

## **BGer 6B\_304/2021 vom 2. Juni 2022**

Bundesgericht, 2022-06-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_304\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_304_2021)

FR: TF 6B\_304/2021 du 2 juin 2022

IT: TF 6B\_304/2021 del 2 giugno 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB. Er bringt vor, die Vorinstanz verletze Art. 197 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 1 und 2 StGB, indem sie zu Unrecht vom Herunterladen der Dateien auf das Vorliegen von Eventualvorsatz bezüglich des Zugänglichmachens an Dritte schliesse. Zudem stelle sie den Sachverhalt teilweise zum Nachteil des Beschwerdeführers offensichtlich unrichtig i.S.v. Art. 97 Abs. 1 BGG fest. Den Schuldspruch wegen Konsums von Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 5 StGB beanstandet der Beschwerdeführer nicht.

#### **E. 1.2**

Die Vorinstanz erwägt, dem Beschwerdeführer sei mit seinen in EDV-Belangen durchschnittlichen Anwenderkenntnissen die Gefahr des "Ziehens" von Dateien offensichtlich bekannt gewesen. Eine Verhinderung eines solchen Zugriffs und von Uploads sei ihm jedoch nicht wichtig genug gewesen, als dass er sich vertiefter darum gekümmert hätte. Zwar habe er die strafbaren Inhalte gelegentlich nach dem Herunterladen wegkopiert und gelöscht; dennoch habe er nicht darauf vertrauen dürfen, dass dadurch die erkannte Gefahr eines Uploads verhindert werden könne. Das kostenlose Herunterladen der entsprechenden strafbaren Inhalte habe für ihn im Vordergrund gestanden, sodass er durch die Benutzung des Tauschnetzwerks die Möglichkeit eines Uploads durch Dritte in Kauf genommen habe. Dabei sei im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB auch ein passives Verhalten beziehungsweise ein Nehmenlassen strafbar.

#### **E. 1.3.1**

Nach Art. 197 Abs. 4 StGB macht sich strafbar, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Abs. 1 der Bestimmung, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder tatsächliche sowie nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt. Als Gegenstände im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB gelten insbesondere pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen und Abbildungen. Der Begriff "tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen" betrifft sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen (Urteil 1B\_189/2018 vom 2. Mai 2018 E. 3.2 mit Hinweisen).

#### **E. 1.3.2**

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt ( Art. 12 Abs. 2 StGB ). Nach ständiger Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die

Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweisen).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sog. innere Tatsachen und ist somit Tatfrage. Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweis). Da sich insoweit Tat- und Rechtsfragen teilweise überschneiden können, hat das Sachgericht die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen es auf Eventualvorsatz geschlossen hat. Das Bundesgericht kann in einem gewissen Ausmass die richtige Bewertung dieser Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüfen ( BGE 133 IV 9 E. 4.1, 1 E. 4.1; je mit Hinweisen). Es tut dies jedoch mit einer gewissen Zurückhaltung (vgl. BGE 134 IV 189 E. 1.3 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht ( BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; 143 IV 241 E. 2.3.1; je mit Hinweisen). Der vorinstanzliche Entscheid muss nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich sein ( BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; 141 IV 305 E. 1.2; je mit Hinweisen). Die Willkürüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, je mit Hinweisen). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot hinausgehende Bedeutung zu ( BGE 145 IV 154 E. 1.1; 144 IV 345 E. 2.2.3.3; je mit Hinweisen).

### **E. 1.4.1**

Der Beschwerdeführer kritisiert die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung mehrfach sinngemäss als willkürlich. Soweit er dabei den vorinstanzlichen Erwägungen lediglich seine Sicht der Dinge gegenüberstellt, genügt dies den Rügenanforderungen im bundesgerichtlichen Verfahren nicht ( Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG ).

### **E. 1.4.2**

Der Beschwerdeführer erachtet es als offensichtlich falsch, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, er habe die Dateien nur "gelegentlich" gelöscht. Vielmehr habe er sämtliche relevanten heruntergeladenen Dateien unmittelbar nach deren Download in den Ordnern der benutzten Software gelöscht.

Die Vorinstanz stützt sich auf den EDV-Bericht, welcher zeige, dass sowohl die Datei "Dog And Teenies" als auch die Datei "B.\_\_\_\_\_" je einmal geteilt worden seien. Dem Bericht sei auch zu entnehmen, dass die Software "Shareaza" mindestens zwei Vorgänge protokolliert habe, in welchen eine Datei mit strafbarem Inhalt geteilt worden sei. Die erstgenannte Datei sei aus dem Download-Ordner von einem anderen Nutzer upgeloadet worden, was bedeute, dass diese Datei bereits vollständig heruntergeladen und damit nicht mehr im Incomplete-Ordner, sondern im Download-Ordner gewesen sei. Dieselbe Datei sei zudem bereits in 16 Suchanfragen als Ergebnis angezeigt worden.

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag keine Willkür aufzuzeigen. Soweit er geltend macht, die Datei "Dog and Teenies" sei zoophilen, nicht aber pädophilen Inhalts und es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei den "Teenies" um Minderjährige handle, vermag seine Rüge den strengen Anforderungen an die Begründungspflicht nicht zu genügen ( Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG ). Und auch der Umstand, wonach die zweite Datei, "B.\_\_\_\_\_", nach Angaben der Vorinstanz und gestützt auf den EDV-Bericht bei der Sicherstellung nur noch als sogenanntes Ghost File bestanden hat, vermag an der überzeugenden vorinstanzlichen Erwägung nichts zu ändern. Als Ghost File befindet sich diese Datei zwar nur noch auf der Festplatte, hat sich jedoch aktenkundig in der im Filesharing-Programm enthaltenen Bibliothek befunden und wurde zwischenzeitlich gelöscht oder verschoben.

#### **E. 1.4.3**

An der Sache vorbei geht auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die Datei "C.\_\_\_\_\_" aktenkundig gar nie geteilt worden sei, weshalb ihm nicht vorgeworfen werden könne, er habe die Dateien nicht wirksam gelöscht. Die Vorinstanz stellt klar fest, dass diese Datei nicht geteilt worden sei, und bringt diesbezüglich mit Bezug auf den EDV-Bericht lediglich vor, die Datei sei in 80 Suchanfragen erschienen. Weiter erwägt die Vorinstanz, diese Datei sei am 8. April 2019 heruntergeladen worden und hätte sich im Zeitpunkt der Sicherstellung des Datenträgers am 30. April 2019 immer noch im Download-Ordner von "Shareaza" befunden. Was der Beschwerdeführer folglich aus seiner Rüge für sich ableiten will, ist nicht weiter ersichtlich.

#### **E. 1.4.4**

Nach dem Ausgeführten geht die Schlussfolgerung des Beschwerdeführers fehl, wonach bezüglich keiner einzigen Datei pädophilen Inhalts erstellt sei, dass er sie nach deren Download nicht umgehend gelöscht habe. Es ist unter Willkürgesichtspunkten insgesamt nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, zwei strafrechtlich relevante Dateien seien geteilt worden und daraus schliesst, dem Beschwerdeführer sei es nicht gelungen, Uploads zu verhindern.

#### **E. 1.5.1**

Soweit der Beschwerdeführer seiner eigenen rechtlichen Würdigung einen von den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zugrunde legt, ist darauf nicht näher einzugehen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; vgl. E. 1.3.3 und 1.4.4 oben).

### **E. 1.5.2**

Die Vorinstanz hält einleitend fest, der Beschwerdeführer habe die Erfüllung des objektiven Tatbestands von Art. 197 Abs. 4 StGB sinngemäss anerkannt und dieser sei aufgrund des Ergebnisberichts zur EDV Datenanalyse erstellt. Hingegen habe der Beschwerdeführer durchwegs bestritten, dass er den subjektiven Tatbestand erfüllt habe. Hierzu erwägt die Vorinstanz, beim Beschwerdeführer sei aufgrund seiner Ausbildung und der Branche, in welcher er tätig sei, zwar nicht von vertieften EDV-Kenntnissen zu sprechen. Der Beschwerdeführer habe sich jedoch regelmässig im Internet bewegt, weshalb er die üblicherweise vorausgesetzten Anwenderkenntnisse gehabt habe.

Der Beschwerdeführer moniert, die Fähigkeit zum Gebrauch des Internets für Spiele, E-Banking und um Nachrichten zu versenden, impliziere nicht, dass man auch um die mögliche Veränderung der Einstellungen in einem Programm zur Verhinderung von Uploads durch Dritte wisse. Es sei davon auszugehen, dass die meisten Personen, die wie er die digitale Welt erst weit nach Erreichen des Erwachsenenalters kennengelernt hätten, lediglich die hierfür gerade notwendigen Anwendungen kennen würden und zu bedienen in der Lage seien. Diese Grundfunktionen seien in der Regel einfach und mit minimem Basiswissen zu bedienen und das Wissen um die Möglichkeit der Vornahme von Einstellungsveränderungen gehöre nicht mehr dazu, weshalb es dem Beschwerdeführer nicht einfach unterstellt werden könne.

Was der Beschwerdeführer vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Angesichts dessen, dass er das Internet zum Gamen, Sachen Herunterladen, für E-Banking, Nachrichten, Spiele und Facebook nutzt, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass er die üblicherweise vorausgesetzten Anwenderkenntnisse hatte. Darunter subsumiert die Vorinstanz zu Recht auch das Wissen, dass Programme über veränderbare Einstellungen verfügen und dass Tauschnetzwerke auf dem Prinzip des Tauschens beruhen, weshalb grundsätzlich Downloads und Uploads möglich sein müssen. Überdies weicht der Beschwerdeführer vom vorinstanzlich verbindlich festgestellten Sachverhalt ab, wenn er vorbringt, die Einstellungsveränderung sei ein kompliziertes Unterfangen und gemäss EDV-Bericht keineswegs mit einem simplen Mausklick zu bewerkstelligen gewesen. Die Vorinstanz hält mit Bezug auf die erstinstanzlichen Ausführungen überzeugend fest, das Programm "Shareaza" sei in der deutschen Version installiert gewesen und habe eine gut strukturierte, simple und leicht verständliche Benutzeroberfläche gehabt, aus welcher gut ersichtlich sei, wo die Standardeinstellungen hätten geändert werden können.

Schlüssig erscheint auch das vorinstanzliche Argument, wonach dem Beschwerdeführer bewusst gewesen sei, dass auf solchen Tauschplattformen grundsätzlich Downloads und Uploads möglich seien, habe er doch selber ausgeführt, dass er die Möglichkeit des Uploads durch das Wegkopieren auf eine externe Festplatte habe verhindern wollen. Indem der Beschwerdeführer das Filesharing-Programm regelmässig verwendet hat und dabei nie die Genehmigung von anderen Uploadern erbitten musste, wertet die Vorinstanz sein diesbezügliches Vorbringen zu Recht als Schutzbehauptung. Insgesamt und mit Verweis auf die Ausführungen der ersten Instanz geht die Vorinstanz nachvollziehbar davon aus, dem Beschwerdeführer seien die grundlegenden Kenntnisse über das Funktionieren von Programmen und Tauschnetzwerken im Sinne eines Allgemeinwissens zuzurechnen.

Nicht ersichtlich ist in diesem Zusammenhang, was der Beschwerdeführer aus seinen Ausführungen zur Befragung durch die Staatsanwaltschaft betreffend

Einstellungsänderungen für sich ableiten will. Die Vorinstanz stützt sich in subjektiver Hinsicht nicht auf die zitierte Aussage des Beschwerdeführers, was dieser denn auch nicht behauptet. Auf seine diesbezüglichen Erwägungen ist jedenfalls mangels rechtsgenügender Begründung und Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht näher einzugehen ( Art. 42 Abs. 2 BGG ).

### **E. 1.5.3**

Gestützt auf den willkürfrei festgestellten Sachverhalt hat der Beschwerdeführer nicht sämtliche heruntergeladenen Dateien stets sofort gelöscht. Zwei strafrechtlich relevante Dateien sind aktenkundig geteilt worden. Die entgegenstehende Auffassung des Beschwerdeführers und seine sich darauf stützende Begründung gehen fehl (vgl. auch E. 1.4 oben). Der Vorinstanz ist in ihrer Auffassung zu folgen, wonach der Beschwerdeführer nicht darauf vertrauen durfte, dass er durch das gelegentliche (wenn auch überwiegende) Wegkopieren und Löschen von strafbaren Inhalten die von ihm erkannte Gefahr eines Uploads verhindern konnte. Die Vorinstanz argumentiert überzeugend, indem der Beschwerdeführer selber ausführe, der Download habe jeweils sehr lange gedauert und er habe einen solchen einfach laufen lassen, die Dateien nach dem Download erstmal so gelassen und dann reingeschaut, gelöscht und teilweise gespeichert, könne von einem Begleiten des Downloads und sofortigem Löschen keine Rede sein. Es sei keineswegs so, dass dem Beschwerdeführer nur vorgeworfen werden könne, er habe den Upload von Dateien nur während des Downloadvorgangs nicht verhindert, weshalb es nicht entscheidend sei, ob er von der Möglichkeit, dass auch unvollständige Dateien während des Downloads geteilt werden könnten, Kenntnis gehabt habe oder nicht. Dabei stützt sich die Vorinstanz auf den Umstand, dass sich zwei Dateien mit strafrechtlichem Inhalt, welche der Beschwerdeführer am 8. April 2019 heruntergeladen habe, im Zeitpunkt der Sicherstellung am 30. April 2019 immer noch im Download-Ordner des Programms "Shareaza" befunden hätten.

### **E. 1.5.4**

Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, für den Beschwerdeführer habe das kostenlose Herunterladen von den entsprechenden strafbaren Inhalten im Vordergrund gestanden, sodass er durch die Benützung des Tauschnetzwerks die Möglichkeit eines Uploads durch Dritte in Kauf genommen habe, ist nicht zu beanstanden. Ihr ist in ihrer Auffassung beizupflichten, wonach der Beschwerdeführer keineswegs alles Zumutbare unternommen hat, um einen allfälligen Upload zu verhindern. Zu Recht hält die Vorinstanz zusätzlich fest, bei der Beurteilung des Verschuldens sei entsprechend zu berücksichtigen, dass das Zugänglichmachen der strafbaren Inhalte an Dritte für den Beschwerdeführer nicht im Vordergrund gestanden habe und es sich dabei nur um ein passives Verhalten gehandelt habe. Der Schuldspruch wegen eventualvorsätzlichen Zugänglichmachens von Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB verletzt kein Bundesrecht. Damit ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer beanstandet weiter die Landesverweisung.

### **E. 2.1**

Soweit der Beschwerdeführer seinen Antrag auf Verzicht einer Landesverweisung damit begründet, er sei vom Vorwurf der harten Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB freizusprechen, ist darauf nach dem Ausgeführten nicht weiter einzugehen (vgl. E.

1.5.4 oben).

Der Beschwerdeführer stellt sich in der Sache zusammengefasst auf den Standpunkt, es liege ein schwerer persönlicher Härtefall i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB vor. Überdies bestünden keine überwiegenden öffentlichen Interessen an seiner Ausweisung, weshalb darauf zu verzichten sei.

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz verneint einen schweren persönlichen Härtefall. Sie stützt sich mitunter auf den Umstand, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers ebenfalls deutsche Staatsangehörige ist und dadurch eine Wiederaufnahme seines Lebens in Deutschland nicht mit übermässigen Härten verbunden sei. Die Vorinstanz setzt sich weiter ausführlich mit dem Gesundheitszustand des Beschwerdeführers auseinander und argumentiert, die in der Schweiz begonnene psychiatrische Behandlung könne zweifellos auch in Deutschland durchgeführt werden. Zudem erwägt sie, die Bedenken des Beschwerdeführers, wonach er aufgrund seiner schlechten Bonitätsauskunft in Deutschland keine Arbeitsstelle und auch keine Wohnung finde, würden noch keinen schweren persönlichen Härtefall begründen und auch sein Vorbringen, er müsse seinen besten Freund, der in der Schweiz lebe und dessen Frau kürzlich eine Krebs-Diagnose erhalten habe, unterstützen, erweise sich als unbehelflich.

### **E. 2.3.1**

Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz ( Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB ). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.1.3). Sie muss entsprechend den allgemeinen Regeln des StGB zudem grundsätzlich bei sämtlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie unabhängig davon ausgesprochen werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt (vgl. BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 168 E. 1.4.1).

### **E. 2.3.2**

Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind ( Art. 66a Abs. 2 StGB ; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips ( Art. 5 Abs. 2 BV ; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.1.2 und E. 3.3.1). Sie ist restriktiv anzuwenden ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.3.1 mit Hinweis). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz und in der Heimat, Aufenthaltsdauer und

Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.3.2; Urteil 6B\_149/2021 vom 3. Februar 2022 E. 2.3.2 mit Hinweis).

### **E. 2.3.3**

Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen (so etwa Urteile 6B\_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.1; 6B\_1077/2020 vom 2. Juni 2021 E. 1.2.3; je mit Hinweisen). Das Recht ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen ( BGE 144 I 266 E. 3.3, 91 E. 4.2; 144 II 1 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Das Verhältnis zu volljährigen Kindern fällt nur dann unter das geschützte Familienleben, wenn ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, namentlich infolge von Betreuungs- oder Pflegebedürfnissen bei körperlichen oder geistigen Behinderungen und schwerwiegenden Krankheiten ( BGE 145 I 227 E. 3.1, 5.3; Urteil 6B\_1428/2020 vom 19. April 2021 E. 2.4.3; je mit Hinweisen).

Ferner kann die Landesverweisung aus der Schweiz für den Betroffenen im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand oder die Behandlungsmöglichkeiten im Herkunftsland einen schweren persönlichen Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB darstellen oder unverhältnismässig im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sein ( BGE 145 IV 455 E. 9.1 mit Hinweisen). Ein aussergewöhnlicher Fall, in dem eine aufenthaltsbeendende Massnahme unter Verbringung einer gesundheitlich angeschlagenen Person in ihren Heimatstaat Art. 3 EMRK verletzt, liegt vor, wenn für diese im Fall der Rückschiebung die konkrete Gefahr besteht, dass sie aufgrund fehlender angemessener Behandlungsmöglichkeiten oder fehlenden Zugangs zu Behandlungen einer ernsthaften, rapiden und irreversiblen Verschlechterung des Gesundheitszustands ausgesetzt wird, die intensives Leiden oder eine wesentliche Verringerung der Lebenserwartung nach sich zieht ( BGE 146 IV 297 E. 2.2.3 mit Hinweisen).

### **E. 2.3.4**

Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB hat sich daher an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren ( BGE 145 IV 161 E. 3.4; Urteil 6B\_149/2021 vom 3. Februar 2022 E. 2.3.4 mit Hinweis). Die Staaten sind nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil des EGMR in Sachen I.M. gegen die Schweiz vom 9. April 2019, Nr. 23887/16, § 68). Erforderlich ist, dass die aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht (Schutz der nationalen oder öffentlichen Sicherheit,

Aufrechterhaltung der Ordnung, Verhütung von Straftaten etc.) und verhältnismässig ist ( BGE 146 IV 105 E. 4.2 mit Hinweis).

#### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger und wurde wegen Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB schuldig gesprochen. Demzufolge sind die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB erfüllt. Nicht näher zu betrachten ist aufgrund Abweichens vom vorinstanzlich verbindlich festgestellten Sachverhalt das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach nicht erstellt sei, ob die Tathandlungen nach dem 1. Oktober 2016 stattgefunden hätten. Er zeigt dabei nicht auf, inwiefern die Feststellung der Vorinstanz, die Tathandlungen des Zugänglichmachens lägen laut EDV-Bericht nach dem 1. Oktober 2016, willkürlich sein sollte und setzt sich nicht rechtsgenügend mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinander (Art. 42 Abs. 2, 106 Abs. 2 BGG).

#### **E. 2.5**

Die Vorinstanz verneint das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB zu Recht.

##### **E. 2.5.1**

Sie verweist vorab auf die Ausführungen der ersten Instanz, welche festhält, der Beschwerdeführer sei erst im Alter von 44 Jahren in die Schweiz gekommen und habe mithin sein ganzes bisherige Leben in Deutschland verbracht. Zwar ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer grundsätzlich in den rund 8 Jahren, in welchen er in der Schweiz lebt, auf mehreren Ebenen erfolgreich integriert hat. Jedoch erwägt die Vorinstanz auch, dass eine Wiedereingliederung in seinem Heimatland Deutschland für den Beschwerdeführer ohne Weiteres möglich sei. Dabei argumentiert sie mitunter damit, seine Ehefrau sei ebenfalls deutsche Staatsangehörige und könne sogar, sollte sie ihren Ehemann im Rahmen der Landesverweisung nach Deutschland begleiten, weiterhin in der Schweiz arbeiten. Es sei dem Beschwerdeführer möglich, im grenznahen Wohnsitzgebiet Wohnsitz zu nehmen und dabei auch seine sozialen Kontakte weiterhin zu pflegen. Mit diesen Ausführungen der Vorinstanz setzt sich der Beschwerdeführer nur oberflächlich auseinander und begründet nicht rechtsgenügend, inwiefern die Vorinstanz die Kriterien zum Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls mit Bezug auf seine private und familiäre Situation falsch gewertet haben soll ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Beispielsweise macht er auch nicht geltend, es bestehe eine besonders enge Bindung oder ein Abhängigkeitsverhältnis zu weiteren in der Schweiz lebenden Familienmitgliedern (vgl. E. 2.3.3 oben). Seine Kinder sind aktenkundig in Deutschland wohnhaft.

##### **E. 2.5.2**

Der Beschwerdeführer begründet das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls mitunter damit, in beruflicher Hinsicht nur in der Schweiz eine Zukunft zu haben. Er arbeite hier zur grossen Zufriedenheit seines Arbeitgebers, wohingegen er aufgrund seines Alters und der aktenkundigen schlechten Bonitätsauskunft in Deutschland nur sehr geringe Chancen hätte, beruflich wieder Fuss zu fassen. Hinzu komme, dass er aufgrund dieser schlechten Bonitätsauskunft auch kaum eine Wohnung finden würde. Dem hält die Vorinstanz zu Recht entgegen, eine schlechte Bonitätsauskunft alleine begründe noch keinen schweren persönlichen Härtefall i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB . Sie argumentiert nachvollziehbar, vom Gesetzgeber sei klar auch die Ausweisung von Straftätern in Länder

mit deutlich schwächeren Sozialsystemen vorgesehen, deren Ausweisung nicht alleine aufgrund der schlechten beruflichen Integrationschancen versagt werden dürfe. Überzeugend ist auch ihr Argument, wonach die Krebs-Diagnose der Ehefrau des besten Freundes des Beschwerdeführers für ihn ebenfalls unbehelflich sei, führe diesfalls eine Landesverweisung hauptsächlich zu einem allfälligen Härtefall für die Drittperson, was vorliegend nicht zu einer anderen Beurteilung in Bezug auf den Beschwerdeführer führen könne.

### **E. 2.5.3**

Die Kritik des Beschwerdeführers am vorinstanzlichen Entscheid richtet sich vorwiegend gegen die Ausführungen zu seinem Gesundheitszustand. Er argumentiert, er werde weiterhin in Winterthur psychotherapeutisch behandelt und der Erfolg der engen Zusammenarbeit mit Dr. D. \_\_\_\_\_ würde durch eine Landesverweisung gefährdet. Dabei hätten sich die medizinischen Probleme des Beschwerdeführers mit dem aktenkundigen Herzinfarkt aktuell noch verschlechtert und es wäre mehr als schwierig, das vielfältige Behandlungssetting in Deutschland neu zu etablieren.

Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu seinem Gesundheitszustand sind nicht geeignet, einen schweren persönlichen Härtefall zu begründen. Zwar ist erwiesen, dass der Beschwerdeführer über Herzprobleme verfügt, sich in psychiatrischer Behandlung befindet und überdies zwischenzeitlich stationär behandelt wurde. Jedoch bringt die Vorinstanz überzeugend vor, der Standard der medizinischen Versorgung in Deutschland entspreche demjenigen in der Schweiz. Es ist nicht zu beanstanden, wenn sie davon ausgeht, die in der Schweiz begonnenen Therapien könnten auch in Deutschland durchgeführt werden; insbesondere, da sie dabei berücksichtigt, der Beschwerdeführer nehme die Therapietermine zuverlässig wahr, lasse sich auf die Therapie ein, indem er sich in den Konsultationen offen, introspektionsfähig und -willig, selbstkritisch und schuldbewusst zeige, und sei auch bereit, eine deliktsspezifische Behandlung in Angriff zu nehmen. Obwohl die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zugesteht, dass ein Abbruch der gut etablierten und offenbar hilfreichen Behandlung bei Dr. D. \_\_\_\_\_ offensichtlich für ihn sehr schwierig wäre, lässt sie dies zu Recht nicht für das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls genügen. Der Beschwerdeführer zeigt nur sinngemäss und ungenügend begründet auf, es bestehe in seinem Heimatland keine adäquate Behandlungsmöglichkeit. Damit vermag er nicht zu überzeugen.

### **E. 2.5.4**

Insgesamt geht die Vorinstanz nachvollziehbar und schlüssig davon aus, dass dem Beschwerdeführer eine Wiedereingliederung in seinem Heimatland ohne Weiteres zumutbar wäre. Dabei prüft sie im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch, ob für den Beschwerdeführer eine Rückkehr in sein Heimatland in medizinischer Hinsicht möglich erscheint (vgl. BGE 145 IV 455 E. 9.4). Dass ein aussergewöhnlicher Fall im Sinne der Rechtsprechung vorliegt (vgl. E. 2.3.3 oben), ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. Indem die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB verneint, ist keine Interessenabwägung vorzunehmen. Auf die weiteren Einwände des Beschwerdeführers, welche die Interessenabwägung und insbesondere die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung betreffen, ist nicht weiter einzugehen.

Im Übrigen rügt der Beschwerdeführer keine weiteren Rechtsverletzungen.

### **E. 2.6**

Die Vorinstanz verletzt mit der angeordneten Landesverweisung kein Bundesrecht. Die Dauer von 5 Jahren wurde vom Beschwerdeführer zu Recht nicht in Frage gestellt, entspricht sie doch dem gesetzlichen Minimum i.S.v. Art. 66a Abs. 1 StGB . Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wurde bereits mit Verfügung vom 12. April 2021 abgewiesen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.