

ZH_OBERGERICHT SB210161 vom 1. Juli 2021

ZH Obergericht, 2021-07-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210161

FR: ZH_OBERGERICHT SB210161 du 1 juillet 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210161 del 1 luglio 2021

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 35 S. 3).

E. 1.2

Mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht in Strafsachen, vom

E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 18. März 2021 wurde der Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung des Beschuldigten zugestellt und Frist angesetzt, um bezüglich der Berufung des Beschuldigten Anschlussberufung zu erklären, oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Dem Beschuldigten wurde Frist angesetzt, um sich zur Frage der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens zu äussern (Urk. 39). Mit Eingabe vom 26. März 2021 erklärte die Staatsanwaltschaft ihren Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 43). Mit Eingabe vom 12. April 2021 liess der Beschuldigte bekannt geben, dass er eine mündliche Berufungsverhandlung wünsche (Urk. 45).

E. 1.4

Am 1. Juli 2021 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, erschienen ist (Prot. II S. 3). Vorfragen waren keine zu entscheiden und – abgesehen von den Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 52) – auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 4). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 5 ff.). 2. Berufungsumfang 2.1. In der Berufungserklärung vom 1. März 2021 beantragte die amtliche Verteidigung die Aufhebung der mit Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs angeordneten Landesverweisung (Urk. 37). 2.2. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in den Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Sanktion), 3 (Vollzug der Strafe), 4 (Tätigkeitsverbot), 6 und

- 5 -

E. 6

November 2020, wurde der Beschuldigte gemäss dem eingangs wiedergege-

- 4 - benen Urteilsdispositiv schuldig gesprochen und bestraft. Das Urteilsdispositiv wurde den Parteien noch gleichentags eröffnet (Prot. I S. 25 ff.). Gegen das Urteil meldete der Beschuldigte vor Schranken Berufung an (Prot. I. S. 27). Mit Eingabe vom 16. November 2020 wiederholte er dies (Urk. 31). Das begründete Urteil (Urk. 32) wurde dem Beschuldigten in der Folge am 8. Februar 2021 zugestellt (Urk. 33). Mit Eingabe vom 1. März 2021 liess der Beschuldigte fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 37).

E. 6.1

mit Hinweisen; Urteil 2C_786/2018 vom 27.05.2019 E. 3.2.2). Auch junge Erwachsene, die noch keine eigene Familie gegründet haben, können sich daher auf Art. 8 EMRK berufen (Urteil 2C_846/2014 vom 16.12.2014 E. 2.3; Urteil des EGMR in Sachen Emre gegen Schweiz vom 22.05.2008, Nr. 42034/04, insb. §§ 60 und 80). Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchenden Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (BGE 144 II 1 E. 6.1 mit Hinweisen; Urteile 2C_786/2018 vom 27.05.2019 E. 3.2.3 und 6B_1070/2018 vom 14.08.2019 E. 6.3.2). 5.4. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass der Beschuldigte in der Schweiz keinen geschützten Familienkreis im Sinne der EMRK hat. Abgesehen davon, dass eine Pflegefamilie oder andere Formen des gemeinschaftlichen Wohnens oder Lebens ohnehin nicht unter diese Definition fallen, erwähnte sie der Beschuldigte vorerst auch nicht in diesem Zusammenhang. Schon gar nicht sprach er vor Vorinstanz von einer intensiven Beziehung, welche er zur Pflegefamilie pflege, sondern von einem reinen Untermietverhältnis (Prot. I S. 10). Die Schreiben der ehemaligen Pflegefamilie sowie die Beteuerungen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung – er bezeichnete die Familie B._____ als "zweite Familie" (Urk. 52 S. 1, 7) – und die Ausführungen der Verteidigung zeigen auf, dass er zu seiner ehemaligen Pflegefamilie, den B.____s, durchaus eine Form von familiärer Beziehung pflegt. Diese hat indes klar nicht die geforderte Intensität, sodass man sagen könnte, es liege ein über die üblichen familiären Beziehungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis vor. Sodann wohnt seine Kernfamilie – seine Eltern – in Italien, mit welcher die Wiederauf-

- 10 - nahme des familiären Zusammenlebens in rund 10 Jahren ohnehin bereits fest geplant ist. So hat der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung ausgeführt, er wolle nach seiner Pensionierung, sofern seine Eltern dann noch leben, zu ihnen nach Italien gehen, um sie zu unterstützen (Urk. 52 S. 5). Die Beziehung zu seiner Familie in Italien beschreibt er als sehr gut. Er besucht diese regelmässig, hat alle 3 Tage telefonischen Kontakt, und er lebte von 2010 bis 2014 in den Sommersaisons dort. Damals ist er, als ihm ein Kollege ein Jobangebot in einem Feriendorf gemacht hat, nach Italien ausgewandert, um sich – gemäss seinen Worten – beruflich neu zu orientieren (Urk. 4/3 S. 6; Prot. I S. 23). Er ist zudem der italienischen Sprache mächtig und die Weiterführung seines Lebens in seiner Heimat scheint – entgegen der Ansicht der Verteidigung – ohne grössere Probleme möglich und ohne Weiteres zumutbar, wofür auch der Umstand spricht, dass er bereits einmal selbstbestimmt und in Eigenregie nach Italien gezogen ist und in ein paar Jahren ohnehin dorthin zu seinen Eltern zu ziehen gedenkt. 5.5. Die seitens der Verteidigung vorgetragene Bedenken hinsichtlich einer schwierigen beruflichen und damit wirtschaftlichen Situation sind unbegründet. 5.5.1. So war er bereits früher schon in Italien

berufstätig. Die Arbeitsstelle gab er einzig wegen saisonalen Belastungsschwankungen auf, nicht jedoch aus anderen Gründen, wie etwa mangelnde Integration oder anderweitige Schwierigkeiten oder Heimweh. Als ebenso unbegründet erweisen sich die gestreuten Bedenken wegen der vermutlich langdauernden Arbeitslosigkeit des Beschuldigten. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Corona Krise, welche die italienische Wirtschaft schwächen werde, ist nichts weiter als eine reine Mutmassung, wie später noch aufzuzeigen sein wird. 5.5.2. Auch die geltend gemachte schlechte wirtschaftliche Situation der Eltern steht der Landesverweisung nicht entgegen. Sie begründet weder einen Anspruch noch die Pflicht, bei den Eltern oder an einem anderen bestimmten Ort zu wohnen. Vielmehr ist der des Landes Verwiesene bei der Wahl seines Aufenthalts- und Arbeitsortes frei, wobei sich im Falle des Beschuldigten als Unionsbürger die Aufenthaltsfreiheit nicht auf Italien beschränkt. Zudem ist nicht einzusehen,

- 11 - weshalb der Beschuldigte auf die wirtschaftliche Unterstützung seiner Eltern angewiesen sein sollte, denn seine Aussichten auf Integration in den italienischen Arbeitsmarkt sind sehr gut. Ohne weiteres wäre es ihm beispielsweise als deutschsprachigem Gastro-Allrounder möglich und zumutbar, in Südtirol eine Stelle in der Gastronomie anzutreten. Im Jahre 2020 betrug die Arbeitslosenquote in der Provinz Südtirol bei den Männern mit italienischer Staatsangehörigkeit 2,4 % (Landesinstitut für Statistik, Bozen, Erwerbstätige und Arbeitslose 2020, S. 17). Demgegenüber betrug in der Schweiz in der gleichen Periode die Quote der arbeitslosen Ausländer, zu denen der Beschuldigte zählt, 5,5 % (SECO – Direktion für Arbeit, Arbeitslosigkeit – einige Kennzahlen, S. 1). Daraus erhellt, dass die Arbeitsmarktlage für den Beschuldigten zumindest in Teilen Italiens weit besser ist als in der Schweiz. Kommt hinzu, dass der Fachkräftemangel hierzulande in dieser Nachcoronazeit im Gastgewerbe besonders gravierend ist. Dies gilt im selben Ausmass auch für die deutschsprachigen Gegenden Italiens, wie die Konferenz der 20 deutschsprachigen Verbände der Hotellerie und Gastronomie festgehalten hat (Publikation Verband "HotellerieSuisse" am Dienstag den 13. April 2021; <https://www.htr.ch/story/grenzuebergreifende-sorgen-in-gastronomie-und-hotellerie-31081.html>). Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass in wirtschaftlicher Hinsicht die Landesverweisung zu einer wesentlichen Verschlechterung führen wird, zumal der Beschuldigte bereits hier in bescheidenen Verhältnissen lebt. 5.5.3. Selbst wenn es ihm aber nicht möglich sein sollte, in Italien beruflich Fuss zu fassen, müsste er nicht befürchten, in die Armut abzurutschen. Die Behauptung der Verteidigung, wonach es in Italien faktisch keine Sozialwerke gebe (Urk. 27 S. 9) ist völlig aus der Luft gegriffen und schlicht falsch. Mit Gesetzesdekret vom 28. Januar 2019 wurde in Italien das sogenannte "Bürger Einkommen" (Reddito di Cittadinanza; RdC) eingeführt. Dieses Sozialwerk garantiert ein Mindesteinkommen, womit dem Beschuldigten in Italien das Auskommen in jedem Fall garantiert ist (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Anno 160°, Numero 23, S. 1 - 43; vgl. <https://www.bundestag.de/resource/blob/648354/81a8e48599e7f72b674bc7f9a6008eca/WD-6-046-19-pdf-data.pdf>).

- 12 - 5.6. Sieht man den Grad des persönlichen Härtefalls, auf eine Kürzestformel heruntergebrochen, in der Differenz der Summe aller Vorzüge derer eine Person durch die Landesverweisung verlustig zu gehen droht und der Situation, welche eine Person nach ihrer Rückkehr antreffen wird, so fällt diese vorliegend nicht übermässig ins Gewicht. Weder familiär, noch beruflich, noch wirtschaftlich, noch sozial. Vielmehr wird er sein hier geführtes Leben in Italien weiter führen können mit dem Unterschied, dass der seit langem

feststehende Ortswechsel nun ein paar Jahre früher vollzogen wird und er sich nochmals in den italienischen Arbeitsmarkt integrieren muss, was – wie aufgezeigt – ohne grössere Probleme möglich sein sollte. Die sozialen Kontakte zur Schweiz kann er sodann in anderer Form weiterpflegen, wie er es vermutlich auch während der vier Sommersaisons in Italien in 2010 bis 2014 gehandhabt und nach seiner Pensionierung ohnehin beabsichtigt hat. Von einem persönlichen Härtefall kann somit nicht die Rede sein, und es ist eine Landesverweisung auszusprechen. 6. Liegt kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor, sind die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz nicht mit denjenigen die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung abzuwägen.

E. 7

Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen, wobei die Dauer verhältnismässig sein muss. Die Vorinstanz erachtete eine Dauer von 5 Jahren als angemessen. Nachdem es sich hierbei um das zulässige Mindestmass handelt und eine Verschlechterung auf Grund des Verbotes der reformatio in peius ausgeschlossen ist, erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Die Landesverweisung ist für die Dauer von 5 Jahren auszusprechen. 8.1. Da der Beschuldigte Unionsbürger ist, bleibt nachfolgend noch zu prüfen, ob die Landesverweisung gegen das Freizügigkeitsabkommen (FZA) verstösst. Dieses räumt Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU ein Recht auf Erwerbstätigkeit in der Schweiz ein. Dabei muss sich die Person aber rechtskonform im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA verhalten. Eine Einschränkung dieses

- 13 - Freizügigkeitsrechts darf nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden. Mit Bezug auf die öffentliche Ordnung wird eine Prüfung bezüglich einer schweren gegenwärtigen und zukünftigen Gefährdung verlangt. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügt jedoch bereits. Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten (Urteil 2C_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3). Allerdings sind Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA einschränkend auszulegen; es kann etwa nicht lediglich auf den "ordre public" verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstellt (BGE 139 II 121 E. 5.3). Zudem steht Art. 5 Anhang I FZA Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden (Urteil 2C_406/2014 vom 02.07.2015 E. 2.3). Zudem kommt eine Landesverweisung angesichts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur bei einer gewissen Schwere der Straftat in Betracht (Urteil 6B_126/2016 vom 18.01.2017 E. 2.3, nicht publ. in: BGE 143 IV 97, 6B_378/2018 vom 22.05.2019 E. 4.4). 8.2. Ob die öffentliche Ordnung und Sicherheit (weiterhin) gefährdet ist, folgt aus einer Prognose des künftigen Wohlverhaltens. Es ist nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die Gefährdung, desto niedriger die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2; Urteile 6B_1474/2019 vom 23.03.2020 E. 1.6.2; 6B_1146/2018 vom 08.11.2019 E. 6.3.2 und 6.3.3, 6B_75/2020 vom 19.01.2021 E. 2.5.1). 8.3. Bezüglich der Rückfallgefahr kann

vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Sie verweigerte den Aufschub des Vollzugs der Strafe mit der Begründung, dass nicht von besonders günstigen Umständen ausgegan-

- 14 - gen werden kann und beim Beschuldigten eine grosse Unbelehrbarkeit und Renitenz vorliege (Urk. 35 S. 18). Auch wenn dem Beschuldigten attestiert werden kann, dass er sich nach seiner letzten Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr von diesen Konsequenzen eines Strafverfahrens beeindruckt gezeigt und sich bei der angeordneten Bewährungshilfe aktiv beteiligt hat (Urk. 51/1; Urk. 52 S. 6), verbleiben begründete Zweifel an einer günstigen Legalprognose. Der Beschuldigte hat auch im Zeitpunkt seines vergangenen delinquenten Verhaltens jeweils sozial eingebettet bei der ehemaligen Pflegefamilie bzw. -mutter gelebt, was ihn indes nicht davon abgehalten hat, weiter zu delinquirieren. Dem Schlussbericht über den Verlauf der Bewährungshilfe kann sodann entnommen werden, dass der mehrfach vorbestrafte Beschuldigte – trotz Auseinandersetzung mit Handlungsstrategien im Umgang mit Kontakten zu Minderjährigen im Rahmen der Bewährungshilfe – im Dezember 2020 während einer Phase von Kurzarbeit zum Zeitvertreib Junioren-Trainings in der Halle zugeschaut hat (Urk. 51/1 S. 2 f.). Auch wenn dann umgehend vereinbart wurde, dass er dies künftig unterlasse, und er sich diesbezüglich einsichtig zeigte, deuten diese Vorkommnisse auf ein weiterhin bestehendes problematisches Verhaltensmuster hin, jedenfalls vermögen sie seine Legalprognose nicht in ein besonders günstiges Licht zu rücken. Unter diesen Umständen kann nicht mehr von einem geringen Rückfallrisiko im Sinne der eben dargelegten Praxis ausgegangen werden. Es ist sodann zwar erfreulich, dass der Beschuldigte nun wieder arbeitstätig ist und die Bewährungshilfe insgesamt positiv bewertet werden kann (Urk. 51/1-2), dies vermag indes nichts an der gesamthaften Beurteilung zu ändern. Zudem handelt es sich bei der Pornographie im Zusammenhang mit Minderjährigen um ein hohes Rechtsgut, welches die sexuelle Integrität, die Selbstbestimmung und die Jugend generell schützt (BSK StGB I, Art. 197 N 7). Nicht umsonst zählt der Straftatbestand der Pornografie zu den Katalogtaten. Es liegt somit eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Freizügigkeitsabkommens (FZA) vor. In diesem Zusammenhang sei auch in Erinnerung gerufen, dass selbst in Fällen der fakultativen Landesverweisung das FZA und dem Ausfällen von vergleichsweise milden Sanktionen die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit als schwer im Sinne des

- 15 - FZA ausfallen kann (6B_235/2018 vom 01.11. 2018). Der Landesverweisung steht somit vorliegend auch das FZA nicht im Wege.

E. 9

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'000.00 amtliche Verteidigung 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse ge-

- 18 - nommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)

– die Staatsanwaltschaft See/Oberland (versandt) – das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft See/Oberland – das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A 5. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 19 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 1. Juli 2021 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. R. Naef MLaw A. Donatsch

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