

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220540-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. C. Maira sowie die Gerichtsschreiberin MLaw N. Hunziker

Urteil vom 20. März 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. R. Michel,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Pornografie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht,
vom 15. August 2022 (GG220052)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 9. Mai 2022 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 38 S. 21 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A._____** ist schuldig
 - der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB, sowie
 - der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen à CHF 100.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Dem Beschuldigten wird ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB erteilt. Es wird dem Beschuldigten damit verboten, lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit auszuüben, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst.
5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. Februar 2022 beschlagnahmte und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, lagernde Mobiltelefon der Marke Realme Typ 6 Pro (A015'673'888) wird dem Beschuldigten (oder einer bevollmächtigten Person) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils unter Vorlage desselben und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung und nach erfolgter Bezahlung der Kosten für die Bereinigung des Gegenstands durch den Beschuldigten durch die Lagerbehörde auf erstes Verlangen hin herausgegeben.

Wird der genannte Gegenstand innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils nicht herausverlangt oder ist eine Bereinigung des Gegenstands aus technischen Gründen nicht möglich, wird er eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

CHF	1'800.00;	die weiteren Kosten betragen:
CHF	1'100.00	Gebühr für das Vorverfahren
CHF	200.00	Auslagen Polizei
<hr/>		
CHF	3'100.00	Total
<hr/>		

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, reduziert sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. [Mitteilung]
9. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 2 f.)

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 41 S. 2; Urk. 55 S. 1)

- "1. Es sei in Abänderung von Dispositiv Ziffer 1 des Urteils der Vorinstanz der Berufungskläger vom Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB (Besitz und Konsum von tatsächlicher Kinderpornografie und Zoophilie) freizusprechen. Der Beschuldigte sei der Pornografie (Verbreiten einer Bilddatei) im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB schuldig zu sprechen.
2. Es sei Dispositiv-Ziffer 2 aufzuheben und A._____ mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen à CHF 100.– zu bestrafen.

Eventualiter:

Es sei der Beschuldigte bei Schuldigsprechung im Sinne der Vorinstanz in Abänderung von Dispositiv Ziffer 2 mit einer bedingten Geldstrafe von 100 Tagessätzen à CHF 100.– zu bestrafen.

3. Es sei Dispositiv-Ziffer 4 aufzuheben und von der Erteilung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes jeder beruflichen und organisierten ausserberuflichen Tätigkeit im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB gemäss Art. 67 Abs. 4^{bis} Satz 1 StGB abzusehen.
4. Es sei in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 6 [recte 7] die Kosten (CHF 1'800.– Gerichtsgebühr CHF 1'100.– Gebühr für das Vorverfahren sowie CHF 200.– Auslagen Polizei) A. _____ nur teilweise aufzuerlegen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Staatskasse."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 46; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Verfahrensgang, Umfang der Berufung und Prozessuales

1. Verfahrensgang

Der Verfahrensgang bis zum erstinstanzlichen Urteil ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid (Urk. 38 S. 4 E. I.). Der Beschuldigte wurde am 15. August 2022 von der Vorinstanz gemäss dem eingangs wiederholten Urteilsdispositiv schuldig gesprochen und bestraft. Gegen dieses Urteil meldete er innert Frist Berufung an und erklärte (begründet) Berufung (Urk. 43 und 41; vgl. auch Urk. 36).

Mit Verfügung vom 31. Oktober 2022 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, dem Gericht das Datenerfassungsblatt sowie diverse Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 44). Mit Eingabe vom 2. November 2022 beantragte die Staatsanwaltschaft die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 46). Mit Eingabe vom 21. November 2022 reichte die Verteidigung die angeforderten Unterlagen ein (Urk. 48 f.).

Am 20. März 2023 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, erschienen ist (Prot. II S. 4). Im Anschluss an die Verhandlung erging nachfolgendes Urteil.

2. Umfang der Berufung

Unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 1, erster Spiegelstrich [Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB], 5 und 6 des vorinstanzlichen Entscheids (Prot. II S. 2 f.), in welchem Umfang dieser in Rechtskraft erwuchs, was mit Beschluss festzuhalten ist. Im übrigen Umfang steht der Entscheid zur Disposition. Es gilt das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO).

3. Prozessuales

Soweit für die tatsächliche und rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Das Berufungsgericht kann sich auf die für seinen Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7; 143 III 65 E. 5.2; 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1403/2019 vom 10. Juni 2020 E. 2.5 mit Hinweisen).

II. Schuldpunkt

1. Anklagevorwurf

Der eingeklagte Sachverhalt ergibt sich aus der beigehefteten Anklageschrift (Urk. 16 S. 2 f.), darauf kann verwiesen werden.

2. Ausgangslage

Während die Verteidigung vor Vorinstanz noch einen vollumfänglichen Schuldspruch im Sinne der Anklage bzw. des schliesslich ergangenen vorinstanzlichen Entscheids beantragt hatte (Urk. 30 S. 2-5), verlangt sie im Berufungsverfahren neu einen Freispruch betreffend den Vorwurf der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB (Besitz und Konsum von tatsächlicher Kinderpornographie und Zoophilie). Entsprechend wird eine tiefere Strafe und eine neue Kostenverteilung beantragt (Urk. 41; Urk. 55). Auf die vorgebrachten Argumente ist soweit für die Entscheidungsfindung notwendig nachfolgend näher einzugehen.

3. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

3.1. Vorab ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sowohl in der Untersuchung als auch vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung den eingeklagten Sachverhalt vollumfänglich anerkannte (Urk. 4/2 Frage 4 ff.; Prot. I S. 8 f. und S. 15 ff.; Urk. 54 S. 5 ff.), wobei sich sein Geständnis mit dem übrigen Untersuchungsergebnis, insbesondere mit den im Recht liegenden CyberTipline Reports vom 14. September 2021, dem Bericht des Bundesamtes für Polizei fedpol vom 22. Oktober 2021 und der von der Kantonspolizei Zürich erstellten Auswertung der Film- und Bilddateien ab dem Mobiltelefon des Beschuldigten (Urk. 3, 5/1-4 und 6), deckt. Der eingeklagte Sachverhalt ist damit erstellt.

3.2. Die Verteidigung macht zunächst zusammengefasst geltend, fünfzehn Bilder zeigten eine identische Darstellung der immer gleichen weiblichen Person. Neun weitere Bilder zeigten Darstellungen der gleichen Person und deren Geschlechts, wobei nicht erkennbar sei, ob sie minderjährig sei oder nicht. Ferner werde auf 23 eigentlich identischen Bildern immer wieder die gleiche unbekannte weibliche

Person gezeigt, davon einmal mit Gesicht (Urk. 41 S. 3 f. Rz. 6. f.). Auch die Bilder mit den Tieren seien teilweise identisch (a.a.O., S. 4 Rz. 9.). Es trifft zwar zu, dass die sichergestellten Bilder teilweise identisch oder sehr ähnlich sind. Entscheidend ist indes, dass die Bilder – jedenfalls teilweise – die eingeklagten Darstellungen und damit harte Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB zeigen. Mit Blick auf die Tatbestandsmässigkeit erweist sich dieses Vorbringen der Verteidigung damit als unbehelflich.

3.3. 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). 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 Herrschaftswille gefordert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass die betroffene Person die hartpornografische Darstellung auf einen eigenen Datenträger 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 52I). 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).

3.4. Gemäss anerkanntem und erstelltem Sachverhalt erhielt der Beschuldigte die inkriminierten Bilder am 11. oder 12. September 2021 über eine nicht namentlich bekannte App, wobei diese allesamt automatisch heruntergeladen und in der Galerie sowie im Cache-Speicher abgespeichert wurden, als der Beschuldigte diese bewusst und gewollt anschaute. Am 12. September 2021, 21:21 Uhr, versandte der Beschuldigte im Wissen um dessen verbotenen Inhalt eines der Bilder mit kinderpornographischem Inhalt über sein Snapchat-Profil. Daraus erhellt zwanglos, dass der Beschuldigte um die gespeicherten Bilder wusste. Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 8. April 2022 bestätigte er überdies ausdrücklich, durch die Fotografie zu wissen, dass auf einer SD-Karte gespeicherte Dateien nicht gelöscht würden (Urk. 4/2 F/A 122). Ca. am 13. September 2021 löschte er die ihm zugesandten Bilder aus der Galerie, wobei Kopien derselben im Cache-Speicher verblieben, von welchem der Beschuldigte keine Kenntnis hatte. Es ist somit auch nicht zweifelhaft, dass der Beschuldigte die gespeicherten Bilder bis zu deren zeitlich verzögerten Löschung aus der Galerie besitzen wollte.

3.5. Der eingeklagte Tatbestand ist damit sowohl in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht erfüllt. In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Beschuldigte vom Erhalt (11. oder 12. September 2021) bis zur Löschung der Bilder (ca. am 13. September 2021) die tatsächliche Sachherrschaft über diese hatte. Dass die Bilder *danach* noch ohne seine Kenntnis im Cache-Speicher verblieben, ändert – entgegen der Auffassung, die die Verteidigung zu vertreten scheint (Urk. 41 S. 5 Rz. 11. und S. 11 f. Rz. 24.; Urk. 55 S. 3 ff. Rz. 2. ff.) – nichts an der Tatbestandsmässigkeit. Aktenwidrig bzw. entgegen den Zugaben des Beschuldigten hält die Verteidigung in diesem Zusammenhang sodann fest, sämtliche Bilder seien "unmittelbar nach Erhalt gelöscht" worden (Urk. 41 S. 5 Rz. 11.). Weiter kann der Verteidigung nicht gefolgt werden, soweit sie einen direkten Vorsatz in Abrede stellt (Urk. 41 S. 5 Rz. 12.; Urk. 55 S. 4 f. Rz. 3. f.), zumal der Beschuldigte gemäss anerkanntem Sachverhalt in der eingeklagten Zeitspanne wie gesehen wis-

sentlich und willentlich die tatsächliche Sachherrschaft über die Bilder hatte und sie schliesslich auch selbständig bzw. aktiv löschte. Vor diesem Hintergrund kann für die Zeitspanne zwischen der Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft und der Löschung zwanglos auf einen direkten Besitzeswillen geschlossen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich der Beschuldigte in dieser Zeitspanne in einer grossen Krise bzw. einem Burnout (Urk. 41 S. 5 Rz. 12.) befunden haben mag.

3.6. Gemäss der unwiderlegten Aussage des Beschuldigten wurden ihm die Bilder in zeitlich kurzer Folge unaufgefordert und überraschend über eine App, die er auf seinem Mobiltelefon installiert hatte, zugesandt. Hernach schaute er sich die automatisch gespeicherten Bilder ein einziges Mal auf seinem Mobiltelefon an (Urk. 54 S. 6-9). Einen Tag, maximal zwei Tage, später löschte er die Bilder aus der Galerie. Das Handeln des Beschuldigten begreift sich somit als zeitlich und örtlich zusammenhängendes Geschehen, das auf einem einmaligen Willensakt beruht. Betreffend Besitz und Konsum von illegaler Pornografie liegt folglich eine natürliche Handlungseinheit vor (Urteil des Bundesgerichts 6B_783/2018 vom 6. März 2019 E. 1.5. mit Hinweisen). Entsprechend ist auf einfache Tatbegehung zu erkennen.

4. Ergebnis

Der Beschuldigte ist – neben dem bereits rechtskräftigen Schuldspruch – der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB (Besitz und Konsum von tatsächlicher Kinderpornographie und Zoophilie) schuldig zu sprechen.

III. Sanktion

1. Vorbemerkungen

Die Vorinstanz hat zutreffende Ausführungen zum Strafraumen, zur Art der auszufällenden Strafe und zu den Strafzumessungsregeln gemacht (Urk. 38 S. 5-8 IV.1.-3.), darauf kann verwiesen werden. Allerdings ist nur die Deliktsmehrheit strafferhöhend zu berücksichtigen.

2. Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB (Verbreiten tatsächlicher Kinderpornografie)

Dieses Delikt stand heute nicht mehr zur Diskussion, muss bei der Strafzumessung indes selbstredend berücksichtigt werden. Bezüglich der Tatkomponente kann zunächst auf die grundsätzlich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 8-10 E. IV.3.2.1.). Zuwenig zugunsten des Beschuldigten berücksichtigte diese jedoch den Umstand, dass es sich um eine einmalige, nicht von langer Hand geplante Spontantat handelte und der Beschuldigte lediglich ein einziges Bild versandte. Im Ergebnis ist das Tatverschulden zwar insgesamt gleichwohl als leicht einzustufen, die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe fiel aber zu hoch aus. Stattdessen erscheint eine Einsatzstrafe von 120 Tagessätzen angemessen. Hinsichtlich der Täterkomponente kann ebenfalls auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 38 S. 10 f. E. IV.3.2.2.). Aus den anlässlich der Berufungsverhandlung gemachten Ausführungen des Beschuldigten ergibt sich nichts wesentlich Neues (Urk. 54 S. 1 ff.). Aufgrund der Täterkomponente – namentlich des Geständnisses des Beschuldigten sowie der von ihm gezeigten Einsicht und aufrichtigen Reue – ist die von der Vorinstanz vorgenommene Strafreduktion von 30 Tagessätzen angemessen. Insgesamt erscheint damit eine Einsatzstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe angemessen.

3. Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB (Besitz und Konsum von tatsächlicher Kinderpornografie und Zoophilie)

Bezüglich der Tatkomponente kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 11 f. E. IV.3.3.1.). Ergänzend ist zu erwähnen, dass der Beschuldigte wiederum direktvorsätzlich handelte. Weiter ist – insofern der Verteidigung beipflichtend (Urk. 41 S. 3 ff. Rz. 6. ff.) – festzuhalten, dass die sichergestellten Bilder teilweise das Gleiche oder sehr Ähnliches zeigen und auch nicht immer explizite sexuelle Interaktionen erkennbar sind. Weiter ist zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass sich der Besitz der Bilder auf einen Tag, maximal zwei Tage, beschränkte. Auch wenn das Tatverschulden weiterhin als leicht einzustufen ist, führt dies zu einer Reduktion der von der Vorinstanz für die Tatkomponente festgesetzten Einzelstrafe von 80 auf 60 Ta-

gessätzen Geldstrafe. Bei der Täterkomponente sind das Geständnis des Beschuldigten sowie dessen Einsicht und Reue strafmindernd zu berücksichtigen, was zu einer Strafreduktion von 20 Tagessätzen führt. Somit ist die für die Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB festgesetzte Einsatzstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe asperierend um 30 Tagessätze zu erhöhen.

4. Höhe des Tagessatzes

Was die Höhe des Tagessatzes anbelangt, kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 13 f. E. IV.4.), mit der dem entsprechenden Antrag der Verteidigung (Urk. 41 S. 2; Urk. 55 S. 2) zu folgen ist.

5. Verbindungsbusse

Was die Ausfällung einer Verbindungsbusse betrifft, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 14 E. IV.5.). Ergänzend ist festzuhalten, dass sich die Ausfällung einer Verbindungsbusse aufgrund des Verschlechterungsverbots ohnehin verbietet (vgl. dazu vorne unter E. I.2.).

6. Ergebnis

In Würdigung aller für die Strafzumessung relevanten Umstände ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen à CHF 100.– zu bestrafen.

7. Vollzug

Hinsichtlich des Vollzugs der auszufällenden Strafe kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 38 S. 14 E. V.).

IV. Tätigkeitsverbot

1. Gemäss Art. 67 Abs. 3 StGB verbietet das Gericht jemandem, der wegen einer der unter lit. a bis d aufgeführten Straftaten zu einer Strafe verurteilt oder gegen den deswegen eine Massnahme nach den Artikeln 59–61, 63 oder 64 angeordnet wird, lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst. Por-

nografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB wird von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB erfasst, sofern die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Gegenstand hatten. Als Gegenstände und Vorführungen gelten pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art sowie pornografische Vorführungen (Art. 197 Abs. 1 StGB). Gestützt auf Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB kann das Gericht in besonders leichten Fällen ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes nach Abs. 3 absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn der Täter wegen eines der in Art. 67 Abs. 4^{bis} lit. a StGB aufgeführten Delikte verurteilt worden ist oder wenn dieser gemäss den international anerkannten Klassifikationen pädophil ist (lit. b).

Die Fassung von Art. 67 Abs. 3 bis Abs. 4^{bis} StGB ist in Umsetzung der sogenannten Pädophilen-Initiative (Art. 123c BV) erlassen und per 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt worden (AS 2018 3803). Im Vergleich zur früheren Fassung ist für die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes keine Mindeststrafe mehr erforderlich. Es genügt, wenn der Täter zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme angeordnet wird. Der Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV) vom 3. Juni 2016 (nachfolgend: Botschaft) ist zu entnehmen, dass das Verbot keine negative Prognose voraussetzt und nicht relevant sein soll, ob das Delikt in Ausübung der zu verbotenden beruflichen oder ausserberuflichen Tätigkeit begangen wurde, da das Verbot zwingend auch dann angeordnet werden muss, wenn die Tat im privaten Rahmen oder in Ausübung einer anderen als der zu verbotenden Tätigkeit begangen worden ist. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, muss das Gericht zwingend ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot anordnen. Die Voraussetzungen für das Absehen von einem zwingend lebenslänglichen Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB sind eng ausgestaltet. Es muss sich kumulativ um einen besonders leichten Fall einer bestimmten Sexualstraftat handeln, und das Tätigkeitsverbot darf nicht notwendig erscheinen, um den Täter von der Begehung weiterer einschlägiger Sexualstraftaten am geschützten Personenkreis abzuhalten. Mit dem

Begriff "ausnahmsweise" soll verdeutlicht werden, dass das zwingend lebenslängliche Tätigkeitsverbot die Regel sein soll. Mit der Ausnahmebestimmung soll insbesondere auch der Intention der Initianten der sogenannten Pädophilen-Initiative Rechnung getragen werden, wonach sogenannte Jugendlieben nicht von einem zwingend lebenslänglichen Tätigkeitsverbot erfasst werden sollen und die Volksinitiative auf pädophile Straftäter zielt. Die Rechtsgleichheit gebietet jedoch, dass eine solche Ausnahmebestimmung nicht nur auf diese Fälle beschränkt wird, sondern auch bei anderen ähnlich besonders leichten Fällen, die keinerlei Bezug zur Pädophilie aufweisen, zur Anwendung gelangen kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (BBI 2016 6158 ff.).

Damit die Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB greift, muss ein besonders leichter Fall vorliegen, das heisst, dieser muss in objektiver und subjektiver Hinsicht eigentlichen Bagatelldeliktcharakter aufweisen. Gemäss Botschaft ist bei der Beurteilung, ob ein besonders leichter Fall vorliegt, ein strenger Massstab anzuwenden, und es wird festgehalten, dass die Ausnahmebestimmung nur zurückhaltend angewendet werden soll. Zur Verdeutlichung werden in der Botschaft diverse Beispiele aufgeführt, die als besonders leichte Fälle von Sexualstraftaten verstanden werden könnten (vgl. BBI 2016 6162 f.). Insbesondere können sexuelle Belästigungen (Art. 198 StGB; Strafdrohung: Busse) oder Exhibitionismus (Art. 194 StGB; Strafdrohung: Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen) in Betracht kommen; dies aufgrund ihrer geringen abstrakten Strafdrohung, aber auch andere Sexualdelikte, sofern sie, obwohl sie einer höheren Strafdrohung unterliegen, im konkreten Fall als eine besonders leichte Sexualstraftat gewertet werden können. Dies gelte beispielsweise für sexuelle Handlungen mit einem Kind mit einer Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wenn im konkreten Fall eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen ausgesprochen werde. Dies insbesondere dann, wenn das Gericht unter Gesamtwürdigung der Tat- und Täterkomponenten (Schwere der Verletzung, Verwerflichkeit des Handelns, Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer, Vorleben und Verhältnisse des Täters) das Verschulden des Täters als besonders gering einstufte und deshalb eine milde Strafe ausgesprochen werde (BBI 2016 6161).

Nicht notwendig erscheint ein Tätigkeitsverbot gestützt auf die Botschaft dann, wenn dem Täter eine gute Prognose gestellt werden kann, weil Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr fehlen. Die Botschaft hält dazu fest, dass die Frage, ob ein Verbot nicht notwendig erscheine, um den Täter von der Begehung weiterer Sexualstraftaten abzuhalten, vom Gericht – wie bei der Frage des bedingten Strafvollzuges (Art. 42 Abs. 1 StGB) – aufgrund einer Gesamtwürdigung beantwortet werden müsse. Für eine Einschätzung des Rückfallrisikos sei ein möglichst vollständiges Bild der Täterpersönlichkeit unabdingbar; falls nötig, auch mittels eines psychiatrischen Gutachtens. Seien die Voraussetzungen erfüllt, so liege der ausnahmsweise Verzicht auf die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes im Ermessen des Gerichtes (BBI 2016 6161 f.).

2. Aufgrund der erstellten Delinquenz ist in Anwendung von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB zwingend ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot auszusprechen, es sei denn, es wäre ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB zu bejahen, was im Folgenden zu prüfen ist.

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass es sich beim Tatbestand der Pornografie um einen der leichteren respektive geringfügigeren Tatbestände des Sexualstrafrechts handelt und die vom Beschuldigten vorgenommene Tathandlung angesichts des Spektrums von möglichen Handlungen, die unter den Tatbestand der Pornografie zu subsumieren sind, noch nicht allzu schwer wiegt und verschuldensmässig im untersten Bereich anzuordnen ist. Hinsichtlich der objektiven als auch der subjektiven Tatschwere ist wie ausgeführt von einem leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Aufgrund der im Recht liegenden Stellungnahmen des Therapeuten des Beschuldigten (Urk. 27/1; Urk. 56) sowie der diesbezüglich glaubhaften Angaben des Beschuldigten, kann nicht von einer pädosexuellen Neigung ausgegangen werden. Vielmehr spricht alles für einen singulären Vorfall.

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten präsentieren sich soweit stabil. Er zeigte sich zudem einsichtig und reuig und hat sich im Rahmen einer Therapie intensiv mit dem Vorfall beschäftigt. Es kann davon ausgegangen werden, dass er aus dem vorliegenden Strafverfahren seine Lehren und Konsequenzen gezogen

hat und sich dadurch und durch die auszusprechende Strafe genügend beeindrucken lässt, um sich in Zukunft gesetzeskonform zu verhalten. Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr liegen nicht vor. Ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot erscheint nicht notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Sexualstraftaten abzuhalten.

Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte als noch vergleichsweise junger Mensch durch ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot beruflich massiv eingeschränkt würde. Dies umso mehr, als dass dieses Tätigkeitsverbot zur Folge hat, dass das Urteil gemäss Auskunft VOSTRA lebenslänglich im Strafregister verzeichnet bleibt und nicht nach 10 Jahren gelöscht wird. Dies alles wäre im Sinne des Gesetzgebers ohne zu Zögern hinzunehmen, wenn es sich beim Beschuldigten um eine Person handeln würde, vor der Kinder und Jugendliche geschützt werden müssen. Beim Beschuldigten handelt es sich aber nicht um einen Pädophilen, sondern um jemanden, der – ohne sich dabei viel zu überlegen und die Konsequenzen ausreichend zu bedenken – einmalig pornographisch delinquierte. Dies widerspiegelt sich auch im wie gesehen leichten Verschulden des Beschuldigten und entsprechend in der milden Bestrafung. Wegen einer solch einmaligen inkriminierten Handlung ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot zu verhängen, erscheint unter diesen Umständen als unverhältnismässig.

Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Umstände ist vorliegend noch von einem besonders leichten Fall von Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB auszugehen. Ein Tätigkeitsverbot ist nicht notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Straftaten im Bereich Konsum und Weiterverbreitung von Pornografie, welche tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, abzuhalten. Da der Beschuldigte weder ein in Art. 67 Abs. 4^{bis} lit. a StGB aufgeführtes Delikt begangen hat noch gemäss den international anerkannten Klassifikationen pädophil ist (lit. b), liegen auch im Sinne der Ausnahmebestimmung keine Gründe vor, welche einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes untersagen würden. Ent-

sprechend ist von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB abzusehen.

V. Kosten

1. Vorinstanzliches Verfahren

Die im angefochtenen Entscheid getroffene Kostenregelung (Urk. 38 S. 20 E. VIII.) erweist sich nach wie vor als angemessen und ist zu bestätigen.

2. Berufungsverfahren

Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Der Beschuldigte erreicht mit seiner Berufung nicht den angestrebten Teilfreispruch, jedoch eine mildere Bestrafung und das Absehen von einem Tätigkeitsverbot. Zudem ist er nur wegen einfacher Tatbegehung schuldig zu sprechen. Deshalb sind ihm die Kosten lediglich zu 2/3 aufzuerlegen und im Restumfang auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

Seinem teilweisen Obsiegen entsprechend ist dem Beschuldigten zudem eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 15. August 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A.** _____ ist schuldig
 - der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB, [...]
- 2.-4. [...]

5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. Februar 2022 beschlagnahmte und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, lagernde Mobiltelefon der Marke Realme Typ 6 Pro (A015'673'888) wird dem Beschuldigten (oder einer bevollmächtigten Person) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils unter Vorlage desselben und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung und nach erfolgter Bezahlung der Kosten für die Bereinigung des Gegenstands durch den Beschuldigten durch die Lagerbehörde auf erstes Verlangen hin herausgegeben.

Wird der genannte Gegenstand innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils nicht herausverlangt oder ist eine Bereinigung des Gegenstands aus technischen Gründen nicht möglich, wird er eingezogen und der Lagerbehörde zur gut-scheinenden Verwendung überlassen.

6. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:

CHF	1'800.00;	die weiteren Kosten betragen:
CHF	1'100.00	Gebüher für das Vorverfahren
CHF	200.00	Auslagen Polizei
CHF	3'100.00	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, reduziert sich die Entscheidungsbüher auf zwei Drittel.

7.-9. [...]"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist zudem schuldig der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen à Fr. 100.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.

4. Von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB wird abgesehen.
5. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Ziff. 7) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu 2/3 auferlegt und im übrigen Umfang auf die Gerichtskasse genommen.
8. Dem Beschuldigten wird eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– für anwaltliche Verteidigung im Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse zugesprochen.
9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei, 3003 Bernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste betr. Dispositiv-Ziffer 4.
10. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 20. März 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Gut

MLaw N. Hunziker

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.