

# ZH\_OBERGERICHT SB210566 vom 30. August 2022

ZH Obergericht, 2022-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210566](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210566)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210566 du 30 août 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210566 del 30 agosto 2022

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Grundsätzlich verbietet das Gericht dem Täter lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, wenn der Täter unter anderem wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB zu einer Strafe verurteilt wird (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB). In besonders leichten Fällen kann das Gericht ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind (Art. 67 Abs. 4bis StGB). In diesem Zusammenhang kommt dem Gericht ein Ermessensspielraum zu. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn der Täter wegen eines der in Art. 67 Abs. 4bis lit. a StGB aufgeführten Delikte verurteilt worden ist oder wenn dieser gemäss den international anerkannten Klassifikationen pädophil ist (lit. b).

#### E. 1.2

Damit die Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4bis StGB greift, muss ein besonders leichter Fall vorliegen, das heisst, dieser muss in objektiver und subjektiver Hinsicht eigentlichen Bagatelldeliktcharakter aufweisen. Gemäss Botschaft ist bei der Beurteilung, ob ein besonders leichter Fall vorliegt, ein strenger Massstab anzuwenden, und es wird festgehalten, dass die Ausnahmebestimmung nur zurückhaltend angewendet werden soll. Zur Verdeutlichung werden in der Botschaft diverse Beispiele aufgeführt, die als besonders leichte Fälle von Sexualstraftaten verstanden werden könnten (vgl. BBl 2016 6162 f.). Insbesondere können sexuelle Belästigungen (Art. 198 StGB; Strafdrohung: Busse) oder Exhibitionismus (Art. 194 StGB; Strafdrohung: Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen) in Betracht kommen; dies aufgrund ihrer geringen abstrakten Strafdrohung, aber auch andere Sexualdelikte, sofern sie, obwohl sie einer höheren Strafdrohung unterliegen, im konkreten Fall als eine besonders leichte Sexualstraftat gewertet werden können. Dies gelte beispielsweise für sexuelle Handlungen mit einem Kind mit einer Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wenn im konkreten Fall

- 17 - eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen ausgesprochen werde. Dies insbesondere dann, wenn das Gericht unter Gesamtwürdigung der Tat- und Täterkomponenten (Schwere der Verletzung, Verwerflichkeit des Handelns, Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer, Vorleben und Verhältnisse des Täters) das Verschulden des Täters als besonders gering einstufte und deshalb eine milde Strafe ausgesprochen werde (BBl 2016 6161). 2. Würdigung

### **E. 1.3**

Mit Präsidialverfügung vom 15. November 2021 wurde die Berufungs- erklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt. Zugleich wurde der Staatsanwalt- schaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung des Beschuldigten zu beantragen. Zudem erhielt der Beschuldig- te Gelegenheit, sich zur Frage eines allfälligen Widerrufs der amtlichen Verteidi- gung zu äussern (Urk. 68). Die Staatsanwaltschaft liess sich innert Frist nicht ver- nehmen (Urk. 69). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 24. November 2021 beantragen, dass die amtliche Verteidigung für das Berufungsverfahren fortdaure (Urk. 70). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 wurde entschieden, dass vom einem Widerruf der amtlichen Verteidigung abgesehen werde und die amtliche Verteidigung auch im Berufungsverfahren fort dauere (Urk. 73).

### **E. 1.4**

Am 17. Dezember 2021 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 7. Februar 2022 vorgeladen (Urk. 75). Mit Eingabe vom 28. Dezember 2021 liess der Beschuldigte um Dispensation von der Berufungsverhandlung ersuchen (Urk. 77). Auf Nachfrage der Verfahrensleitung erklärten sich die Parteien statt- dessen am 3. Januar 2022 mit der Durchführung des schriftlichen Berufungs- verfahrens einverstanden (Urk. 79).

- 5 -

### **E. 1.5**

Mit Verfügung vom 4. Januar 2022 wurde das schriftliche Berufungs- verfahren angeordnet, die Ladungen für die angesetzte Berufungsverhandlung abgenommen und dem Beschuldigten Frist zur Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 80).

### **E. 1.6**

Mit Zuschrift vom 17. Januar 2022 ging die Berufungsbegründung des Beschuldigten hierorts ein (Urk. 83). Mit Präsidialverfügung vom 3. Februar 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Berufungsantwort angesetzt und der Vor- instanz Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben (Urk. 85). Die Vorinstanz verzichtete am 7. Februar 2022 ausdrücklich auf eine Vernehmlassung (Urk. 87). Die Staatsanwaltschaft erstattete nach zweimaliger Fristerstreckung mit Zuschrift vom 11. April 2022 die Berufungsantwort (Urk. 92). Mit Eingabe vom 25. April 2022 liess der Beschuldigte zur Berufungsantwort Stellung nehmen (Urk. 96). Die Staatsanwaltschaft liess sich dazu nicht mehr vernehmen.

## **E. 2**

Umfang der Berufung / Zuständigkeit / Jugendstrafrecht

### **E. 2.1**

Die vom Beschuldigten gespeicherte Videodatei hat die sexuelle Darstel- lung eines minderjährigen Knabens, welcher versucht, ein minderjähriges Mäd- chen "spielerisch" von hinten zu penetrieren, zum Inhalt, weshalb die Vorausset- zungen für die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB grundsätzlich erfüllt sind. Allerdings ist nachfolgend zu prüfen, ob ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB vorliegt, welcher einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes zu rechtfertigen vermag.

### **E. 2.2**

Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich beim Tatbestand der Pornografie um einen der leichteren respektive geringfügigeren Tatbestände des Sexual- strafrechts handelt und die Videodatei angesichts des Spektrums von möglichen Handlungen, welche unter den Tatbestand der Pornografie zu subsumieren sind, nicht besonders schwer wiegt und verschuldensmässig im untersten Bereich anzuordnen ist. Hinsichtlich der objektiven als auch der subjektiven Tatschwere ist wie ausgeführt von einem noch leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte eine pädophile Neigung hat und das Video deshalb nicht gelöscht hat.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz hält jedoch zu Recht fest, dass sich der Beschuldigte der Tragweite und der Konsequenzen seiner Handlungen nicht bewusst war. So gab er durchwegs an, es sei Spass oder Quatsch und auch keine kinderpornografische Darstellung gewesen. Entsprechend bestehen gewisse Zweifel an der Einsicht des Beschuldigten in die Problematik. Der Beschuldigte ist nun aufgrund des vorliegenden Strafverfahrens und seiner Verurteilung aber

- 18 - bekannt, dass auch der Besitz von kinderpornografischen Videos strafbar ist, weshalb von einer gewissen Sensibilisierung auszugehen ist. Auch wenn der Beschuldigte derzeit beruflich und ausserberuflich nicht mit Kindern oder Jugendlichen zu tun hat, wird der Beschuldigte als noch junger Mensch durch ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot zudem massiv eingeschränkt. Dies alles wäre im Sinne des Gesetzgebers ohne zu Zögern hinzunehmen, wenn es sich beim Beschuldigten um eine Person handeln würde, vor welcher Kinder und Jugendliche geschützt werden müssen. Beim Beschuldigten handelt es sich aber nicht um einen Pädophilen, sondern um einen jungen Mann, der – ohne sich dabei viel zu überlegen und die Konsequenzen ausreichend zu bedenken – einmalig eine kinderpornografische Datei besessen hat. Dies widerspiegelt sich auch im noch leichten Verschulden des Beschuldigten und entsprechend in der milden Bestrafung. Wegen einer solch einmaligen inkriminierten Handlung ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot zu verhängen, erscheint unter diesen Umständen als unverhältnismässig. Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Umstände ist vorliegend noch von einem besonders leichten Fall von Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4bis StGB auszugehen. Ein Tätigkeitsverbot ist nicht notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Straftaten im Bereich Besitz von Pornografie, welche tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, abzuhalten. Da der Beschuldigte weder ein in Art. 67 Abs. 4bis lit. a StGB aufgeführtes Delikt begangen hat noch gemäss den international anerkannten Klassifikationen pädophil ist (lit. b), liegen auch im Sinne der Ausnahmebestimmung keine Gründe vor, welche einen Verzicht auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes untersagen würden. Entsprechend ist von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB abzusehen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren grossmehrheitlich mit seinen Anträgen. Einzig bezüglich des Verzichts auf Anordnung eines lebens- länglichen Tätigkeitsverbots obsiegt er. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten

- 19 - des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zu 4/5 aufzuerlegen und zu 1/5 auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren werden Fr. 3'744.50 geltend gemacht (Urk. 99). Dieser Betrag ist ausgewiesen und angemessen. Der amtliche Verteidiger ist daher mit insgesamt Fr.

3'744.50 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 19. Januar 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1.-3. ....

### **E. 2.3.1**

Bezüglich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 27 ff.). Nach dem letzten Kenntnisstand hält sich der Beschuldigte in C. \_\_\_\_\_ [Staat in Europa] auf (Urk. 77). Entgegen der Vorinstanz ist das junge Alter des Beschuldigten im Rahmen der Strafzumessung neutral zu werten. Ebenfalls hat die Tatsache, dass der Beschuldigte aus Afghanistan geflüchtet und in der Schweiz (erfolglos) um Asyl ersucht hat, für die Strafbarkeit wegen Kinderpornografie keinen Einfluss. Das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sind mit- hin insgesamt strafzumessungsneutral zu werten.

### **E. 2.3.2**

Wie erwähnt weist der Beschuldigte zwei Verurteilungen im Strafregisterauszug auf (Urk. 67). Dabei handelt es sich aufgrund der retrospektiven Konkurrenz technisch gesehen um keine Vorstrafe, weshalb dieser Umstand neutral zu werten ist.

### **E. 2.3.3**

Anhaltspunkte für eine erhöhte Strafempfindlichkeit sind keine ersichtlich.

### **E. 2.3.4**

Die Täterkomponente hat demnach auf die Strafzumessung keinen Einfluss.

### **E. 2.4**

Anzumerken bleibt, dass entgegen der Vorinstanz ein vermeidbarer Rechtsirrtum als Strafmilderungsgrund zu verneinen ist, jedoch eine Straferhöhung gegen das Verschlechterungsverbot verstossen würde.

### **E. 2.5**

Strafart Die Vorinstanz hat sich zutreffend zur Wahl der Strafart geäußert. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 63 S. 29 f.). Es ist auf eine Geldstrafe zu erkennen. Im

- 14 - Übrigen steht aufgrund des Verschlechterungsverbotes (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO) eine Freiheitsstrafe von vornherein nicht zur Diskussion.

### **E. 2.6**

Zusatzstrafe zu den beiden Strafbefehlen

#### **E. 2.6.1**

Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass der Tatbestand der Pornografie aufgrund der abstrakten Strafandrohung das schwerste Delikt und damit Ausgangspunkt der Strafzumessung ist (Urk. 63 S. 30 f.). Entsprechend sind die 90 Tagessätze als hypothetische Einsatzstrafe festzulegen und eine Asperation für die beiden bereits abgeurteilten Delikte vorzunehmen. Die von der Vorinstanz vorgenommene Asperation um 70 Tagessätze für den unrechtmässigen Aufenthalt sowie um weitere 50 Tagessätze für die rechtswidrige Einreise und den rechtswidrigen Aufenthalt sind angemessen (vgl. dazu Urk. 63 S. 30 f.) und zu bestätigen, weshalb eine hypothetische Gesamtstrafe von 210 Tagessätzen resultiert. Davon sind die bereits ausgefallenen Geldstrafen von insgesamt 160

Tagessätzen abzuziehen.

#### **E. 2.6.2**

Nach dem Gesagten ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen des Ministère public de l'arrondissement de La Côte vom 22. April 2020 sowie der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 22. Juni 2020 zu bestrafen.

#### **E. 2.7**

Tagessatzhöhe Die von der Vorinstanz festgelegte Höhe des Tagessatzes von Fr. 10.– ist mit Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 63 S. 31) ebenfalls zu bestätigen.

#### **E. 3**

Vollzug der Strafe / Verbindungsbusse

##### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundsätze des bedingten Vollzugs zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 63 S. 32 f.). Der Leumund des Beschuldigten ist aufgrund der beiden Verurteilungen zwar etwas getrübt, obschon es dabei wie erwähnt nicht um Vorstrafen im technischen Sinn handelt. Die Widerhandlungen gegen das AIG standen im Zusammenhang mit

- 15 - seinem abgewiesenen Asylgesuch und sind nicht einschlägig. Entsprechend kann dem Beschuldigten mit der Vorinstanz eine günstige Prognose gestellt werden. Die Probezeit ist auf das gesetzliche Minimum von zwei Jahren festzusetzen.

##### **E. 3.2**

Aufgrund des Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO) steht die Ausfällung einer Verbindungsbusse von vornherein nicht zur Diskussion.

#### **E. 4**

Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.

##### **E. 4.1**

Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an, wobei ein Tag Haft einem Tagessatz Geldstrafe entspricht. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist für die Anrechnung der Haft weder Tat- noch Ver- fahrensidentität erforderlich (vgl. auch BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 154 ff.; Urteil 1B\_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2; je mit Hinweisen). Die Untersuchungshaft ist sowohl auf unbedingte als auch auf bedingte Geld- oder Freiheitsstrafen anzurechnen (vgl. BGE 141 IV 236 E. 3.3. S. 239; BGE 135 IV 126 E. 1.3.8 S. 129 f.; Urteil 6B\_75/2009 vom 2. Juni 2009 E. 4.3-4.4). Die Entschädigungsfrage stellt sich grundsätzlich erst, wenn keine umfassende Anrechnung der Unter- suchungs- oder Sicherheitshaft an eine andere Sanktion im Sinne von Art. 51 StGB mehr möglich ist. Der Grundsatz der Subsidiarität der wirtschaftlichen Ent- schädigung ist vom Betroffenen hinzunehmen (vgl. Urteile 6B\_169/2012 vom 25. Juni 2012 E. 6; 1B\_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2 mit Hinweisen).

##### **E. 4.2**

Der Beschuldigte befand sich vorliegend aufgrund des Verdachtes der Vergewaltigung insgesamt 38 Tage in Untersuchungshaft. Dieses Strafverfahren wurde mit Verfügung der

Staatsanwaltschaft vom 2. Juli 2020 eingestellt (Urk. 5/4), wobei keine Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft ausgerichtet wurde. Wie gezeigt ist für die Anrechnung der erlittenen Haft weder Tat- noch Verfahrenseinheit erforderlich. Zudem ist es entgegen der Auffassung der Verteidigung auch möglich, erstandene Hafttage an bedingte Geldstrafen anzurechnen. Die vom Beschuldigten erstandene Untersuchungshaft von 38 Tagen ist demnach entgegen der Auffassung der Verteidigung mit 38 Tagessätzen an die Geldstrafe anzurechnen.

- 16 - IV. Tätigkeitsverbot 1. Grundlagen

#### **E. 5**

...

#### **E. 6**

Die Entscheidgebür wird angesetzt auf: Fr. 1'800.– ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 1'450.– Gebühr Vorverfahren Kosten amtliche Verteidigung (inkl. Fr. 211.20 Spesen und Fr. 5'985.10 Fr. 427.90 MwSt.). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebür auf zwei Drittel.

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich – das Migrationsamt des Kantons Zürich – das Bundesamt für Polizei

- 21 - und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – das Migrationsamt des Kantons Zürich.

#### **E. 8**

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. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 30. August 2022 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Volken MLaw T. Künzle

- 22 - Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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