündlich eröffnet und übergeben (Prot. I S. 18 ff.) sowie der Staatsanwaltschaft schriftlich mitgeteilt wurde (Urk. 40), liess der Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 42; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 17. April 2023 zugestellt (Urk. 45), woraufhin er am 5. Mai 2023 fristgerecht die Berufungserklärung inkl. Beilagen im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO einreichen liess (Urk. 50 und Urk. 51/1-4).

E. 1.1

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 65.– (Urk. 48 S. 28).

E. 1.1.1

Die Appellation des Beschuldigten richtet sich gegen den vorinstanzlichen Schuldspruch wegen harter Pornografie (Dispositivziffer 1), den Strafpunkt (Dispositivziffern 2 und 3) und die Kostenaufgabe (Dispositivziffer 8) (vgl. Urk. 50 S. 3). In diesem Umfang steht der angefochtene Entscheid im Berufungsverfahren unter Vorbehalt des strafprozessualen Verschlechterungsverbots gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zur Disposition.

E. 1.1.2

Davon abgesehen wurde der Entscheid der Vorinstanz von keiner Partei angefochten. In Rechtskraft erwachsen ist das vorinstanzliche Urteil vom 2. Februar 2023 folglich hinsichtlich der Dispositivziffern 4 (Absehen von einem Tätigkeitsverbot), 5 (Absehen von einer Landesverweisung), 6 (Einziehung) und

E. 1.2

Der Beschuldigte verlangt im Berufungsverfahren im Eventualstandpunkt die Bestrafung mit einer Geldstrafe von maximal 40 Tagessätzen (Urk. 70 S. 27).

E. 1.3

Da der Beschuldigte als einzige Partei ein Rechtsmittel ergriffen hat, steht das Verbot der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) einer strengeren Bestrafung im Berufungsverfahren von vornherein entgegen. 2. Grundsätze der Strafzumessung und Strafrahmen Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung wiederholt dargelegt (BGE 144 IV 313 E. 1.1; BGE 144 IV 217 E. 2.3 ff.; BGE 142 IV 265 E. 2.3 ff.; BGE 141 IV 61 E. 6.1; BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; je m.w.H.). Darauf sowie auf die zutreffenden theoretischen Ausführungen der Vorinstanz kann vorab verwiesen werden

(Urk. 48 S. 16 f.). Der Beschuldigte ist folglich wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB mit einer innerhalb des ordentlichen Strafrahmens (Geldstrafe bis 180 Tagesätze oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren) zu

- 18 - bemessenden Strafe zu sanktionieren (Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB i.V.m. Art. 34 Abs. 1 StGB und Art. 40 Abs. 1 StGB). 3. Tatkomponente / Strafart

E. 1.4

Der Beschuldigte hat den Anklagesachverhalt sowohl in der Untersuchung als auch im erstinstanzlichen Verfahren eingestanden (vgl. Urk. 3/2 F/A 49; Prot. I S. 9). Er erklärte u.a., dass es sich bei "A'._____" um sein Instagram-Benutzerprofil handle, auf welches nur er Zugriff habe (Urk. 3/1 F/A 9 f., 15; Urk. 3/2 F/A 29; Prot. I S. 10). Auf Vorhalt anerkannte er auch explizit, das rubrizierte Video, einem Freund geschickt zu haben (Urk. 3/1 F/A 32; Urk. 3/2 F/A 27; 41 f.; Prot. I S. 9 f.). Einschränkungen machte er vor allem dahingehend, dass er sich nichts dabei gedacht bzw. nicht überlegt habe, dass das Video derart problematisch sei (Urk. 3/1 F/A 23, 33; Urk. 3/2 F/A 22; Prot. I S. 9 f.). Er habe das Vi-

- 13 - deo aus Spass weitergeleitet (Urk. 3/1 F/A 30, 38). Bei diesen Depositionen blieb der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 10 f.). Seine Zugeständnisse decken sich mit dem dargelegten objektiven Beweisergebnis. Demzufolge ist der äussere Anklagesachverhalt rechtsgenügend erstellt.

E. 1.5

Die Frage, 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 klärenden Tatfragen – soweit erforderlich – nachstehend im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu prüfen. 2. Rechtliche Würdigung

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 8. Mai 2023 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags angesetzt. Dieselbe Frist wurde dem Beschuldigten angesetzt, um das Datenerfassungsblatt und Unterlagen zu seinen aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen (Urk. 52). Mit Eingabe vom 10. Mai 2023 erklärte die Staatsanwaltschaft den Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 54), was dem Beschuldigten zur Kenntnis gebracht wurde (vgl. Urk. 55).

E. 2.1

Die Anklagebehörde würdigt den Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht als Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB (Urk. 16 S. 2).

E. 2.2

Die amtliche Verteidigung macht hierzu wie bereits vor Vorinstanz zusammengefasst geltend, dass das rubrizierte Video in seiner Gesamtheit und auch in Anbetracht seiner Länge objektiv betrachtet nicht darauf ausgelegt sei, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Es sei niemand nackt, die Genitalien der Knaben seien nur für einen Bruchteil

von Sekunden zu sehen und es fehle an der für pornografisches Material typischen Fokussierung auf die Geschlechtsorgane. Zudem sei im Video eine Penetration nur angedeutet und nicht effektiv sichtbar, weshalb diese entgegen der Anklage und in dubio pro reo nicht erstellt sei. Im Übrigen fehlten jegliche weitere Stilmittel, die typischerweise zur Erzeugung einer sexuellen Aufreizung eingesetzt würden, und die unablässig grinsenden Knaben sowie die im Hintergrund laufende Tanz- bzw. Volksmusik würden dem Video jegliche Ernsthaftigkeit und damit auch Erotik nehmen. Der Beschuldigte habe das Video zudem bloss auf dem Bildschirm seines Mobiltelefons angeschaut, weshalb die Details für ihn umso weniger zu erkennen gewesen seien. Entsprechend sei es für ihn – sollte das Video als pornografisch eingestuft werden – auch nicht erkennbar gewesen, dass es sich hierbei um verbotenes pornografisches Material

- 14 - handle, womit es ihm am Vorsatz fehle. Im Ergebnis habe der Beschuldigte damit weder objektiv noch subjektiv tatbestandsmässig gehandelt, weshalb er freizusprechen sei (Urk. 38 S. 5 ff.; Urk. 70 S. 23 f.).

E. 2.2.1

Konkret wendet sich die Verteidigung gegen die Verwertbarkeit der Meldung des NCMEC. Sie führt einleitend aus, dass das NCMEC eine privatrechtliche gemeinnützige Organisation sei, welche im Jahr 1984 vom Kongress der Vereinigten Staaten gegründet worden sei, in erster Linie vom US-Justizministerium finanziert werde und eine öffentliche Aufgabe wahrnehme (vgl. Urk. 70 S. 6-7).

E. 2.2.2

Im Wesentlichen argumentiert sie, dass die rubrizierten Daten durch flächendeckendes Monitoring auf Social Media entstanden seien. Es würden spezielle Überwachungsprogramme eingesetzt, welche die gesamte Kommunikation über den Messenger-Dienst scanneten bzw. durchsuchten, wobei diese Programme eine relativ hohe Fehlerquote hätten, weshalb ihnen weit mehr Kommunikationsinhalte ins Netz gingen als nur die verbotenen, was faktisch auf eine Überwachung der gesamten Kommunikation hinauslaufe. Insofern handle es sich faktisch

- 7 - um eine verdachtsunabhängige, flächendeckende und systematische Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Da überdies der Beschuldigte in der Schweiz sein Mobiltelefon benutzt habe (Zugriffsprinzip), sei er auch hierzulande überwacht worden, weshalb bei ihm die Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung zu gelten hätten. Gemäss hiesigem Recht stelle eine solche Datenerhebung eine Zwangsmassnahme dar, die ohne Vorliegen eines dringenden Tatverdachts gemäss Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO – ein solcher habe zum Zeitpunkt der Überwachung gerade noch nicht vorgelegen – und infolge Fehlens der notwendigen Genehmigung der Überwachung durch das Zwangsmassnahmengericht gemäss Art. 272 Abs. 1 StPO sowie einer anfechtbaren Mitteilung nach Art. 279 StPO verboten sei. Im Übrigen fehle es auch an der nach Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO erforderlichen gesetzlichen Grundlage für eine derartige systematische Massenüberwachung (vgl. Urk. 35 S. 1; Urk. 38 S. 3; Urk. 70 S. 7-11).

E. 2.2.3

Hinzukomme, dass die Überwachung des Beschuldigten in der Schweiz durch eine ausländische Behörde erfolgt sei, was namentlich wegen des Territorialitätsprinzips (Art. 3 StGB) unzulässig sei. An der Unzulässigkeit einer solchen ausländischen Überwachung

würde sich auch nichts ändern, wenn man NCMEC als rein private Organisation qualifizieren würde, da von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel ebenfalls nur verwertbar seien, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können, was im zu beurteilenden Fall aber gerade nicht möglich gewesen wäre. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Überwachung ausschliesslich in den USA stattgefunden habe, und man ebenso annähme, dass diese Beweiserhebung nach amerikanischem Recht korrekt gewesen wäre, was im Übrigen einzig durch ein Rechtsgutachten hätte festgestellt werden können, so hätten die schweizerischen Strafverfolgungsbehörden diese Beweise nur mittels Rechtshilfeverfahren erlangen dürfen (Urk. 70 S. 11-17).

E. 2.2.4

Schliesslich widerspreche das in den USA in dieser Grössenordnung durchgeführte flächendeckende Monitoring ohne jeglichen Anfangsverdacht der massen den schweizerischen Grundsätzen für die Anwendung von Zwangsmassnahmen, dass die so gewonnenen Beweise nicht mit unserem Verständnis eines fairen Verfahrens zu vereinbaren seien. Die Beweiserhebung verstosse mit ande-

- 8 - ren Worten gegen den ordre public und das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. Ferner sei – nicht zuletzt auch für das Gericht – nicht nachvollziehbar, wie dieses Beweismaterial zustande gekommen sei, weshalb die Verteidigungsrechte nicht wirksam und sachbezogen hätten wahrgenommen werden können (vgl. Urk. 35 S. 1; Urk. 38 S. 3; Urk. 70 S. 16-19).

E. 2.2.5

Aus all diesen Gründen seien die durch die NCMEC erhobenen Daten nicht zulasten des Beschuldigten verwertbar und aus den Akten zu entfernen. Ebenso wenig könne auf die weiteren gegen den Beschuldigten im Recht liegenden Beweismittel abgestellt werden, namentlich auf die IRC-Anfrage und seine Aussagen, da diese auf der Grundlage der NCMEC-Meldung erhoben worden seien und mithin unverwertbare Folgebeweise darstellten. Das Aktenfundament sei im Ergebnis insgesamt unverwertbar. Der Beschuldigte sei deshalb vollumfänglich freizusprechen (Urk. 35 S. 1 f.; Urk. 38 S. 3; Urk. 70 S. 19-21).

E. 2.3

Gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB ist wegen Pornografie mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe zu bestrafen, wer pornografische Darstellungen mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt.

E. 2.3.1

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid eingangs zutreffende theoretische Erwägungen zur Qualifikation von Inhalten als Pornografie angestellt (Urk. 48 S. 13 f.). Darauf ist zu verweisen. In zusammengefasster Form ist wiederholend festzuhalten, dass der Begriff der Pornografie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Zweifaches voraussetzt: Zum einen müssen die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sein, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über

das nach Belieben verfügt werden kann. Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergrößert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (BGE 144 II 233 E. 8.2.3 m.w.H.). Bei der harten Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 StGB kommt zum pornografischen Charakter einer Darstellung gemäss Abs. 1 mindestens eines von drei weiteren Merkmalen hinzu: Der (nicht tatsächliche oder tatsächliche) Einbezug von minderjährigen Personen, Tieren oder Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen. Der Begriff nicht tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen umfasst den sog. virtuellen Kindsmisbrauch und zielt auf Sachverhalte, in welchen die sexuellen Handlungen mit gestalterischen oder elektronischen Mitteln (Zeichnungen, Comics oder Animationsfilmen etc.) dargestellt werden. Tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen betreffen hingegen sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen (PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, 4. Aufl.,

- 15 - Zürich/St. Gallen 2021, N 10b zu Art. 197 StGB, BSK StGB-ISENRING/KESSLER, 4. Aufl., Basel 2019, N 22d zu Art. 197 StGB).

E. 2.3.2

Was die Qualifikation der inkriminierten Videodatei betrifft, handelt es sich bei dieser – entgegen den Ausführungen der Verteidigung – ohne Zweifel um ein Erzeugnis bzw. eine kinderpornografische Darstellung im Sinne des Gesetzes. In der vom Beschuldigten verschickten Videodatei sind reale minderjährige Knaben zu sehen. Der Inhalt des Films ist sodann auf das sexuelle Verhalten der beiden Knaben reduziert und es ist auch deren erigiertes Geschlechtsteil – wenn auch nur kurz – zu sehen. Schliesslich ist die Penetration des Esels durch den ersten Knaben sowie auch durch den zweiten Knaben mit länger andauernden entsprechenden Hüftbewegungen der einzige Inhalt des Filmchens und steht damit aufdringlich im Fokus. Entsprechend scheint das Video darauf ausgelegt und auch geeignet, bei Betrachtern mit entsprechenden Neigungen eine Erregung herbeizuführen. Mit anderen Worten werden in der rubrizierten Videodatei explizit und direkt sichtbare sexuelle Handlungen von Minderjährigen mit einem Tier dargestellt, was als sog. harte Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB zu qualifizieren ist. Daran ändert mit der Vorinstanz auch der Umstand nichts, dass das Video mit einer Volks- und Tanzmusik untermalt ist (so auch Urteil des Bundesgerichts 6B_954/2019 vom 20. Mai 2020 E. 1.4.1). Ebenso kann der Beschuldigte aus dem Grinsen der Knaben nichts zu seinen Gunsten ableiten, da gerade minderjährige Kinder altersbedingt oft nicht in der Lage sind, solche Geschehnisse adäquat einzuordnen. Wie die Vorinstanz zurecht darauf hinweist, gelten Kinder gerade deshalb als besonders schutzbedürftig.

E. 2.3.3

Der Beschuldigte hat mit dem aktiven Weiterleiten des Videos verbotene pornografische Aufnahmen in Verkehr gebracht, was Drittpersonen ermöglichte, fortan frei über die Datei zu verfügen (vgl. hierzu BSK StGB-ISENRING/KESSLER, a.a.O., N 52 c zu Art. 197 StGB), und hat damit den objektiven Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB ("tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen") erfüllt.

E. 2.3.4

Erfüllt ist schliesslich auch der subjektive Tatbestand. Der Beschuldigte gab sowohl in der Untersuchung als auch zu Beginn der vorinstanzlichen Hauptver-

- 16 - handlung an, dass ihm das Video bekannt sei (Urk. 3/1 F/A 32; Prot. I S. 10). Vor diesem Hintergrund erscheinen seine späteren Vorbringen vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung, wonach er das Video nicht aufmerksam geschaut habe, ansonsten er es sofort gelöscht hätte (Prot. I S. 11), bzw. dass ihm beim Abschicken des Videos nicht bewusst gewesen sei, was es genau beinhalte (Prot. II S. 12), als nachgeschoben und insgesamt wenig überzeugend. Der Beschuldigte hat bei der Polizei denn auch keine vagen Angaben gemacht, sondern vielmehr ausdrücklich gesagt, das Video gesehen zu haben und dessen Inhalt zu kennen (Urk. 3/1 F/A 32), worauf er zu behaften ist. Insgesamt ist mit der Vorinstanz deshalb ohne erhebliche Zweifel erstellt, dass der Beschuldigte das Video im Wissen um dessen Inhalt weitergeleitet hat. Zudem ist der Umstand, dass es sich beim Video um verbotenes pornografisches Material handelt, ohne weiteres zu erkennen. Den gegenteiligen Ausführungen der Verteidigung, dass es dem Beschuldigten am für den Vorsatz notwendigen Wissen fehle bzw. er fahrlässig gehandelt habe, kann nicht gefolgt werden (vgl. Urk. 38 S. 7 f.; Urk. 70 S. 21-26). Es ist als allgemein bekannt vorauszusetzen, dass man eine Videodatei, welche die Penetration eines Esels durch zwei deutlich unter 18-jährige Knaben zeigt, nicht versenden darf. Nach Abspielen des fraglichen Videos bei der Polizei erklärte der Beschuldigte in diesem Sinne auch: "Das ist nicht normal. Ich hätte dies nicht weiterleiten sollen. Ich dachte nicht, dass es Probleme geben könnte wegen eines solchen Videos" (Urk. 3/1 F/A 35). Bei der Staatsanwaltschaft hielt er ebenfalls fest, dass er wisse, dass solche Videos sehr schlecht seien (Urk. 3/2 F/A 43 f.). Zudem anerkannte er bereits zu Beginn der Untersuchung, dass er schon gewusst habe, dass diese Videos verboten seien. Konkret in Bezug auf das Video habe er aber nichts gedacht. Er habe es gesehen und sogleich weitergeleitet (Urk. 3/1 F/A 39 f.). Die vom Beschuldigten in diesem Zusammenhang immer wieder in den Vordergrund gerückte Motivlage, wonach er sich beim Versenden der Dateien nichts weiter gedacht habe und die Weiterleitung aus seiner Sicht lediglich zum Spass geschehen sei, kann ihm dabei durchaus geglaubt werden, doch bleibt dieser Umstand im Rahmen der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts unbeachtlich und ist höchstens im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen. Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass wenn der Beschuldigte das Video

- 17 - in Kenntnis dessen Inhalts weiterleitete, er nach dem Erwogenen zumindest im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, dass es sich bei der Videodatei um verbotene harte Pornografie handelt. Das eigentliche Weiterleiten dieses Videos geschah in der Folge mit direktem Vorsatz. Mit der Vorinstanz ist entsprechend festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB auch in subjektiver Hinsicht erfüllt hat. 3. Fazit Zusammenfassend hat sich der Beschuldigte durch sein Verhalten der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB schuldig gemacht, wofür er zu bestrafen ist. IV. Strafzumessung 1. Ausgangslage

E. 2.4

Die Argumentation der Verteidigung baut hauptsächlich auf der unzutreffenden Annahme, dass das NCMEC als Behörde eine die strafprozessualen Vorschriften zu befolgende Zwangsmassnahme in der Schweiz vorgenommen habe, und ist deshalb nicht zu hören. Vielmehr ist mit der Vorinstanz zu bemerken, dass die schweizerische Strafprozessordnung nur die Erhebung von Beweisen durch staatliche Behörden regelt. Im Umkehrschluss ist dies aber nicht mit einem Verwertungsverbot für privat erhobene Beweise gleichzusetzen. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind dahingehend zu präzisieren, als dass es Privaten

grundsätzlich unbenommen ist, Beweise zu erheben und diese ins Verfahren einzubringen.

- 9 - Wurden diese rechtmässig erhoben, sind diese mithin ohne Einschränkungen verwertbar (Urteil des Bundesgerichts 6B_741/2019 vom 21. August 2019 E. 5.2). Des Weiteren sind selbst rechtswidrig durch Private erlangte Beweismittel verwertbar, sofern sie auch von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und überdies eine Interessenabwägung für ihre Verwertung spricht (Urteil des Bundesgerichts 6B_911/2017 vom 27. April 2018 E. 1.1 m.w.H.).

E. 2.4.1

Mit der Vorinstanz ist zu betonen, dass es sich bei Instagram um eine durch ein privates Unternehmen betriebene soziale Internetplattform handelt. Personen, welche diese Plattform nutzen, erklären sich mit den Nutzungsbedingungen bzw. Gemeinschaftsrichtlinien einverstanden. Gemäss diesen wird in keiner Weise das Teilen sexueller Inhalte, an denen Minderjährige beteiligt sind, geduldet (vgl. "https://help.instagram.com/477434105621119/?helpref=hc_fnav"; zuletzt besucht am 27. Oktober 2023). Ebenso sieht Instagram explizit die Weiterleitung von Verdachtsmeldungen an die zuständigen Stellen vor (vgl. "https://help.instagram.com/494561080557017/?helpref=hc_fnav"; zuletzt besucht am 9. November 2023). Ferner ist zu betonen, dass Internetplattformanbieter in den Vereinigten Staaten aufgrund eines Bundesgesetzes verpflichtet sind, strafrechtlich relevante Sachverhalte im Bereich der Kinderpornografie an das NCMEC mitzuteilen (vgl. 18 U.S.C. § 2258A, abrufbar unter: "<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section2258A&num=0&edition=prelim>", zuletzt besucht am 27. Oktober 2023; vgl. auch Urk. 4 S. 1). Das NCMEC fungiert dabei einzig als Schnittstelle zwischen den Internetplattformen und den Strafverfolgungsbehörden. Die von den Plattformanbietern übermittelten Informationen werden anschliessend vom NCMEC an die zuständigen Behörden weitergeleitet, wobei das NCMEC weder Untersuchungen durchführt, noch die übermittelten Informationen überprüft (vgl. Urk. 5 Deckblatt inkl. Fussnote: "Auto-referred International, Files Not Reviewed by NCMEC", "NCMEC does not investigate and cannot verify the accuracy of the information submitted by reporting parties"). Soweit den übermittelten Informationen in der NCMEC-Meldung weitere Informationen beigelegt werden, stammen diese jedenfalls aus öffentlich zugänglichen Quellen (vgl. Urk. 5/2 S. 3: "[...], NCMEC Sys-

- 10 - tems will geographically resolve the IP address via a publicly-available online-query.").

E. 2.4.2

Mit Eröffnung eines Profils bei Instagram hat der Beschuldigte den von der Internetplattform vorgegebenen Nutzungsbedingungen bzw. Gemeinschaftsrichtlinien zugestimmt. Wie noch zu zeigen sein wird, nutzte er die Plattform dennoch, um das inkriminierte Video mit kinderpornografischem Material mit anderen Nutzern zu teilen. Nachdem Instagram dies festgestellt hatte, leitete das Unternehmen die Informationen, welche der Beschuldigte über die Plattform versandt hatte, ihren gesetzlichen Verpflichtungen folgend und im Einklang mit den vereinbarten Nutzungsbestimmungen an die zuständige Stelle, also an NCMEC weiter. In diesem Zusammenhang ist der Verteidigung und der Vorinstanz also zu widersprechen, wenn sie die Beweiserhebung dem Staat zuordnen. Denn auch wenn eine gewisse staatliche Nähe des NCMEC nicht in

Abrede zu stellen ist, handelt es sich dabei nicht um eine staatliche Behörde, sondern um eine gemeinnützige privatrechtliche Organisation, mithin ein privates Unternehmen, wobei die Mitteilung der strafrechtlich relevanten Sachverhalte ohnehin durch die privaten Internetplattformanbieter erfolgt. Schlussfolgernd liegt keine staatliche Zwangsmassnahme vor. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern eine verdachtsunabhängige Beweisforschung vorliegen oder der Anfangsverdacht der schweizerischen Strafbehörden auf einem rechtswidrig erhobenen Beweis beruhen soll (vgl. auch Urteil des Obergerichts, I. Strafkammer, SB220372 vom 18. Januar 2023 E. 3.1. und E. 3.2., in ZR 122/2023 S. 167). Fehlt es bereits am Vorliegen einer staatlichen Zwangsmassnahme, sind im Übrigen die einschlägigen Bestimmungen der Strafprozessordnung nicht einschlägig, und es bestand entgegen der Auffassung der Verteidigung keine Notwendigkeit eines Rechtshilfeverfahrens. Die Strafuntersuchung lief vor diesem Hintergrund vielmehr korrekt und nachvollziehbar ab.

E. 2.4.3

Offenbleiben kann an dieser Stelle deshalb, wie es sich verhalten hätte, wenn es sich um rechtswidrig durch Private erhobenes Beweismaterial handeln würde, insbesondere die Frage, ob es den Strafverfolgungsbehörden unter Ergreifen der notwendigen Massnahmen ohne weiteres möglich wäre, die Beweise selbst zu erheben. Immerhin würde das öffentliche Interesse an der Aufklärung

- 11 - der Tat und am Schutz von Minderjährigen auch in diesem Fall den Interessen des Beschuldigten an einer allfälligen Unverwertbarkeit klar überwiegen.

E. 2.4.4

Der Vollständigkeit halber ist überdies anzufügen, dass auch keine Ermittlungshandlungen einer ausländischen Strafbehörde auf schweizerischem Territorium zu erkennen sind, weshalb eine Verletzung des von der Verteidigung angeforderten Territorialitätsprinzips von vornherein zu verneinen ist.

E. 2.4.5

Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern sich der Beschuldigte gegen die ihm zur Last gelegten Vorwürfe nicht hätte wehren und seine Verteidigungsrechte, namentlich im Hinblick auf die Rechtmässigkeit der Beweismittel, nicht wirksam und sachbezogen hätte wahrnehmen können, zumal er in der Lage war, seine Rügen zu formulieren und die Verwertbarkeit der Beweise ausführlich zu bestreiten. Eine Verletzung des ordre public bzw. des Rechts auf ein faires Verfahren liegt nicht vor.

E. 2.5

Stunden und 1 Stunde Nachbesprechung ist der amtliche Verteidiger mit ei-

- 24 - nem Honorar von pauschal Fr. 9'000.– (inkl. MwSt. und Barauslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

E. 3

Nachdem die amtliche Verteidigung nach entsprechender Fristansetzung zur Frage Stellung genommen hatte, ob die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung nach wie vor vorliegen (vgl. Urk. 56 und Urk. 58), wurde den Parteien unter dem Datum vom 5. Juni 2023 mitgeteilt, dass die amtliche Verteidigung nicht widerrufen werde (Urk. 61 f.). In der Folge erklärte der Beschuldigte innert mehrfach erstreckter Frist mit Eingabe vom 17. Juli

2023, dass er einstweilen darauf verzichte, ein ausgefülltes Datenerfassungsblatt und Unterlagen zu seinen aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen (vgl. Urk. 65).

E. 3.1

Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nur eine Datei mit kinderpornografischem Inhalt weitergeleitet hat und der Empfängerkreis auf eine einzelne Person beschränkt war. Auch hat er das Video nicht selber erstellt bzw. inszeniert oder gefilmt. Es ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in den Akten und aufgrund seiner eigenen Aussagen vielmehr davon auszugehen, dass er nicht aktiv nach dem Video gesucht hat, sondern ihm dieses aus nicht nachvollziehbaren Gründen zugestellt wurde (vgl. statt vieler Prot. I S. 9 f.). Dennoch entschied er sich dazu, die Videosequenz weiterzuleiten, wobei das Weiterleiten von Videos grundsätzlich schwerer wiegt als die Verbreitung von blossen Bildern. Hinzukommt, dass die im Video zu sehenden Knaben deutlich minderjährig bzw. sogar augenscheinlich unter 16 Jahre alt und zusätzlich Tiere involviert sind. Andererseits handelt es sich um eine vergleichsweise kurze Sequenz, in welcher die Knaben mehrheitlich angezogen und ihr Geschlechtsteil nur kurz und von weitem zu sehen sowie mindestens vordergründig kein Zwang ersichtlich ist, was indessen nicht darüber hinwegtäuschen soll, dass sie als Teilnehmer perverser sexueller Aktivität dargestellt und somit bereits auf diese Weise als Sexualobjekte erniedrigt worden sind. Zudem hat er durch sein Handeln dazu beigetragen, dass die kinderpornografische Videodatei weiterverbreitet und folglich auch fortan weiter konsumiert werden kann. Ein solches Handeln ist nicht zu bagatellisieren, im Rahmen des Tatbestandes von Art. 197 Abs. 4 StGB erscheint aber die objektive Tatschwere als noch leicht.

E. 3.2

Was die subjektive Tatschwere anbelangt, ist anzumerken, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Er leitete das Video von sich aus und ohne entsprechende Aufforderung weiter. Zu seinen Gunsten ist indes zu berücksichtigen, dass er mit Bezug auf den kinderpornografischen Inhalt nur eventualvorsätzlich handelte. Zudem ging er nicht geplant vor, sondern agierte sorglos. Er bedachte die Konsequenzen seines Handelns offensichtlich zu wenig, was er im Strafverfahren auch mehrmals kundtat (vgl. statt vieler Prot. I S. 10; Prot. II S. 11).

- 19 - Jedoch kann der Umstand, dass die Weiterverbreitung aus Gedankenlosigkeit bzw. "aus Spass" erfolgte, nur beschränkt strafmindernd ins Gewicht fallen, da sich der Spassfaktor dem durchschnittlichen Betrachter solcher Videos nicht zu erschliessen vermag. Ferner ist dem Beschuldigten gestützt auf seine glaubhaften Aussagen zugute zu halten, dass er keine pädophilen Beweggründe hatte (vgl. Urk. 3/1 F/A 44 f.; Prot. I S. 11), dieses Bild weiterzuleiten. Die subjektive Tatschwere erweist sich somit auch noch als leicht, was jedoch das ohnehin schon leichte Tatverschulden im Ergebnis nicht noch weiter zu relativieren vermag.

E. 3.3

Kommen Freiheitsstrafe und Geldstrafe aufgrund der Verschuldensbewertung im konkreten Fall alternativ in Frage, ist unter Vorbehalt von Art. 41 Abs. 1 StGB eine Geldstrafe auszufällen, wie dies die Vorinstanz mit zutreffender Begründung zu Recht getan hat (Urk. 48 S. 17 f.). Der Ausfällung einer Freiheitsstrafe im Berufungsverfahren würde im Übrigen das Verschlechterungsverbot entgegenstehen. Nach dem Erwogenen ist die Einsatzstrafe auf 120 Tagessätze Geldstrafe festzulegen. 4. Täterkomponente

E. 4

Am 6. September 2023 wurden die Parteien schliesslich zur Berufungsverhandlung auf den 27. Oktober 2023 vorgeladen (Urk. 66). Anlässlich der Berufungs-

- 5 - fungsverhandlung reichte die amtliche Verteidigung das Datenerfassungsblatt inkl. Beilagen und ihre Honorarnote zu den Akten und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Prot. II S. 4; Urk. 68 f.; Urk. 70 S. 2). II. Prozessuales 1. Umfang der Berufung und formeller Hinweis

E. 4.1

Der Beschuldigte ist bulgarischer und moldauischer Staatsbürger und in Moldawien geboren sowie aufgewachsen. Er besuchte für insgesamt 12 Jahre die russische Schule (sog. mittlere Schulbildung) und absolvierte das Liceum, schloss indes keine Berufsausbildung ab. Da er in seinem Heimatstaat keine Möglichkeit hatte, sich weiterzubilden, zog er nach Deutschland, um Geld zu verdienen. Dort arbeitete er in C._____ für 4 Jahre auf einer Baustelle, bevor er im Dezember 2019 in die Schweiz kam. Hierzulande lebte er zuerst in D._____. Derzeit wohnt er in E._____ und verfügt über eine Aufenthaltsbewilligung B (Urk. 3/2 F/A 7 ff.; Prot. I S. 14 f.; vgl. Urk. 13/2 S. 9; Prot. II S. 7 ff.). Seine Familie lebt nach wie vor in Moldawien. Er selbst war im August 2023 das letzte Mal dort in den Ferien (Urk. 3/2 F/A 58 f.; Prot. II S. 8 f.). In der Schweiz arbeitet er in der Hauswartung und ist bei der Firma F._____ in E._____ im Vollzeitpensum angestellt, wo er gemäss aktuellen Lohnabrechnungen nach Abzug der Quellensteuer ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'685.– erzielt (vgl. Urk. 69). Er hat keine Kinder, lebt allein und bezahlt für seine 1-Zimmer-Wohnung monatlich unge-

- 20 - fährt Fr. 800.– zuzüglich Strom. Für die Krankenkasse fallen monatliche Kosten von ca. Fr. 280.– an und sporadisch unterstützt er seine Eltern, wobei anzumerken ist, dass keine eigentliche Unterstützungspflicht vorliegt. Er ist quellensteuerpflichtig und verfügt weder über Vermögen noch Schulden (Urk. 3/1 F/A 60 f.; Urk. 3/2 F/A 15 ff.; Prot. I S. 13 f.; Prot. II S. 8 ff.; vgl. auch Urk. 69). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er, dass er in der Schweiz Freunde habe und seine Freizeit damit verbringe, zu entspannen, Fussball zu spielen sowie Filme zu schauen. Mitglied in einem Verein sei er nicht (vgl. Prot. II S. 9). Aus den dargelegten persönlichen Verhältnissen lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

E. 4.2

Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft (Urk. 67), was strafzumessungsneutral zu werten ist.

E. 4.3

Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Die Vorinstanz ist darauf hinzuweisen, dass gemäss bundesgerichtlicher Praxis nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise oder gar erst nach Ergehen eines erstinstanzlichen Schuldspruches. Ferner gehört

ko-operatives Verhalten in der Untersuchung und Einsicht ins Unrecht der Tat sowie Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N 169 ff. zu Art. 47 StGB). Im Hinblick auf das Nachtatverhalten ist beim Beschuldigten die Zugabe des äusseren Sachverhalts strafmindernd zu berücksichtigen. Der Beschuldigte hat von Beginn weg anerkannt, Inhaber des rubrizierten Instagram-Benutzerprofils

- 21 - zu sein und die Videodatei versendet zu haben, auch wenn relativierend zu bemerken ist, dass die Beweislage erdrückend war. Nichtsdestotrotz hat er mit seinem Verhalten die Strafuntersuchung erleichtert. Ferner zeigte er in der Untersuchung, vor Vorinstanz und auch anlässlich der Berufungsverhandlung Reue und Einsicht in sein Fehlverhalten (vgl. statt vieler Urk. 3/2 F/A 49; Prot. I S. 18; Prot. II S. 12). Insgesamt wirkt sich dieses Nachtatverhalten im Umfang von einem Viertel strafmindernd aus.

E. 4.4

Unter Berücksichtigung der Täterkomponente erscheint nach dem Erwogenen eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

E. 4.5

Daran ändert auch das von der amtlichen Verteidigung im Hinblick auf die Strafhöhe angeführte Beispiel eines vergleichbaren Falles aus der Gerichtspraxis nichts (Urk. 70 S. 27). So ist diesbezüglich zu bedenken, dass Vergleiche mit anderen Fällen angesichts dessen, dass die Strafzumessung auf einer Beurteilung der jeweils massgebenden Umstände im Einzelfall beruht, in der Regel kein taugliches Kriterium darstellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_27/2020 vom 20. April 2020 E. 3.3.3 m.w.H.). 5. Tagessatz 5.1. Ein Tagessatz beträgt gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB in der Regel mindestens Fr. 30.– und höchstens Fr. 3'000.–. Wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten, kann der Tagessatz ausnahmsweise bis auf Fr. 10.– gesenkt werden. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Urteilszeitpunkt (Art. 34 Abs. 2 StGB). Damit ist das Urteil der letzten Tatsacheninstanz gemeint, d.h. jene Instanz, vor welcher neue Tatsachen noch berücksichtigt werden können. Ist die Tagessatzhöhe im Rechtsmittelverfahren neu festzusetzen, so ist somit der Zeitpunkt des Rechtsmittelurteils massgebend (BSK StGB-DOLGE, a.a.O., N 50 zu Art. 34 StGB; vgl. auch BGE 135 IV 180 E. 1.4).

- 22 - 5.2. Im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist auf die vorstehende Erwägung IV.4.1. zu verweisen. Ergänzend ist einzig anzufügen, dass er einen 13. Monatslohn erhält (Urk. 3/2 F/A 14; Prot. I S. 13; Prot. II S. 8). Im Vergleich zur Vorinstanz erzielt der Beschuldigte damit aktuell ein leicht höheres monatliches Nettoeinkommen von knapp Fr. 4'000.–, was jedoch noch nicht als wesentliche Veränderung in seinen finanziellen Verhältnissen zu qualifizieren ist. Entsprechend ist der Tagessatz, wie er von der Vorinstanz festgelegt wurde, zu übernehmen und auf Fr. 65.– festzusetzen. 6. Verbindungsbusse Die Vorinstanz hat zu Recht auf das Aussprechen einer Verbindungsbusse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB verzichtet (vgl. Urk. 48 S. 18 f.). Das Vorliegen einer klassischen Schnittstellenproblematik, welche mit Aussprechen einer Verbindungsbusse entschärft werden soll, ist nicht zu erkennen. Der Beschuldigte weist im Übrigen keine Vorstrafen auf, das Verschulden erweist sich als noch leicht und es ist

davon auszugehen, dass das Strafverfahren, die auszusprechende Geld- strafe und der Strafregistereintrag ihn genügend beeindrucken werden, sodass aus spezialpräventiven Gesichtspunkten die Auferlegung einer zusätzlichen Ver- bindungsbusse nicht erforderlich ist, um ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen (vgl. zum Ganzen BGE 135 IV 188 E. 3.3 und E. 3.4.4; BGE 134 IV 1 E. 4.5.2). Von der Festsetzung einer Verbindungsbusse ist mit der Vorinstanz deshalb abzusehen. Im Übrigen würde einer solchen in Anbetracht der Höhe der ausgefallten Geldstrafe ohnehin das Verschlechterungsverbot entgegenstehen.

E. 7

Vollzug Im Einklang mit der Vorinstanz ist der Vollzug der Geldstrafe unter Verweis auf deren Erwägungen (vgl. Urk. 48 S. 18) mit namentlicher Berücksichtigung der Ersttäterschaft des Beschuldigten bei einer minimalen Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben. Da ohnehin das Verschlechterungsverbot zu beachten ist, erübrigen sich weitere Erörterungen hierzu.

- 23 -

E. 8

Fazit Zusammenfassend ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 65.– zu bestrafen. Der Vollzug der Geldstrafe ist unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten die Kosten bis zum Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens in vollem Umfang auferlegt. Ebenso hat sie hinsichtlich der Kosten der amtlichen Verteidigung eine uneingeschränkte Rückzahlungspflicht des Beschuldigten angeordnet (Urk. 48 S. 29). Nachdem es im Berufungsverfahren beim Schuldspruch im Sinne der Anklage bleibt, gibt es keinen Anlass, von dieser ausgangsgemässen Kostenregelung abzuweichen (vgl. Art. 426 Abs. 1 StPO). Demzufolge ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 8) zu bestätigen. 2. Für das Berufungsverfahren ist die Entscheidgebühr unter Berücksichtigung des Umstands, dass das vorinstanzliche Urteil nur teilweise angefochten wurde, auf Fr. 2'500.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG und § 14 Abs. 1 lit. a GebV OG). 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Appellation. Ausgangsgemäss sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückerstattungspflicht des Beschuldigten ist vorzubehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO). 4. Der mit Kostennote vom 27. Oktober 2023 (Urk. 68) geltend gemachte Aufwand (inkl. Barauslagen) der amtlichen Verteidigung erscheint angemessen und steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung. Nach Berücksichtigung der effektiven Dauer der Berufungsverhandlung von

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