

Bezirksgericht Zürich

3. Abteilung



Geschäfts-Nr.: DG140326-L / U

Mitwirkend: Vizepräsident lic. iur. Th. Kläusli, Bezirksrichterin lic. iur. C. Fischer Maurer, Ersatzrichterin N. Weinmann sowie der Gerichtsschreiber MLaw D. Silberschmidt

Urteil vom 5. Februar 2015
(Begründete Ausfertigung)

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin

gegen

A. _____,
Beschuldigter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X. _____

betreffend **Versuch sexuelle Handlungen mit Kindern etc.**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2014 (act. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

An der Hauptverhandlung anwesende Parteien:

(Prot. S. 5)

- Der Beschuldigte A. _____ in Begleitung seines amtlichen Verteidigers RA X. _____
- Staatsanwältin lic. iur. C. Kasper als Vertreterin der Anklägerin

Anträge der Anklägerin:

(act. 18 S. 5; act. 29 S. 1)

- " - Schuldigsprechung im Sinne der Anklage.
- Bestrafung mit einer Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 30.– (entsprechend Fr. 8'100.–).
- Anrechnung der erstandenen Haft.
- Gewährung des bedingten Vollzuges der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
- Einziehung und Vernichtung der beschlagnahmten Gegenstände Pos. 1-3 und Rückgabe der Pos. 4-5.
- Kostenaufgabe."

Anträge der Verteidigung:

(act. 28 S. 1)

- " 1. Es sei auf die Anklage vom 08.10.2014 nicht einzutreten.
- 2. Evtl. sei mein Klient wegen versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern und mehrfacher Pornografie freizusprechen.
Subevtl. sei er im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen und mit einer bedingten Geldstrafe von höchstens 250 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen.
- 3. Es sei mein Klient für die entstandene Untersuchungshaft von 1 Tag angemessen zu entschädigen.

4. Es seien meinem Klienten die beschlagnahmten Gegenstände herauszugeben, soweit sie nicht eingezogen werden.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates bzw. der Gerichtskasse."

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Vorfrageweiser Nichteintretensantrag

1.1. Die Verteidigung warf anlässlich der heutigen Hauptverhandlung eine Vorfrage betreffend die Verwertbarkeit der erhobenen Beweismittel auf (Prot. S. 5 f.). Sie reichte ihre diesbezüglichen Plädoyernotizen ins Recht, erklärte sich aber ausdrücklich damit einverstanden, die Ausführungen dazu erst im Rahmen des Parteivortrages darzubringen (Prot. S. 6). Sodann wiederholte sie anlässlich ihres Parteivortrages ihr Einverständnis, dass über die Vorfrage erst in der Urteilsberatung befunden werde (Prot. S. 17).

1.2. Die Verteidigung beantragt vorfrageweise, dass auf die Anklage nicht einzutreten sei (act. 28 S. 1). Sie führt aus, dass dies "mangels Gültigkeit" erfolgen sollte, da die erlangten Beweismittel nicht verwertbar seien (act. 28 S. 6). Auf welches litera des Art. 339 StPO sich die Vorfrage stützt, wird nicht präzisiert.

1.3. Die Gültigkeit der Anklage gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. a StPO beschlägt die Voraussetzungen nach Art. 325 und Art. 326 StPO, namentlich den Inhalt der Anklageschrift sowie weitere Angaben und Anträge (BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 339 StPO N 12). Das Fehlen einer der darin genannten Voraussetzungen ist vorliegend nicht ersichtlich und wird von der Verteidigung auch nicht weiter substantiiert. Stützt sich die Verteidigung mit Blick auf allfällige Beweisverwertungsprobleme auf einen fehlenden Tatverdacht im Sinne einer Prozessvoraussetzung gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. b StPO, so ist ein solcher hinreichender Verdacht als Prozessvoraussetzung nur in Ausnahmefällen zu prüfen und wenn, dann nur sehr summarisch. Insbesondere hat das Gericht nicht im Sinne eines Vorentscheides festzustellen, ob die Beweise ausreichend sind (BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 339 StPO N 14). Schliesslich geht es auch bei Vorfragen gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. d nicht um eine Prüfung, ob die erhobenen Beweise einen genügenden

Tatverdacht oder einen Schuldspruch zu rechtfertigen vermögen. Das Gericht hat in diesem Verfahrensstadium nicht endgültig über die Gültigkeit von Beweisen zu entscheiden (BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 339 StPO N 16).

1.4. Entgegen der Vorbringen der Verteidigung sind somit keine Gründe für ein "Nichteintreten" (recte: Einstellung des Verfahrens) gemäss Art. 329 Abs. 4 StPO ersichtlich. Die Vorbringen der Verteidigung betreffend Verwertbarkeit der erhobenen Beweismittel sind im Rahmen der Anspruchsprüfung, d.h. bei der Sachverhaltserstellung bzw. Beweiswürdigung, zu prüfen.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

A. Versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern

1. Sachverhalt

1.1. Der Beschuldigte anerkannte den äusseren Sachverhalt gemäss Ziff. 1 Abs. 1-2 der Anklageschrift anlässlich sämtlicher Einvernahmen (act. 10/2 S. 2; act. 10/3 S. 1 f.; Prot. S. 9). Den inneren Sachverhalt, namentlich die Absicht zur Vornahme von sexuellen Handlungen mit einem Kind, hat er jedoch schon im Untersuchungsverfahren sowie auch an der heutigen Verhandlung mehrfach bestritten (act. 10/2 S. 2 ff.; act. 10/3 S. 2 ff., S. 9; Prot. S. 8 ff.).

1.2. Es ist zu prüfen, ob sich der bestrittene innere Sachverhalt rechtsgenügend beweisen lässt sowie ob sich der eingestandene Sachverhalt mit dem übrigen Untersuchungsergebnis deckt und dadurch als erstellt betrachtet werden kann.

2. Beweiswürdigung

2.1. Das Gericht legt seinem Urteil denjenigen Sachverhalt zugrunde, den es nach seiner freien, aus der Hauptverhandlung und den Untersuchungsakten geschöpften Überzeugung als verwirklicht erachtet (Art. 10 Abs. 2 StPO). Zur Erstellung des Sachverhalts dienen vorliegend neben den Aussagen des Beschuldigten in den polizeilichen, staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Einvernahmen (act. 10/1; act. 10/2; act. 10/3; Prot. S. 6 ff.) die folgenden relevanten Beweismit-

tel: Chat-Protokoll vom 17. September 2013 (act. 2); Nacktfotos des Beschuldigten (act. 3); Extraktionsbericht Handyauswertung vom 25. September 2013 (act. 4; nachfolgend SMS-Protokoll); Auskunft über Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (act. 5); Auswertungsbericht Hausdurchsuchung und Durchsuchung (act. 7); Bild- und Filmberichte der sichergestellten Datenträger (act. 8/1-6).

2.2. Verwertbarkeit der erhobenen Beweise

2.2.1. Die freie Beweiswürdigung im Strafprozess findet ihre Grenzen in der rechtlichen Zulässigkeit der Beweismittel. Im Besonderen sind die Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote gemäss Art. 140 f. StPO zu beachten. Es ist daher vor der Würdigung der vorliegenden Beweismittel zu prüfen, ob diese überhaupt verwertbar sind.

2.2.2. Die Anklägerin machte anlässlich der Hauptverhandlung geltend, der Einsatz der Polizei sei rechtmässig erfolgt. Gestützt auf das Polizeigesetz des Kantons Zürich (PolG ZH) sei keine Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts für die Beweiserhebung notwendig gewesen. Es habe sich um einen offenen Chatroom gehandelt, in welchem das von der Polizei gewählte Vorgehen zulässig gewesen sei (Prot. S. 16). Dem hielt die Verteidigung entgegen, sämtliche erhobenen Beweise seien unverwertbar. Es sei zwar im Ermittlungsverfahren kantonales Recht anwendbar. Die Polizei habe sich aber vorliegend bei ihren Ermittlungen auf die falsche gesetzliche Grundlage gestützt, nämlich auf § 32d PolG ZH, wohingegen sie sich korrekterweise auf § 32e PolG ZH hätte stützen und demgemäss die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts hätte einholen müssen (act. 28 S. 3 ff.; Prot. S. 16 ff.).

2.2.3. Zunächst ist zu unterscheiden zwischen der *präventiven* und der *repressiven* verdeckten Ermittlung und Fahndung. Die StPO regelt die verdeckte Ermittlung in Art. 285a ff. sowie seit dem 1. Mai 2013 auch die verdeckte Fahndung in den Art. 295a ff. Die verdeckte Ermittlung und die verdeckte Fahndung nach StPO haben gemein, dass sie nur Anwendung finden, wenn bereits ein Tatverdacht besteht, sie haben mithin *repressiven* Charakter (vgl. Art. 286 Abs. 1 lit. a und

Art. 298b Abs. 1 lit. b StPO). Erfolgt eine verdeckte Ermittlung oder Fahndung *vor* dem Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen der Vorermittlung, hat sie also *präventiven* Charakter, so liegt die Kompetenz für deren rechtliche Ausgestaltung im kantonalen Recht (Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 5.1 und E. 5.5.2).

Aus dem Protokoll der Stadtpolizei Zürich vom 25. September 2013 (act. 1) ist ersichtlich, dass Fw B._____ als Chatroom-Ermittler durch die Polizei eingesetzt wurde, um gemäss Instruktion ganz allgemein ab Juli 2013 in Kinder- und Jugend-Chatrooms nach Anzeichen für pädosexuelle Aktivitäten Ausschau zu halten. Die Instruktion erfolgte nicht mit Blick auf einen konkreten Tatverdacht. Da es sich dabei um rein präventive Ermittlungen handelte, richten sich die Rahmenbedingungen dafür nach kantonalem Recht, in casu nach den §§ 32 ff. PolG ZH.

Die Polizei stützte sich bei den vorliegend von ihr getätigten Ermittlungen auf § 32d PolG ZH (act. 1 S. 1), der es der Polizei oder von ihr beauftragten Personen unter dem Titel "Kontaktnahme" erlaubt, mit anderen Personen Kontakt aufzunehmen, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekannt zu geben. Die Polizei kann die eingesetzte Person mit einer Legende ausstatten, wobei die Herstellung, Veränderung und der Gebrauch von amtlichen Dokumenten wie Pässen, Identitätskarten und Führerausweisen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht bedürfen (§ 32d Abs. 3 PolG ZH). Soweit aus dem Polizeiprotokoll ersichtlich, wurde der Ermittler zum Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht mit Elementen ausgestattet, deren Verwendung gemäss § 32d Abs. 3 PolG ZH einer zwangsmassnahmenrichterlichen Zustimmung bedürften. Sodann ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass es sich - zumindest im Zeitpunkt der Auftragserteilung - um einen Ermittlungsauftrag mit dem Ziel des Aufbaus eines Vertrauensverhältnisses im Sinne von § 32e PolG ZH und dadurch um eine genehmigungspflichtige verdeckte Vorermittlung gehandelt hätte. § 32d PolG ZH war somit zum Zeitpunkt der Auftragserteilung die zutreffende gesetzliche Grundlage.

2.2.4. Die Chat-Unterhaltung zwischen dem Beschuldigten und dem Ermittler begann am 17. September 2013 um 13:58 Uhr (act. 2 S. 1). Der Beschuldigte und "Sabrina" unterhielten sich rasch einschlägig über sexuelle Themen, was aber

weiterhin noch keinen konkreten Tatverdacht zu begründen vermochte. Um 14:46 Uhr sandte der Beschuldigte Sabrina jedoch ein unzensiertes Bild seines Penis per E-Mail, im Wissen darum, dass Sabrina erst vierzehn Jahre alt sei (act. 1 S. 4; act. 2 S. 3; act. 3 S. 2). Wie der Ermittler im Polizeirapport zutreffend festhielt (act. 1 S. 2), handelt es sich dabei um eine pornografische Bildaufnahme im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 StGB, welche einer minderjährigen Person gezeigt wurde. Sodann war dem Ermittler die Identität des Beschuldigten bereits bekannt – dies nicht erst durch die CCIS-Anfrage der Telefonnummer des Beschuldigten von 15:01 Uhr (act. 5), sondern bereits anhand der eindeutig zuordenbaren E-Mail-Adresse des Beschuldigten (bekannt gegeben um 14:14 Uhr; act. 2 S. 1). Ein konkreter Tatverdacht war demzufolge ab dem Zeitpunkt der Übermittlung des Nacktfotos an "Sabrina", d.h. um 14:46 Uhr, gegeben.

Wie oben ausgeführt, richtet sich die polizeiliche Ermittlung und Fahndung nur solange nach kantonalem Recht, als noch kein konkreter Tatverdacht besteht. Da vorliegend ab dem erwähnten Zeitpunkt (17. September 2013, 14:46 Uhr) ein Tatverdacht vorlag, hatte sich die danach weitergeführte verdeckte Ermittlung oder Fahndung nach dem Regime der Strafprozessordnung zu richten.

Ob für weitergehende präventive Ermittlungen oder Fahndungen weiterhin § 32d PolG ZH oder ein anderer Paragraph des PolG ZH die zutreffende gesetzliche Grundlage des kantonalen Rechts gewesen wäre und ob diese vor der Verfassung standhalten würde, kann offen gelassen werden. Es sei jedoch angemerkt, dass gemäss der jüngsten bundesgerichtlichen Praxis Chatroom-Ermittlungen analog der vorliegenden Ermittlung tendenziell als genehmigungspflichtige verdeckte Vorermittlung im Sinne von § 32e PolG ZH gewertet werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 6.1).

2.2.5. Abgrenzung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung

Es ist zu prüfen, ob es sich bei den auf die Begründung des ersten Tatverdachts folgenden Ermittlungshandlungen um eine verdeckte Ermittlung i.S.v. Art. 285a ff. StPO oder um eine verdeckte Fahndung i.S.v. Art. 298a ff. StPO handelte.

2.2.5.1. Anwendbarkeit von Art. 285a ff. und Art. 298a ff. StPO

Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003 (BVE) wurde durch die Inkraftsetzung der StPO am 1. Januar 2011 aufgehoben. Fortan war die verdeckte Ermittlung in der StPO in den aArt. 286 ff. und seit dem 1. Mai 2013 in Art. 285a ff. geregelt. Ebenfalls seit dem 1. Mai 2013 in Kraft sind die Art. 298a ff. StPO über die verdeckte Fahndung. Der vorliegende Ermittlungsauftrag wurde im Juli 2013 erteilt und die Ermittlungen in Bezug auf den Beschuldigten begannen am 17. September 2013 (act. 1 S. 1). Sowohl die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung (Art. 285a ff. StPO) als auch jene über die verdeckte Fahndung (Art. 298a ff. StPO) sind demnach ohne Weiteres anwendbar.

2.2.5.2. Die Abgrenzung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung ist heikel und insbesondere in Bezug auf Ermittlungen in Chatrooms nicht abschliessend geklärt. Entsprechend der Legaldefinition liegt eine verdeckte Ermittlung dann vor, wenn Angehörige der Polizei oder von dieser beauftragte Personen unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen, mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären (Art. 285a ff. StPO). Eine verdeckte Fahndung liegt hingegen dann vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen (Art. 298a ff. StPO).

Ein zentrales Element der Unterscheidung ist die Ausstattung durch eine sogenannte Legende. Während bei der verdeckten Fahndung die Täuschung bereits darin liegt, dass sich der Polizeibeamte nicht als solcher zu erkennen gibt, erfordert die verdeckte Ermittlung eine qualifizierte Form der Täuschung durch die Verwendung von Urkunden. Dabei ist von einem weit verstandenen Urkundenbegriff im Sinne von Art. 192 Abs. 2 StPO auszugehen (BSK StPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 8). Es sind daher sämtliche Schriften, E-Mail-Adressen, Websites und dergleichen, welche die falsche Identität des verdeckt Ermittelnden stüt-

zen, als Urkunden im Sinne von Art. 285a StPO zu qualifizieren (BSK StPO-KNODEL, a.a.O.; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 285a StPO N 3 f.). Dadurch soll vermieden werden, dass ein raffiniertes Lügengebäude nur deshalb nicht unter die verdeckte Ermittlung fällt, weil die dazu genutzten Elemente der Lüge nicht unter einen übermässig engen Urkundenbegriff der verdeckten Ermittlung fallen würden (vgl. SCHMID, a.a.O., Art. 285a StPO N 3 f.). Zu vermeiden gilt es insbesondere die Zulässigkeit der Konstellation, in der eine zunächst als verdeckter Fahnder eingesetzte Person ohne explizite Legendenausstattung ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufbaut, das unter Umständen intensiver wird als jenes einer von Beginn weg geplanten verdeckten Ermittlung mit Legendenausstattung und Genehmigungspflicht (vgl. BSK StPO-KNODEL, Art. 285a StPO N 10).

Vorliegend hat der ermittelnde Fw B._____ im Juli 2013 ein Profil eingerichtet, das ihn als 14-jähriges Mädchen namens "Sabrina" auswies (act. 1 S. 1). Ob er zu jenem Zeitpunkt noch mit anderen legendenartigen Elementen ausgestattet wurde, ist nicht ersichtlich. Er war demnach zum Zeitpunkt des Beginns der Ermittlungen noch nicht mit einer Legende i.S.v. Art. 285a StPO ausgestattet. Im Verlauf der Unterhaltung mit dem Beschuldigten gab "Sabrina" jedoch je länger je mehr persönliche Angaben von sich preis. Nachdem sie ihm ihren vollständigen Namen mitgeteilt hatte gab sie ihm auch ihre E-Mail-Adresse bekannt (act. 2 S. 2), was – wie bereits dargelegt – Urkundenqualität hat. Sodann sandte sie dem Beschuldigten ein Foto von sich (act. 2 S. 3) und teilte ihm später auch ihre Mobiltelefonnummer mit (act. 2 S. 2). Zusammen mit den sehr spezifischen Angaben über Wohnort, Alter, Grösse, körperliche Konstitution, Haarfarbe etc. von "Sabrina" (vgl. act. 1 und 2) wurde ein Konstrukt gesponnen, das einer Legende mit dem Ziel der aktiven Täuschung entspricht. Dieses eigentliche Lügengebäude geht gerade über die der verdeckten Fahndung eigene einfache Lüge hinaus, die sich in der Regel darauf beschränkt, dass der Fahnder sich – typischerweise in Drogengeschäften – nicht sofort als Polizeiangehöriger zu erkennen gibt (BSK StPO-KNODEL, Art. 298a StPO N 13). Ab dem Zeitpunkt, in dem Sabrina dem Beschuldigten ihre E-Mail-Adresse bekannt gegeben hat, ist daher von einer Legende im Sinne von Art. 285a StPO auszugehen.

Ein weiterer und entscheidender Unterschied der verdeckten Ermittlung gegenüber der verdeckten Fahndung ist das Ziel des Ermittlers, ein auf Dauer angelegtes Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufzubauen (vgl. Art. 285a StPO). Während der Fahnder bei der verdeckten Fahndung für die Zielperson in der Regel vollkommen austauschbar ist, ist es gerade das Ziel des verdeckten Ermittlers, über längere Dauer das Vertrauen des Täters zu gewinnen und für diesen nicht mehr nur ein beliebiger Geschäftspartner zu sein. Der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses ist zur Unterscheidung zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung noch höher zu gewichten als die Ausstattung mit einer Legende. Die Legende ist indes als Mittel zum Aufbau des Vertrauensverhältnisses zu betrachten (HANSJAKOB, *forum*poenale 4/2014, S. 246).

In casu führten der Beschuldigte und "Sabrina" eine intensive Chat-Unterhaltung, zunächst über eine Stunde im Forum "chatmania" (act. 2) und danach als fortführende Unterhaltung über eine Woche lang per SMS (act. 4). Dabei kokettierten die beiden richtiggehend miteinander. Die Unterhaltung war gespickt mit anzüglichen Bemerkungen von beiden Seiten und sie gaben sich stetig mehr persönliche Details übereinander bekannt, wie zum Beispiel ihre körperliche Konstitution, den exakten Wohnort und die Wohnsituation sowie Freizeitinteressen. Schliesslich unterhielten sich die beiden auch über ihre sexuellen Vorlieben, Erlebnisse mit früheren Partnern und darüber, ob "Sabrina" sich bereits rasiere und ob sie die Pille nehme (act. 4 S. 4, S. 7). All dies sind sehr persönliche Details, die man nicht gegenüber einer beliebigen Person, zu der man kein Vertrauensverhältnis hätte, preisgeben würde. Dass sich der Beschuldigte und Sabrina auf Anhieb verstanden und sich die Sympathien im Verlaufe des Gesprächs noch vertieften, war – zusammen mit dem aus dem Foto bekannten Aussehen von "Sabrina" – entscheidend für den weiteren Verlauf des Geschehens. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte mit einer beliebigen austauschbaren Person getroffen hätte. Eine Subsumption unter die verdeckte Fahndung, die explizit den vergleichsweise oberflächlichen Abschluss von Scheingeschäften als Beispiel anführt (Art. 298a StPO), liefe fehl.

Schliesslich geht auch die Dauer der Kontaktnahme des Ermittlers mit dem Beschuldigten klar über das für die verdeckte Fahndung übliche Mass hinaus. Der Ermittler chattete über eine Woche lang fast täglich mit dem Beschuldigten und war zu fast jeder Zeit abkömmlich. Es deutet nichts darauf hin, dass er nicht auch länger auf ein Treffen hingearbeitet und nötigenfalls noch mehr persönliche Details von "Sabrina" preisgegeben hätte, wenn dies erforderlich gewesen wäre und der Beschuldigte nicht so früh für ein Treffen zu begeistern gewesen wäre.

Die Grenzen zwischen der einfachen Lüge im Sinne der verdeckten Fahndung hin zum Beginn eines Vertrauensverhältnisses im Sinne von Art. 285a StPO sind fliegend. Es ist sinnvoll, die Grenze immer dann zu ziehen, wenn feststeht, dass die Zielperson den direkten Kontakt zum Zweck von "hands-on-Delikten" sucht (HANSJAKOB, forumpoenale 4/2014, S. 248). Dass der Beschuldigte auf "hands-on-Delikte" aus war, wurde schon in den ersten Minuten der Chat-Unterhaltung deutlich (act. 2 S. 1; "sueche eigentlich sex"). Das Gespräch verlief zu jenem Zeitpunkt jedoch noch zögerlich. Die kritische Intensitätsschwelle des Vertrauensverhältnisses im Sinne von Art. 285a StPO wurde erst dann überschritten, als der Beschuldigte und "Sabrina" über ein mögliches Treffen sprachen und schliesslich ihre Handynummern austauschten (act. 2 S. 3). Die entscheidende Schwelle wird daher auf den Zeitpunkt des Übergangs der Unterhaltung vom Chat-Forum (act. 2) zur SMS-Unterhaltung (act. 4) festgesetzt.

2.2.5.3. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass aufgrund der Legendenausstattung des Ermittlers sowie vor allem der zunehmenden Intensität des Vertrauensverhältnisses zwischen "Sabrina" und dem Beschuldigten spätestens im obgenannten Zeitpunkt (Ende Chat-Unterhaltung/Beginn SMS-Unterhaltung) keine bloss verdeckte Fahndung im Sinne von Art. 298a ff. StPO mehr im Gange war, sondern die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung (Art. 285a ff. StPO) zu greifen begannen. Diese Würdigung deckt sich im Übrigen mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach in BGE 134 IV 266 ein analoger Fall unmissverständlich als genehmigungspflichtige verdeckte Ermittlung gewertet wurde. Zwar diente damals noch das BVE als gesetzliche Grundlage. Die entsprechenden Bestimmungen des BVE

wurden jedoch im Wesentlichen als Vorlage für die Regelung der verdeckten Ermittlung in der neuen StPO übernommen (vgl. BBl 2006 1085, S. 1255 ff.), weshalb sich diesbezüglich keine Praxisänderung aufdrängt.

2.2.6. Genehmigungspflicht durch das Zwangsmassnahmengericht

Die Durchführung einer verdeckten Ermittlung bedarf in jedem Fall einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 289 Abs. 1 StPO). Eine solche ist vorliegend nicht erteilt worden bzw. es wurde gar nicht darum ersucht. Es sei angemerkt, dass sich in casu aufgrund des Gesprächsverlaufs bereits relativ früh in der Unterhaltung zwischen dem Ermittler und dem Beschuldigten abgezeichnet hat, dass eine genehmigungspflichtige Ermittlung vorliegen könnte. Die ermittelnde Behörde hätte beim Zwangsmassnahmengericht einen entsprechenden Antrag einreichen müssen. Der zielführende Fortgang der Ermittlungen wäre dadurch nicht gefährdet gewesen, zumal die Untersuchungsbehörde mit dem Einsatz des verdeckten Ermittlers nicht zuwarten muss, bis die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts vorliegt (BSK StPO-KNODEL, Art. 289 StPO N 1).

Die Beweismittel, die im Rahmen der verdeckten Ermittlung ohne zwangsmassnahmenrichterliche Genehmigung erhoben worden sind, sind unverwertbar (Art. 141 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 289 Abs. 6 StPO). Es handelt sich dabei zunächst um das gesamte SMS-Protokoll (act. 4). Hingegen ist das Chat-Protokoll verwertbar, da dieses als Beweis vor der Schwelle zur verdeckten Ermittlung erhoben wurde.

2.2.7. Fernwirkungsverbot

Ein Beweis, der ohne die aufgrund von Art. 141 Abs. 2 StPO rechtswidrige Erhebung eines vorangegangenen Beweises nicht möglich gewesen wäre, ist gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO nicht verwertbar. Diese sogenannte Fernwirkung von Beweisverboten gilt nach allgemeiner Meinung *argumentum a fortiori* auch für Folgebeweise von gestützt auf Art. 141 Abs. 1 StPO unverwertbaren Beweisen (BSK StPO-GLESS, Art. 141 StPO N 90, mit Hinweisen).

Nach der neueren Auffassung ist ein Folgebeweis dann vom Fernwirkungsverbot beschlagen, wenn er – aus einer ex-ante-Perspektive, d.h. vor der Erlangung des illegalen Beweises betrachtet – nach den konkreten Umständen des Einzelfalls höchstwahrscheinlich ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises nicht hätte erlangt werden können (BSK StPO-GLESS, Art. 141 StPO N 95).

Vorliegend lässt sich aus dem verwertbaren Teil der Beweismittel noch nicht herauslesen, wann, wo und mit welchem genauen Hintergrund sich der Beschuldigte mit Sabrina hätte treffen wollen. Die Festnahme des Beschuldigten sowie die darauffolgenden Einvernahmen bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft mit anschliessendem (Teil-)Geständnis in Bezug auf sexuelle Handlungen mit Kindern waren nur aufgrund der rechtswidrig erhobenen Beweise möglich. Die Geständnisse des Beschuldigten hinsichtlich die durch nicht verwertbare Beweismittel – namentlich das SMS-Protokoll – ermittelten Sachverhalte sind somit ebenfalls nicht verwertbar.

2.3. Fazit

Zusammengefasst liegt bezüglich des Anklagevorwurfs gemäss Ziff. 1 Abs. 1-2 der Anklageschrift als einziges verwertbares Beweismittel das Chat-Protokoll (act. 2) vor. Gestützt darauf sowie auf das diesbezügliche Geständnis des Beschuldigten ist demzufolge lediglich erstellt, dass sich der Beschuldigte mit "Sabrina" über sexuelle Themen sowie ein mögliches Treffen unterhielt. Nicht erstellt sind hingegen sämtliche aus dem unverwertbaren SMS-Protokoll hervorgehenden Äusserungen und Handlungen des Beschuldigten.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Die Staatsanwaltschaft würdigt das Verhalten des Beschuldigten als versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 StGB. Diese Würdigung basiert auf dem in Ziff. 1 Abs. 1-2 der Anklageschrift dargelegten Sachverhalt. Es ist zu prüfen, ob der aufgrund der obigen Ausführungen bewiesene Sachverhalt eine versuchte Begehung zu begründen vermag.

3.2. Versuchsschwelle bei sexuellen Handlungen mit Kindern

Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, macht er sich gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB des Versuchs strafbar. Der Versuch ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert hat, ohne dass alle objektiven Merkmale verwirklicht wären (TRECHSEL/JEAN-RICHARD in: Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2008, vor Art. 22 StGB N 1).

Wo die Grenze zwischen dem strafbaren Beginn der Tatausführung und der straflosen Vorbereitung verläuft, ist eine heikle Abgrenzungsfrage. Wurde ein Treffen zwischen dem Täter und dem vermeintlich minderjährigen Opfer in einem Chatroom angebahnt, wird die Schwelle des strafbaren Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern i.S.v. Art. 187 StGB damit überschritten, dass der zur Tat entschlossene Täter an den vereinbarten Treffpunkt reist und sich dort einfindet (BGE 131 IV 100, E. 8.2). Die Grenze des Versuchs wird aber nicht schon durch das Chatten als solches überschritten. Auch wenn im Chatroom über die Vornahme sexueller Handlungen gesprochen wird, fehlt derartigen Handlungen die zeitliche und räumliche Nähe zur Tatausführung, so dass sich die Gefahr noch nicht verwirklichen kann (BGE 131 IV 100, E. 8.1). Vorliegend ist aufgrund der verwertbaren Beweismittel nicht erstellt, dass der Beschuldigte an den vereinbarten Treffpunkt gereist ist, sondern lediglich, dass er sich im Chatroom mit "Sabrina" über sexuelle Handlungen und ein mögliches Treffen austauschte. Die Schwelle zum Versuch wurde dadurch noch nicht überschritten.

4. Fazit

Die Versuchsschwelle der sexuellen Handlungen mit Kindern wurde nicht überschritten. Ob der subjektive Tatbestand erfüllt ist, kann offen gelassen werden. Der Beschuldigte ist von den versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freizusprechen.

B. Mehrfache, teilweise versuchte Pornografie

1. Sachverhalt

Der Beschuldigte anerkannte die ihm in der Anklageschrift unter Ziff. 1 Abs. 3-4 und Ziff. 2 vorgeworfenen Sachverhalte sowohl in der Untersuchung als auch heute vor Gericht vollumfänglich (act. 10/2 S. 4 f. act. 10/3 S. 9 f.; Prot. S. 14 f.).

Es ist zu prüfen, ob sich der eingestandene Sachverhalt mit dem übrigen Untersuchungsergebnis deckt und daher als erstellt erachtet werden kann.

2. Beweiswürdigung

2.1. Verwertbarkeit der erhobenen Beweise

Die Verteidigung bringt vor, es seien sämtliche Beweise unverwertbar, insbesondere auch das Geständnis des Beschuldigten sowohl in Bezug auf die Äusserungen "Sabrina" gegenüber im Chat und das gesendete Nacktfoto gemäss Anklageschrift Ziff. 1 Abs. 3 und 4 als auch in Bezug auf das pornografische Material auf seinen Datenträgern gemäss Anklageschrift Ziff. 2 (act. 28 S. 6 f.).

2.1.1. Nacktfoto

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass die Beweise betreffend das Nacktfoto des Beschuldigten gemäss Anklageschrift Ziff. 1 Abs. 4 noch in der verwertbaren Phase der Ermittlungen erhoben wurden. Das Foto sowie die diesbezügliche Dokumentation sind somit als Beweise verwertbar.

2.1.2. Sichergestelltes pornografisches Material auf Festplatten

2.1.2.1. Die Daten gemäss Anklageschrift Ziff. 2 wurden anlässlich einer Hausdurchsuchung beim Beschuldigten sichergestellt, die wiederum aufgrund eines diesbezüglichen Geständnisses des Beschuldigten in den polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen im Anschluss an seine Verhaftung in Zürich erfolgte (act. 10/1 S. 4; act. 10/2 S. 5). Die Hausdurchsuchung und Durchsuchung nach Art. 244 f., Art. 246 ff. und Art. 249 ff. StPO wurden nach den Bestimmungen gemäss Art. 241 StPO angeordnet (act. 11/1), weshalb die daraus re-

sultierenden Erkenntnisse grundsätzlich verwertbar sind. Es ist jedoch zu prüfen, ob das Fernwirkungsverbot gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO Anwendung findet.

2.1.2.2. Fernwirkungsverbot

Wie oben bereits dargelegt ist ein Folgebeweis dann nicht vom Fernwirkungsverbot betroffen und somit verwertbar, wenn er aus der ex-ante-Perspektive nach den konkreten Umständen des Einzelfalls höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises hätte erlangt werden können (BSK StPO-GLESS, N 95 zu Art. 141).

Die Verteidigung macht zutreffend geltend, dass die von der Staatsanwaltschaft angeordneten Durchsuchungen aufgrund des Geständnisses anlässlich der durch illegal erhobene Beweise ermöglichten Einvernahmen erfolgten (act. 28 S. 7). Es ist jedoch zu bedenken, dass bereits durch das Senden eines Nacktfotos an eine (vermeintlich) minderjährige Person durch den Beschuldigten ein klarer Tatverdacht begründet wurde. Dadurch waren die Voraussetzungen für die Anordnung einer Hausdurchsuchung und Durchsuchung gemäss Art. 244 Abs. 2 und Art. 246 StPO bereits erfüllt. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Durchsuchungen auch ohne weitere Ermittlungen bereits aufgrund des Initialdelikts durch die Staatsanwaltschaft angeordnet worden wären, sobald diese von der Polizei davon Kenntnis erlangt hätte. Mit anderen Worten hätten die Folgebeweise höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis der illegal erhobenen Erstbeweise erlangt werden können, weshalb sie nicht von der Anwendung des Fernwirkungsverbots erfasst sind. Sämtliche Beweise betreffend die Pornografie auf den Datenträgern des Beschuldigten gemäss Ziff. 2 der Anklageschrift sind demzufolge verwertbar.

2.2. Fazit

Das Untersuchungsergebnis betreffend Ziff. 1 Abs. 4 sowie Ziff. 2 der Anklageschrift deckt sich mit dem diesbezüglichen Geständnis des Beschuldigten. Der Sachverhalt ist dadurch in diesem Umfang bewiesen.

Der Sachverhalt gemäss Anklageschrift Ziff. 1 Abs. 3 ist insoweit erstellt, als er auf den verwertbaren Beweisen, namentlich dem Chat-Protokoll vom 17. September 2013 und dem diesbezüglichen Geständnis, beruht. Die dem Beschuldigten vorgeworfenen Äusserungen vom 19. und 24. September 2013, wonach er sich mit "Sabrina" an einem ungestörten Ort habe treffen wollen und sie gefragt habe, ob sie laut werden könnten, worauf sie Lust habe, ob sie die Pille nehme oder ob sie mit Kondom wolle, entstammen jedoch dem unverwertbaren SMS-Protokoll und sind daher nicht bewiesen.

3. Rechtliche Würdigung

Die Staatsanwaltschaft würdigt das in Ziff. 1 Abs. 3-4 und Ziff. 2 der Anklageschrift dargelegte Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als mehrfache, teilweise versuchte Pornografie nach aArt. 197 Ziff. 1, Ziff. 3 und Ziff. 3^{bis} StGB.

3.1. Anwendbares Recht

Es gilt zu beachten, dass am 1. Juli 2014 der revidierte Art. 197 StGB in Kraft trat (AS 2014 1162 f.; BBl 2012 7571). Da dem Beschuldigten vorgeworfen wird, die Widerhandlungen gegen den Pornografieartikel gemäss Anklageschrift Ziff. 1 Abs. 3-4 und Ziff. 2 im Zeitraum Juni 2012 bis September 2013 und somit vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen zu haben, die gerichtliche Beurteilung der vorgeworfenen Handlungen jedoch erst nach dessen Inkrafttreten erfolgt, ist zu prüfen, ob das alte oder das neue Recht anwendbar ist.

Das neue Recht ist nur anwendbar, wenn dieses das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Im vorliegenden Fall wurden anlässlich der Revision hauptsächlich redaktionelle Änderungen vorgenommen. Der Strafrahmen wurde in einem Falle erhöht (Art. 197 Abs. 4 StGB a.E.), blieb ansonsten aber gleich. Der Beschuldigte ist nach neuem Recht nicht milder zu bestrafen, weshalb das alte Recht (aArt. 197 StGB) anzuwenden ist.

3.2. Konkurrenzen

Die Anklagebehörde subsumiert insgesamt 179 Bilder und vier Filmdateien richtigerweise unter das Herstellen von Pornografie im Sinne von aArt. 197 Abs. 3 StGB. Die zehn im Cache gespeicherten Bilder subsumiert sie unter den Besitz von Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 3^{bis} StGB (act. 18 S. 3 f.). Es ist zu beachten, dass es sich bei act. 8/1, Bild 16 sowie act. 8/2, Bild 2 um dieselbe Darstellung handelt, d.h. die Datei wurde sowohl im Cache gespeichert (Besitz im Sinne von aArt. 197 Abs. 3^{bis} StGB) als auch auf die Festplatte heruntergeladen und dadurch "hergestellt" im Sinne von aArt. 197 Abs. 3 StGB.

Im Verhältnis zwischen aArt. 197 Abs. 3 und Abs. 3^{bis} StGB muss diesbezüglich unechte Konkurrenz bzw. Spezialität des Abs. 3 angenommen werden, da das Unrecht des blossen Besitzens der Datei im Herunterladen und Herstellen derselben bereits enthalten ist (vgl. BSK StGB-ACKERMANN, Art. 49 N 52). Demzufolge hat sich der Beschuldigte nur in neun statt zehn Fällen des Besitzes von Pornografie gemäss aArt. 197 Abs. 3^{bis} StGB schuldig gemacht.

3.3. Sexuelle Äusserungen des Beschuldigten gemäss Anklageschrift Ziff. 1 Abs. 3

3.3.1. Die Anklägerin macht in der Anklageschrift in Ziff. 1 Abs. 3 unter dem Titel "versuchte Pornografie" Ausführungen zum Sachverhalt, wonach der Beschuldigte ab dem 17. September 2013 mit Sabrina intensiv geschattet habe, ihr seine sexuellen Absichten mitgeteilt habe, ihr persönliche sexuelle Fragen sowie Fragen hinsichtlich eines künftigen Treffens gestellt habe (act. 18 S. 3).

3.3.2. Das einem geplanten Treffen vorhergehende Sich-Austauschen über sexuellen Inhalt in einem Internet-Chat kann unter Umständen als pornografische Schrift im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB gewertet werden (BUNDI, Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz, Bern 2008, S. 61). Aus dem verwertbaren Chat-Protokoll gehen lediglich dahingehende Äusserungen des Beschuldigten hervor, dass er mit Sabrina gerne sexuelle Handlungen vornehmen würde sowie Fragen, ob sie die Pille nehme und ob er ohne Kondom in sie eindringen könne

(act. 2). Diese Äusserungen können bereits deshalb nicht als Pornografie gewertet werden, da sie nicht die vom Bundesgericht aufgestellte Voraussetzung erfüllen, wonach pornografische Schriften so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt sein müssten, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann (BGE 131 IV 64, E. 10.1.1). Die dem Beschuldigten nachgewiesenen Äusserungen aus dem Chat-Protokoll vermögen das von Art. 197 Abs. 1 StGB (bzw. aArt. 197 Ziff. 1 StGB) zu schützende Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung (BBl 1985, 1089; BGE 131 IV 64, E. 10.1.2) bei einem 14-jährigen Mädchen nicht zu gefährden. Der bewiesene Teil des Sachverhalts gemäss Ziff. 1 Abs. 3 der Anklageschrift stellt daher kein strafbares Verhalten dar und ist nicht als versuchte Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 1 StGB mitzubestrafen.

3.4. Im Übrigen trifft die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch die Anklagebehörde zu und wird vom Beschuldigten auch anerkannt (act. 10/3 S. 9 f.; Prot. S. 14 f.).

4. Fazit

Der Beschuldigte ist der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3^{bis} StGB schuldig zu sprechen.

III. Strafe

A. Strafrahmen

1. Die Strafe ist grundsätzlich innerhalb des vom Gesetzgeber vorgesehenen ordentlichen Strafrahmens der schwersten anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser kann zwar entsprechend der Regelung der Art. 47 ff. StGB nach oben bzw. nach unten erweitert werden, dies jedoch nur, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen (BGE 136 IV 55, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 6B_611/2010 vom 26. April 2011), was im vorliegenden Fall nicht zutrifft.

Der Strafschärfungsgrund der mehrfachen Tatbegehung im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB und der Strafmilderungsgrund des Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB sind daher erst bei der Verschuldensbewertung straf erhöhend- bzw. strafmindernd zu berücksichtigen.

2. Der ordentliche Strafrahmen für die Delikte gemäss aArt. 197 Abs. 1 und Abs. 3 StGB reicht von einem halben Jahr bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder von einem Tagessatz bis zu 360 Tagessätzen Geldstrafe und jener für die Delikte gemäss aArt. 197 Abs. 3^{bis} StGB von einem halben Jahr bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder von einem Tagessatz bis zu 360 Tagessätzen Geldstrafe (aArt. 197 Abs. 1, 3 und 3^{bis} StGB in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 StGB). Der vorliegend anzuwendende ordentliche Strafrahmen reicht von einem halben Jahr bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder von einem bis zu 360 Tagessätzen Geldstrafe.

B. Allgemeines zur Strafzumessung

1. Innerhalb des ordentlichen Strafrahmens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns,

den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen, wobei im Einzelnen zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden ist.

2. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die in Art. 47 Abs. 2 StGB ausdrücklich erwähnten Beweggründe des Schuldigen zu beachten (HUG in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, StGB Studienausgabe, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 47 StGB N7 ff.).

3. Die verschuldensangemessene Strafe kann aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen technische Strafzumessungsgründe (z.B. Tatbegehung während laufender Untersuchung) sowie täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten, Vorstrafen, Leumund, Strafempfindlichkeit und Nachtatverhalten, worunter Geständnis, Einsicht und Reue fallen (MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, in: SJZ 100/2004, S. 179; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 6 N 36 ff., N 49 ff.).

4. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, StGB Studienausgabe, a.a.O., Art. 47 StGB N 14). Zum Vorleben des Beschuldigten gehören seine Lebensgeschichte zum Zeitpunkt der Tat, sein Herkunft, das Verhältnis innerhalb der elterlichen Familie, die Erziehung und Ausbildung sowie seine Haltung gegenüber den Gesetzen (BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 StGB N 122).

C. Tatkomponenten

1. Mehrfache Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 3 StGB

Als schwerstes Delikt ist vom mehrfachen Herstellen von Pornografie gemäss aArt. 197 Ziff. 3 StGB auszugehen, weshalb dafür zuerst eine hypothetische Einsatzstrafe festzulegen ist.

1.1 Bezüglich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass sich unter dem sichergestellten pornografischen Material Darstellungen von klar minderjährigen Personen im kindlichen Alter finden, die zum Teil von Männern penetriert werden. Die Bilder lassen sich leicht als illegale pornografische Darstellungen erkennen. Sodann hatte der Beschuldigte zwei Filme mit Gewaltdarstellungen an erwachsenen Frauen und einen Film mit sexuellen Handlungen mit Tieren auf seiner Festplatte gespeichert. Bei den meisten sichergestellten kinderpornografischen Dateien waren jedoch keine besonders jungen Kinder betroffen. Die Anzahl Bilder (179) ist relativ gering und sie wurden über den relativ langen Zeitraum von über einem Jahr gespeichert. Es ist zu beachten, dass es sich beim Herunterladen und Speichern von Bildern auf einer Festplatte um eine der leichtesten denkbaren Arten des Herstellens von Pornografie handelt. Die objektive Tatschwere ist als *noch leicht* zu qualifizieren.

1.2 Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere gilt es zu bemerken, dass der Beschuldigte die Bilder primär zum Zweck der eigenen Lustbefriedigung herunterlud. Eine grosse kriminelle Energie ist nicht zu erkennen und es bestehen auch keine Anzeichen für eine generelle pädosexuelle Neigung des Beschuldigten. Es ist auch in subjektiver Hinsicht von einem *noch leichten* Verschulden auszugehen.

Insgesamt ergibt sich in Anbetracht des vorgegebenen Strafrahmens von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder 360 Tagessätzen Geldstrafe ein *noch leichtes Verschulden*, weshalb die hypothetische Einsatzstrafe bei 8 Monaten bzw. 240 Tagessätzen festzusetzen ist.

2. Mehrfache Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 3^{bis} StGB

Bezüglich die objektive und subjektive Tatschwere des mehrfachen Besitzes von Pornografie durch die "Cache"-Funktion kann grundsätzlich auf die vorhergehenden Tatkomponenten verwiesen werden. Es handelt sich um lediglich neun Dateien. Die Speicherung der im Internet konsumierten pornografischen Dateien im Cache ist dem Beschuldigten strafrechtlich zuzurechnen, da er um den Vorgang wusste. Sein Einfluss auf den Vorgang war aber nur indirekter Natur. Das Verschulden ist als *leicht* zu qualifizieren. Die Einsatzstrafe ist entsprechend zu erhöhen.

3. Versuchte Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB

3.1 Hinsichtlich die objektive Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte ein Bild seines Körpers mit erigiertem Penis einem vermeintlich 14-jährigen Mädchen geschickt hat. Nachdem er dasselbe Bild zunächst mit einem Zensur-Viereck übermittelt hatte, sandte er "Sabrina" das unzensierte Bild erst auf ihre Bestätigung hin, dass sie ein solches Bild sehen wolle. Die Gefährdung, die von einem einzigen Bild eines Penis ausgeht, ist gering und vermag insbesondere ein 14-jähriges Mädchen nicht gravierend in ihrem zu schützenden Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung zu verletzen.

3.2 Bei der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich – im Wissen um das (vemeintlich) jugendliche Alter der Empfängerin – handelte. Über das Motiv ist nichts bekannt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Beschuldigte durch die Übermittlung des Bildes bei der Empfängerin die sexuelle Lust sowie ihr Verlangen nach einem Treffen wecken wollte, zumal er bereits vor dem Versand des Bildes ihr gegenüber geäußert hatte, er sei auf der Suche nach Sex. Zu Gunsten des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass "Sabrina" ihn im anfänglichen Gesprächsverlauf etwas ermuntert hat, ihr das Bild zu senden (act. 2 S. 2; "moll sicher [will alles von dir sehen] aber ich trau mi selber ned", "du zersch!"). Eine besondere kriminelle Energie des Beschuldigten ist nicht auszumachen.

Im Lichte dieser Ausführungen sind sowohl die objektive als auch die subjektive Tatschwere als *noch leicht* zu qualifizieren.

3.3 Als verschuldensunabhängige Tatkomponente ist schliesslich zu beachten, dass es vorliegend bei einer versuchten Tatbegehung blieb. Dass der Taterfolg nicht eintrat ist jedoch nur marginal reduzierend zu berücksichtigen, zumal es ausserhalb des Verfügungsbereichs des Beschuldigten stand, dass es sich bei "Sabrina", welche in Wahrheit ein (volljähriger) Ermittler der Polizei war, um ein untaugliches Tatobjekt handelte.

4. Asperation

In Anwendung des Asperationsprinzips rechtfertigt es sich, die für die schwerste Tat (Herstellen von Pornografie) festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe aufgrund der anderen Taten um zwei Monate bzw. 60 Tagessätze auf 10 Monate oder 300 Tagessätze zu erhöhen.

D. Täterkomponenten

1. Da die vom Beschuldigten begangenen Delikte innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums erfolgten und sowohl die persönlichen Verhältnisse als auch das Nachtatverhalten für alle Delikte gleich zu beurteilen sind, rechtfertigt es sich vorliegend, die Täterkomponenten für alle Delikte zusammen zu würdigen.

2. Vorleben und persönliche Verhältnisse

2.1. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lässt sich den Akten sowie seinen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung entnehmen, dass er heute 24 Jahre alt ist und in geordneten Verhältnissen mit einem älteren Bruder aufwuchs. Er studiert Philosophie und Geschichte an der Universität ... [Ort] und wird von seinen Eltern finanziell unterstützt und lebt auch bei ihnen. Der Beschuldigte verfügt über kein Vermögen und seine Einkünfte aus eigener Erwerbstätigkeit belaufen sich auf ca. Fr. 400.– pro Monat. Seine Schulden belaufen sich auf ca. Fr. 400.– (act. 15/5; Prot. S. 6 ff.).

2.2. Der Beschuldigte war zu Beginn der strafbaren Tathandlungen am 7. Juni 2012 22 Jahre alt. Dieses jugendliche Alter zum Tatzeitpunkt wirkt sich marginal strafmindernd aus. Im Übrigen erweisen sich die persönlichen Verhältnisse vorliegend als nicht strafzumessungsrelevant.

3. Vorstrafen

Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf (act. 26). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich bei der Strafzumessung neutral aus und ist deshalb nicht strafmindernd zu berücksichtigen (vgl. BGE 136 IV 1).

4. Nachtatverhalten und Einsicht in das Unrecht der Tat

4.1 Nachdem dem Beschuldigten die Durchführung einer Hausdurchsuchung und Durchsuchung angekündigt worden war, legte dieser bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme ein vollumfängliches Geständnis ab (act. 10/1). In der Folge hielt er sein Geständnis aufrecht und gab teilweise mehr zu, als ihm hätte nachgewiesen werden können, beispielsweise sein Wissen um die Funktionsweise der Cache-Speicherung. Das Geständnis ist deutlich strafmindernd zu berücksichtigen.

4.2 Sodann zeigte sich der Beschuldigte im Verlaufe des Verfahrens stets kooperativ und legte auch eine glaubwürdige Einsicht in das Unrecht der Taten an den Tag, was sich ebenfalls strafmindernd auswirkt.

5. Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten (Strafempfindlichkeit)

Hinsichtlich der Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten sind keine Faktoren ersichtlich, welche zu einer Strafreduktion führen müssten. Zwar brachte der Beschuldigte vor, er wolle sich zum Gymnasiallehrer ausbilden lassen. Die Tatsache, dass die nun auszusprechende Strafe auf dem Weg dahin hinderlich sein könnte, ist für sich aber noch kein Grund für eine Strafreduktion

E. Abschliessende Würdigung

1. In Anwendung des Asperationsprinzips und in Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Strafe in der Höhe von 6 Monaten oder 180 Tagessätzen als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Daran anzurechnen ist die bereits erstandene Haft von einem Tag (Art. 51 StGB).

2. Strafart

2.1 Grundsätzlich stehen in diesem Bereich verschiedene Sanktionsarten zur Verfügung. Bei der Wahl der Strafart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97, E. 4.2). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 134 IV 82, E. 4.1). Die Anordnung einer Geldstrafe kommt grundsätzlich auch für einkommensschwache Täter in Betracht, sofern der Vollzug nicht von vornherein ausgeschlossen ist (BGE 134 IV 97, E. 5.2.1; vgl. Art. 35 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 StGB).

2.2 Die Geldstrafe stellt im Vergleich zur Freiheitsstrafe einen weniger schweren Eingriff dar. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass sich der Beschuldigte durch eine Geldstrafe nicht genügend beeindruckt lassen wird, insbesondere ist er nicht vorbestraft. Zwar verfügt der Beschuldigte nicht über ein regelmässiges existenzsicherndes Einkommen aus eigener Erwerbstätigkeit. Jedoch wird er von seinen Eltern finanziell unterstützt und wird voraussichtlich nach Beendigung des Studiums eine Arbeitsstelle antreten. Aufgrund dieser Umstände kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Vollzug einer Geldstrafe von vornherein ausgeschlossen wäre. Gemäss dem Prinzip der Verhältnismässigkeit ist deshalb eine Geldstrafe in der Höhe von 180 Tagessätzen auszusprechen.

3. Tagessatzhöhe

3.1 Die Höhe des Tagessatzes richtet sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, wobei die Obergrenze Fr. 3'000.– beträgt. Einen Minimalbetrag nennt das Gesetz nicht (Art. 34 Abs. 2 StGB). Bei der Bemessung ist grundsätzlich vom Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter durchschnittlich verdient (BGE 134 IV 60, E. 5.4 und E. 6).

3.2 Aus den Akten und der aktuellen Situation des Beschuldigten ergibt sich, dass er aus eigener Erwerbstätigkeit nur wenig (ca. Fr. 400.–) verdient und über kein Vermögen verfügt (act. 15/5 S. 2). Er befindet sich jedoch bereits im 9. Semester seines Studiums und hätte die Möglichkeit, mehr zu erwirtschaften. Sodann sind ihm die aufgrund eines familienrechtlichen Anspruchs zustehenden Zuwendungen, die er von seinen Eltern in Form von Studienunterstützung und Logis erhält, als Einkommen anzurechnen (BGE 134 IV 60, E. 8.4). Der Tagessatz ist daher auf Fr. 30.– festzulegen.

IV. Vollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges soll die Regel sein. Die günstige Prognose wird vermutet (BGE 134 IV 82, E. 4.2). Schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

2. Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind erfüllt. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, welche die von Gesetzes wegen zu vermutende günstige Prognose zu erschüttern vermögen, insbesondere weist der Beschuldigte keine Vorstrafen auf. Weiter ist davon auszugehen, dass er durch die heute auszufällende Strafe genügend beeindruckt sein wird, um in Zukunft nicht wieder straffällig zu werden. Der Vollzug der Strafe ist somit aufzuschieben. Die Probezeit ist auf zwei Jahre anzusetzen.

3. Fazit

Der Beschuldigte ist folglich mit einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu bestrafen, wobei ein Tagessatz durch Haft erstanden ist. Die Probezeit ist auf zwei Jahre anzusetzen.

V. Einziehung und Beschlagnahmung

1. Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 StGB).

2. Anlässlich der vorliegenden Strafuntersuchung wurden von der Untersuchungsbehörde mit Verfügung vom 8. Oktober 2014 folgende Gegenstände beschlagnahmt (act. 11/5):

- 1 Festplatte SSD 120 GB
- 1 Festplatte 1 TB aus PC Steg
- 1 USB-Festplatte WD 800 GB
- 1 Speicherkarte SD-Card 4 GB
- 15 CD/DVD.

Deliktisches Material wurde indes gemäss Auswertungsbericht nur auf drei der fünf beschlagnahmten Speichermedien festgestellt (act. 7 S. 2). Die Festplatten SSD 120 GB und 1 TB aus PC Steg sowie die USB-Festplatte WD 800 GB haben zur Begehung von strafbaren Handlungen gedient und sind daher definitiv einzuziehen und zu vernichten. Die Speicherkarte SD-Card 4 GB sowie die 15 CD/DVD sind dem Beschuldigten herauszugeben.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Verfahrenskosten

1.1. Wird die beschuldigte Person verurteilt, sind ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Erfolgt ein Teilfreispruch, so sind ihr die Kosten anteilmässig nach ihrem Obsiegen oder Unterliegen aufzuerlegen (BSK StPO-DOMEISEN, Art. 426 N 6). Vorliegend sind daher die Verfahrenskosten dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen.

1.2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung der Verteidigerkosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

2. Entschädigung der amtlichen Verteidigung

2.1 Die amtliche Verteidigung veranschlagte für ihre Bemühungen im vorliegenden Verfahren ein Honorar von Fr. 8'118.15 (inkl. Auslagen, inkl. MWSt). Für das Erstellen der Plädoyernotizen verrechnete sie einen Gesamtaufwand von 23.83 Stunden (act. 27 S. 1).

2.2 Der Aufwand für das Rechtsstudium wird der amtlichen Verteidigung grundsätzlich nur in Ausnahmefällen, d.h. bei aussergewöhnlichen Rechtsfragen, entschädigt (Leitfaden für amtliche Mandate der Oberstaatsanwaltschaft, 2. Auflage 2014, E. 1.2). Vorliegend hatte sich die Verteidigung betreffend Verwertbarkeit der Beweismittel zweifelsohne mit einer solchen aussergewöhnlichen Rechtsfrage zu befassen. Dennoch rechtfertigt sich ein Aufwand von knapp 24 Stunden für das Erstellen von sieben Seiten Plädoyernotizen nicht. Angemessen erscheint dafür vielmehr ein Aufwand von rund 15 Stunden. Die Pauschale gemäss § 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV ist entsprechend zu reduzieren. Die amtliche Verteidigung ist mit insgesamt Fr. 6'498.15 (inkl. MWSt) zu entschädigen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen, teilweise versuchten Pornografie im Sinne von aArt. 197 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 StGB und aArt. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3^{bis} StGB.
2. Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon bis und mit heute 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, aufbewahrten Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Festplatte SSD 120 GB;
 - 1 Festplatte 1 TB aus PC Steg;
 - 1 USB-Festplatte WD 800 GB.
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 8. Oktober 2013 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, aufbewahrten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben:
 - 1 Speicherkarte SD-Card 4 GB;
 - 15 CD/DVD.

7. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf:
- Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. Kosten Kantonspolizei
 - Fr. 1'000.– Gebühr Anklagebehörde
 - Fr. Kanzleikosten
 - Fr. 3'310.– Auslagen Untersuchung
 - Fr. 6'498.15 amtliche Verteidigung
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
9. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 6'498.15 (inkl. Mehrwertsteuer) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- den Beschuldigten (übergeben),
 - die amtliche Verteidigung (übergeben),
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben),
 - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei (BKP) (versandt);
- und hernach als begründetes Urteil an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten,
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
 - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei (BKP),
- sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A (unter Beilage des Formulars "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"),
 - die Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Kinderschutz, gemäss Ziffern 5 und 6.

11. Gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Eröffnung an beim Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, Badenerstrasse 90, Postfach, 8026 Zürich, mündlich oder schriftlich Berufung angemeldet werden.

Mit der Berufung kann das Urteil in allen Punkten umfassend angefochten werden. Mit der Berufung können gerügt werden: Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder Unangemessenheit.

Die Berufung erhebende Partei hat binnen **20 Tagen** nach Zustellung des begründeten Entscheids dem Obergericht des Kantons Zürich, Strafkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eine **schriftliche Berufungserklärung** einzureichen. Sie hat darin anzugeben, ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt. Werden nur Teile des Urteils angefochten, ist verbindlich anzugeben, auf welche sich die Berufung beschränkt.

Bei offensichtlich verspäteten Berufungsanmeldungen oder Berufungserklärungen wird auf die Berufung ohne Weiterungen nicht eingetreten.

12. Gegen Ziffer 9 dieses Entscheids kann von der amtlichen Verteidigung innert **10 Tagen** von der Eröffnung an beim Obergericht des Kantons Zürich, Strafkammer, Postfach 2410, 8021 Zürich, schriftlich und begründet Beschwerde eingereicht werden.

Zürich, 5. Februar 2015

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
3. Abteilung

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Kläusli

MLaw D. Silberschmidt

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.