

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220426-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi
und Ersatzoberrichterin Dr. iur. Schoder sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Boese

Urteil vom 21. Februar 2023

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache Pornografie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. Juni 2022
(DG220001)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2021 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 13).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB sowie
 - der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen.
5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
6. Es wird ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. c aStGB [Fassung vom 1. März 2018] angeordnet und dem Beschuldigten für die Dauer von 10 Jahren untersagt, jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit auszuüben, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst.
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. November 2021 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, lagernden Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft zur Vernichtung überlassen:

- Mobiltelefon Samsung Galaxy S6, 32 GB (A012'107'367; 0888.18.04.N01);
- USB Memory Stick Transcend 8 GB (A012'107'470; 0888.18.13.U01);
- USB Memory Stick EMTEC 8 GB (A012'107'481; 0888.18.14.U01);
- USB Memory Stick Sony 2 GB (A012'107'492; 0888.18.15.U01);
- USB Memory Stick Intenso 16 GB (A012'107'527; 0888.18.16.U01);
- Festplatte Western Digital 2.0 TB (A012'107'561; 0888.18.19.H01);
- Festplatte Seagate 250 GB (A012'107'312; 0888.18.01.H01);
- Festplatte Marke unbekannt, 300 GB (A012'107'356; 0888.18.03.H01);
- Speicherkarte SanDisk 32 GB (A012'107'414; 0888.18.09.M01);
- Festplatte Seagate 1 TB (A012'107'458; 0888.18.11.H01);
- Solid State drive (SSD) Marke unbekannt 64 GB (A012'107'550; 0888.18.18.H01).

8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'200.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	4'500.00	Gebühr Vorverfahren
Fr.	421.90	Auslagen
Fr.	7'640.00	Auslagen Polizei
Fr.	8'732.00	Entschädigung amtl. Verteidigung lic. iur. X. _____ (inkl. MwSt. und Barauslagen)
Fr.	<u>25'493.90</u>	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine Begründung dieses Entscheids verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

Die Kosten des Vorverfahrens (Gebühr Vorverfahren, Auslagen, Auslagen Polizei) sowie des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung dieser Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 49 S. 1; Urk. 56 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 StGB (zugänglich Machen) freizusprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer angemessenen bedingten Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von einem Tag Untersuchungshaft, zu bestrafen.
3. Von der Anordnung einer Landesverweisung sei abzusehen. Eventualiter sei von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 52, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Gegenstand des Berufungsverfahrens

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. Juni 2022 wurde der Beschuldigte der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB sowie der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB schuldig gesprochen. Dafür wurde er mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 14 Monaten bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Es wurde eine Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem angeordnet. Ferner wurde ein Tätigkeitsverbot ausgesprochen und dem Beschuldigten für die Dauer von 10 Jahren jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeitsausübung untersagt, die den regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Urk. 37; Urk. 46).

Gegen dieses Urteil hat der Beschuldigte fristgerecht Berufung angemeldet (Prot. I S. 37; Urk. 39) und die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 43; Urk. 49). Er lässt beantragen, er sei vom Vorwurf der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB freizusprechen und mit einer angemessenen bedingten Freiheitsstrafe zu bestrafen, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Weiter sei von der Anordnung einer Landesverweisung, eventualiter von deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem abzusehen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. Die Staatsanwaltschaft hat auf die Erhebung einer Anschlussberufung verzichtet und beantragt die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 52).

Demzufolge ist das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldspruch wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB), 6 (Tätigkeitsverbot), 7 (Beschlagnahmungen) und 8 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen.

II. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf und zu erstellender Sachverhalt

In der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2021 wird dem Beschuldigten mehrfache Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB und im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB vorgeworfen.

Die Vorwürfe unter dem Titel von Art. 197 Abs. 5 StGB bilden hinsichtlich der Sachverhaltserstellung und rechtlichen Würdigung nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens. Die entsprechenden Schuldsprüche sind in Rechtskraft erwachsen.

Zu prüfen ist der unter dem Titel von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB angeklagte Sachverhalt. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe am 17. September 2018 via das Peer2Peer-Netzwerk "Gnutella" und am 23. September 2018 via das Peer2Peer-Netzwerk "BitTorrent" von seiner Wohnadresse aus die in der Anklage beschriebenen zwei Videodateien und zwei Bilddateien im Wissen um deren Inhalt für andere Peer2Peer-Netzwerkuser zugänglich gemacht, was er zumindest für möglich gehalten und in Kauf genommen habe.

Der äussere Sachverhalt ist durch die Akten (Auswertungsberichte der Kantonspolizei Zürich und Screenshots; Urk. 2/4 und Urk. 7/1) erstellt, was vom Beschuldigten grundsätzlich nicht in Abrede gestellt wird. Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte die amtliche Verteidigung allerdings vor, dass es der Kantonspolizei Zürich nur aufgrund ihres spezialisierten Computerprogramms, welches eigens für Strafverfolgungsbehörden entwickelt worden sei, möglich gewesen sei, gleichzeitig wie der Beschuldigte die in der Anklage beschriebenen Video- und Bilddateien herunterzuladen. Vor diesem Hintergrund sei höchst fraglich, ob er die pornografischen Erzeugnisse auch anderen Peer2Peer-Netzwerkusern, welche nicht über dieses Programm verfügten, zugänglich gemacht habe (Urk. 56 S. 2 f.; vgl. auch Urk. 33 S. 3). Aus dem Ergebnisbericht zur EDV-Datenanalyse der Kantonspolizei Zürich vom 27. August 2021 ergibt sich, dass der Beschuldigte die standardmässige Einstellung nicht deaktiviert hatte, wonach beim Download von Dateien über das von ihm verwendete Filesharing-Programm gleichzeitig deren

Upload freigegeben wird (Urk. 7/4 S. 7 f., 9). Daraus folgt ohne weiteres, dass auch andere Nutzer des Peer2Peer-Netzwerks, über welches der Beschuldigte die inkriminierten Dateien herunterlud, auf diese Inhalte hätten zugreifen können. Dafür wären – entgegen der amtlichen Verteidigung – keine besonderen, eigens für die Strafverfolgungsbehörden entwickelten Computerprogramme erforderlich gewesen. Der Upload der inkriminierten Dateien wäre vielmehr sämtlichen Nutzern offengestanden, welche sich ebenfalls in dem vom Beschuldigten besuchten Peer2Peer-Netzwerk bewegten und über ein Filesharing-Programm verfügten, welches das entsprechende Netzwerk unterstützt. Der Beschuldigte hat somit den Inhalt der Dateien, welche er mit dem von ihm verwendeten Filesharing-Programm heruntergeladen hatte, automatisch zum Upload für andere User der in der Anklage aufgeführten Peer2Peer-Netzwerke freigegeben bzw. zugänglich gemacht.

Der Beschuldigte bestreitet dagegen den inneren Sachverhalt, indem er geltend macht, er habe nicht gewusst und auch nicht für möglich gehalten, dass die inkriminierten Dateien anderen Netzwerk-Usern zugänglich gemacht würden. In diesem Umfang ist der Sachverhalt nachfolgend zu erstellen.

2. Urteil der Vorinstanz und Standpunkt des Beschuldigten

Die Vorinstanz hat betreffend den bestrittenen Sachverhalt erwogen, der Beschuldigte bewege sich regelmässig im Internet und habe die in der Anklage aufgeführten Peer2Peer-Netzwerke benutzt, womit er über die in diesem Zusammenhang notwendigen Anwenderkenntnisse verfügt habe. Entsprechend müsse ihm auch das Wissen zugerechnet werden, dass Programme über veränderbare Einstellungen verfügen und Tauschnetzwerke auf dem Prinzip des Tauschens beruhen, weshalb neben Downloads auch Uploads möglich seien. Bei Torrent-Programmen sei es grundsätzlich möglich, den Upload zu deaktivieren, welcher bei der Installation des Programms standardmässig aktiviert sei. Dem Beschuldigten hätte die Möglichkeit der Deaktivierung der Upload-Funktion bekannt sein können. Durch die Benutzung des Tauschnetzwerks habe er die Möglichkeit des Hochladens durch Dritte in Kauf genommen (Urk. 46 S. 12).

Der Beschuldigte verweigerte in der ersten polizeilichen Befragung vom 6. Dezember 2018 (Urk. 5/1), in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 3. Juni 2020 (Urk. 5/2) und in der Schlusseinvernahme vom 4. November 2021 (Urk. 5/3) die Aussage. Auch vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung machte er bei seiner Befragung zur Sache grundsätzlich von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch (Prot. I S. 9 ff.; Prot. II S. 12 ff.). Er bestritt jedoch ausdrücklich, Dateien gemäss Anklageschrift zugänglich gemacht zu haben. In der Berufungserklärung liess der Beschuldigte geltend machen, er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass das von ihm verwendete Programm standardmässig während des Downloads gleichzeitig einen Upload durchführe (Urk. 49 S. 2). An der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung – wie bereits vor Vorinstanz – aus, der gleichzeitige Up- und Download von Dateien aus dem Internet sei eine Standardeinstellung der Torrent-Programme, welche den meisten Nutzern unbekannt sei. Um diese Funktion zu deaktivieren, müssten die Einstellungen des betreffenden Programms in vier Schritten geändert werden. Das technische Know-How des Beschuldigten sei als gering einzustufen. Ihm sei daher nicht bewusst gewesen, dass diese standardmässige Programmeinstellung aktiviert gewesen sei und durch den Download gleichzeitig ein Upload der partiellen Datei erfolgt sei. Deshalb habe er auch nicht versucht bzw. sich darum gekümmert, die entsprechende Funktion zu deaktivieren. Es könne ihm nicht unterstellt werden, er habe gewollt, dass die Dateien wieder hochgeladen würden, um sie mit einer unbestimmten Vielzahl von Personen zu teilen (Urk. 33 S. 3; Urk. 56 S. 2 f.).

3. Würdigung

Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil 6B_304/2021 vom 2. Juni 2022 einen dem vorliegenden vergleichbaren Fall zu beurteilen. Dem bundesgerichtlichen Entscheid lag der Anklagevorwurf zugrunde, der in jenem Verfahren Beschuldigte habe unter Verwendung des Programms "Shareaza" wiederholt verbotene harte Pornografie vom Internet heruntergeladen und auf verschiedenen Datenträgern gespeichert. Durch dieses Vorgehen habe er dieses Material auch Dritten, das heisst anderen Nutzern des Filesharing-Programms, zugänglich gemacht. Dies habe er zumindest in Kauf genommen, da er die entsprechenden Videos und Bil-

der erst gelöscht habe, als er sie auf einer Festplatte abgespeichert habe und zudem keine Veränderung der Programmeinstellung vorgenommen habe, welche einen automatisierten Upload verhindert hätte. Das Bundesgericht erwog, da der Beschwerdeführer das Internet zum Gamen, Sachen Herunterladen, für E-Banking, Nachrichten, Spiele und Facebook nutze, sei davon auszugehen, dass er die üblicherweise vorausgesetzten Anwenderkenntnisse gehabt habe. Darunter falle auch, dass Programme über veränderbare Einstellungen verfügen und dass Tauschnetzwerke auf dem Prinzip des Tauschens beruhen, weshalb grundsätzlich Downloads und Uploads möglich sein müssen (E. 1.5.2).

Diese Erwägungen des Bundesgerichtes beanspruchen auch im vorliegenden Fall uneingeschränkte Gültigkeit. Daran vermag der Einwand der Verteidigung nichts zu ändern, wonach sich der hier zu beurteilende Sachverhalt massgeblich von demjenigen unterscheide, welcher dem bundesgerichtlichen Urteil zugrunde liege. Der in jenem Verfahren Beschuldigte habe die Dateien nach dem Download jeweils sofort gelöscht, um den weiteren Upload zu verhindern. Durch dieses Verhalten habe dieser aber gerade gezeigt, dass ihm bewusst gewesen sei, dass ein automatischer Upload erfolge. Der Beschuldigte dieses Verfahrens habe hingegen nicht gewusst, dass diese Funktion aktiviert gewesen sei, weshalb er sich nicht darum gekümmert habe, diese Standardeinstellung zu verändern (Urk. 56 S. 3). Im Ergebnisbericht zur EDV-Datenanalyse der Kantonspolizei Zürich vom 27. August 2021 wird ausgeführt, dass der Upload von Dateien nach der Installation von "Shareaza" standardmässig aktiviert sei. Die Filesharing-Software sei grundsätzlich nicht darauf angelegt, Daten herunterzuladen, aber keinen Upload – und somit keinen Austausch von Dateien – zuzulassen, da dadurch der Grundgedanke des Filesharings untergraben werde (Urk. 7/4 S. 6). Dass Tauschnetzwerke auf dem Prinzip des Austausches beruhen, ist für jeden durchschnittlichen Anwender ohne weiteres erkennbar. Allein schon aufgrund dieses Umstandes muss es dem Beschuldigten bewusst gewesen sein, dass es zu einem Upload der von ihm heruntergeladenen Dateien über die besuchten Peer2Peer-Netzwerke kommen könnte. Hinzukommt, dass er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur vom 28. Januar 2010 der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 StGB schuldig gesprochen worden war. Jenem Strafbefehl lag unter anderem

auch der Vorwurf zugrunde, der Beschuldigte habe pornografische Dateien in verschiedenen Verzeichnissen der Festplatten seines Computer gespeichert, von wo aus diese über die von ihm verwendeten Filesharing-Programme wiederum einer unbestimmten Anzahl weiterer Internet-Benutzer zum Herunterladen bereitgestellt seien, was er zumindest in Kauf genommen habe (Urk. 29/1 S. 3). Dieser Strafbefehl ist zwar inzwischen im Strafregister gelöscht und darf dem Beschuldigten nicht mehr als Vorstrafe entgegengehalten werden. Jedoch geht daraus hervor, dass er bereits im Jahre 2010 mit dem Vorwurf der Inkaufnahme des Verbreitens von pornografischen Dateien über den automatischen Upload im Rahmen eines Filesharing-Programmes konfrontiert war und über diese Funktion bzw. Programmeinstellung hätte gewarnt sein sollen. Trotzdem lud der Beschuldigte die in der Anklage umschriebenen Bild- und Videodateien wiederum über Tauschnetzwerke herunter, ohne jedoch die Standardeinstellungen des dafür verwendeten Filesharing-Programms angepasst zu haben, wodurch die heruntergeladenen Dateien automatisch auch für andere Netzwerk-User zum Upload freigegeben wurden.

Aus all diesen Umständen ergibt sich, dass der Beschuldigte zumindest in Kaufnahm, dass die im vorliegenden Verfahren inkriminierten Bild- und Videodateien weiteren Netzwerk-Usern zugänglichgemacht wurden. Damit ist der Anklagesachverhalt auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

III. Rechtliche Würdigung

Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Tatbestand des Art. 197 Abs. 4 StGB kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 46 S. 11; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz ist zutreffend und wurde als solche von der Verteidigung auch nicht bemängelt. Diese machte einzig geltend, der subjektive Tatbestand sei nicht erfüllt, da kein Eventualvorsatz vorliege. Dieser Einwand wurde bereits im Rahmen der Sachverhaltserstellung widerlegt. Indem der Sachverhalt in subjektiver Hinsicht erstellt wurde, ist auch der subjektive Tatbestand im Sinne eventualvorsätzlicher Tatbegehung erfüllt. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist zu

bestätigen. Der Beschuldigte ist daher ferner des Zugänglichmachens harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB schuldig zu sprechen.

IV. Strafzumessung

1. Allgemeines

Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zu den Strafzumessungsregeln kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 46 S. 13 f.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nachfolgend in einem ersten Schritt die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt des Zugänglichmachens harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB innerhalb des Strafrahmens, welcher von Geldstrafe bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe reicht, festzulegen ist. Diese Einsatzstrafe ist dann mittels Asperation für die mehrfache Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB angemessen zu erhöhen.

2. Strafzumessung *in concreto*

2.1. Tatkomponente

2.1.1. Mehrfache Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB

a) Objektive Tastschwere

Gegenstand der Beurteilung bilden zwei Videodateien und zwei Bilddateien. Das Zugänglichmachen der Videodatei, welche zeigt, wie ein unter 16-jähriges Mädchen, an Händen und Füßen mit Ketten gefesselt, während 16 Minuten von maskierten Männern mit einem Gegenstand penetriert wird und dem Mädchen mittels Stromstößen und Kerzenwachs Schmerzen zugefügt werden, stellt innerhalb dieser Deliktskategorie das schwerste Delikt dar, da es neben sexuellen Handlungen an Minderjährigen zusätzlich Gewalttätigkeiten beinhaltet und die Wehrlosigkeit des Mädchens aufgrund der Fesselung akzentuiert ist. Bezüglich dieses Videos wiegt das Verschulden in objektiver Hinsicht nicht mehr leicht. Bezüglich

der zweiten Videodatei und den beiden Bilddateien erfolgt keine Gewaltanwendung auf die abgebildeten Mädchen, diese sind allein und nicht gequält abgebildet. Diesbezüglich wiegt das Verschulden gerade noch leicht. Die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt ist innerhalb des weiten Strafrahmens auf 5 Monate festzusetzen und für die zweite Videodatei um einen Monat und die Bilddateien um einen weiteren Monat zu asperieren. Es resultiert eine Einsatzstrafe von 7 Monaten.

b) Subjektive Tatschwere

Bezüglich aller Delikte im Rahmen des Zugänglichmachens harter Pornografie liegt lediglich Eventualvorsatz des Beschuldigten vor. Es ging ihm um die Beschaffung von Material für den Eigenkonsum. Das Zugänglichmachen der in der Anklage beschriebenen Bild- und Videodateien war nicht sein Handlungsziel, sondern eine bloss in Kauf genommene Folge des Herunterladens. Das Verschulden wiegt bezüglich aller Einzeltaten leicht.

Die Einsatzstrafe von 7 Monaten für die objektive Tatschwere erfährt keine Veränderung durch die Gewichtung der subjektiven Tatschwere. Für die schwersten Delikte erweist sich die von der Vorinstanz auf 7 Monate festgesetzte Einsatzstrafe als angemessen.

2.1.2. Mehrfache Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB

a) Objektive Tatschwere

Bei dieser Deliktskategorie bilden die Taten, welche Dateien mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Kindern betreffen, aufgrund des gegenüber den anderen Arten harter Pornografie (Gewalt zwischen Erwachsenen, sexuelle Handlungen zwischen Menschen und Tieren, nicht tatsächliche sexuelle Handlungen an, von, mit und zwischen unter 16-Jährigen) erweiterten Strafrahmens (bis 3 Jahre Freiheitsstrafe statt bis 1 Jahr Freiheitsstrafe) die schwersten Delikte. Diesbezüglich wiegt die objektive Tatschwere aufgrund der schieren Menge von 294 Video- und 1809 Bilddateien sowie des Umstands, dass Penetrationen dargestellt werden, nicht mehr leicht. Die Einsatzstrafe ist auf 6 Monate festzusetzen. Betreffend die

weiteren Arten harter Pornografie, wofür der tiefere Strafrahmen gilt, lässt sich schwer eine differenzierte Gewichtung vornehmen, kann doch kaum gesagt werden, ob das Herunterladen und Speichern einer grossen Anzahl von Videos mit sexuellen Handlungen zwischen Menschen und Tieren gegenüber dem Herunterladen von 3 Videos betreffend sexuelle Gewalt zwischen Erwachsenen verschuldensmässig schwerer zu gewichten ist. Es gilt festzuhalten, dass der Beschuldigte Dateien betreffend sämtliche Kategorien harter Pornografie heruntergeladen und gespeichert hat und das nicht nur vereinzelt. Besonders zu erwähnen ist die grosse Anzahl von 885 Videos, welche sexuelle Handlungen zwischen Menschen und Tieren darstellen. Auch bezüglich dieser – von der tatsächlichen Kinderpornografie – verschiedenen Arten harter Pornografie wiegt das Verschulden objektiv nicht mehr leicht. Bei isolierter Betrachtung wäre eine Strafe von 4 Monaten angemessen.

b) Subjektive Tatschwere

Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Als Motiv kommt einzig seine sexuelle Befriedigung in Betracht. Die objektive Tatschwere wird durch die subjektive Tatschwere nicht relativiert. Es bleibt bei den Einsatzstrafen von 6 bzw. 4 Monaten.

2.1.3. Fazit Tatkomponente

Die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt des Zugänglichmachens harter Pornografie von 7 Monaten ist mittels Asperation für den Konsum harter Pornografie um 8 Monate zu erhöhen.

2.2. Täterkomponente

Die Vorinstanz hat die Täterkomponente zutreffend gewürdigt. Es kann vollumfänglich auf ihre Erwägungen verwiesen werden (Urk. 46 S. 17).

Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass sich aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten

Faktoren ergeben. Im Rahmen der Prüfung einer Landesverweisung wird auf seine persönlichen Verhältnisse im Detail einzugehen sein (vgl. E. V.2.).

Ferner weist der Beschuldigte keine Vorstrafen auf (Urk. 55), was sich bei der Strafzumessung ebenfalls neutral auswirkt.

Ein Geständnis hat er nicht abgelegt, vielmehr hat er den subjektiven Sachverhalt betreffend Zugänglichmachen harter Pornografie ausdrücklich bestritten.

Aus all diesen Gründen wirkt sich die Täterkomponente bei der Strafzumessung neutral aus und bleibt es bei einer Gesamtstrafe von 15 Monaten.

2.3. Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots

Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Taten längere Zeit zurückliegen, eine Reduktion der Strafe um einen Monat gewährt, obwohl nicht eine eigentliche Verletzung des Beschleunigungsgebotes vorliege (Urk. 46 S. 16). Dies ist angemessen, zumal der Beschuldigte während der gesamten Dauer dieses Strafverfahrens unter dem Eindruck der drohenden Landesverweisung stand. Die Strafreduktion ist ohnehin aufgrund des zu beachtenden Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) zu übernehmen.

3. Fazit Strafzumessung und Vollzug

Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung eines Tages erstandener Haft.

Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug gewährt, unter Ansetzung einer minimalen Probezeit von 2 Jahren, was angesichts des Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) ohne weiteres zu bestätigen ist.

V. Landesverweisung

1. Allgemeines

Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz betreffend die bei der Prüfung einer Landesverweisung zur Anwendung gelangenden Grundsätze verwiesen werden (Urk. 46 S. 19 f.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte indonesischer Staatsangehöriger ist und somit als Ausländer im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB gilt. Mit diesem Urteil ist er der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB schuldig zu sprechen, welcher Tatbestand eine Katalogtat für eine obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB darstellt. Von der Anordnung einer Landesverweisung kann nur abgesehen werden, wenn kumulativ das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalles zu bejahen ist und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber dem privaten Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen.

2. Schwerer persönlicher Härtefall

Für die Prüfung, ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist zuerst der persönliche Werdegang des Beschuldigten darzulegen. Er ist in B._____, Indonesien, geboren und besuchte dort die Primarschule bis zur 6. Klasse. Am 21. April 1993, also mit knapp 11 ½ Jahren kam er nach dem Tod seines Vaters in die Schweiz, wohin seine Mutter bereits im Jahr 1986 ausgewandert war. Hier wurde er in die 5. Klasse eingeschult. Nach Abschluss der Primarschule absolvierte er die Sekundarschule und begann eine Lehre als Automatiker, welche er jedoch aufgrund seiner schulischen Leistungen nicht abschliessen konnte. Nach dem Abbruch der Lehre Ende 2001 arbeitete er in der Gastronomie in der Küche, dann während einiger Jahre als Monteur in der Industrie und bis im Jahr 2016 als Servicetechniker. Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (2. Juni 2022) arbeitete er temporär im Bereich der Kabelkonfektion und erzielte ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– bis 4'000.–. Seit dem 1. Dezember 2022 verfügt der Beschuldigte über eine Festanstellung im 100 %-Pensum bei der C._____. Er

ist als Anlagenwart im ...-zentrum D._____ tätig und erzielt ein Nettoeinkommen von rund Fr. 5'000.– pro Monat (Urk. 5/2 S. 13 ff.; Prot. I S. 17 f., 21 ff.; Prot. II S. 6 ff.; Urk. 57). Er hat acht Halbgeschwister, die Hälfte davon lebe in Indonesien, die andere Hälfte in der Schweiz. Mit den Geschwistern in Indonesien habe er fast nie Kontakt, zu denjenigen in der Schweiz pflege er hingegen ein enges Verhältnis. Je nach dem, wie es mit der Berufstätigkeit aufgehe, treffe er seine Geschwister regelmässig an den Wochenenden und an kleineren Familienfesten (Prot. I S. 18 ff.; Prot. II S. 9, 12). Demgegenüber hatte der Beschuldigte in der Befragung vom 3. Juni 2020 noch ausgesagt, er sehe seine Verwandten in der Schweiz fast nie, diese seien zu beschäftigt (Urk. 5/2 S. 16). Seine Mutter lebt in einem Nachbardorf (E._____). Mit ihr unterhält der Beschuldigte zwei bis drei Mal pro Woche Kontakt. Nach seinem Freundeskreis befragt, erklärte er, dass es aufgrund seiner neuen Arbeitstätigkeit im Schichtbetrieb (Früh-, Spät- und Nachtschicht) schwierig sei, Freundschaften zu pflegen, insbesondere zu jenen Freunden, welche inzwischen eine Familie hätten. Der Beschuldigte ist ledig und hat keine Kinder (Urk. 5/2 S. 15; Urk. 5/3 S. 7; Prot. I S. 20, 26 f.; Prot. II S. 9 f.). Gemäss seiner Aussage hat er sich bisher noch nicht um eine Einbürgerung in der Schweiz gekümmert, da er sonst seinen indonesischen Pass verlieren würde, den er behalten wolle, damit es nicht so kompliziert sei, wenn er nach Indonesien in die Ferien gehe. Letztmals sei er vor drei Jahren dort gewesen. Vor der Corona-Pandemie sei er einmal pro Jahr nach Indonesien gereist. Würde die Möglichkeit bestehen, dass er beide Staatsangehörigkeiten haben könnte, dann würde er sich schon in der Schweiz einbürgern lassen. Inzwischen verfüge er über eine Niederlassungsbewilligung C für die Schweiz (Urk. 5/2 S. 15 f.; Urk. 5/3 S. 7; Prot. I S. 27 f.; Prot. II S. 6, 8, 11).

Den vorstehenden Erwägungen ist zu entnehmen, dass der aktuell 41-jährige Beschuldigte seit rund 30 Jahren in der Schweiz lebt, wo er die Schule ab der 5. Klasse besuchte und seine Adoleszenz verbrachte. Zwar verfügt er nicht über eine abgeschlossene Berufsausbildung, jedoch ging er stets einer Erwerbstätigkeit nach und konnte seinen Unterhalt aus eigenem Einkommen bestreiten, ohne auf Sozialhilfe angewiesen zu sein. Inzwischen ist der Beschuldigte fest angestellt und verfügt über eine Niederlassungsbewilligung C für die Schweiz. Er spricht

fliegend Deutsch. Seine Wohnsituation ist geregelt. Bezüglich der sozialen Einbettung ist festzuhalten, dass er ledig ist und keine Kinder hat. Seine in der Schweiz lebende Mutter ist seine engste Bezugsperson. Zu ihr pflegt er regelmässigen Kontakt. Zugunsten des Beschuldigten ist sodann auf seine Aussage abzustellen, wonach er auch mit seinen in der Schweiz lebenden Halbgeschwistern in einem engen Verhältnis steht. Der Beschuldigte lebt nicht in einer festen Partnerschaft, er hat jedoch einige Freunde, die er vom Ausgang oder von der Arbeit kennt. Aufgrund seiner neuen Arbeitstätigkeit im Schichtbetrieb ist es jedoch schwierig, den regelmässigen Kontakt zu seinen Halbgeschwistern und seine Freundschaften in der Schweiz aufrechtzuerhalten, insbesondere in Bezug auf jene Personen, die inzwischen eine Familie haben. Auch zu seinem Heimatland unterhält der Beschuldigte Kontakte, indem er regelmässig für mehrere Wochen seine Ferien dort verbringt. Während seiner Aufenthalte besucht er jeweils Verwandte. So lebt insbesondere die Hälfte seiner Halbgeschwister in Indonesien. Dass der Bezug zu seinem Heimatland eng ist, ergibt sich auch daraus, dass der Beschuldigte sich in der Schweiz nicht einbürgern lassen wollte, da er den indonesischen Pass hätte abgeben müssen, was er nicht wollte, da es ihm wichtig war, mit dem indonesischen Pass möglichst ohne Komplikationen in sein Heimatland in die Ferien reisen zu können. Obwohl der Beschuldigte regelmässig seine Ferien in Indonesien verbringt und die indonesische Sprache beherrscht, ändert dies nichts daran, dass er als Kind in die Schweiz kam und hier drei Viertel seines bisherigen Lebens verbracht hat. Er verfügt über geordnete Einkommens- und Wohnverhältnisse und spricht die hiesige Sprache. Obwohl es ihm nicht gelang, eine Berufsausbildung abzuschliessen, ging er stets einer Erwerbstätigkeit nach und ist hiezulande wirtschaftlich integriert. Mit seiner Mutter lebt seine nächste Angehörige in der Schweiz. Dass er Single ist und nicht über eine eigene Kernfamilie verfügt, spricht nicht gegen eine soziale Verwurzelung in der Schweiz. Ohne besondere Relevanz für die Beurteilung seiner Integration ist sodann, wie häufig er mit seinen Halbgeschwistern und seinem Freundeskreis in der Schweiz persönlichen Kontakt pflegt, zumal der Kontakt zu seinen Halbgeschwistern und weiteren Verwandten in Indonesien klar nicht stärker zu gewichten ist. Zudem ist mit der Verteidigung festzuhalten, dass die neue Arbeitstätigkeit im Schichtbetrieb die

Aufrechterhaltung der sozialen Kontakte erschwert, was dem Beschuldigten nicht angelastet werden darf (Prot. II S. 14). Trotz des guten Bezugs zu seinem Heimatland liegt angesichts der langen Dauer seines Aufenthalts in der Schweiz, des Umstands, dass er als Kind in die Schweiz kam, hier teilweise aufgewachsen ist, ab der 5. Klasse in die Schule ging und die prägenden Jugendjahre verbrachte, aufgrund der gelebten Beziehung zu seiner in der Schweiz lebenden Mutter und dem Umstand, dass er seinen Unterhalt stets selbständig bestreiten konnte, ein Grad an Verwurzelung in der Schweiz vor, welcher das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls bejahen lässt.

3. Interessenabwägung

Der Beschuldigte hat keine sogenannten "hands-on"-Delikte verübt. Sein Verschulden bezüglich der für die Beurteilung der Landesverweisung massgeblichen Katalogtaten wiegt leicht. Das Zugänglichmachen harter Pornografie erfolgte eventualvorsätzlich. Dem Beschuldigten ging es um die Beschaffung von Dateien für den Eigenkonsum. Eine direkte Gefährdung Dritter bestand nicht. Die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung war bezüglich der zur Beurteilung stehenden Delikte gering. Der Umstand, dass der Beschuldigte vor 13 Jahren mit Strafbefehl vom 28. Januar 2010 wegen gleichgelagerter Delikte verurteilt worden war, erhöht zwar das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung. Jedoch ändert dies nichts daran, dass von einer günstigen Legalprognose auszugehen ist und das private Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an seiner Entfernung und Fernhaltung deutlich überwiegt, so dass die Anordnung einer Landesverweisung als unverhältnismässig erscheinen würde.

4. Fazit

Da ein schwerer persönlicher Härtefall zu bejahen ist und das Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an der Landesverweisung deutlich überwiegt, ist gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beschuldigte wird anklagegemäss schuldig gesprochen. Ausgangsgemäss ist daher die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 9) zu bestätigen.

Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen betreffend den Schuldpunkt und dringt mit seinem Antrag auf Absehen von der Anordnung einer Landesverweisung durch. Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, vorbehalten bleibt die Rückforderung im Umfang der Hälfte gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO. Die amtliche Verteidigung weist ihre Aufwendungen und Barauslagen für das Berufungsverfahren in ihrer Honorarnote vom 20. Februar 2023 mit insgesamt Fr. 3'396.53 aus (Urk. 58). Unter Hinzurechnung von zwei zusätzlichen Stunden für die Teilnahme an der Berufungsverhandlung ist das Honorar der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren auf pauschal Fr. 4'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. Juni 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldpruch wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB), 6 (Tätigkeitsverbot), 7 (Beschlagnahmen) und 8 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist ferner schuldig der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.
5. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 9) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'000.– amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten.
8. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei, Guisanplatz 1A, 3003 Bernsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

9. 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, 21. Februar 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Boese