

# ZH\_OBERGERICHT SB200230 vom 7. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200230](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200230)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200230 du 7 décembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200230 del 7 dicembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum Erlass des erstinstanzlichen Urteils kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 48 S. 5 f.). Der Beschuldigte wurde mit Urteil vom 4. Februar 2020 gemäss dem eingangs aufgeführten Urteilsdispositiv schuldig gesprochen. Mit Eingabe vom 6. Februar 2020 liess der Beschuldigte innert Frist Berufung

- 5 - anmelden (Urk. 42). Das begründete Urteil wurde dem amtlichen Verteidiger am

### E. 4

Jahren erscheint angesichts der einschlägigen Vorstrafe des Beschuldigten (Urk. 49) ebenfalls als angemessen und ist zu bestätigen. III. Landesverweisung 1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen. Betreffend die allgemeinen Voraussetzungen der obligatorischen Landesverweisung und das Vorliegen einer Katalogtat kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 22 ff.). Wie schon vor Vorinstanz beantragt die Staatsanwaltschaft die Anordnung einer Landesverweisung von 6 Jahren (Urk. 54). Die Verteidigung beantragt demgegenüber, es sei sowohl von einer Landesverweisung als auch der Ausschreibung im Schengener Informationssystem abzusehen (Urk. 70). Die Vorinstanz prüfte das Vorliegen eines Härtefalles i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB und verneinte diesen mit ausführlichen und überzeugenden Argumenten. Auf diese Erwägungen kann vorab zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 48 S. 25 ff.). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich daher als Hervorhebungen respektive blosse Ergänzungen: 2. Die Staatsanwaltschaft bringt auch hinsichtlich der Landesverweisung lediglich vor, die Vorinstanz gewichte die einzelnen Strafzumessungskriterien allzu stark zu Gunsten des Beschuldigten, was zu einer leicht zu kurzen Landesverweisung führe (Urk. 54). Die Verteidigung führt demgegenüber aus, der Beschuldigte sei sowohl beruflich als auch privat überdurchschnittlich gut integriert. Keinen Abbruch tue hierbei der Umstand, dass er nicht in der Schweiz geboren und aufgewachsen sei. Er halte sich seit 20 Jahren in der Schweiz auf, wobei die Beziehung zu seinem Partner ebenso lange dauere. Wie es bei Ausländern üblich sei, sei er zwar sporadisch für Besuche in sein Heimatland zurückgekehrt, sein Lebensmittelpunkt sei aber seit über zwei Jahrzehnten in der Schweiz. Zu seinem Heimatland Thailand unterhalte der Beschuldigte weder private noch berufliche

- 8 - Verbindungen. So habe er dort keine nennenswerten Verwandten. Er pflege zu diesen bloss losen Kontakt und die "Tanten und Cousinsen" könnten ihm bei der Wiedereingliederung keinerlei Hilfestellung bieten. Wenn der Beschuldigte und sein Partner in Erwägung ziehen würden, nach der Pensionierung nach Thailand auszuwandern,

könne hieraus nicht geschlossen werden, dass auch ein Umzug zumutbar und durchführbar sei, während beide noch im Berufsleben stehen. Es sei denn auch nicht ersichtlich, dass der Beschuldigte in Thailand erneut ein Massagestudio eröffnen könne. Auch im Übrigen warte auf dem thailändischen Arbeitsmarkt – insbesondere aufgrund der desolaten Wirtschaftslage infolge von COVID-19 – niemand auf einen 41-jährigen Masseur. Weiter komme erschwerend hinzu, dass der Partner des Beschuldigten kürzlich an einer Lungenentzündung und einer Herzinsuffizienz erkrankt sei. Dem Partner des Beschuldigten, welcher wie auch der Beschuldigte HIV positiv sei, könne eine Übersiedlung nach Thailand angesichts dieser Krankheit nicht zugemutet werden. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte als HIV-Positiver dem mangelhaften thailändischen Gesundheitssystem ausgesetzt sei, in welchem ärmere Menschen nicht immer die besten Medikamente erhalten würden. Der Beschuldigte sei aber auf moderne und effektive antivirale Medikamente angewiesen, andernfalls er an AIDS erkranken würde. Weiter komme hinzu, dass nicht der gängigen Norm entsprechende Menschen wie der (transsexuelle) Beschuldigte im thailändischen Gesundheitssystem struktureller Diskriminierung und Stigmatisierung ausgesetzt seien. Weiter bringt die Verteidigung vor, als weiteres Beurteilungskriterium könne berücksichtigt werden, dass der vorliegende Fall bzw. die in Aussicht stehende Strafe keinen Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach sich ziehen würde. Schliesslich macht die Verteidigung geltend, den öffentlichen Interessen nach Sicherheit und Ordnung sei mit den gerichtlich angeordneten Weisungen bereits ausreichend Rechnung getragen worden, weshalb sie die dargelegten privaten Interessen des Beschuldigten nicht zu überwiegen vermöchten (Urk. 70 S. 3-5). 3. Erneut ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten einen Katalogtatbestand erfüllte, was grundsätzlich eine obligatorische Landesverweisung nach sich zieht (Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB). Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann nur "ausnahmsweise" von der Anordnung einer Landesverwei-

- 9 - sion abgesehen werden, wenn sie kumulativ (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" (Art. 66a Abs. 2 StGB). Die Härtefallklausel ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332, E. 3.3.1, BGE 146 IV 105, E. 3.4.2). 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 (BGE 146 IV 105, E. 3.4.2). 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. 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 und E. 5.1; 144 II 1 E. 6.1; Urteil BGer 6B\_587/2020 vom 12. Oktober 2020, E. 2.1.2). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (BGE 145 I 227 E. 5.3; 144 II 1 E. 6.1; Urteil 6B\_396/2020 vom 11. August 2020 E. 2.4.3 f.). 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). Eine familiäre Beziehung lässt sich dabei aber in einem gewissen Masse aber auch über moderne Kommunikationsmittel und allenfalls über bewilligte Kurzaufenthalte pflegen (vgl. insbesondere zur Situation mit Kindern: BGE 143 I 21, E. 5.3 S. 28; BGer Urteil 2C\_221/2019 vom 25. Juli 2019, E. 3.2).

#### **E. 4.1**

Der Beschuldigte wuchs in Thailand auf und kam im Jahr 2001 im Alter von 22 Jahren in die Schweiz (vgl. Urk. HD/8/2 Frage 28; HD/8/3 Frage 50 f.,

- 10 - Frage 100 ff.). Er verbrachte somit seine Jugend sowie die frühen Erwachsenenjahre in Thailand. Seine Muttersprache ist Thailändisch. Deutsch spricht der Beschuldigte demgegenüber bloss gebrochen, was sich exemplarisch daran zeigt, dass er bei den Einvernahmen jeweils einen Übersetzer in Anspruch nehmen musste. Selbst schätzt er seine Deutschkenntnisse so ein, dass er "mehr als die Hälfte" verstehe (Urk. HD/8/3 Frage 85). Beruflich ist der Beschuldigte seit 2016 in seinem eignen Massagesalon tätig, in welchem er zwei Frauen beschäftigt. Bei der Finanzierung habe ihm sein Partner geholfen. Das Einkommen variere zwischen CHF 2'500.-- und CHF 3'000.-- (Urk. HD/8/3 Frage 68 ff.). Der eingetragene Partner, für welchen der Beschuldigte in die Schweiz zog, ist Schweizer Bürger (Urk. HD/8/3 Frage 51 ff.). So zeigt sich aus diesen persönlichen Verhältnissen, dass der Beschuldigte mittlerweile zwar eine längere Zeit in der Schweiz verbracht hat, hier in einer festen Partnerschaft mit einem Schweizer lebt und auch beruflich Fuss fassen konnte. Eine besonders gute Integration ist indessen nicht zu erkennen, zumal der Beschuldigte sich auch nach ca. 20 Jahren Aufenthalt in der Schweiz auf Deutsch nicht problemlos und differenziert verständigen kann. Die genannten Umstände führen jedenfalls noch nicht zur Annahme eines Härtefalles, zumal der Beschuldigte weder in der Schweiz geboren noch aufgewachsen ist und eine sehr prägende Zeit seines Lebens in Thailand verbracht hat.

#### **E. 4.2**

Weiter ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Beziehungen zu seinem Heimatland Thailand nicht vollständig aufgegeben hat, zumal er – eigenen Angaben zufolge – einmal pro Jahr nach Thailand reist, um dort Verwandte bzw. Bekannte zu besuchen, wobei er hierzu bemerkte, er gehe nicht öfter, weil er zu wenig Geld und Zeit habe (Urk. HD/8/3 Frage 63). Es mag zwar zutreffen, wenn die Verteidigung vorbringt (Urk. 70 S. 3), dass viele andere hierzulande wohnhafte Ausländer, ebenfalls regelmässig in ihr Heimatland reisen. Dies würde indessen auch bei diesen dafür sprechen, dass sie nach wie vor eine Verbindung zu diesem Staat haben und dort mit Verwandten und Bekannten in Kontakt stehen. Der Umstand, dass der Beschuldigte und sein Partner sich vorstellen können, nach der Pensionierung in Thailand zu leben (vgl. Urk. HD/8/3 Frage 90; Prot. I S. 12), spricht ebenfalls für eine bestehende Beziehung zum

- 11 - Heimatland des Beschuldigten. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 70 S. 3) ändert daran nichts, dass der Beschuldigte und sein Partner erst für die Zeit nach der Pensionierung einen Umzug nach Thailand erwägen, zumal eine strafrechtliche Landesverweisung regelmässig mit nicht vorhergesehenen und unerwünschten Konsequenzen verbunden ist. Jedenfalls ist aber zu erkennen, dass sich der Beschuldigte und sein Partner ein Leben in Thailand generell vorstellen können und ein solches Leben

für sie entsprechend keine besondere Härte darstellen kann.

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Landesverweisung für den Beschuldigten zweifelslos eine gewisse Härte darstellt und einige – auch unerwünschte – Veränderungen in seinem Leben mit sich bringen wird. Es liegt in dessen ein Fall einer obligatorischen Landesverweisung vor, von welcher nur ausnahmsweise abgesehen werden kann. Den eingangs erwähnten hohen Hürden betreffend Annahme eines schweren persönlichen Härtefalles vermögen die dargelegten Umstände nicht zu genügen, weshalb ein solcher nicht vorliegt. Angesichts dieser Umstände kann auf eine weitere Interessenabwägung verzichtet werden.

#### **E. 4.4**

Weiter erklärte der Beschuldigte, er habe in Thailand – neben einer Tante und deren Ehemann, die er spezifisch erwähnte – noch zahlreiche weitere Tanten und Cousinen. Sie seien eine grosse Familie (Urk. HD/8/3 Frage 64). Nicht nachvollziehbar ist hierbei das pauschale Vorbringen der Verteidigung, dass diese Verwandten dem Beschuldigten "keinerlei Hilfestellung" bieten werden, wenn er wieder in Thailand leben würde (Urk. 70 S. 3). Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte einmal pro Jahr nach Thailand reist, um dort seine Verwandten und Freunde zu besuchen – und er bei besseren finanziellen Verhältnissen auch noch mehr Besuche unternehmen würde – nicht einleuchtend. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte in Thailand über Familienangehörige verfügt, welche ihm zumindest beistehen könnten.

#### **E. 4.5**

Die Verteidigung bringt weiter vor, der Partner des Beschuldigten sei kürzlich schwer erkrankt und es sei diesem nicht zuzumuten, nach Thailand umzuziehen, da er nicht über die finanziellen Mittel verfüge, um in Thailand eine

- 12 - angemessene Behandlung seiner Krankheitsbilder zu erhalten (Urk. 70 S. 3 f.). Die Landesverweisung betrifft grundsätzlich nur den Beschuldigten, nicht aber seinen Ehepartner (vgl. hierzu BGer Urteil 6B\_1033/2019 vom 4. Dezember 2019, E. 6.7). Wenn der Partner des Beschuldigten – unabhängig von den Gründen – nicht nach Thailand umziehen will, so muss er dies auch nicht tun. Wie eingangs erwähnt, kann eine familiäre Beziehung – insbesondere wenn es sich nicht um kleine Kinder handelt – allenfalls auch über moderne Kommunikationsmittel sowie regelmässige Besuche gepflegt werden. Weiter kommt hinzu, dass die Landesverweisung den Beschuldigten nicht verpflichtet, zwingend in sein Heimatland zurückzukehren. Wenn er – und allenfalls sein Partner – es bevorzugen, an einem anderen Ort zu leben und sie dort entsprechende Bewilligungen erhalten, so ist dies ihnen freigestellt. Wie nachfolgend unter Ziffer IV noch dargetan wird, sieht das Gericht von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ab. Damit steht es dem Beschuldigten grundsätzlich frei sich für die Dauer der Landesverweisung im grenznahen Ausland aufzuhalten, was als weiteres Argument gegen die Annahme eines Härtefalles spricht. Andere familiäre Beziehungen zur Schweiz bestehen im Übrigen nicht. Der gesundheitliche Zustand des Partners des Beschuldigten begründet insgesamt keinen schweren persönlichen Härtefall.

#### **E. 4.6**

Schliesslich bringt die Verteidigung vor, HIV-positive Menschen würden in Thailand stigmatisiert. Zudem stelle sich die Situation im thailändischen Gesundheitssystem so dar, dass ärmere Menschen oft nicht die besten Medikamente erhalten würden und lange Wartezeiten in Kauf nehmen müssten. Der Beschuldigte habe kein Ersparnis, weshalb er bei einer Rückkehr nach Thailand diesem Gesundheitssystem schutzlos ausgeliefert sei (Urk. 70 S. 4). Der Umstand, dass das schweizerische Gesundheitssystem eines der besten in der Welt ist, kann indessen keinen Grund dafür bieten, dass kranke Straftäter nicht ausgewiesen werden. Eine Landesverweisung ist für einen Betroffenen immer mit Nachteilen verbunden, namentlich dem Verlust eines Zugangs zum schweizerischen Gesundheitssystem sowie den hiesigen Institutionen. Einen schweren persönlichen Härtefall begründet dieser Umstand nicht (vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB190069 vom 17. Februar 2020, E. VII.1, S. 35). Vorliegend kommt hinzu, dass der Beschuldigte zwar HIV-positiv ist, er den Ausbruch von

- 13 - AIDS durch die Einnahme von antiviraler Medikation aber bislang verhindern konnte. Hierbei ist mit der Vorinstanz (Urk. 48 S. 26) darauf hinzuweisen ist, dass entsprechende Medikamente auch in Thailand verfügbar sind, weshalb in dieser Hinsicht ohnehin keine Verschlechterung der gesundheitlichen Lage aufgrund der Landesverweisung zu erwarten ist.

#### **E. 4.7**

Aufgrund des von der Verteidigung vorgebrachten Umstands, wonach die in Aussicht stehende Strafe in ausländerrechtlicher Hinsicht keine "längerfristige Strafe" darstelle und nicht den Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach sich ziehe (Urk. 70 S. 4 f.), ist ebenfalls kein schwerer persönlicher Härtefall zu erkennen. Auch der Verweis der Verteidigung auf die gerichtlich angeordnete Weisung und das Kontaktverbot (Urk. 70 S. 5) vermag hinsichtlich der Landesverweisung keinen schweren persönlichen Härtefall zu begründen. Dieser Aspekt wäre allenfalls erst in einem zweiten Schritt bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, wenn im ersten Schritt ein schwerer persönlicher Härtefall bejaht würde.

#### **E. 5**

Der beschuldigten Person wird im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB für die Dauer der Probezeit jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, untersagt.

#### **E. 6**

(...)

#### **E. 7**

(...)

#### **E. 8**

Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I vom 26. Juli 2019 beschlagnahmten Mobiltelefon, Marke iPhone 8 (Asservaten-Nr. A012'766'722), lagernd bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, wird eingezogen und der Lagebehörde zur Vernichtung überlassen.

#### **E. 9**

Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I vom 26. Juli 2019 beschlagnahmte Mobiltelefon, Marke Samsung Galaxy (Asservaten-Nr. A012'766'755), lagernd bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, wird der beschuldigten Person nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben. Sofern die beschuldigte Person die Herausgabe nicht innert 3 Monaten nach Eintritt der Rechts-

- 17 - kraft dieses Urteils verlangt, werden die Gegenstände der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

**E. 10**

Die beschuldigte Person wird verpflichtet, dem Privatkläger E.\_\_\_\_\_ Fr. 300.00 zu- züglich 5 % Zins ab Urteilsdatum als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

**E. 11**

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen: 1 '100.00 Gebühr für die Vorverfahren; 450.00 Auswertung Mobiltelefon durch Polizei; Allfällig e weitere Kosten bleiben vorbehalten. Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

**E. 12**

Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger aus der Gerichtskasse mit Fr. 8'868.50 (inkl. Barauslagen und 7.7 % MwSt.) entschädigt.

**E. 13**

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens (ausgenommen die- jenigen der amtlichen Verteidigung) werden der beschuldigten Person auferlegt.

**E. 14**

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

**E. 15**

(Mitteilungen)

**E. 16**

(Rechtsmittel)" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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