

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210566-O/U/bs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. R. Faga und
Oberrichterin lic. iur. S. Fuchs sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw T. Künzle

Urteil vom 30. August 2022

in Sachen

A._____,

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Stammbach,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Pornografie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht,
vom 19. Januar 2021 (GG200010)**

Anklage:

(Urk. 8)

Die Anklage der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 2. Juli 2020 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 63 S. 37 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe – als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Ministère public de l'arrondissement de La Côte vom 22. April 2020 sowie als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 22. Juni 2020 – von 50 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 38 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.
5. Es wird ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot (Verbot jeder beruflichen und jeder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst) im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB angeordnet.
6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'800.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'450.– Gebühr Vorverfahren
Fr. 5'985.10 Kosten amtliche Verteidigung (inkl. Fr. 211.20 Spesen und Fr. 427.90 MwSt.).

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
8. (Mitteilungen)
9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 8 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 83)

Hauptantrag

1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe frei zu sprechen.
2. Von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB sei abzusehen.
3. Die Verfahrenskosten seien vom Staat zu tragen.

Eventualantrag

Im Falle einer Verurteilung gemäss erstinstanzlichem Urteil sei(-en):

von einer Anrechnung der 38 Tage Untersuchungshaft an die bedingt ausgesprochene Geldstrafe abzusehen;

auf die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB zu verzichten.

die Verfahrenskosten, auch jene der amtlichen Verteidigung, infolge Uneinbringlichkeit auf den Staat zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 96)

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das erstinstanzliche Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Hinwil vom 19. Januar 2021 sei zu bestätigen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungskläger aufzuerlegen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Bezüglich des Verfahrensgangs bis zum erstinstanzlichen Urteil vom 19. Januar 2021 kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 3 ff.).

1.2. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil der Vorinstanz vom 19. Januar 2021 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 25. Januar 2021 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 57). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde dem Beschuldigten am 5. Oktober 2021 zugestellt (Urk. 61). Mit Eingabe vom 6. Oktober 2021 liess der Beschuldigte innert Frist die Berufungserklärung erstatten (Urk. 64).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 15. November 2021 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt. Zugleich wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung des Beschuldigten zu beantragen. Zudem erhielt der Beschuldigte Gelegenheit, sich zur Frage eines allfälligen Widerrufs der amtlichen Verteidigung zu äussern (Urk. 68). Die Staatsanwaltschaft liess sich innert Frist nicht vernehmen (Urk. 69). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 24. November 2021 beantragen, dass die amtliche Verteidigung für das Berufungsverfahren fortdaure (Urk. 70). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 wurde entschieden, dass vom einem Widerruf der amtlichen Verteidigung abgesehen werde und die amtliche Verteidigung auch im Berufungsverfahren fort dauere (Urk. 73).

1.4. Am 17. Dezember 2021 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 7. Februar 2022 vorgeladen (Urk. 75). Mit Eingabe vom 28. Dezember 2021 liess der Beschuldigte um Dispensation von der Berufungsverhandlung ersuchen (Urk. 77). Auf Nachfrage der Verfahrensleitung erklärten sich die Parteien stattdessen am 3. Januar 2022 mit der Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens einverstanden (Urk. 79).

1.5. Mit Verfügung vom 4. Januar 2022 wurde das schriftliche Berufungsverfahren angeordnet, die Ladungen für die angesetzte Berufungsverhandlung abgenommen und dem Beschuldigten Frist zur Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 80).

1.6. Mit Zuschrift vom 17. Januar 2022 ging die Berufungsbegründung des Beschuldigten hierorts ein (Urk. 83). Mit Präsidialverfügung vom 3. Februar 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Berufungsantwort angesetzt und der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben (Urk. 85). Die Vorinstanz verzichtete am 7. Februar 2022 ausdrücklich auf eine Vernehmlassung (Urk. 87). Die Staatsanwaltschaft erstattete nach zweimaliger Fristerstreckung mit Zuschrift vom 11. April 2022 die Berufungsantwort (Urk. 92). Mit Eingabe vom 25. April 2022 liess der Beschuldigte zur Berufungsantwort Stellung nehmen (Urk. 96). Die Staatsanwaltschaft liess sich dazu nicht mehr vernehmen.

2. Umfang der Berufung / Zuständigkeit / Jugendstrafrecht

2.1. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen Dispositiv-Ziffer 1 (Schuldspruch), Dispositiv-Ziffer 2 (Sanktion), Dispositiv-Ziffer 3 (Strafvollzug) und Dispositiv-Ziffer 5 (Tätigkeitsverbot) (Urk. 64 und Urk. 83). Das vorinstanzliche Urteil ist demnach in den Dispositiv-Ziffern 4 bis 7 (Verzicht auf Anordnung einer Landesverweisung und Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

2.2. Ergänzend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte vor Vorinstanz geltend machte, er sei zum Tatzeitpunkt nicht volljährig gewesen, weshalb das Jugendgericht zuständig sei und das Jugendstrafrecht zur Anwendung komme. Zudem wurde auch die örtliche Zuständigkeit bestritten (vgl. dazu Urk. 34 S. 3 ff.). Dies wird im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht. Im Übrigen kann diesbezüglich auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 63 S. 5 ff.) verwiesen werden.

3. Formelles

Es ist an dieser Stelle zudem 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. Ausgangslage / Sachverhalt / Rechtliche Würdigung

1.1. Die Verteidigung des Beschuldigten bringt in der Berufungsbegründung zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe mit wenig überzeugenden Argumenten das Vorliegen eines Rechtsirrtums im Sinne von Art. 21 StGB verneint. Die Vorinstanz besitze eine hohe Anspruchshaltung, was die geforderte Auseinandersetzung des Beschuldigten mit den schweizerischen Gebräuchen und Gesetzen innerhalb weniger Monate seines Aufenthaltes in der Schweiz anbelange. Die strafrechtliche Bestimmung von Art. 197 Abs. 5 StGB gelte seit dem 1. Juli 2014. Dem Beschuldigten werde "lediglich" der Besitz von kinderpornografischem Material zum Eigenkonsum vorgeworfen. Der Beschuldigte habe der auf dem Mobiltelefon automatisch abgespeicherten Videodatei nach deren Sichtung keine Wichtigkeit beigemessen und habe sie ohne Absicht des "Zurückgreifens" einfach in seinem Speicher des Mobiltelefons belassen, ohne sich dabei irgendwelche Gedanken zu machen und diese erneut ansehen zu wollen. Eine in der Schweiz oder in einem ähnlichen Kulturkreis aufgewachsene Person möge die Entwicklungen im Sexualstrafrecht und die Strafbarkeit des Besitzes von kinderpornografischen Material mitbekommen haben. Man könne aber dem Beschuldigten mit seiner Herkunft und Vorgeschichte nicht unterstellen, dass er den Inhalt der zugestellten Videodatei als strafrechtlich problematisch hätte ansehen sollen. Aus den Aussagen des Beschuldigten in den Einvernahmen während der Strafuntersuchung könne entnommen werden, dass der Beschuldigte die (kinderpornografische) Problematik des Videos gar nicht klar habe erfassen können und dieses vornehm-

lich als spielerisch und lachhaften Akt zwischen Kindern gedeutet habe. Der Irrtum sei nicht vermeidbar gewesen, weshalb klarerweise von einer Strafbarkeit abzusehen sei (Urk. 83 S. 4 f.).

1.2. Der Anklagevorwurf und dessen rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz wird nach dem Gesagten von der Verteidigung des Beschuldigten nicht mehr in Frage gestellt. Entsprechend ist erstellt und unbestritten, dass der Beschuldigte die inkriminierte Videodatei, welche während 32 Sekunden Kinder (unbekannten Alters, auf jeden Fall kindlichen Alters) beim "gespielten bzw. demonstrierten" Geschlechtsverkehr zeigt, besessen hat und sein Handeln in objektiver und subjektiver Hinsicht nach Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB strafbar ist. Fraglich ist demgegenüber, ob sich der Beschuldigte dabei in einem (unvermeidbaren) Rechtsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB befunden hat, was Strafflosigkeit bzw. bei Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums eine Strafmilderung zur Folge hätte.

2. Rechtsirrtum

2.1. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit nach Art. 21 StGB liegt vor, wenn der Täter bei der Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. Gegenstand des Irrtums ist die Verbotenheit eines bestimmten Verhaltens. Auf Rechtsirrtum kann sich nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme hatte, er tue überhaupt nichts Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hielt. Für den Ausschluss eines Rechtsirrtums genügt schon das unbestimmte Empfinden, dass das in Aussicht genommene Verhalten gegen das verstösst, was Recht ist; dabei sind die Auffassungen der Rechtsgemeinschaft massgebend, welcher der Täter angehört (StGB/JStG Kommentar OFK-DONATSCH, Art. 21 N 3, 21. Aufl., 2022). Der Irrtum muss zudem unvermeidbar sein, wobei das Bundesgericht diesbezüglich hohe Anforderungen stellt. So begründet die Unkenntnis der rechtlichen Normierungen grundsätzlich keine Unvermeidbarkeit. Der Rechtsirrtum muss vielmehr auf Tatsachen beruhen, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (StGB/JStG Kommentar OFK-DONATSCH, Art. 21 N 6, a.a.O., Urteile des Bundesgerichtes 6B_782/2016 vom 27. September 2016 E. 3.1; 6B_430/2007 vom 17. März 2008 E. 5.5; BGE 104 IV 217 E. 3a). Aus dieser Formel ergibt sich, dass

der Massstab der Vermeidbarkeit nicht nach dem stärkeren oder schwächeren Rechtsbewusstsein des Einzelnen variieren kann. Vielmehr ist jedermann gehalten, das eigene Verhalten auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, insbesondere wenn der Täter selbst Zweifel hinsichtlich der Rechtmässigkeit seines Verhaltens hat oder hätte haben müssen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Täter zwar weiss, dass sein Verhalten rechtlichen Regelungen unterliegt, sich aber nicht näher über deren Inhalt und Reichweite informiert. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der Verbotsirrtum auch dann als vermeidbar, wenn der Täter sich bewusst ist bzw. sein müsste, dass sein Verhalten in schwerwiegender Weise gegen allgemein übliche Verhaltenssitten verstösst.

2.2. Die Vorinstanz hielt dazu zusammengefasst fest, dass der Beschuldigte in Afghanistan geboren und aufgewachsen sei. Dort habe er unter anderen gesellschaftlichen, kulturellen und rechtlichen Rahmenbedingungen gelebt, wozu auch die Rechte von Kindern und Jugendlichen zu zählen seien. Mangels anderer Anhaltspunkte sei zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass er sich entsprechend seiner Aussagen zu keinem Zeitpunkt "der Strafbarkeit des Videos" bewusst gewesen sei. Zudem sei der Beschuldigte zum Zeitpunkt, als ihm das Video zugestellt worden sei, erst seit ungefähr acht Monaten in der Schweiz und in einem ihn wohl belastenden Asylverfahren involviert gewesen. Sobald sich eine Person dazu entschliesse, sich zumindest vorläufig in einem für ihn fremden Land mit anderen Rechtsgrundlagen aufzuhalten oder gar niederzulassen, unterwerfe sie sich jedoch den dort geltenden Gesetzen und es gehöre auch zu ihren Pflichten, sich mit den dort geltenden (Gesetzes-) Regeln auseinanderzusetzen. Eine gewissenhafte Person hätte sich in einer mit dem Beschuldigten vergleichbaren Situation zumindest vor Augen geführt, dass der Inhalt der zugestellten Videodatei problematisch sei, auch wenn er andere Gebräuche und Regeln in Zusammenhang mit Kindern und Jugendlichen kenne. Zudem seien im Video zwei noch sehr junge Kinder zu sehen, welche deutlich unter 10 Jahren alt seien. Es könne unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte das Video wegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums nicht gelöscht habe. Der Irrtum sei zumindest nach Art. 21 Satz 2 StGB vermeidbar gewesen (Urk. 63 S. 21 f.).

2.3. Der Beschuldigte stammt aus B._____ (Urk. 2/1 S. 16 F/A 102), einer Region in Afghanistan. Im Mai 2018 kam er in die Schweiz und ersuchte hier um Asyl (Urk. 2/1 S. 17 F/A 113). Das inkriminierte Video erhielt der Beschuldigte rund ein halbes Jahr später im November 2018. Der Beschuldigte gab dazu zusammengefasst an, dass die beiden [der Junge und das Mädchen im Video] sehr jung seien. Für ihn sei dies ein spielerischer Akt, als ob sie Quatsch machen würden. Das Video sei ihm geschickt worden, um es anzusehen, weil die so Quatsch machen würden. Sie hätten sich darüber lustig gemacht (Urk. 2/4 F/A 21). Für ihn sehe das nur nach spielerischem Quatsch aus. Zwei Kinder, die miteinander spielen würden. Er habe nicht gewusst, dass das verboten sei, wenn ihm jemand so ein Video zuschicke. Er habe das ja nicht selbst aufgenommen (Urk. 2/4 F/A 22 und 24) und nicht gewusst, dass dies eine Straftat sei, wenn ein Video auf einem Handy sei (Urk. 2/4 F/A 31). Er habe es nicht wichtig gefunden, es zu löschen. Vielleicht habe er auch vergessen, es zu löschen (Urk. 2/4 F/A 32). Für ihn sehe das nicht nach einem Geschlechtsakt aus, auch nicht spielerisch, sondern nach Spass. Wenn man das Video ansehe, lache man nur darüber (Urk. 2/4 F/A 50). Bei ihnen [in Afghanistan] würden man Leute mit 14 oder 15 [Jahren] verheiratet (Urk. 2/4 F/A 50).

2.4. Aus dem UNICEF Bericht zur menschenrechtlichen Lage in Afghanistan aus dem Jahr 2018 (abrufbarunter: <https://www.unicef.de/informieren/materialien/child-notice-afghanis-tan/230386#:~:text=Der%20Bericht%20zur%20menschenrechtlichen%20Lage,die%20Ermittlung%20des%20Kindeswohls%20sind.>) ergibt sich Folgendes: Afghanistan hat sowohl die UN-Kinderkonvention (SR 107.0) und auch das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie ratifiziert (SR 0.107.2; Ratifikation am 19. September 2002 S. 10). Im soeben genannten Fakultativprotokoll ist festgehalten, dass jeder Vertragsstaat sicherstellt, dass das Herstellen, Vertreiben, Verbreiten, Einführen, Ausführungen, Anbieten, Verkaufen oder Besitzen von Kinderpornografie zu den genannten Zwecken in vollem Umfang von seinem Strafrecht erfasst wird (Art. 3 Ziff. 1 lit. c).

Daraus lässt sich schliessen, dass sich auch Afghanistan gegen Kinderpornografie ausspricht. Explizit nicht geregelt ist jedoch der blosse Besitz von Kinderpornografie. Entsprechendes lässt sich auch aus dem Bericht der Verteidigung des Beschuldigten vom 4. November 2019 entnehmen, wonach es in Afghanistan zwar ein allgemeines Verbot von Pornografie gebe, aber gerade der (blosse) Besitz von Kinderpornografie nicht gesetzlich geregelt sei (Urk. 98). Folglich ist auch in Afghanistan bekannt, dass Kinderpornografie grundsätzlich nicht erlaubt ist. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung ist der Besitz harter Pornografie in der Schweiz seit dem 1. April 2002 strafbar und nicht erst mit der Revision des Strafgesetzbuches im Jahr 2014 (vgl. Urk. 83 S. 4; Urk. 96 S. 2). Die Behauptung des Beschuldigten, das Video sei für ihn nur "Quatsch" bzw. "Spass" gewesen, ist zudem nicht überzeugend und eine Bagatellisierung des Inhalts. Auf dem Video sieht man einen geschätzt achtjährigen nackten Jungen und ein etwas jüngeres Mädchen, welches lediglich einen Pullover trägt. Der Junge versucht dabei von hinten spielerisch das Mädchen zu penetrieren und macht kopulierende Bewegungen (Urk. 3/7 Blatt 8 und 9 und Urk. 3/10). Dass der Beschuldigte dabei keinen sexuellen Bezug erkennen will, ist als Schutzbehauptung zu werten. Vielmehr ist klar erkennbar, dass es sich dabei um einen sexuellen Akt bzw. eine kinderpornografische Darstellung handelt. Der Beschuldigte räumte auch ein, dass die beiden Kinder sehr jung gewesen seien (Urk. 2/4 F/A 21). Entgegen der Auffassung des Beschuldigten genügt für den Ausschluss eines Rechtsirrtums bereits ein unbestimmtes Empfinden, etwas Unrechtes zu tun. Die inkriminierte Videodatei steht im klaren Widerspruch zu den vorherrschenden ethischen, sittlichen Wertvorstellungen. Folglich liegt die Möglichkeit sehr nahe, dass der Besitz solcher Darstellungen gegen die Rechtsordnung verstossen könnte.

2.5. Der Beschuldigte hat in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt. Er hat in Afghanistan bis zur 10. Klasse die Schule besucht, ist hier nach eigenen Angaben ebenfalls zur Schule gegangen und hat offenbar die französische Sprache gelernt, weil er in der Schweiz habe bleiben wollen (Urk. 2/1 F/A 114 und Urk. 2/4 F/A 59). Dies zeigt, dass er sich in die hiesige Gesellschaft mit deren Rechtsvorstellungen integrieren wollte, weshalb der Standpunkt der Verteidigung, der Be-

schuldigte habe die kinderpornografische Problematik des Videos aufgrund der in Afghanistan herrschenden Sichtweise gar nicht erfassen können, nicht greift. Vielmehr ist mit der Vorinstanz (Urk. 63 S. 21 f.) zu erwarten, dass der Beschuldigte sein Handeln nach der hier geltenden Rechtsordnung prüft bzw. zumindest nach dem hiesigen Rechtsverständnis hinterfragt. Dafür braucht es auch keine speziellen Kenntnisse. Der Beschuldigte war im Besitz eines Mobiltelefons und auch auf den sozialen Netzwerken aktiv, weshalb ihm aufgrund der geschilderten Problematik auch zuzumuten war, sich zu informieren und Abklärungen betreffend die Zulässigkeit des Besitzes von Kinderpornografie auf dem Mobiltelefon zu treffen. Er selbst sagte auch aus, dass es ihm bewusst war, dass das Video automatisch auf seinem Handy gespeichert werde (vgl. Urk. 2/4 F/A 10). Das Vorliegen eines Rechtsirrtums ist demnach zu verneinen.

2.6. Nach dem Gesagten ist der Beschuldigte der Pornografie nach Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB schuldig zu sprechen. Dieser Schuldspruch ist auch mit dem Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO) vereinbar, zumal das vorinstanzliche Dispositiv massgebend ist (BGE 141 IV 132 E. 2.7.3).

III. Sanktion / Vollzug / Haftanrechnung

1. Allgemeines zur Strafzumessung

1.1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen theoretischen Grundsätze der Strafzumessung zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 63 S. 23 ff.).

1.2. Zutreffend hielt die Vorinstanz zudem fest, dass ein Fall einer retrospektiven Konkurrenz vorliegt. Der Beschuldigte weist zwei Vorstrafen auf. So wurde er zum einen mit Strafbefehl des Ministère public de l'arrondissement de La Côte vom 22. April 2020 wegen rechtswidrigen Aufenthaltes nach Art. 115 Abs. 1 lit. b StGB mit einer bedingten Geldstrafe von 100 Tagessätze zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 600.– belegt. Zum anderen wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 22. Juni 2020 wegen rechtswidriger Einreise nach Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG und rechtswidrigen Aufenthaltes nach

Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse von Fr. 300.– bestraft (Urk. 67). Gemäss erstelltem Sachverhalt wurde die Videodatei am 15. Januar 2020 beim Beschuldigten sichergestellt. Der Deliktszeitpunkt liegt demnach vor den genannten Verurteilungen. Da vorliegend wie noch zu zeigen sein wird, ebenfalls eine Geldstrafe auszusprechen ist, ist deshalb eine Zusatzstrafe zu den beiden Strafbefehlen auszusprechen.

2. Konkrete Strafzumessung

2.1. Bezüglich der objektiven Tatschwere lässt sich festhalten, dass das Video mit kinderpornografischem Inhalt 32 Sekunden dauert. Das Video ist demnach von kurzer Dauer. Der Beschuldigte hat das Video zudem nicht selber erstellt oder danach gesucht, sondern es wurde ihm in der App Snapchat in einem Gruppenchat zugestellt. Das Alter der beiden Kinder beträgt schätzungsweise zwischen 6 bis 8 Jahren. Beide Kinder befinden sich demnach eindeutig im sexuellen Schutzalter bzw. gar noch in vorpubertärem Alter, was strafferhöhend zu werten ist. Der Junge versucht zudem das Mädchen "spielerisch" von hinten zu penetrieren, was von allen denkbaren sexuellen Handlungen nicht unerheblich erscheint. Insgesamt wiegt die objektive Tatschwere noch leicht.

2.2. Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist zu erwähnen, dass der Beschuldigte das deutlich minderjährige bzw. kindliche Alter des Mädchens und des Jungens erkannte. Ebenfalls musste er sich darüber im Klaren sein, dass es sich um eine kinderpornografische Darstellung handelte. Das Video hat er dennoch nicht gelöscht, weshalb er zumindest eventualvorsätzlich in Kauf nahm, das kinderpornografische Video auf seinem Mobiltelefon zu besitzen. Als Motiv gab er an, er habe das Video lustig gefunden. Es sei Quatsch und Spass gewesen. Es ging ihm folglich (nur) um die eigene Unterhaltung bzw. das eigene Vergnügen, was etwas verwerflich anmutet. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Beschuldigte eine pädophile Neigung hat. Insgesamt ist ebenfalls von einem noch leichten Verschulden auszugehen.

Die Einsatzstrafe ist auf verschuldensangemessene 100 Strafeinheiten festzusetzen.

2.3. Täterkomponente

2.3.1. Bezüglich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 27 ff.). Nach dem letzten Kenntnisstand hält sich der Beschuldigte in C. _____ [Staat in Europa] auf (Urk. 77). Entgegen der Vorinstanz ist das junge Alter des Beschuldigten im Rahmen der Strafzumessung neutral zu werten. Ebenfalls hat die Tatsache, dass der Beschuldigte aus Afghanistan geflüchtet und in der Schweiz (erfolglos) um Asyl ersucht hat, für die Strafbarkeit wegen Kinderpornografie keinen Einfluss. Das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sind mithin insgesamt strafzumessungsneutral zu werten.

2.3.2. Wie erwähnt weist der Beschuldigte zwei Verurteilungen im Strafregisterauszug auf (Urk. 67). Dabei handelt es sich aufgrund der retrospektiven Konkurrenz technisch gesehen um keine Vorstrafe, weshalb dieser Umstand neutral zu werten ist.

2.3.3. Anhaltspunkte für eine erhöhte Strafempfindlichkeit sind keine ersichtlich.

2.3.4. Die Täterkomponente hat demnach auf die Strafzumessung keinen Einfluss.

2.4. Anzumerken bleibt, dass entgegen der Vorinstanz ein vermeidbarer Rechtsirrtum als Strafmilderungsgrund zu verneinen ist, jedoch eine Straferhöhung gegen das Verschlechterungsverbot verstossen würde.

2.5. Strafart

Die Vorinstanz hat sich zutreffend zur Wahl der Strafart geäußert. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 63 S. 29 f.). Es ist auf eine Geldstrafe zu erkennen. Im

Übrigen steht aufgrund des Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO) eine Freiheitsstrafe von vornherein nicht zur Diskussion.

2.6. Zusatzstrafe zu den beiden Strafbefehlen

2.6.1. Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass der Tatbestand der Pornografie aufgrund der abstrakten Strafandrohung das schwerste Delikt und damit Ausgangspunkt der Strafzumessung ist (Urk. 63 S. 30 f.). Entsprechend sind die 90 Tagessätze als hypothetische Einsatzstrafe festzulegen und eine Asperation für die beiden bereits abgeurteilten Delikte vorzunehmen. Die von der Vorinstanz vorgenommene Asperation um 70 Tagessätze für den unrechtmässigen Aufenthalt sowie um weitere 50 Tagessätze für die rechtswidrige Einreise und den rechtswidrigen Aufenthalt sind angemessen (vgl. dazu Urk. 63 S. 30 f.) und zu bestätigen, weshalb eine hypothetische Gesamtstrafe von 210 Tagessätzen resultiert. Davon sind die bereits ausgefallten Geldstrafen von insgesamt 160 Tagessätzen abzuziehen.

2.6.2. Nach dem Gesagten ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen des Ministère public de l'arrondissement de La Côte vom 22. April 2020 sowie der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 22. Juni 2020 zu bestrafen.

2.7. Tagessatzhöhe

Die von der Vorinstanz festgelegte Höhe des Tagessatzes von Fr. 10.– ist mit Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 63 S. 31) ebenfalls zu bestätigen.

3. Vollzug der Strafe / Verbindungsbusse

3.1. Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundsätze des bedingten Vollzugs zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 63 S. 32 f.). Der Leumund des Beschuldigten ist aufgrund der beiden Verurteilungen zwar etwas getrübt, obschon es dabei wie erwähnt nicht um Vorstrafen im technischen Sinn handelt. Die Widerhandlungen gegen das AIG standen im Zusammenhang mit

seinem abgewiesenen Asylgesuch und sind nicht einschlägig. Entsprechend kann dem Beschuldigten mit der Vorinstanz eine günstige Prognose gestellt werden. Die Probezeit ist auf das gesetzliche Minimum von zwei Jahren festzusetzen.

3.2. Aufgrund des Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO) steht die Ausfällung einer Verbindungsbusse von vornherein nicht zur Diskussion.

4. Anrechnung der Haft

4.1. Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an, wobei ein Tag Haft einem Tagessatz Geldstrafe entspricht. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist für die Anrechnung der Haft weder Tat- noch Verfahrensideutlichkeit erforderlich (vgl. auch BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 154 ff.; Urteil 1B_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2; je mit Hinweisen). Die Untersuchungshaft ist sowohl auf unbedingte als auch auf bedingte Geld- oder Freiheitsstrafen anzurechnen (vgl. BGE 141 IV 236 E. 3.3. S. 239; BGE 135 IV 126 E. 1.3.8 S. 129 f.; Urteil 6B_75/2009 vom 2. Juni 2009 E. 4.3-4.4). Die Entschädigungsfrage stellt sich grundsätzlich erst, wenn keine umfassende Anrechnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft an eine andere Sanktion im Sinne von Art. 51 StGB mehr möglich ist. Der Grundsatz der Subsidiarität der wirtschaftlichen Entschädigung ist vom Betroffenen hinzunehmen (vgl. Urteile 6B_169/2012 vom 25. Juni 2012 E. 6; 1B_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2 mit Hinweisen).

4.2. Der Beschuldigte befand sich vorliegend aufgrund des Verdachtes der Vergewaltigung insgesamt 38 Tage in Untersuchungshaft. Dieses Strafverfahren wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 2. Juli 2020 eingestellt (Urk. 5/4), wobei keine Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft ausgerichtet wurde. Wie gezeigt ist für die Anrechnung der erlittenen Haft weder Tat- noch Verfahrenseinheit erforderlich. Zudem ist es entgegen der Auffassung der Verteidigung auch möglich, erstandene Hafttage an bedingte Geldstrafen anzurechnen. Die vom Beschuldigten erstandene Untersuchungshaft von 38 Tagen ist demnach entgegen der Auffassung der Verteidigung mit 38 Tagessätzen an die Geldstrafe anzurechnen.

IV. Tätigkeitsverbot

1. Grundlagen

1.1. Grundsätzlich verbietet das Gericht dem Täter lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, wenn der Täter unter anderem wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB zu einer Strafe verurteilt wird (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB). In besonders leichten Fällen kann das Gericht ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind (Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB). In diesem Zusammenhang kommt dem Gericht ein Ermessenspielraum zu. 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).

1.2. 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. BBl 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 einstufe und deshalb eine milde Strafe ausgesprochen werde (BBI 2016 6161).

2. Würdigung

2.1. Die vom Beschuldigten gespeicherte Videodatei hat die sexuelle Darstellung eines minderjährigen Knabens, welcher versucht, ein minderjähriges Mädchen "spielerisch" von hinten zu penetrieren, zum Inhalt, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB grundsätzlich erfüllt sind. Allerdings ist nachfolgend zu prüfen, ob ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB vorliegt, welcher einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes zu rechtfertigen vermag.

2.2. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich beim Tatbestand der Pornografie um einen der leichteren respektive geringfügigeren Tatbestände des Sexualstrafrechts handelt und die Videodatei angesichts des Spektrums von möglichen Handlungen, welche unter den Tatbestand der Pornografie zu subsumieren sind, nicht besonders schwer wiegt und verschuldensmässig im untersten Bereich anzuordnen ist. Hinsichtlich der objektiven als auch der subjektiven Tatschwere ist wie ausgeführt von einem noch leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte eine pädophile Neigung hat und das Video deshalb nicht gelöscht hat.

2.3. Die Vorinstanz hält jedoch zu Recht fest, dass sich der Beschuldigte der Tragweite und der Konsequenzen seiner Handlungen nicht bewusst war. So gab er durchwegs an, es sei Spass oder Quatsch und auch keine kinderpornografische Darstellung gewesen. Entsprechend bestehen gewisse Zweifel an der Einsicht des Beschuldigten in die Problematik. Der Beschuldigte ist nun aufgrund des vorliegenden Strafverfahrens und seiner Verurteilung aber

bekannt, dass auch der Besitz von kinderpornografischen Videos strafbar ist, weshalb von einer gewissen Sensibilisierung auszugehen ist. Auch wenn der Beschuldigte derzeit beruflich und ausserberuflich nicht mit Kindern oder Jugendlichen zu tun hat, wird der Beschuldigte als noch junger Mensch durch ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot zudem massiv eingeschränkt. Dies alles wäre im Sinne des Gesetzgebers ohne zu Zögern hinzunehmen, wenn es sich beim Beschuldigten um eine Person handeln würde, vor welcher Kinder und Jugendliche geschützt werden müssen. Beim Beschuldigten handelt es sich aber nicht um einen Pädophilen, sondern um einen jungen Mann, der – ohne sich dabei viel zu überlegen und die Konsequenzen ausreichend zu bedenken – einmalig eine kinderpornografische Datei besessen hat. Dies widerspiegelt sich auch im noch 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 Besitz 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. Entsprechend ist von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB abzusehen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Beschuldige unterliegt im Berufungsverfahren grossmehrheitlich mit seinen Anträgen. Einzig bezüglich des Verzichts auf Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots obsiegt er. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten

des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zu 4/5 aufzuerlegen und zu 1/5 auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren werden Fr. 3'744.50 geltend gemacht (Urk. 99). Dieser Betrag ist ausgewiesen und angemessen. Der amtliche Verteidiger ist daher mit insgesamt Fr. 3'744.50 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 19. Januar 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1.-3.

4. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.

5. ...

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 1'800.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 1'450.- Gebühr Vorverfahren

Fr. 5'985.10 Kosten amtliche Verteidigung (inkl. Fr. 211.20 Spesen und Fr. 427.90 MwSt.).

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen."

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 38 Tagessätze durch Untersuchungshaft erstanden sind, als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen des Ministère public de l'arrondissement de La Côte vom 22. April 2020 sowie der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 22. Juni 2020.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes wird abgesehen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'744.50 amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - das Bundesamt für Polizei

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich.
8. 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, 30. August 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

MLaw T. Künzle

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.