

# ZH\_OBERGERICHT SB190329 vom 8. November 2019

ZH Obergericht, 2019-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190329](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190329)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190329 du 8 novembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190329 del 8 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 42 S. 4; Art. 82 Abs. 4 StPO).

#### E. 1.1

Diese Bestimmungen zur obligatorischen Landesverweisung sind am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten und demnach auch nur auf Delikte anwendbar, welche nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens begangen wurden (Zurbrügg/ Hruschka, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StGB, 4. Aufl. 2019, N 61 zu Vor Art. 66a - 66d). Zu prüfen ist daher, ob sich der Beschuldigte, welcher als Staatsangehöriger von Bolivien Ausländer im Sinne der Bestimmungen zur Landesverweisung ist, mit seinen nach dem 1. Oktober 2016 begangenen Taten einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a StGB schuldig gemacht hat.

#### E. 1.2

Die Handlungen, wegen welchen sich der Beschuldigte der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB schuldig gemacht hat, beging er im Zeitraum von ca. Februar 2015 bis am 20. Februar 2018 und mithin teilweise noch vor dem 1. Oktober 2016. Dabei ist zu beachten, dass nicht alle Tathandlungen, wegen welcher er wegen mehrfacher Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB zu bestrafen ist, auch Katalogtaten im Sinne von Art. 66a StGB darstellen. So fallen einzig Tathandlungen im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB unter Art. 66a lit. h StGB, welche tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben. Wie die Verteidigung zu Recht darauf hinwies, lässt sich hinsichtlich der vom Beschuldigten begangenen und eingestandenen Tathandlungen nicht im Detail nachweisen, wann genau der Beschuldigte welche Dateien herunter- oder wieder hochgeladen hat (Urk. 53 S. 3). Erstellt ist jedoch, dass der Beschuldigte dem verdeckten Vorermittler der Bundeskriminalpolizei VE 1640 am 24. Oktober 2017 den Download von 37 Dateien ermöglichte, welche tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben (Urk. 1 S. 2; Urk. 3/3). Entsprechend machte sich der Beschuldigte auch nach dem 1. Oktober 2016 zweifellos einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a lit. h StGB schuldig, weshalb die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB erfüllt sind. Der Beschuldigte wäre somit grundsätzlich des Landes zu verweisen, es sei denn, es liegt ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor.

- 18 - 2. Die Vorinstanz hat sich einlässlich und zutreffend mit den Voraussetzungen eines schweren persönlichen Härtefalls gemäss Abs. 2 von Art. 66a StGB auseinandergesetzt und kam zum Schluss, dass ein solcher nicht vorliegt (Urk. 42 S. 13 ff.). 3. Wie von seiner

vormaligen Verteidigung vor Vorinstanz wurde nun auch von seinem derzeitigen Verteidiger im Berufungsverfahren geltend gemacht, dass ein Härtefall vorliege, weshalb von der Landesverweisung abzusehen sei. So würden die engsten Familienangehörigen des Beschuldigten in der Schweiz leben, ebenso seine Freundin und seine Freunde. Er sei mit 13 Jahren in die Schweiz gekommen und habe auch schon zuvor als fünf- bzw. achtjähriges Kind jeweils für ein Jahr in der Schweiz gelebt. Mithin habe er zwei Drittel seines Lebens in der Schweiz verbracht. Hier habe er auch eine Arbeitsstelle. Sein Lebensmittelpunkt befinde sich ohne Zweifel einzig in der Schweiz und nur hier habe er die Möglichkeit, ein gutes und anständiges Leben aufzubauen. Mit Bolivien verbinde ihn lediglich seine Staatsbürgerschaft, einen sonstigen Bezug zu diesem Land habe er keinen mehr. Seit seine beiden Schwestern bzw. Halbschwestern, die noch in Bolivien gewohnt hätten, nach Spanien und Argentinien ausgewandert seien, habe er in Bolivien keine Bezugspersonen mehr. Er könne sich ein Leben in Bolivien nicht vorstellen und er hätte dort auch keine Chance, eine Arbeit zu finden. Da es in Bolivien keine Sozialversicherungen gebe, wie man sie in der Schweiz kenne, sondern dort die Familie die Sozialversicherung sei, würde der Beschuldigte dort durch jegliche sozialen Netze fallen (Urk. 31 S. 5 f.; Urk. 53 S. 12 f.). 4. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Ausnahmeklausel des persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegend nicht zur Anwendung gelangt. Alleine aus der Tatsache, dass der Beschuldigte seit geraumer Zeit, nämlich seit 17 Jahren, in der Schweiz lebt und hier auch arbeitet, lässt sich ein solcher nicht ableiten. Ebenso wenig aus dem Umstand, dass die engeren Familienangehörigen in der Schweiz leben. Dem Beschuldigten ist es nämlich ohne Weiteres zuzumuten, mit seinen erst 31 Jahren in Bolivien eine Existenz aufzubauen und dort angemessen zu leben. Er verbrachte die prägenden Kindheits- und Jugendjahre dort und ist daher sowohl mit der Landessprache als auch mit

- 19 - den Gepflogenheiten des Landes vertraut. Auch wenn nun keine seiner Schwestern mehr in Bolivien leben sollten, so bestehen dort immer noch Kontakte zu ehemaligen Schulkollegen, welche er auch bei seinem letzten Aufenthalt in Bolivien im Jahre 2016 getroffen hatte (Prot. II S. 9). Diese können ihm bei der Wiedereingliederung und insbesondere auch mit Bezug auf die Wohnsituation behilflich sein. Der Beschuldigte verfügt zwar über keine Berufsausbildung, indes über eine reichhaltige Berufserfahrung in der Gastronomie, in welchem Bereich auch in Bolivien eine angemessene Berufsausübung möglich ist. Der Beschuldigte ist es gewohnt, im Stundenlohn zu arbeiten und mit unterschiedlichen Arbeitszeiten umzugehen. Dass in Bolivien nicht die gleichen Löhne wie in der Schweiz erwirtschaftet werden können, ist notorisch, indes herrschen in Bolivien auch tiefere Lebenshaltungskosten. Zweifellos wird ein Verlassen der Schweiz und ein Neuanfang in Bolivien für den Beschuldigten mit erheblichen persönlichen Einschränkungen und Änderungen verbunden sein, zumal er jetzt in der Schweiz eine Freundin gefunden hat. Auch sein Kontakt zur Mutter, bei welcher er aktuell lebt, sowie zu seinem Freundeskreis würde durch seinen Wegzug nach Bolivien eingeschränkt. Überdies würde der Wegzug auch zum Verlust seiner Arbeitsstelle führen. Über einen grossen Freundeskreis in der Schweiz verfügt der Beschuldigte jedoch nicht. So erwähnte er bis zur Berufungsverhandlung lediglich einen Kollegen mit dem Vornamen "H. \_\_\_\_\_", mit welchem er an Yu-Gi-Oh!-Turnieren teilnehme (Urk. 8/2 S. 3 und Prot. S. 21 f.). Dass er drei engere Freunde und auch Arbeitskollegen habe, mit welchen er sich treffe, erklärte er erst im Rahmen der Berufungsverhandlung (Urk. 53 S. 13; Prot. II S. 21). Diesen persönlichen Einschränkungen steht jedoch das starke öffentliche Interesse entgegen, dass

der Beschuldigte in der Schweiz keine weiteren Delikte mehr begehen wird, und dieses überwiegt sein persönliches Interesse am Verbleib in der Schweiz deutlich. Die Anordnung der Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB ist daher zu bestätigen. Deren Dauer ist auf das gesetzliche Minimum von fünf Jahren festzusetzen. Der Beschuldigte ist ein Ersttäter und sein Tatverschulden erweist sich nicht als so gravierend, dass sich eine längere Dauer aufdrängen würde.

- 20 -

## **E. 2**

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 4. April 2019 im Sinne des eingangs wiedergegebenen Dispositivs schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 38 bzw. 42 S. 18 ff.). Das Urteil wurde gleichentags mündlich sowie schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 32; Prot. I S. 30 ff.). Der Verteidiger des Beschuldigten hat am 9. April 2019 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 34; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil (Urk. 38 bzw. Urk. 42) wurde dem (neuen) Verteidiger des Beschuldigten am 25. Juni 2019 zugestellt (Urk. 40/3), woraufhin dieser mit Eingabe vom 15. Juli 2019 innert Frist die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte (Urk. 45; Art. 399 Abs. 3 StPO).

## **E. 3**

Innert der angesetzten Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO (Urk. 46) verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (fortan Staatsanwaltschaft) am 25. Juli 2019 auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils sowie die Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welche bewilligt wurde (Urk. 48).

- 5 -

## **E. 4**

Innerhalb des festgelegten Strafrahmens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47

- 8 - Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

### **E. 4.1**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Aufschub des Strafvollzuges nur dann gerechtfertigt, wenn eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet und diese durch den sofortigen Vollzug der Freiheitsstrafe klarerweise erheblich beeinträchtigt würden. Dabei ist eine Beeinträchtigung nicht erst erheblich, wenn der Vollzug der Strafe

die Behandlung verunmöglicht oder den Behandlungserfolg völlig in Frage stellt. Vielmehr geht die Therapie vor, so- bald eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche durch den Vollzug der Freiheitsstrafe klarerweise verhindert oder vermindert wür- den (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1250/2014 vom 29. September 2015 E. 5.2; BGE 129 IV 161 ff. E. 4.1; BGE 124 IV 246 ff. E. 2b).

- 16 -

#### **E. 4.2**

Gemäss den Gutachtern existieren sowohl für die pädosexuelle Ansprech- barkeit des Beschuldigten als auch für seine unreifen Persönlichkeitszüge er- folgsversprechende Behandlungsansätze. Ausserdem wiesen sie darauf hin, dass sich die beim Beschuldigten vorliegende Problematik von pädosexueller An- sprechbarkeit und Unreife besonders gut in einem kombinierten Behandlungsset- ting von dyadischen Sitzungen und Gruppensitzungen behandeln lasse. Ihrer Ein- schätzung nach könnte die Behandlung aber auch bei gleichzeitigem oder vorhe- rigem Strafvollzug erfolgsversprechend durchgeführt werden (Urk. 11/3 S. 43). Entsprechend dieser Einschätzung der Gutachter würde ein gleichzeitiger Straf- vollzug somit nicht zwingend dazu führen, dass der Behandlungserfolg in Frage gestellt werden müsste. Insbesondere angesichts der vorhandenen erfolgsver- sprechenden Behandlungsansätzen, der stets geäusserten Bereitschaft des Be- schuldigten, sich einer rückfallpräventiven Behandlung zu unterziehen (Urk. 11/3 S. 43; Prot. I S. 20 ff.; Prot. II S. 18), sowie in Anbetracht dessen, dass der Be- schuldigte über eine Arbeitsstelle verfügt, deren Verlust im Falle eines Strafantritts drohen würde, können die Voraussetzungen für einen Aufschub des Strafvollzugs im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB – gute Resozialisierungschancen bei sofortiger Behandlung und erhebliche Beeinträchtigung dieser Resozialisierungschancen durch sofortigen Vollzug der Freiheitsstrafe – aber dennoch als erfüllt erachtet werden.

#### **E. 4.3**

Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist daher zu Gunsten der ambulanten Mass- nahme aufzuschieben. VI. Landesverweisung 1. Gemäss Art. 66a lit. h StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der we- gen Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den priva-

- 17 - ten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB).

#### **E. 5**

Die Vorinstanz ordnete gleichzeitig mit der Landesverweisung die Aus- schreibung derselben im Schengener Informationssystem (SIS) an (Urk. 42 S. 16 und 18).

#### **E. 5.1**

Landesverweisungen gegenüber Ausländern aus Staaten, die weder dem Schengenraum, der Europäischen Union noch der EFTA angehören, werden im Schengener Informationssystem ausgeschrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitglied- staates 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 Durchführungsab- kommen 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))] ver- schafft keine Klarheit, ob eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr oder eine Mindeststrafe von einem Jahr gemeint ist. Ersteres kann indessen nicht die richti- ge Auslegung des Abkommens sein, denn so würden von der Ausschreibung im Schengener Informationssystem nicht nur schwere Straftaten erfasst, sondern auch eine Vielzahl eher geringfügiger Delikte. Mit der Ausweitung einer auslän- derrechtlichen Fernhaltmassnahme auf den gesamten Schengenraum wird de- ren Sanktionswirkung sehr stark erhöht. Dies rechtfertigt sich nur bei gravieren- den Taten, die – soweit nicht Strafmilderungsgründe gegeben sind – mit mindes- tens einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden müssen.

## **E. 5.2**

Der Beschuldigte hat sich der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB schuldig gemacht. Für Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB ist ein Strafraum von Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe und mithin eine Mindeststrafe von einem Tagessatz Geld- strafe vorgesehen (Art. 34 Abs. 1 aStGB). Da die vom Beschuldigten begangenen

- 21 - Delikte somit nicht mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht werden, sind die vorstehend dargelegten Voraussetzungen für eine Ausweitung der Landesverweisung auf den gesamten Schengenraum nicht erfüllt. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem ist da- her abzusehen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 2'500.– zu veranschlagen. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung hinsichtlich der im Vergleich zum ange- fochtenen Urteil tieferen Bestrafung, des Aufschiebs des Vollzugs der Freiheits- strafe zugunsten der ambulanten Massnahme sowie des Absehens von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem, unter- liegt indes mit Bezug auf die Anordnung der für ihn äusserst einschneidenden Landesverweisung. Die Verfahrenskosten sind dem Beschuldigten daher zur Hälft- te aufzuerlegen und im Übrigen auf die Staatskasse zu nehmen. Folglich ist dem Beschuldigten eine um die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung, entsprechend Fr. 4'500.– (Aufwand gemäss der Honorarnote der Verteidigung abzüglich einer Stunde, zumal die Berufungsverhandlung weniger lang dauerte als von der Ver- teidigung geschätzt [Urk. 55]), für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 436 Abs. 2 StPO). Es wird beschlossen:

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