

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110594-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic. iur. Ruggli,
Ersatzoberrichterin Dr. Bühler sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Aardoom

Urteil vom 2. März 2012

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch stv. Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Kloiber,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend

versuchte Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kind etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
24. Mai 2011 (DG100651)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 14. Dezember 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 21).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der versuchten Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie
 - der versuchten Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf des versuchten Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 1 Tag durch Polizeihaft erstanden ist) und einer Busse von Fr. 600.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'600.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 7'514.50 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. 6'446.-- amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen (vgl. Art. 426 StPO); vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird mit separatem Beschluss entschieden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 56 S. 2)

Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des versuchten Einbeziehens eines Kindes in sexuelle Handlungen im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 freizusprechen und mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten, Probezeit 2 Jahre, und einer Busse von Fr. 600.– zu bestrafen.

Des Weiteren seien die erstinstanzlichen Gerichts- und Untersuchungskosten teilweise, insbesondere betreffend Auswertung von Daten auf dem Laptop des Beschuldigten, auf die Staatskasse zu nehmen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens seien ebenfalls auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 55 S. 1)

1. Bestätigung der vorinstanzlichen Schuldsprüche gemäss Ziffer 1 des Dispositivs;
2. Aufhebung des vorinstanzlichen Freispruchs gemäss Ziffer 2 des Dispositivs und Verurteilung des Beschuldigten in diesem Punkt;
3. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft sowie einer Busse von Fr. 600.-;
4. Bestätigung des übrigen vorinstanzlichen Urteils, inklusive den dort getroffenen Kostenfolgen;
5. Auferlegung der Kosten des Berufungsverfahrens an den Beschuldigten.

Das Gericht erwägt:

I. Verfahrensgang und Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens

1. Am 14. Dezember 2010 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat beim Bezirksgericht Zürich Anklage gegen den Beschuldigten wegen versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern etc. (Urk. 21). Gleichentags stellte sie die Untersuchung gegen ihn betreffend Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB ein, wobei die Kosten auf die Staatskasse genommen wurden; weiter wurde verfügt, dass über die weiteren Kosten- und Entschädigungsfolgen das Bezirksgericht Zürich mit im gleichen Verfahren ergehendem Urteil entscheiden werde (Urk. 20). Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 24. Mai 2011 wurde der Beschuldigte der versuchten Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie der versuchten Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen; hingegen wurde er vom Vorwurf des versuchten Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen. Der Beschuldigte wurde mit 12 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 1 Tag durch Polizeihaft erstanden war) und einer Busse von Fr. 600.– bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt wurde; die Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse wurde auf 6 Tage festgesetzt. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden auf die Staatskasse genommen, unter Vorbehalt einer Nachforderung (Urk. 43). Betreffend Anklageziffer 1 (versuchtes Einbeziehen eines Kindes in eine sexuelle Handlung) hatte eine Minderheit des Gerichts Antrag auf Schuldspruch gestellt (Prot. I S. 7 ff.).

2. Mit Eingabe vom 31. August 2011 erklärte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat rechtzeitig Berufung, wobei diese auf den Freispruch vom Vorwurf des

versuchten Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Dispositiv-Ziff. 2) sowie auf die Bemessung der Strafe (Dispositiv-Ziff. 3) beschränkt wurde. Sie beantragte die Schuldigsprechung des Beschuldigten auch bezüglich Angeziffer 1, versuchtes Einbeziehen eines Kindes in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, sowie die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft (Urk. 44). Am 20. September 2011 erklärte der Beschuldigte seinerseits fristgerecht Berufung mit dem Hinweis, dass das Urteil nur teilweise angefochten werde, namentlich betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen, und dem Antrag, die Gerichts- und Untersuchungskosten seien teilweise, insbesondere betreffend Auswertung von Daten auf dem Laptop des Beschuldigten, auf die Staatskasse zu nehmen. Zudem sei ihm für die Teileinstellung der Untersuchung sowie für den Teilfreispruch eine angemessene Entschädigung zuzusprechen (Urk. 45). Mit Präsidialverfügung vom 29. September 2011 wurde dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft je Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, dem Gericht innert angesetzter Frist das beigelegte "Datenerfassungsblatt" sowie die aufgeführten Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 46). Am 18. Oktober 2011 reichte dieser die angeforderten Unterlagen ein (Urk. 48 und 49/1-3) und erklärte, dass er weder Anschlussberufung erhebe noch ein Nichteintreten auf die Hauptberufung der Anklägerin beantrage (Urk. 50). Die Staatsanwaltschaft gab innert der 20-tägigen Frist keine Erklärung ab. Beweisangebote wurden von keiner Partei gestellt.

3. Demnach sind die Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldspruch) und 6 (Kostenfestsetzung) unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen. Davon ist vorab Vormerk zu nehmen. Im Übrigen (Freispruch, Strafzumessung inkl. Vollzug, Kosten- und Entschädigungsfolgen) ist das Urteil der Vorinstanz angefochten und zu überprüfen.

II. Anwendbares Prozessrecht

Nachdem der angefochtene erstinstanzliche Entscheid am 24. Mai 2011 erging, sind für das vorliegende Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung anwendbar (Art. 448 und 454 Abs. 1 StPO).

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Den Tatbestand des hier noch in Frage stehenden Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erfüllt, wer ein Kind unter 16 Jahren in eine sexuelle Handlung einbezieht. Mit Einbeziehen sind diejenigen sexuellen Handlungen des Täters gemeint, die er vor dem Kind vornimmt, wobei es aber zu keinen körperlichen Berührungen zwischen dem Täter und dem Opfer kommt. Das Kind wird bei dieser Tatbestandsvariante durch gezieltes Verhalten als Zuschauer in die sexuelle Handlung einbezogen und auf diese Weise zum Sexualobjekt gemacht. Unter sexueller Handlung ist grundsätzlich jede körperliche Betätigung zu verstehen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild vom Standpunkt eines objektiven Beobachters aus betrachtet eindeutig sexualbezogen ist. In Abgrenzung zu den anderen beiden Tatvarianten der Vornahme oder der Verleitung ist bei der Tatbestandsvariante des Einbeziehens die normale Entwicklung des Kindes weit weniger gefährdet, als wenn es selbst körperlich beeinträchtigt würde. Bezüglich der sexuellen Handlung ist somit eine gewisse Erheblichkeit vonnöten. Die Verhaltensweise des Beschuldigten erfordert eine ähnlich intensive Beteiligung des Kindes wie bei den anderen beiden Tatvarianten. Zu beachten ist, dass das Opfer den äusseren Vorgang der sexuellen Handlung als Ganzes unmittelbar sinnlich wahrnehmen muss (vgl. Maier, Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Auflage, Art. 187 N 14 f.; Trechsel, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 187; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB-Kommentar, 18. Auflage, N. 5 ff. zu Art. 187). Obszönes Reden oder entsprechende Gesten werden nicht als sexuelle Handlung erachtet (Donatsch, Strafrecht III, 9. Auflage, S. 459).

2. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vorgeworfen, er habe ein vermeintlich 13-jähriges Mädchen durch die "oben beschriebenen" Handlungen in ei-

ne sexuelle Handlung einbeziehen wollen. Mit den "oben beschriebenen Handlungen" wird dabei auf ausgewählte Auszüge aus den geführten Chat-Protokollen verwiesen, in welchen der Beschuldigte unter anderem ausführte, er masturbiere während des Chats (Urk. 21 S. 3).

2.1 Die Staatsanwaltschaft geht somit davon aus – und machte dies auch anlässlich der Berufungsverhandlung geltend (Urk. 55 S. 2 f.) – dass die durch den Beschuldigten schriftlich verfassten Chat-Nachrichten die Anforderungen an eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erfüllen. Dabei spiele keine Rolle, ob er noch masturbiert habe oder nicht. Der Dialog auf dem Internet, welcher eine 1-zu-1-Kommunikation ähnlich wie das Telefon ermögliche, habe einzig zur Befriedigung der niederen sexuellen Gelüste des Beschuldigten gedient. Das Miteinbeziehen des vermuteten Mädchens in den in der Anklageschrift aufgeführten Dialog und das Versenden des Bildes seines Penis würden den Tatbestand ohne weiteres erfüllen.

2.2 Der Verteidiger hingegen ist der Ansicht, dass das Verhalten des Beschuldigten nicht unter den Tatbestand des Einbeziehens in eine sexuelle Handlung fällt, sondern die Staatsanwaltschaft dessen Anwendungsbereich massiv auszuweiten versuche (Urk. 56 S. 3). Er verweist dabei insbesondere auf die Antwort des Bundesrates auf eine Motion 11.4002 von Nationalrätin Schmid-Federer, welche darum ersuchte, das sogenannte "Grooming" unter Strafe zu stellen (S. 5 f.), worauf nachfolgend einzugehen sein wird.

3. Der Beschuldigte hat von Anfang an zugegeben, mit dem vermeintlich 13-jährigen Mädchen geschattet, die in der Anklageschrift aufgeführten Nachrichten verfasst und das Foto seines Penis versandt zu haben (Urk. 8 S. 3 ff.; Urk. 10 S. 4;). Er sei auch ein wenig erregt gewesen und seine Erregung habe sich während des Chats minim gesteigert (Urk. 10 S. 4; Urk. 54 S. 7). Jedoch bestritt er während des gesamten Verfahrens und auch heute, während des Chats tatsächlich onaniert zu haben (Urk. 10 S. 4; Urk. 54 S. 6 und 8). Ein Chat sei Fantasie und etwas ganz anderes als das reale Leben, was bedeute, dass man nicht alles machen würde, worüber man schreibe (Urk. 30 S. 5; Urk. 54 S. 8). Augenzeugen für das tatsächliche Geschehen gibt es keine. Somit kann dem Beschuldigten

nicht nachgewiesen werden, dass er während des Chats onaniert hat, obwohl durchaus eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht. Daran ändert auch nichts, dass auf dem per MMS durch den Beschuldigten an den verdeckten Ermittler versandten Foto ein Teil des Penis des Beschuldigten erkennbar ist. Dieser ist klarerweise nicht erigiert bzw. höchstens in sehr geringem Ausmass. Zudem ist keinerlei Manipulation ersichtlich, welche auf eine Masturbation schliessen lassen könnte (Urk. 6). Im Übrigen wird auch in der Anklageschrift nicht behauptet, dass der Beschuldigte tatsächlich onaniert haben soll (Urk. 21).

3.1 Dem Beschuldigten kann eine aktive körperliche Betätigung somit nicht hinreichend nachgewiesen werden. Damit ist nur zu beurteilen, ob seine schriftlichen Äusserungen sexueller Natur, eventuell in Zusammenhang mit dem Versand des Fotos, unter den Tatbestand der sexuellen Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB subsumiert werden können. Die Staatsanwaltschaft vergleicht den vorliegenden Sachverhalt mit einem Fall, bei welchem ein erwachsener Mann Kinder telefonisch belästigte und sie in Gespräche mit sexuellem Inhalt verwickelte. Dabei erklärte dieser namentlich, welche konkreten sexuellen Handlungen er an den Kindern vornehmen wolle, und stöhnte und atmete verlaubar schwer während der Telefongespräche. Das Obergericht kam damals zum Schluss, dass der Täter eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 StGB begangen hatte, in die er das Kind durch akustische Wahrnehmungen miteinbezogen hatte. Dieser Entscheidung wurde teils als zu weitgehend kritisiert (unv. Urteil des Obergerichts Zürich vom 03.02.1999, Maier, a.a.O., Art. 187 N 14). Das Bundesgericht erachtete es in einem vergleichbaren Entscheidung nicht als krass unrichtig, das Verhalten desjenigen unter Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zu subsumieren, welcher im Rahmen eines Telefongesprächs mit einem Kind als Gesprächspartner eine sexuelle Handlung, zum Beispiel Selbstbefriedigung, vornimmt, die für das Kind als Gesprächspartner am Telefon akustisch wahrnehmbar ist (Urteil 6B_256/2008 Erw. 1.3 vom 27. November 2008).

3.2 Bei beiden Entscheiden hatte der jeweilige Täter direkten telefonischen Kontakt mit den Kindern, welche nicht nur seine Worte hören konnten, sondern auch ein begleitendes Stöhnen bzw. schweres Atmen. Durch diese unmittelbare akusti-

sche Wahrnehmung der sexuellen Handlung des Täters unterscheiden sich die Entscheide wesentlich vom heute zu beurteilenden Fall, in welchem nur schriftlich Kontakt aufgenommen wurde. Zudem verdeutlicht sich, dass beim Entscheid des Bundesgerichts eine tatsächliche körperliche Betätigung des Täters erfolgt war, was vorliegend gerade nicht nachweisbar ist. Dass der Beschuldigte angab, ein bisschen erregt gewesen zu sein, reicht für eine sexuelle Handlung bzw. körperliche Betätigung nicht aus. Daran ändert auch das versandte Foto des Penis des Beschuldigten nichts. Wie schon erwähnt belegt dieses nicht, dass der Beschuldigte eine sexuelle Handlung vorgenommen bzw. tatsächlich onaniert hat. Zudem wird bei näherer Analyse der Chat-Protokolle deutlich, dass dieser das Foto nicht zu dem Zeitpunkt versandte, als konkret über ein Onanieren des Beschuldigten gchattet wurde (am 30. Juni 2010 von 13:58 "B._____": "heeeee was machsch grad?", 13:59 ... [A._____]: "bin am wixe :\$"). Die Chat-Nachrichten von diesem Zeitpunkt bis zum Versand des Fotos um 15:30 Uhr erfolgten teilweise in grossen zeitlichen Abständen (bis zu 19 Minuten), weshalb die erforderliche Dynamik des Gesprächs und die damit verbundene Unmittelbarkeit entfällt. Das Onanieren wird sodann nur um 14:35 Uhr nochmals thematisiert, danach nicht mehr (vgl. zum ganzen Urk. 5 S. 2 f.). Ein Zusammenhang zwischen dem angesprochenen Onanieren und dem Versand des Fotos ist somit durch die deutliche zeitliche Verzögerung nicht ersichtlich. Schliesslich sandte der Beschuldigte das Foto erst in einem anderen Zusammenhang auf Aufforderung des verdeckten Ermittlers, nachdem dieser auf die Frage des Beschuldigten "was willsch gseh?" antwortete "ALLES!" (Urk. 5 S. 4). Für das Zusenden des Fotos wurde der Beschuldigte zudem schon durch die Vorinstanz wegen versuchter Pornografie schuldig gesprochen (Urk. 43 S. 19). Dies wurde von keiner Partei angefochten, weshalb dieser Schuldspruch bereits in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. oben I. 3.). Insgesamt ist das Verhalten des Beschuldigten somit nicht als sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 StGB zu qualifizieren.

3.3 Ferner ist auf die Antwort des Bundesrates zur obgenannte Motion betreffend "Grooming" hinzuweisen. Daraus ergibt sich, dass sowohl die Nationalrätin, welche die Motion einreichte, als auch der Bundesrat davon ausgehen, dass das sexuelle Angehen eines Kindes im Chat nur unter bestimmten Voraussetzungen

als unter Art. 187 StGB fallend betrachtet werden kann. Der Bundesrat hält dabei fest, dass sich ein Täter, der sich mit einem Kind via Chat austauscht dann strafbar macht, wenn er dabei:

- das Kind mit pornografischen Texten oder Abbildungen konfrontiert (Art. 197 Ziff. 1 StGB);
- das Kind zur Vornahme sexueller Handlungen an sich selber verleitet und dabei – etwa mittels einer Livecam – zuschaut (Art. 187 Ziff. 1 Al. 2 StGB);
- das Kind in eine sexuelle Handlung einbezieht (Art. 187 Ziff. 1 Al. 3 StGB), indem er sexuelle Handlungen vor dem Kind vornimmt bzw. das Kind diese wahrnimmt, ohne dass es dabei zu einem körperlichen Kontakt zwischen Täter und Opfer komme.

Weitere sexuelle Dialoge seien nicht strafbar. Eine Anwendung eines Grooming-Tatbestandes, der die blossе Internetkommunikation erfasse, könne sich zudem als schwierig erweisen, weil die Grenze zwischen alltäglicher – wenn auch mitunter an die Grenze um Unanständigen gehender – Kommunikation und solcher, die den Tatbestand erfülle, nur schwer ziehen lasse. Dadurch könne das rechtsstaatliche Erfordernis der Klarheit von Strafnormen nicht erfüllt werden.

In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass Vorbereitungshandlungen zu Straftaten ausser in besonders schweren Fällen straflos sind (Art. 260^{bis} StGB). Der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern fällt nicht unter diese besonders schwere Straftaten. Diesbezüglich hat sich auch die Vorinstanz geäussert. Auf ihre zutreffenden Ausführungen und Verweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann verwiesen werden (Urk. 43 S. 11).

Somit gehen weder das Parlament als Gesetzgeber noch der Bundesrat davon aus, dass die blossе Internetkommunikation im schriftlichen Chat – wie dies der Beschuldigte betrieben hatte – als Einbeziehen eines Kindes in eine sexuelle Handlung strafbar ist, was mit der obgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Einklang steht. Ansonsten wäre der Vorstoss unnötig gewesen bzw. hätte die Antwort gelautet, dass das Verhalten bereits strafrechtlich erfasst wird.

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass dem Beschuldigten nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann, eine sexuelle Betätigung an seinem Körper vorgenommen zu haben. Für einen Schuldspruch wäre jedoch eine tatsächliche körperliche Betätigung erforderlich gewesen, um ein Kind überhaupt darin einbeziehen zu können. Zusätzlich hätte das Kind eine solche Handlung unmittelbar sinnlich wahrnehmen müssen, wie dies beispielsweise bei einem Telefongespräch möglich ist. Eine sexuelle Handlung im Sinne des Gesetzes kann sich somit nicht in einem rein schriftlich versandten Text erschöpfen. Dadurch würde der Sinn des Gesetzes gesprengt, da ein solches Verhalten höchstens unter den Tatbestand der Pornografie fallen könnte. Dies wird dem Beschuldigten jedoch hier nicht zum Vorwurf gemacht, weshalb es an der genügenden Präzisierung in der Anklageschrift fehlt und dem Beschuldigten nicht vorgehalten wurde. Das Verhalten des Beschuldigten soll dabei nicht verharmlost werden, jedoch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern ein Verbrechen mit einer dementsprechend hohen Strafdrohung ist. Vor diesem Hintergrund mahnt dies zu einer gewissen Vorsicht, den Tatbestand nicht leichthin überzuinterpretieren und auszudehnen.

5. Da der Beschuldigte keine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB vorgenommen hat, ist er von diesem Vorwurf freizusprechen.

IV. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat sich detailliert mit der Strafzumessung befasst und die Strafzumessungsfaktoren angemessen berücksichtigt, auf ihre zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 43 S. 12-18). Hervorzuheben ist, dass es bei den Taten des Beschuldigten jeweils beim Versuch geblieben ist. Zur jetzigen persönlichen Situation des Beschuldigten ist festzuhalten, dass dieser noch stets bei Dr. C. _____ in psychologischer Behandlung ist, welcher von einem positiven Verlauf der Behandlung spricht, weshalb das Sitzungsintervall ausgedehnt wurde. Nach eigenen Angaben geht es ihm heute viel besser und nimmt er noch regelmässig Medikamente (Urk. 54 S. 4; Urk. 53/2).

Die vom Staatsanwalt geforderte Erhöhung der Strafe bezieht sich auf den Fall, dass er mit ihrer Berufung obsiegt hätte und der Beschuldigte zusätzlich wegen Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung verurteilt worden wäre. Seine Ausführungen zu den Strafzumessungsgründen stimmen ansonsten grundsätzlich mit den Erwägungen der Vorinstanz überein (Urk. 55). Die durch die Vorinstanz festgesetzte Strafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe (abzüglich 1 Tag Polizeiverhaft) und einer Busse von Fr. 600.– erscheint angemessen ist somit zu bestätigen.

2. Die Gewährung des bedingten Vollzuges wurde nicht angefochten und ist dem Beschuldigten als Ersttäter ohne weiteres zu gewähren. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 18). Die Probezeit ist auf 2 Jahre festzusetzen.

3. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse ist eine Ersatzfreiheitsstrafe auszufällen (Art. 106 Abs. 2 StGB). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist diese auf 1 Tag festzusetzen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Berufungsverfahren verlangte der Beschuldigte, dass die Gerichts- und Untersuchungskosten teilweise, insbesondere betreffend Auswertung von Daten auf dem Laptop des Beschuldigten, auf die Staatskasse zu nehmen seien, sowie ihm für die Teileinstellung der Untersuchung sowie für den Teilfreispruch eine angemessene Entschädigung zuzusprechen sei (Urk. 45 S. 2; Urk. 56 S. 2 und 7).

2. Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Ausgenommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung; vorbehalten bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO (Art. 426 Abs. 1 StPO). Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO).

2.1 Mit Einstellungsverfügung vom 14. Dezember 2010 wurde die Untersuchung gegen den Beschuldigten betreffend Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB eingestellt, wobei die Kosten auf die Staatskasse genommen und der Entscheidung über die weiteren Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Bezirksgericht Zürich mit im gleichen Verfahren ergehendem Urteil überlassen wurde. Die Teileinstellung der Untersuchung wurde damit begründet, dass im Rahmen eines gegen den Beschuldigten betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern geführten Verfahrens festgestellt worden sei, dass sich auf seinem Laptop verbotene pornografische Darstellungen befänden, welche gelöscht worden seien und bei genauer Begutachtung wieder sichtbar gemacht worden seien. Nachdem dem Vorwurf des Herunterladens von einigen wenigen, allenfalls als pornografisch im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB zu qualifizierenden Bildern neben den sonst in der im gleichen Verfahren zur Anklage gebrachten Straftaten im Hinblick auf die zu erwartende Strafe keine wesentliche Bedeutung zukomme, sei das Verfahren in diesem Punkt in Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips im Sinne von Art. 39a Ziff. 1 StPO einzustellen (Urk. 20).

2.2 Die Untersuchungsbehörde wurde durch das Verhalten des Beschuldigten veranlasst, eine Hausdurchsuchung beim Beschuldigten durchzuführen, seine Computer samt Zubehör sicherzustellen (Urk. 15/1 ff.), und in der Folge die Datenträger auswerten zu lassen (Urk. 12/1 ff.). Der Beschuldigte hatte seinen Computer dazu verwendet, um die Chats mit dem vermeintlich 13-jährigen Mädchen zu führen und ihr das Foto seines Penis zu senden, im Hinblick auf die Vereinbarung eines Treffens. Es besteht somit ein durchaus adäquater Zusammenhang zwischen der Sicherstellung und Auswertung, den untersuchten Delikten und der daraus resultierenden Verurteilung. Der Beschuldigte hat mit anderen Worten auch die Einholung des Auswertungsgutachtens (Urk. 12/5) durch sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten verursacht. Es rechtfertigt sich daher, ihm sämtliche Untersuchungskosten – auch diejenigen, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der eingestellten Untersuchung und dem heutigen Teilfreispruch stehen – aufzuerlegen.

2.3 Die Vorinstanz setzte die erstinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 3'600.– fest und auferlegte diese vollumfänglich dem Beschuldigten, obwohl sie ihn in Bezug auf das Einbeziehen eines Kindes in eine sexuelle Handlung freigesprochen hatte. Da sich der Aufwand der Verteidigung vor Vorinstanz zu einem wesentlichen Teil auf den Teilfreispruch bezog, rechtfertigt es sich, die vorinstanzlichen Kosten (inklusive jener der amtlichen Verteidigung) zu 2/3 dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu 1/3 auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. Art. 426 Abs. 1 StPO).

2.4 Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Im Berufungsverfahren unterliegt die Staatsanwaltschaft vollumfänglich. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen teilweise, wobei seine Anträge ohnehin nur die Kostenfolgen des erstinstanzlichen Urteils betreffen, somit einen Nebenpunkt. Es rechtfertigt sich daher, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens (inklusive jener der amtlichen Verteidigung) zu 1/10 aufzuerlegen und zu 9/10 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des ganzen Verfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei ein nachträglicher Rückgriff des Staates auf den Beschuldigten im Umfang der ihm auferlegten Kosten vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO).

3. Bezüglich der Entschädigungsfolgen hat der Beschuldigte nicht substantiiert dargetan, inwiefern ihm in persönlicher Hinsicht aufgrund des Anteils des Verfahrens, welches den Teilfreispruch betrifft, ein grösserer Prozessaufwand und damit Schaden im Rechtssinne entstanden sein soll. Die Kosten seiner amtlichen Verteidigung werden durch die Gerichtskasse übernommen und ein Rückgriff ist nur im ihm auferlegten Teil möglich. Soweit der eine Tag Polizeiverhaft betroffen ist, wird ihm dieser bereits an seine Strafe angerechnet. Mangels zusätzlicher Umtriebe ist dem Beschuldigten somit keine Entschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 24. Mai 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch) und 6 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird vom Vorwurf des versuchten Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB freigesprochen.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Polizeiverhaft erstanden ist, und mit einer Busse von Fr. 600.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, beträgt die Ersatzfreiheitsstrafe 6 Tage.
5. Die Kosten der Untersuchung (inklusive jener der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschuldigten vollumfänglich auferlegt.
6. Die vorinstanzlichen Kosten (inklusive jener der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschuldigten zu 2/3 auferlegt und zu 1/3 auf die Gerichtskasse genommen.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'747.70 amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens (inklusive jener der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschuldigten zu 1/10 auferlegt und zu 9/10 auf die Gerichtskasse genommen.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im ganzen Verfahren werden auf die Gerichtskasse genommen, wobei ein nachträglicher Rückgriff des Staates auf den Beschuldigten nach Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.
10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben)
- sowie hernach in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles.
11. Rechtsmittel:
- 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
II. Strafkammer

Zürich, 2. März 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Aardoom