

ZH_OBERGERICHT SB210142 vom 14. Juli 2021

ZH Obergericht, 2021-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210142

FR: ZH_OBERGERICHT SB210142 du 14 juillet 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210142 del 14 luglio 2021

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil der Vorinstanz vom 15. Mai 2018 wurde der Beschuldigte A._____ der versuchten Nötigung und der Pornografie schuldig gesprochen. Von den weiteren Vorwürfen der Förderung der Prostitution und der versuchten Erpressung wurde er freigesprochen (Urk. 71 S. 73). Mit Beschluss vom 14. Juni 2019 stellte die Kammer fest, dass die erstinstanzliche Verurteilung wegen Pornografie in Rechtskraft erwachsen ist (Urk. 132 S. 49). Mit Urteil vom gleichen Tag wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der versuchten Nötigung frei-, dafür der Förderung der

- 9 - Prostitution schuldig gesprochen (Urk. 132 S. 51). Auf Beschwerde des Beschuldigten hob das Bundesgericht mit Urteil vom 17. Februar 2021 das Urteil der Kammer auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Kammer zurück (Urk. 147 S. 9). Mit Präsidialverfügung vom 11. März 2021 wurde der Privatklägervertretung und der Anklagebehörde Frist angesetzt, die aktuelle Adresse der Privatklägerin mitzuteilen (Urk. 149). In der Folge konnte der Aufenthaltsort der Privatklägerin trotz entsprechender behördlicher Bemühungen im In- und Ausland nicht aufgefunden werden (Urk. 151-157). Mit Präsidialverfügung vom 26. April 2021 wurde der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten A._____ sowie der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um sich zur vorzunehmenden Strafzumessung, zu den Folgen der Nichtbewährung des Beschuldigten A._____ innert der mit Strafbefehl des Ministerio pubblico del cantone Ticino Bellinzona angesetzten Probezeit sowie zu einer allfälligen Landesverweisung zu äussern. Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten A._____, der Staatsanwaltschaft sowie der Vertreterin der Privatklägerin wurde sodann Frist angesetzt, um sich zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern (Urk. 158 S. 4). Die entsprechenden Stellungnahmen der Parteien gingen unter den Urkunden 160, 161 und 163 ein und wurden mit Verfügung vom 25. Mai 2021 den jeweils anderen Parteien zur Kenntnisnahme und Möglichkeit zur Vernehmlassung zugestellt (Urk. 168). Die Anklagebehörde teilte darauf mit, dass auf Vernehmlassung verzichtet werde (Urk. 170). Weitere Stellungnahmen erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

E. 1.1

Der Beschuldigte lässt durch seinen Verteidiger geltend machen, es seien ihm für das gesamte Verfahren die Kosten in Höhe von Fr. 1'200.– aufzuerlegen und diese im Mehrbetrag auf die Gerichtskasse zu nehmen (Urk. 163 S. 6). In der Tat wird der Beschuldigte heute nur in einem marginalen Nebenpunkt der Anklage verurteilt (Art. 426 StPO). Auch im Berufungsverfahren obsiegt er letztlich mit seinen Anträgen überwiegend (Art. 428 StPO). Da der Beschuldigte keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, wäre sodann die Einbringlichkeit ihm auferlegter Kosten äusserst fraglich. Der Einfachheit halber ist daher dem Antrag des Beschuldigten zu folgen.

E. 1.2

Dem Beschuldigten sind die ihn betreffenden Kosten der Untersuchung und des Hauptverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung und der Kosten der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, im Umfang von Fr. 1'200.– aufzuerlegen und im Mehrbetrag definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gerichtsgebühren der beiden Berufungsverfahren haben ausser Ansatz zu fallen.

E. 1.3

Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten im gesamten Verfahren sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Vorinstanz entschädigte den amtlichen Verteidiger für dessen Aufwendungen und Auslagen im Untersuchungs- und Hauptverfahren gemäss Beschluss vom

- 14 - 6. Juni 2018 (Urk. 60) mit Fr. 45'904.90 (inkl. MwSt.), was unangefochten blieb und der Vollständigkeit halber erwähnt sei. Im ersten Berufungsverfahren wurde der amtliche Verteidiger im aufgehobenen Urteil der Kammer für seine Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 11'135.15 (inkl. MwSt.) entschädigt (Urk. 132 S. 45). Diese Anordnung ist ohne Weiteres zu wiederholen. Für das zweite Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger Aufwendungen im Umfang von fast 11 Stunden und damit im Betrag von Fr. 2'398.– (exkl. MwSt.) sowie Auslagen in Höhe von Fr. 30.– und gesamthaft somit Fr. 2'614.95 (inkl. MwSt.) geltend. Diese Aufwendungen und Auslagen sind ausgewiesen und angemessen und die Entschädigung ist entsprechend festzusetzen.

E. 1.4

Sodann sind die Kosten der unentgeltlichen Rechtsvertretung der Privat- klägerin des gesamten Verfahrens definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Vorinstanz entschädigte die unentgeltliche Vertreterin der Privatklägerin für deren Aufwendungen und Auslagen im Untersuchungs- und Hauptverfahren gemäss Beschluss vom 6. Juni 2018 (Urk. 59) mit Fr. 13'571.– (inkl. MwSt.), was unangefochten blieb und der Vollständigkeit halber erwähnt sei. Im ersten Berufungsverfahren wurde die unentgeltliche Vertreterin der Privatklä- gerin im aufgehobenen Urteil der Kammer für ihre Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 579.95 (inkl. MwSt.) entschädigt. Diese Anordnung ist ohne Weiteres zu wiederholen. Für das zweite Berufungsverfahren macht die unentgeltliche Vertreterin der Pri- vatklägerin Aufwendungen im Umfang von 4,33 Stunden und damit im Betrag von Fr. 952.60.– (exkl. MwSt.) sowie Auslagen in Höhe von Fr. 41.65 (exkl. MwSt.) und damit gesamthaft einen Betrag von Fr. 1'070.80 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 174). Diese Aufwendungen und Auslagen sind ausgewiesen und angemess- sen und die Entschädigung ist entsprechend festzusetzen.

- 15 - 2. Der Beschuldigte befand sich gemäss heutiger Verurteilung 202 Tage unger- rechtfertigt in Haft (232 Tage erstandene Haft abzüglich 30 Tage, mittels welchen er die Geldstrafe von 30 Tagessätzen abgegolten hat). Dafür macht die Verteidigung Schadenersatz in der Höhe von Fr. 20'000.– für entgangenen Arbeitserwerb geltend (Urk. 163 S. 2). Die Verteidigung behauptet ein hypothetisches Einkommen von monatlich mindestens Fr. 3'500.– abzüglich nicht angefallener Lebenshaltungskosten. Für das hypothetische Einkommen verweist die Verteidigung auf eine entsprechende Erwägung der Vorinstanz (Urk. 163 S. 6 f.). In der Tat ging die Vorinstanz bei der Berechnung des Tagessatzes der Geldstra- fe von diesem hypothetischen Einkommen aus (Urk. 71 S. 59). Dies ist jedoch keinesfalls zu übernehmen: Ob der Beschuldigte in der Schweiz eine

Anstellung gefunden hätte, ist mehr als fraglich. So hielt er sich hier als Tourist auf und verfügte über keine Arbeitsbewilligung. Die Verteidigung bringt vor, der Beschuldigte habe nach seiner Haftentlassung in Frankreich gearbeitet und einen durchschnittlichen Brutto-Monatslohn von rund 1'500 Euro erzielt (vgl. 164). Der fragliche, lediglich in Kopie vorliegende Arbeitsvertrag ist jedoch seitens des Beschuldigten nicht einmal unterzeichnet. Dennoch ist dem Beschuldigten in Anlehnung an diesen Arbeitsvertrag für 202 Tage ein Erwerbsausfall in der Höhe von rund 10'500 Euro, entsprechend (gerundet) Fr. 11'500.– zuzugestehen. Die Verteidigung zieht nach eigener Berechnung pro Monat davon Fr. 1'000.– für nicht angefallene Lebenshaltungskosten ab (Urk. 163 S. 6f.: Hypothetisches Einkommen von Fr. 3'500.–, entgangener Gewinn von Fr. 2'500.–). Darauf ist der Beschuldigte zu behaften: Bei einem Erwerbsausfall von Fr. 11'500.– abzüglich rund Fr. 7'000.– nicht angefallener Lebenshaltungskosten resultiert ein Schadenersatzanspruch des Beschuldigten (gerundet) von Fr. 5'000.–.

E. 2

Mit der zitierten Strafzumessung setzt sich die Verteidigung in ihrer abschliessenden Berufungsbegründung in keiner Weise substantiiert auseinander. Sie hält vielmehr dafür, es sei in Anwendung von Art. 52 StGB infolge mangelnden Strafbedürfnisses von einer Bestrafung abzusehen. Die Tathandlung des Beschuldigten habe sich darauf beschränkt, die inkriminierte pornografische Datei nach deren Kenntnisnahme nicht gelöscht zu haben. Das Verschulden des Beschuldigten wiege in objektiver wie subjektiver Hinsicht noch äusserst leicht (Urk. 163 S. 3). Dass das Verschulden des Beschuldigten leicht wiegt, haben wie erwogen bereits die Vorinstanz wie die Kammer in ihrem ersten Entscheid festgestellt. Solches führt jedoch zu einer milden Sanktion und nicht einfach zu einer Strafbefreiung. Eine solche ist nur dann angezeigt, wenn das Verhalten des Täters im Quervergleich zu typischen unter dieselbe Strafbestimmung fallenden Taten vom Verschulden wie von den Tatfolgen her als unerheblich erscheinen, so dann die Strafbedürftigkeit offensichtlich fehlt (BGE 135 IV 135ff.). Solches liegt vorliegend in keiner Weise vor. Im Gegenteil entspricht das Verhalten des Beschuldigten demjenigen einer Vielzahl von Tätern in vergleichbaren Fällen, die im Umgang mit harter Pornographie die notwendige Sorgfalt unterlassen. Die Verteidigung verlangt mit ihrem Antrag sinngemäss, dass Art. 197 Abs. 5 StGB für Pornographie-Delikte, betreffend welche das Verschulden des Täters noch leicht wiegt, ausser Kraft gesetzt wird. Solches ist selbstredend zu verwerfen. Aus dem noch leichten Verschulden folgt vielmehr wie bereits erwogen eine noch milde Sanktion am unteren Ende des Strafrahmens, wie sie durch Vorinstanz und Kammer im aufgehobenen Entscheid bemessen wurde. Somit ist der Beschuldigte heute mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu bestrafen. Diese hat als durch die erlittene Haft getilgt zu gelten.

E. 3

Die Kammer hat im aufgehobenen Entscheid die gemäss höchstrichterlicher Praxis minimale Tagessatzhöhe von Fr. 10.– festgesetzt. Dies ist heute ohne Weiteres zu wiederholen.

- 12 -

E. 3.1

Die Verteidigung macht für den Beschuldigten eine Genugtuung für zu Unrecht erlittene Haft von Fr. 46'600.– geltend, ausgehend von 233 Tagen Haft und einem Tagesansatz von Fr. 200.– (Urk. 163 S. 7).

- 16 - Gemäss höchstrichterlicher Praxis liegt der Tagesansatz der Haftentschädigung bei Fr. 100.– bis Fr. 200.–; je länger die Haft dauert, desto tiefer liegt der Ansatz. Das Gericht verfügt über einen grossen Ermessensspielraum (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO; Urteil des Bundesgerichts 6B_196/2014 vom 5. Juni 2014 E.1.2. mit Verweisen). Der Beschuldigte befand sich während 202 Tage ungerechtfertigt in Haft. Rein von der Haftdauer wäre somit ein Tagesansatz von Fr. 100.– zu wählen. Der Beschuldigte scheint heute in Frankreich zu leben: Die Verteidigung schildert allerdings, der Beschuldigte habe in Frankreich gearbeitet (Vergangenheitsform; Urk. 163 S. 6). Möglicherweise hält er sich somit auch wieder in seiner Heimat Rumänien auf.

E. 3.2

Die Genugtuung in Form einer geldwerten Entschädigung wird ausgerichtet, weil Geld den Berechtigten in die Lage versetzt, sich ein Gefühl des Wohlbefindens zu verschaffen bzw. sich etwas zu leisten, das am ehesten die erlittenen Beeinträchtigungen wettmachen könnte (TERCIER, Die Genugtuung, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 1988, S. 2 f. mit Hinweis auf die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR] vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II, S. 681). Vom Zweckgedanken des Schmerzensgeldes nicht gedeckt wird jedoch die unverhoffte Herbeiführung eines finanziellen Wohlstandes. Damit würde nicht der Ausgleich der immateriellen Unbill erzielt, sondern vielmehr eine eigentliche ungerechtfertigte Bereicherung (HÜTTE/ DUCKSCH, Die Genugtuung, 3. Aufl. 1996, I/57; DONATSCH, Kommentar zur Strafprozessordnung; BGE 123 III 10 E. 4c/bb mit Verweisen). Die als Ausgleich erlittener Unbill festzulegende Summe lässt sich naturgemäss nicht exakt errechnen, sondern nur schätzen. Sie ist eine Entscheidung nach Billigkeit. Es gibt mithin nicht nur eine richtige Entscheidung, sondern in einer gewissen Bandbreite eine Mehrzahl von angemessenen, dem Gebot der Billigkeit gehorchenden Lösungen. Die Genugtuung darf daher nicht nach schematischen Massstäben oder nach festen Tarifen festgesetzt werden, sondern muss sich an den Besonderheiten des Einzelfalles orientieren. Dies schliesst indes den Rückgriff auf Präjudizien im Sinne eines Richtwerts so wenig aus wie die Vornahme der Bewertung der immateriellen Beeinträchtigung in zwei Phasen, nämlich der objek-

- 17 - tiven Festlegung eines Basisbetrages als Orientierungspunkt in einem ersten Schritt und daran anschliessend der Anpassung dieses Betrages unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles. Vergleiche mit anderen Fällen können für sich allein noch nicht die Rechtswidrigkeit der zugesprochenen Summe begründen (BGE 132 II 117 E. 2.2.2 und 2.2.3; 127 IV 215 E. 2a und e; 25 III 412 E. 2c/cc; 123 III 10 E. 4c/bb, S. 15; 123 II 210 E. 2c; vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, Art. 47 N 62 ff.). Die Festlegung der Höhe der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen. Ob der kantonale Richter sein Ermessen richtig ausgeübt hat, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht auf Beschwerde hin frei überprüft. Das Bundesgericht übt indes bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen praxisgemäss Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn der Sachrichter grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung ermittelten Bemessungsgrundsätzen abweicht, wenn er Tatsachen berücksichtigt, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen, oder wenn er umgekehrt Umstände ausser Acht lässt, die er in ihren Entscheid hätte miteinbeziehen müssen. Darüber hinaus greift es in Entscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig bzw. als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 137 III 303 E. 2.2.2; 128 IV 53 E. 7a; 127 IV 215 E. 2a; 125 III

269 E. 2a und 412 E. 2a; 123 III 10 E. 4 c/aa je mit Hinweisen). Da es sich hierbei um eine Frage der Billigkeit handelt und nicht um eine solche des Ermessens im eigentlichen Sinne, bei welcher die Überprüfungsbefugnis auf Missbrauch oder Überschreitung beschränkt ist, prüft das Bundesgericht frei, ob der zugesprochene Beitrag der Schwere der Verletzung genügend Rechnung trägt oder ob er im Verhältnis zur Intensität des dem Opfer zugefügten seelischen Leidens als unverhältnismässig erscheint (BGE 138 III 337 E. 6.3.1; 130 IV 699 E. 5.1; 129 IV 22 E. 7.2; 125 III 269 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B_768/2014 vom 24. März 2015 E.3.3. mit Verweisen).

E. 3.3

Entsprechend können bei der Bemessung der zuzusprechenden Summe auch die individuellen Verhältnisse am ausländischen Wohnsitz des Ansprechers berücksichtigt werden. Erzielt der Beschuldigte – wie behauptet – in Frankreich ein monatliches Salär von rund 1500 Euro und behauptet weiter hypothetisch –

- 18 - wäre er in der Schweiz arbeitstätig – ein solches von mindestens Fr. 3'500.–, kann davon ausgegangen werden, dass er mit einer für Schweizer Verhältnisse angemessenen Summe an seinem aktuellen Wohnsitz mindestens die doppelte Kaufkraft aufweisen würde. Wäre er wieder in seinem Heimatland in Rumänien, würde sich diese sogar um ein Mehrfaches potenzieren. Somit erscheint für die dem Beschuldigten zu leistende Haftentschädigung ein Tagesansatz von Fr. 50.– angemessen. Damit ist ihm eine Genugtuung von Fr. 10'100.– zuzusprechen. Es wird beschlossen: 1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 15. Mai 2018 entsprechend dem Beschluss der Kammer vom 14. Juni 2019 im den Beschuldigten A._____ betreffenden Teil wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig – (...) sowie – der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB. (...) 2. (Schuldpunkt B._____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018) 3. (...) 4. (...) 5. (...) 6. (Sanktion B._____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 4

Der Beschuldigte beging die ihm vorgeworfene Pornografie-Handlung während laufender Probezeit gemäss Strafbefehl vom 6. Februar 2017 des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona (Urk. D1 21 S. 6). Die Kammer hat im aufgehobenen Entscheid die in diesem Strafbefehl ausgesprochene bedingte Geldstrafe nicht vollstreckbar erklärt (Urk. 132 S. 51). Auch dies ist ohne Weiteres zu wiederholen.

E. 5

Die Kammer hat im aufgehobenen Entscheid die Probezeit gemäss Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona um die Hälfte (1 ½ Jahre) verlängert. Seit Ablauf der dreijährigen Probezeit sind – auch heute noch – nicht drei Jahre vergangen (vgl. Art. 46 Abs. 5 StGB). Die Verteidigung macht im Berufungsverfahren aber geltend, der Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona sei dem Beschuldigten nicht eröffnet worden (Urk. 163 S. 4; Urk. 103 S. 16f.). Gemäss Eintrag im Strafregisterauszug wurde der Tessiner Strafbefehl dem Beschuldigten mit Datum der Ausfällung eröffnet (Urk. 148). Es gibt entgegen der Verteidigung keinen Anlass davon auszugehen, dass dieser Eintrag zu Unrecht erfolgt sei. Also hat der Beschuldigte während ihm bekanntermassen laufender Probezeit erneut delinquent. Somit ist die Verlängerung der Probezeit um 1 ½ Jahre zu wiederholen (Art. 46 Abs. 2 StGB). Allerdings läuft auch die

verlängerte Probezeit am 6. August 2021 ab.

E. 6

Die Kammer hat im aufgehobenen Entscheid dem Beschuldigten für die aktuell auszufällende Geldstrafe den bedingten Vollzug gewährt (Urk. 132 S. 51). Dies ist heute ohne Weiteres zu wiederholen. Da gemäss obiger Erwägung der Beschuldigte wissentlich während laufender Probezeit erneut delinquierte, ist die Probezeit nicht minimal (Art. 44 Abs. 1 StGB), sondern auf 3 Jahre anzusetzen.

E. 7

(Vollzug B.____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 8

(...)

E. 9

(Verzicht auf Landesverweisung B.____ vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

- 19 -

E. 10

(...)

E. 11

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2017 beschlagnahmte Barschaft des Beschuldigten A.____ von insgesamt Fr. 1'342.50 wird eingezogen. Der beschlagnahmte Bargeldbetrag wird zur Verfahrenskostendeckung verwendet.

E. 12

Die Beschlagnahme gemäss Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. November 2017 des Facebook-Accounts (https://www.facebook.com/A.____) und der iCloud (Apple-ID) des Beschuldigten A.____ wird aufgehoben.

E. 13

(Entscheid betr. Mobiltelefon von B.____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 14

(Entscheid betr. beschlagnahmte Barschaft B.____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 15

(Beschlagnahme des Facebook-Accounts B.____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 16

(Schadenersatzpflicht B.____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 17

(Genugtuungspflicht B.____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 18

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 5'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 5'000.– Gebühr Vorverfahren Beschuldigter A._____ Fr. 241.35 Auslagen (Gutachten) Beschuldigter A._____ Fr. 11'148.35 Telefonkontrolle Beschuldigter A._____ Fr. 1'120.– Auswertung Mobiltelefon Beschuldigter A._____ Fr. 5'000.– Gebühr Vorverfahren Beschuldigte B._____ Fr. 241.40 Auslagen (Gutachten) Beschuldigte B._____ Fr. 840.– Auswertung Mobiltelefon Beschuldigte B._____ Fr. 11'148.15 Telefonkontrolle Beschuldigte B._____ Fr. 11'100.– Amtliche Verteidigung Beschuldigte B._____ (bereits in der Untersuchung ausbezahlt) Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

E. 19

(...)

- 20 -

E. 20

(Kosten betr. B._____; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 21

(Separater Entscheid betr. Kosten der amtlichen Verteidigungen und der unentgeltlichen Rechtsbeiständin; vgl. Beschluss vom 10. Dezember 2018)

E. 22

(...)

E. 23

(Mitteilungen)

E. 24

(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.