

# ZH\_OBERGERICHT SB180115 vom 30. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180115](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180115)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180115 du 30 novembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180115 del 30 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

a) Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 21. Oktober 2016 im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Freitagspredigt in der B.\_\_\_\_-Moschee in C.\_\_\_\_ vor ca. 60 Personen zu Gewaltdelikten aufgerufen zu haben. Im einzelnen habe er verkündet, dass Muslime, die nicht in der Gemeinschaft beteten, verbannt, weggestossen, gemieden und verleumdet werden müssten. Falls sie sich dennoch weigerten, wieder am gemeinsamen Gebet teilzunehmen, sollten sie getötet werden. Solche Muslime seien in ihren Häusern zu verbrennen. Muslime, welche die fünf Gebete zusammennähmen, bekämen im Diesseits und im Jenseits eine Strafe. Den Imamen und den "Komitees für die Durchsetzung des Richtigen und die Verhinderung des Verwerflichen" seien diejenigen zu verraten, welche das Gebet vernachlässigten oder sündigten. Das Tun von Verbotenem sei

- 6 - "mit der Hand zu unterbinden", und Gläubige seien verpflichtet, gegenüber Ehefrauen und weitere Familienangehörigen auch Zwang anzuwenden. b) Zur Last gelegt wird dem Beschuldigten weiter, dass er am 29. August 2016 auf seinem öffentlichen Facebook-Account eine Videoaufnahme zur Verfügung gestellt habe, in der zu sehen sei, wie fünf orange Overalls tragende Männer in einem eisernen Käfig ertränkt würden. Dabei habe er darauf hingewiesen, dass ihm dieser Film gefalle und er ihn weiter empfehle. Am 31. Oktober 2016 habe er sich zudem über Facebook drei Fotos mit Gewaltdarstellungen beschafft, auf seinem Mobiltelefon gespeichert und auf seinem Facebook-Account weiteren Personen zugänglich gemacht. Ein Bild zeige einen gefesselten Mann, der eine abgetrennte menschliche Hand in seinen Händen halte. Auf der zweiten Foto sei ein Mann zu sehen, der die Leiche eines Schwarzen in den Armen halte, von welcher der Unterleib abgetrennt worden sei. Die dritte Aufnahme schliesslich zeige einen abgetrennten menschlichen Kopf in einem Kochtopf über einer offenen Feuerstelle. c) Ein letzter Anklagepunkt enthält schliesslich den Vorwurf, dass der Beschuldigte ab dem 1. Oktober bis zum 2. November 2016 in der B.\_\_\_\_-Moschee die üblicherweise entgeltliche Tätigkeit eines Imams ohne die dafür erforderliche Bewilligung ausgeübt habe. Dabei habe er täglich das Morgengebet und zwei Abendgebete sowie mindestens am 21. und 28. Oktober 2016 zudem das Freitagsgebet (recte: die Freitagspredigt) gehalten. Er sei dafür auch mit Fr. 600.– entlohnt worden.

### E. 2

a) Das Bezirksgericht Winterthur sprach den Beschuldigten am 23. November 2017 der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 Abs. 1 StGB), der mehrfachen Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 1 StGB) sowie der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG) schuldig und bestrafte ihn mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, bedingt vollziehbar mit zwei Jahren Probezeit. Der Beschuldigte wurde sodann für zehn Jahre des Landes verwiesen und die Ausschreibung

dieser Massnahme im Schengener Informationssystem angeordnet. Von den beschlagnahmten Gegenständen wurden ein Mobiltelefon und ein Notebook als Deliktswerkzeuge eingezogen und die übrigen

- 7 - gen Sachen freigegeben. Die Verfahrenskosten wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 60 S. 47-49). b) Der Beschuldigte liess rechtzeitig die Berufung gegen dieses Urteil anmelden (Urk. 52; Art. 399 Abs. 1 StPO) und sodann auch fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 64; Art. 399 Abs. 3 StPO, vgl. Urk. 57). Die Staatsanwaltschaft teilte dem Gericht am 22. März 2018 mit, dass sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage (Urk. 68). Im Berufungsverfahren wurden keine Beweisanträge gestellt. Nach der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers sowie die stellvertretende Leitende Staatsanwältin der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland erschienen (Prot. II S. 3), erweist sich der Prozess als spruchreif.

### E. 3

a) Bezüglich des Videos, in welchem zu sehen ist, wie fünf in orange Overalls gekleidete Männer in einem eisernen Käfig ertränkt werden, gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er nicht nach diesem Film gesucht, sondern dass ihm jemand diesen geschickt habe. Er habe einen Kommentar dazu geschrieben, nämlich dass Gott gross sei und man für diese armen Leute beten solle, und dann das Video nicht "geliked", aber "geshared". Dies habe er getan, weil ihn diese Bilder sehr traurig gemacht und er sie verwerflich gefunden habe (D1/7/4 S. 5, D1/7/7 S. 12/13, Prot. I S. 30/31). b) Zu den Bildern mit Leichenteilen, die auf seinem Mobiltelefon festgestellt wurden, erklärte der Beschuldigte, dass er diese auf Facebook gesehen habe. Er habe sie auf seinem Telefon gespeichert, um sie einem Freund aus Kenia zu zeigen. Dieser habe ihm dann am Telefon bestätigt, dass es einen solchen Vorfall

- 16 - gegeben habe. Er habe die Fotos nicht weitergegeben, sondern habe sie löschen wollen, dies dann aber vergessen. Im Übrigen seien diese Bilder von der kenianischen Polizei als Warnung vor solchen Menschen publiziert worden und überall in den Nachrichten zu sehen gewesen (D1/7/4 S. 4, D1/7/7 S. 14-16). Die Verteidigung führte diesbezüglich anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzend aus, dass nur Darstellungen von Gewalttätigkeiten, d.h. feindlichen Angriffen auf den Körper durch Schläge etc., in den Anwendungsbereich von Art. 135 StGB fallen würden. Darstellungen des blossen Resultats solcher Gewalttätigkeiten, wie die anklagegegenständlichen Bilder mit den Leichenteilen, würden vom Wortlaut von Art. 135 StGB hingegen nicht erfasst (Urk. 76 S. 20). c) Im Sinne von Art. 135 Abs. 1 StGB strafbar macht sich u.a., wer Bildaufnahmen herstellt, die grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen, ohne einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert zu haben. Ebenfalls strafbar, wenn auch mit einer mildereren Strafandrohung, ist der Erwerb und die anderweitige Beschaffung solcher Bildmaterials (insbesondere über elektronische Medien) und dessen Besitz (Art. 135 Abs. 1bis StGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist indessen schon das gezielt vorgenommene Abspeichern von aus elektronischen Medien heruntergeladenen Bildern auf einem Datenträger als Herstellen solcher Bilder zu werten, weil dabei ein weiteres Exemplar davon entsteht, von dem eine zusätzliche Gefahr der Weiterverbreitung ausgeht. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Täter die Bilder tatsächlich weitergeben will (BGE 130 IV 17 ff.). Der zitierte Bundesgerichtsentscheid bezieht sich zwar nicht auf den Tatbestand der Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), sondern auf denjenigen der

Pornographie (Art. 197 StGB). Die Problematik ist indessen bei beiden Tatbeständen dieselbe, und die beiden genannten Gesetzesbestimmungen sind im wesentlichen gleich strukturiert. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die dargelegte höchstrichterliche Praxis – einschliesslich der Bemerkung, dass die per 1. April 2002 eingeführte Strafbarkeit schon des blossen Besitzes oder Konsums daran nichts zu ändern vermöge (a.a.O. S. 21 f.) – auch im Bereich der Gewaltdarstellungen gilt.

- 17 - d) Der Einwand des Beschuldigten, dass er die inkriminierten Fotos niemandem zugänglich gemacht habe, sondern sie im Gegenteil löschen wollen, bleibt deshalb unbehelflich. Er erfüllt den Tatbestand von Art. 135 Abs. 1 StGB schon mit dem bewussten Abspeichern der Bilder auf seinem Mobiltelefon. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn diese tatsächlich von der kenianischen Polizei veröffentlicht oder gar in Nachrichtensendungen gezeigt worden sein sollten. Der Einwand der Verteidigung, wonach die bloss Darstellung des Resultats von Gewalttätigkeiten nicht tatbestandsmässig sei, stösst ebenfalls ins Leere. Aus der Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985 geht hervor, dass die zentralen Beweggründe für die Schaffung von Art. 135 StGB die Gefahr der Verletzung des sittlichen Empfindens sowie die Furcht vor verrohenden, zu gewalttätigem Verhalten gegenüber Mitmenschen verleitenden Wirkungen waren (Nadine Hagenstein in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I [kurz: BSK Strafrecht I], 4. A. 2019, N 4 zu Art. 135 StGB). Dass die Beeinflussung des sittlichen Empfindens und eine Verrohung nicht ausschliesslich aufgrund eindringlicher Darstellungen gewalttätigen Handelns, sondern auch der Folgen desselben erfolgen kann, leuchtet ohne Weiteres ein. Der Ausschluss von Darstellungen der Folgen von Gewalttätigkeiten aus dem Anwendungsbereich von Art. 135 StGB würde dem Schutzzweck dieser Norm diametral zuwiderlaufen, was nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann. e) Ebenso unbehelflich ist das Vorbringen des Beschuldigten, er habe nicht gewusst, dass sein Verhalten strafbar sei. Wenn ihm dies bekannt gewesen wäre, hätte er diese Bilder nicht konsumiert (D1/7/4 S. 6). Ein Irrtum über die Rechtslage führt nur zur Schuld- und damit Straflosigkeit des Täters, wenn er unvermeidbar war (Art. 21 StGB). Mangelnde Kenntnis des Gesetzes genügt dazu nicht. Schon das unbestimmte Empfinden, dass das betreffende Verhalten unrecht und verboten sein könnte, verpflichtet den Täter, sich vorgängig über die genaue Rechtslage zu erkundigen (Trechsel/Jean-Richard in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar [StGB-Praxiskommentar], 3.A. 2018, N 4 und 7 zu Art. 21 mit zahlreichen Hinweisen auf die Gerichtspraxis).

- 18 - Vorliegend geht es um Bilder, die grässlichste Gewalthandlungen an Menschen bzw. das Resultat solcher Handlungen (abgetrennte Leichenteile) zeigen und deren Anblick nur schwer zu ertragen ist. Wer so etwas im Internet entdeckt, kann – unabhängig von der konkreten Vertrautheit mit den hiesigen Gepflogenheiten sowie dem Internet (vgl. Urk. 76 S. 22) – nicht in guten Treuen der Meinung sein, der Umgang mit solchem Bildmaterial sei erlaubt, sondern muss diesbezüglich zumindest Zweifel haben und kann sich nicht zu seiner Entlastung auf seine allfällige Unkenntnis der einschlägigen Gesetzesbestimmungen berufen (BGE 129 IV 238 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_96/2018 vom 16. August 2018 E. 2.4.2). Der Beschuldigte führte im Übrigen selber aus, dass er das Video verwerflich gefunden habe (Prot. I S. 30), und sprach im Zusammenhang mit den Fotos von Kannibalismus (D1/7/4 S. 4). Das Bewusstsein, dass es hier um Unrecht ging, war bei ihm also vorhanden. Der Beschuldigte ist deshalb der Vorinstanz folgend der mehrfachen

Gewaltdarstellungen im Sinne von Art. 135 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

#### **E. 4**

a) Neben der bereits berücksichtigten Deliktsmehrheit bestehen keine weiteren Straferhöhungsgründe. b) Der Beschuldigte hat den eingeklagten objektiven Sachverhalt weitestgehend anerkannt. In Anbetracht der diesbezüglich ohnehin klaren Beweislage, die keinen Raum für eine erfolgsversprechende Bestreitung liess, und der konsequenten Bestreitung des subjektiven Tatbestandes kann dies aber nur zu einer leichten Strafminderung führen. Damit resultiert als Sanktion eine Freiheitsstrafe von 21 Monaten Freiheitsstrafe. Da lediglich der Beschuldigte Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil erhob, ist vorliegend jedoch das Verschlechterungsgebot nach Art. 391 Abs. 2 StPO zu beachten, weshalb es bei der von der Vorinstanz ausgesprochenen Strafe von 18 Monaten Freiheitsstrafe zu bleiben hat. d) Der Beschuldigte befand sich während 386 Tagen in Haft (D1/19/2-27, Urk. 31/3, Urk. 49). Diese sind ihm auf die Freiheitsstrafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Die vom Beschuldigten danach bis anhin vergewärtigte Ausschaffungshaft (vgl. Urk. 72) ist dagegen nicht an die Freiheitsstrafe anzurechnen, da die Ausschaffungshaft vorliegend nicht an die Stelle der Sicherheitshaft trat, sondern erst nach der Entlassung des Beschuldigten aus derselben (Urk. 49) und folglich einzig zum Zweck der Sicherung der Ausreise des Beschuldigten angeordnet wurde (BSK Strafrecht I-Mettler/Spichtin, a.a.O., N 19 zu Art. 51 StGB; OFK/StGB-Heimgartner, a.a.O., N 1 zu Art. 51 StGB; BGE 124 IV 1 E. 2.b).

#### **E. 5**

Da der Beschuldigte Ersttäter ist, gewährte ihm die Vorinstanz zu Recht den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung der minimalen Probezeit von zwei Jahren (Art. 42 StGB). Dabei muss es heute auch aus prozessualen Gründen (Art. 391 Abs. 2 StPO) bleiben. V. 1. Der Beschuldigte ist Ausländer und hat die eingeklagten Vergehen – mit Ausnahme der Aufschaltung des Videofilms mit der Tötung orange gekleideter Männer – nach dem 1. Oktober 2016 begangen. Die betreffenden Straftatbestän-

- 25 - de sind nicht in der Liste der obligatorisch zur Landesverweisung führenden Delikte (Art. 66a Abs. 1 StGB) enthalten. Das Gericht kann indessen auch den Ausländer, der wegen eines anderen Verbrechens oder Vergehens zu einer Strafe verurteilt wird, das nicht von Art. 66a StGB erfasst wird, für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen (Art. 66abis StGB). 2. a) Der Beschuldigte kam im April 2016 als Asylbewerber in die Schweiz. Die von ihm geltend gemachten Asylgründe erwiesen sich indessen als nicht stichhaltig, weshalb sein Asylgesuch abgewiesen und er aus der Schweiz ausgewiesen wurde (Urk. 35). Seine dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. Oktober 2017 abgewiesen (Urk. 74/2). Im Übrigen hat er keinerlei Beziehungen zu unserem Land. Seine Angehörigen leben alle in Äthiopien (D1/19/2 S. 1/2). Im vorliegenden Verfahren wird er u.a. wegen öffentlicher Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit zu 13 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, weil er am 21. Oktober 2016 in einer ... Moschee [in C.\_\_\_\_\_] predigte, Muslime müssten getötet und ihre Häuser verbrannt werden, wenn sie die Teilnahme am gemeinschaftlichen Gebet verweigerten, und man müsse "mit der Hand", also mit Gewalt, gegen diejenigen vorgehen, welche "Verbotenes" täten. Hasspredigten dieser Art sind in hohem Masse geeignet, das Zusammenleben der Muslime unterschiedlicher Glaubensrichtung und -intensität in unserer Gesellschaft zu stören und ganz allgemein die Integration von Muslimen zu

beeinträchtigen. Wer als Ausländer solche Aufrufe zur Gewalttätigkeit verbreitet, ist in der Schweiz unerwünscht. Die Anordnung einer strafrechtlichen Landesverweisung ist in solchen Fällen unabhängig davon, dass der Beschuldigte schon aufgrund des rechtskräftigen asylrechtlichen Entscheids zum Verlassen des Landes verpflichtet ist, dringend geboten. Auch die erstinstanzlich festgesetzte Verweisdauer von zehn Jahren ist unter den dargelegten Umständen nicht zu beanstanden. Das Verbot der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) verbietet ausserdem, über die vorinstanzlich festgelegte Dauer der Landesverweisung hinaus zu gehen, da nur der Beschuldigte Berufung einlegt. b) Anzufügen bleibt, dass praktische Probleme, die bei der Wegweisung des Beschuldigten auftreten könnten, so etwa Schwierigkeiten bei der Beschaffung

- 26 - ausreichender Reisepapiere oder eine Verweigerung der Rückübernahme seitens des Herkunftsstaates, keinen Grund bilden, die Landesverweisung schon gar nicht erst anzuordnen. Die Vollzugsbehörde ist vielmehr gehalten, alles zu tun, um diese Massnahme durchzusetzen, solange nicht die Vollstreckungsverjährung eintritt. Auch allfällige rechtliche Hindernisse, die sich namentlich aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergeben könnten, stehen der Anordnung der Landesverweisung nicht entgegen, sondern bilden bloss einen Grund zum einstweiligen Aufschub ihres Vollzugs seitens der zuständigen Migrationsbehörde (Art. 66d Abs. 1 und 2 StGB). 3. Landesverweisungen gegenüber Ausländern aus Staaten, die nicht zum Schengen-Raum gehören, werden im Schengen-Informationssystem ausgeschrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Drittstaatsangehörige wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ), es sei denn, ein anderer Schengen-Vertragsstaat hätte dieser Person aus humanitären oder anderen gewichtigen Gründen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt oder zugesichert (Art. 25 SDÜ; vgl. zum Ganzen BVGer. C-4656/2012, Erw. 5). Das Schengener Durchführungsabkommen ist in diesem Punkt unklar formuliert. Auch ein Blick auf den englischen, französischen oder italienischen Text des Abkommens [im Internet abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922(02))] verschafft keine Klarheit, ob eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr oder eine Mindeststrafe von einem Jahr gemeint ist. Eriteres kann indessen nicht die richtige Auslegung des Abkommens sein, denn so würden von der Ausschreibung im Schengen-Informationssystem nicht nur schwere Straftaten erfasst, sondern auch eine Vielzahl eher geringfügiger Delikte. Mit der Ausweitung einer ausländerrechtlichen Fernhaltungsmassnahme auf den gesamten Schengenraum wird deren Sanktionswirkung sehr stark erhöht. Dies rechtfertigt sich in der Regel nur bei gravierenden Taten, die – soweit nicht Strafmilderungsgründe gegeben sind – mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden müssen. Solche hat der Beschuldigte nicht begangen. Von der

- 27 - Verbreitung von Gewaltaufrufen im Rahmen öffentlicher Gottesdienste geht aber unabhängig von der abstrakten Strafandrohung, die darauf anzuwenden ist, eine offensichtliche und ernsthafte Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus. Der Beschuldigte wird denn auch im konkreten Falle zu mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt. Bei dieser Sachlage ist die Landesverweisung im Schengen-Informationssystem auszuschreiben. VI. Da der Beschuldigte auch heute im Wesentlichen anklagegemäss schuldig gesprochen wird, steht fest, dass das beschlagnahmte Mobiltelefon und das

ebenfalls konfiszierte Notebook Deliktswerkzeuge waren. Von diesen könnte in der Hand des Beschuldigten auch künftig eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen. Sie sind deshalb einzuziehen und der Lagerbehörde zur Vernichtung zu überlassen (Art. 69 Abs. 1 und 2 StGB) VII. Ausgangsgemäss – der Beschuldigte wird verurteilt – ist das erstinstanzliche Kostendispositiv zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Auch die Kosten des erfolglos angestrebten Berufungsverfahrens gehen zu Lasten des Beschuldigten, da er mit seinen Anträgen unterliegt (Art. 428 Abs. 1 StGB). Derzeit steht nicht mit Sicherheit fest, ob der Beschuldigte nach Äthiopien zurückgeführt werden kann. Im Falle eines längeren Verbleibens in der Schweiz könnte er durchaus in die Lage kommen, die ihm auferlegten Kosten auch zu bezahlen. Von deren sofortiger Abschreibung ist deshalb abzusehen.

- 28 - Es wird beschlossen:

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