

ZH_OBERGERICHT SB210174 vom 14. September 2021

ZH Obergericht, 2021-09-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210174

FR: ZH_OBERGERICHT SB210174 du 14 septembre 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210174 del 14 settembre 2021

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

E. 1.1

Das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 2. Dezember 2020 der Pornografie schuldig im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 150 Tagesätzen zu Fr. 70.–. Zudem ordnete die Vorinstanz die Landesverweisung für fünf Jahre an, sah aber von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS (Schengener Informationssystem) sowie von einem Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB ab (Urk. 30 S. 20 f.). Der amtliche Verteidiger meldete mit Eingabe vom 14. Dezember 2020 Berufung an (Urk. 26).

E. 1.2

Nach Zustellung der begründeten Ausfertigung des Urteils reichte der Beschuldigte mit Eingabe vom 1. April 2021 fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 32, vgl. Urk. 29/2). Mit Präsidialverfügung vom 6. April 2021 (Urk. 33) wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) zugestellt und ihr Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zudem wurde der Beschuldigte aufgefordert, das Datenerfassungsblatt ausgefüllt samt Beilagen einzureichen. Mit Eingabe vom 7. April 2021 (Urk. 35) beantragte die Staatsanwaltschaft die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete somit sinngemäss auf Anschlussberufung. Mit Eingabe vom 12. April 2021 reichte der Beschuldigte das Datenerfassungsblatt samt Unterlagen ein (Urk. 37). Mit Präsidialverfügung vom 16. August 2021 wurde der in der Berufungserklärung gestellte Beweisantrag, die Ehefrau des Beschuldigten als Zeugin zu befragen (Urk. 32 S. 2), einstweilen abgewiesen (Urk. 40). Erschienen sind zur heutigen Berufungsverhandlung der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers RA lic. iur. X. _____ (Prot. II S. 4).

E. 1.3

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Da der Beschul-

- 5 - digte nur die Anordnung der Landesverweisung angefochten hat (Urk. 32 S. 2) ist vorab festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 2. Dezember 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuld-spruch), 2

(Strafe), 3 (Vollzug), 5 (keine Ausschreibung im SIS), 6 (kein Tätigkeitsverbot), 7 (Kostenfestsetzung) 8 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 9 und 10 (Kostenaufgabe) in Rechtskraft erwachsen ist, was mittels Beschluss festzuhalten ist.

E. 2

Rechtliche Grundlagen der Landesverweisung

E. 2.1

Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB ist ein Ausländer, der zu einer Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz zu verweisen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob es beim Versuch geblieben ist, in welcher Täterschafts- und Teilnahmeform sich der Beschuldigte strafbar gemacht hat, oder ob die Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1, mit Hinweisen; BGE 144 IV 168 E. 1.4.1). Bei Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB handelt es sich grundsätzlich um eine Katalogtat (Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB).

E. 2.2

Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung abgesehen werden, wenn diese einen schweren persönlichen Härtefall bewirkt und wenn – kumulativ – das öffentliche Interesse an der Landesverweisung das private Interesse am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegt. Die sogenannte Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Sie ist restriktiv anzuwenden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur 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. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiärer Bindungen der ausländischen Person in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen hier sowie im Heimatstaat. Es ist zur Beurteilung der Integration im weiteren Sinne das Sozialverhalten insgesamt zu berücksichtigen und der Rückfallgefahr und wiederholter

- 6 - Delinquenz Rechnung zu tragen (BGer 6B_69/2021 vom 30. Juni 2021, E. 3.2 f., mit Hinweisen; BGE 146 IV 105 E. 3.4.1 und 144 IV 332 E. 3.3.2).

E. 3

Schwerer persönlicher Härtefall

E. 3.1

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 durch Art. 13 BV beziehungsweise Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt ansässigberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich beziehungsweise zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (BGer 6B_780/2020 vom 2.

Juni 2021, E. 1.3.2, mit Hinweisen). Dem Kindeswohl ist bei jeder Entscheidung Rechnung zu tragen, insbesondere wenn eine enge Eltern- Kind-Beziehung wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatstaat praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte (BGer 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020, E. 3.4.6, mit Hinweisen).

E. 3.2

Der Beschuldigte ist am 2. August 2003 mit 25 Jahren in die Schweiz migriert (Urk. 10/2/20, Urk. 14/5) und lebt nun seit 18 Jahren hier. Seit seiner Einreise in die Schweiz ist er gemäss seinen Angaben arbeitstätig und er hat in dieser Zeit nie Sozialhilfe bezogen (Urk. 32 S. 7, Prot. II S. 10). Auf dem eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 30. November 2020 sind keine Betreibungen aufgeführt (Urk. 22) und anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte, keine Betreibungen zu haben (Prot. II S. 10). Er hat gemäss seinen Angaben zwar Schulden, diese zahle er aber regelmässig ab (Prot. I S. 17; Prot. II S. 9 f.). Der Beschuldigte erscheint somit ohne Weiteres beruflich und sozial in der Schweiz integriert.

- 7 -

E. 3.3

Im Jahr 2002 heiratete er seine heutige Ehefrau, welche Schweizer Bürgerin ist, und lebt mit ihr und den zwei gemeinsamen siebenjährigen Kindern, die ebenfalls das Schweizer Bürgerrecht innehaben, zusammen (Urk. 3 F/A 48 ff.; Urk. 10/2/5; Prot. I S. 15 f.; Prot. II S. 8 ff.; CAST1/2014/121102704, Urk. 5 und 6). Die Kinder gehen inzwischen in die zweite Primarschulklasse (Urk. 32 S. 5 f.; Prot. II S. 10). Der Beschuldigte ist jeweils bis ca. um 15:00 Uhr oder 16:00 Uhr zuhause, während die Ehefrau des Beschuldigten in dieser Zeit arbeitet. Wenn seine Ehefrau nachhause kommt, geht der Beschuldigte bis ca. 0:00 Uhr oder 1:00 Uhr zur Arbeit und die Ehefrau betreut zuhause die Kinder (Urk. 23 S. 4; Prot. I S. 18 f.; Prot. II S. 11 und 15 f.; Urk. 32 S. 4 f.). Von der Verwandtschaft des Beschuldigten sind zudem seine Schwiegereltern, sein Neffe und sein Cousin im Kanton Zürich wohnhaft. Im Kosovo leben demgegenüber seine Mutter zusammen mit seinem Bruder, welche der Beschuldigte hin und wieder mit seiner Familie besucht. Weitere Beziehungen im Kosovo pflegt der Beschuldigte gemäss seinen Angaben nicht (Urk. 23 S. 5; Prot. II S. 7).

E. 3.4

Fraglich ist, ob der Beschuldigte jeweils bis ca. 15:00/16:00 Uhr in die Betreuung der Kinder eingebunden ist: So sagte der Beschuldigte vor Vorinstanz aus, seine Schwiegereltern würden meistens den Kindern schauen und er müsse nur manchmal betreuen, wenn die Schwiegereltern nicht könnten. Er müsse ausschlafen (Prot. I S. 18). Seitens der Vorinstanz wurde aufgrund dieser Aussagen des Beschuldigten erwogen, dass die Betreuung der Kinder auch ohne den Beschuldigten auf bisherige Weise gewährleistet werden könne. Unterstützung könnte die Ehefrau allenfalls auch vom Neffen und von der Cousine des Beschuldigten, welche im Kanton Zürich wohnhaft sind, erhalten (Urk. 30 S. 15).

E. 3.5

Nicht zu übersehen ist aber die ebenfalls bereits vor Vorinstanz erfolgte Aussage des Beschuldigten, dass er wegen den Kindern um 7:00 oder 8:00 Uhr aufstehe (Prot. I S. 19; Prot. II S. 15); dies, obwohl er stets erst frühestens um Mitternacht von seiner Arbeit nach Hause kommt (Prot. I S. 18; Prot. II S. 15). Zudem ist schon alleine aufgrund des

Zusammenlebens und aufgrund der zeitlich abgestimmten Tagesabläufe bezüglich Arbeit, Betreuung und Schlaf davon auszugehen, dass eine Aufteilung der Kinderbetreuung besteht, in welche der Beschuldigte

- 8 - te eingebunden ist. Entgegen der Vorinstanz kann somit aus den Aussagen des Beschuldigten nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass der Beschuldigte überhaupt keine Kinderbetreuung. Ob der Beschuldigte nun tagsüber meistens, manchmal oder auch gar nicht von den Schwiegereltern entlastet wird (vgl. Urk. 32 S. 4 f. und Prot. II S. 16), oder ob neben den Schwiegereltern auch weitere Verwandte Unterstützung bieten können bzw. wollen, was von der Verteidigung verneint wird (Urk. 32 S. 6), ist nicht entscheidend. Könnte der Beschuldigte zukünftig grundsätzlich nur noch mittels Applikationen wie Skype mit den Kindern virtuellen Kontakt haben, würde, wie die Verteidigung richtig ausführt (vgl. Urk. 32 S. 5), der Beitrag des Beschuldigten zur Erziehung und Betreuung der Kinder in den lebensprägenden Jahren stark eingeschränkt. Aus der Perspektive des Kindeswohls wäre ein solcher eingeschränkter Kontakt mit dem Vater nicht förderlich und würde einen erheblichen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens darstellen.

E. 3.6

Die Vorinstanz kommt weiter zum Schluss, die Ehefrau des Beschuldigten und die gemeinsamen Zwillinge könnten auch freiwillig mit dem Beschuldigten in den Kosovo migrieren, da die Ehefrau ursprünglich auch aus dem Kosovo stammt und bereits dort gelebt habe (Urk. 30 S. 15). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Schweizer Bürgern zuzumuten ist, mit ihren auszuweisenden Familienangehörigen in ein anderes Land zu migrieren, wenn letztere schwerwiegende Straftaten zu verantworten haben: Die ausländische Reneja-Praxis, welche erst bei Strafen von zwei Jahren oder mehr eine Emigration der Schweizer Familienangehörigen grundsätzlich zumutet, wurde dabei mit Einführung der strafrechtlichen Landesverweisung noch verschärft (BGer 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020, E. 3.4.7). Vorliegend ist der Beschuldigte rechtskräftig verurteilt zu 150 Tagessätzen Geldstrafe. Dies ist zwar keine unerhebliche Straftat, allerdings handelt es sich dabei selbst im Lichte der schärfer zu handhabenden strafrechtlichen Ausweisungspraxis nicht um eine derart schwerwiegende Straftat, welche die Emigration der Schweizer Familienangehörigen mit dem Beschuldigten als unausweichlich erscheinen lässt. Nachdem die Kinder des Beschuldigten in der Schweiz geboren, hier eingeschult und offenbar der albanischen Sprache nicht mächtig sind und die Ehefrau des Beschuldigten

- 9 - neben ihrer Staatsbürgerschaft zudem auch beruflich und sprachlich in der Schweiz verwurzelt ist (vgl. Urk. 32 S. 6; Prot. I S. 18; Prot. II S. 9), wäre die Emigration der Familie in den Kosovo zudem mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden.

E. 3.7

Im Ergebnis ist aufgrund der tadellosen beruflichen und sozialen Integration und insbesondere der gelebten Beziehung zur Kernfamilie, namentlich zu seiner Ehefrau und den minderjährigen Kindern, die jeweils Schweizer Bürger sind, von einem schweren persönlichen Härtefall auszugehen.

E. 4

Interessenabwägung

E. 4.1

Zweite Voraussetzung für einen ausnahmsweisen Verzicht auf eine Landesverweisung ist wie bereits erwähnt, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers oder der Ausländerin am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Für das öffentliche Interesse wesentlich sind die Art und Schwere der begangenen Delikte, das Verschulden, d.h. die ausgesprochene Strafe, sowie die vom Täter oder der Täterin ausgehende Gefahr, d.h. die Legalprognose. Je gravierender das Delikt, desto höher hat das persönliche Interesse an einem Verbleib zu sein, damit die Härtefallklausel zu einem ausnahmsweisen Verzicht auf eine Landesverweisung führt. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (BUSSLINGER/ÜBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 2016 5, S. 102 ff.; BGer 6B_560/2020 vom 17. August 2020, E.1.1.1, mit Hinweisen).

E. 4.2

Wie die Vorinstanz im Rahmen der Strafzumessung zutreffend gewürdigt hat (vgl. Urk. 30 S. 5), hat der Beschuldigte zwei Videos kinderpornografischen Inhaltes einmalig angeschaut und diese weitergeleitet. Der Kreis der Videoempfänger ist auf vier Personen begrenzt. Die Videos sind dem Beschuldigten zugesandt worden, er hat diese nicht selber erstellt und auch nicht aktiv nach solchen Videos gesucht. Allerdings handelt es sich infolge der daraus ersichtlichen Beteiligung im Kleinkindalter um deutlich kinderpornografische Inhalte. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass der Beschuldigte durch den Konsum der Videos keine

- 10 - eigenen sexuellen Bedürfnisse befriedigt hat und dass beim elektronischen Weiterleiten eines Videos keine allzu hohe Hemmschwelle überwunden werden muss. Im Rahmen der Prüfung eines lebenslangen Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB kommt die Vorinstanz im Übrigen zum Schluss (Urk. 30 S. 19), dass beim Beschuldigten keine pädophilen Neigungen auszumachen seien und infolge der ausgestellten guten Legalprognose und unter Berücksichtigung des Verschuldens von einem besonders leichten Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB ausgegangen werden müsse. Entsprechend sah die Vorinstanz infolge des besonders leichten Falles von der Auferlegung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots ab; der entsprechende Entscheid ist rechtskräftig.

E. 4.3

Der Beschuldigte hat somit, anstatt die Videos sofort zu löschen, diese spontan und offenbar aus Jux (vgl. Urk. 2 F/A 35) an seinen Bruder sowie eines der beiden Videos auch an drei weitere Freunde weitergeleitet. Wie solche verstörenden Inhalte witzig sein oder überhaupt konsumiert werden können, ist zwar nicht nachvollziehbar, allerdings scheint das Weiterleiten von harten Pornografie- oder Gewaltvideos – insbesondere bei Jugendlichen – in den letzten Jahren vermehrt vorzukommen. Das Rechtsgut der sexuellen Integrität der minderjährigen Opfer wird vorliegend durch die Speicherung und Weiterleitung der Videos einerseits erheblich verletzt. Gleichzeitig erscheint andererseits die Hemmschwelle, mit solchen zugesandten Videos falsch umzugehen und sich damit strafbar zu machen, als sehr niedrig.

E. 4.4

Der Beschuldigte weist zwei Vorstrafen auf, namentlich zwei grobe Verletzungen der Verkehrsregeln, begangen am 25. April 2012 und am 5. März 2014. Am 25. April 2012

hielt der Beschuldigte gegenüber einem vorausfahrenden Fahrzeug auf der Überholspur einer Autobahn über mehrere hundert Meter lediglich einen Abstand von einer bis höchstens zwei Wagenlängen ein (Beizugsakten Ref-Nr. A-7/2012/4052, Urk. 7 S. 2). Der Beschuldigte zeigte sich sofort geständig, entschuldigte sich und sah seinen Fehler ein (a.a.O., Urk. 2 S. 2). Am 5. März 2014 fuhr der Beschuldigte mit seiner schwangeren Ehefrau um 3:36 Uhr in Zürich statt mit 50 km/h mit 92 km/h stadteinwärts ins Spital (Beizugsakten Ref-Nr. CAST1/2014/121102704, Urk. 9 S. 3). Er gab an, seine Frau habe ihn um

- 11 - 3:00 Uhr angerufen und gesagt, sie habe Fruchtwasser verloren. Nachdem seine Frau bereits zwei Kinder verloren habe und auch diese Schwangerschaft nicht gut verlaufen sei, sei er sehr nervös und besorgt gewesen. Er habe deshalb weder bemerkt, dass er so schnell gefahren sei, noch dass es geblitzt habe (a.a.O., Urk. 3 S. 2). Weniger als zwei Stunden danach kamen jedenfalls die Zwillinge um 5:14 und 5:17 Uhr auf die Welt (a.a.O., Urk. 5 und 6). Im Rahmen der Gesamtwürdigung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ist festzuhalten, dass die Vorstrafen nicht einschlägig und zeitlich bereits weiter zurückliegend sind. Zudem ist die Vorstrafe aus dem Jahre 2014 aufgrund der Gründe, weshalb sich der Beschuldigte strafbar machte, etwas relativiert zu betrachten.

E. 4.5

Ohne die vorliegende Straftat oder die Vorstrafen zu bagatellisieren, es handelt sich immerhin um Kinderpornografie und um grobe Verkehrsregelverletzungen, kann das deliktische Verhalten des Beschuldigten im Ergebnis nicht als von erheblicher krimineller Energie getragen eingeordnet werden. Zu Gunsten des Beschuldigten ist weiter festzuhalten, dass er seine Fehler jeweils eingesehen und sein Handeln bereut hat. Ihm ist zudem mit der Vorinstanz (Urk. 30 S. 10 f.) eine gute Legalprognose zu stellen. Unter diesen Umständen ist kein gewichtiges öffentliches Interesse an einer Wegweisung des Beschuldigten auszumachen. Demgegenüber besteht ein erhebliches persönliches Interesse des Beschuldigten, seine Kernfamilie nicht verlassen bzw. nicht mit ihr nach Kosovo emigrieren zu müssen. Aufgrund dieser Güterabwägung erscheint eine Landesverweisung vorliegend unverhältnismässig.

E. 4.6

Im Ergebnis ist in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise von einer Landesverweisung abzusehen. Der Beschuldigte ist allerdings gut beraten, sich – auch wegen seinen Kindern – mit den heutigen Gefahren bei der Nutzung von Sozialen Medien vertraut zu machen.

E. 4.7

Bei diesem Ergebnis kann die Frage offen bleiben, ob bei einem solchen besonders leichten Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB in Anlehnung an den Bundesgerichtsentscheid BGE 145 IV 404 E. 1.5 (betr. Ladendiebstahl) überhaupt noch von einem schweren Sexualdelikt im Sinne von Art. 121 Abs. 3 lit. a BV gesprochen werden kann, bzw. ob eine Auslegung der Bundesverfassung eine rest-

- 12 - riktive Interpretation von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB zuliesse, die besonders leichte Fälle im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB grundsätzlich ausklammert.

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 5.1

Nach Einsicht in die Honorarnote (Urk. 45) sind die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren inklusive Berufungsverhandlung und Nachbearbeitung/-besprechung auf Fr. 4'400.– (inkl. 7.7 % MwSt.) festzusetzen.

E. 5.2

Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Deshalb fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz und die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

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