

# ZH\_OBERGERICHT SB210588 vom 23. Dezember 2021

ZH Obergericht, 2021-12-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210588](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210588)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210588 du 23 décembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210588 del 23 dicembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verlauf des Verfahrens bis zum Erlass des erstinstanzlichen Urteils ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 55 S. 3 f.). Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. September 2021 gemäss dem eingangs zitierten Urteilsdispositiv schuldig gesprochen. Innert gesetzlicher Frist liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 21. September 2021 Berufung anmelden (Urk. 45; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nachdem das begründete Urteil den Parteien zugestellt worden war, reichte der Beschuldigte wiederum fristgerecht mit Eingabe vom 3. Dezember 2021 die Berufungserklärung ein (Urk. 58; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge auf eine Anschlussberufung und erklärte, sich am vorliegenden Verfahren nicht weiter aktiv zu beteiligen (Urk. 62; Art. 400 Abs. 3 StPO). Nachdem sich beide Parteien mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden erklärt hatten, wurde dies so angeordnet (Urk. 64). Die amtliche Verteidigung erklärte in der Folge, die bereits begründete Berufungserklärung vom 3. Dezember 2021 sei als vollständige Berufungsbegründung anzusehen (Urk. 66). Da diese Eingabe bereits der Staatsanwaltschaft zugestellt worden war und sie daraufhin mitteilte, sich nicht weiter am Berufungsverfahren zu beteiligen (Urk. 62), erweist sich das Verfahren als spruchreif.

### E. 2

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen und die gesetzgeberischen Grundgedanken unter Hinweis auf die massgebenden Gesetzesmaterialien des am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes einlässlich und korrekt abgehandelt (Urk. 55 S. 25 ff.), worauf zunächst verwiesen wird. Wird jemand wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 oder 5 StGB zu einer Strafe verurteilt oder wird deswegen gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59–61, 63 oder 64 StGB angeordnet, so verbietet ihm das Gericht lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, sofern die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hatten (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB). Das Gericht kann in besonders leichten Fällen ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn der Täter gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist (Art. 63 Abs. 4bis lit. b StGB). Daraus ergibt sich zunächst, dass ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot im Sinne Art. 67 Abs. 3 StGB bei gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich zwingend anzuordnen ist. Um davon abzusehen, wird kumulativ verlangt, dass es sich um einen besonders leichten Fall einer bestimmten Anordnungsstat handelt und die Anordnung eines

Tätigkeitsverbotes nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer einschlägiger Straftaten abzuhalten

- 6 - (sogenannte Ausnahmebestimmung). Damit soll dem in Art. 36 BV und Art. 8 EMRK statuierten Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden. Weiter geht daraus hervor, dass eine ärztlich diagnostizierte Pädophilie gerade keine Voraussetzung für die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes ist. Der Täterkreis umfasst vielmehr auch "Pädokriminelle" (alle Täter, die Sexualstraftaten an Kindern begehen) und ganz allgemein Sexualstraftäter. Im Gesetztext wird sodann – wie gesehen – ausdrücklich festgehalten, dass, wenn der Täter pädophil gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien ist, die Ausnahmebestimmung nicht angewandt werden darf – und zwar unabhängig von der Art und Schwere der Anlasstat (vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 123c BV], BBl 2016 6115 S. 6134 f. und 6145 f.). Zu betonen gilt es mit der Vorinstanz (Urk. 55 S. 28 f.) erneut, dass der Ausgangspunkt jeder Auslegung zunächst der Wortlaut der massgeblichen Norm bildet. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung bzw. dem Völkerrecht am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungs- bzw. völkerrechtskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 138 IV 232, E. 3).

### **E. 3**

Die Verteidigung macht zwar geltend, die Bestimmung von Art. 67 Abs. 3 und Abs. 4bis StGB sei auslegungsbedürftig und unter Berücksichtigung der sys-

- 7 - tematischen und verfassungs- bzw. konventionskonformen Auslegung sei von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots abzusehen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung liegt vorliegend aber gar keine eigentlich auslegungsbedürftige Bestimmung vor. Der Wortlaut von Art. 67 Abs. 3 StPO besagt klar und unzweideutig, dass das Gericht bei Verurteilung einer Person wegen den im Gesetz genannten Straftaten im Sinne eines Automatismus ein Tätigkeitsverbot für die Arbeit mit Kindern anzuordnen hat. Der Gesetzgeber hat als einzige Möglichkeit, um dem Verhältnismässigkeitsprinzip und den Vorgaben von Art. 36 BV und Art. 8 EMRK gerecht zu werden, die Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4bis erlassen (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2016 6115 S. 6146). Dort ist wiederum einzig der unbestimmte Rechtsbegriff des "besonders leichten Falles" durch die richterliche Praxis zu bestimmen. Wenn die Verteidigung nun sinngemäss anführt, die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 67 Abs. 3 und Abs. 4bis müssten frei auf ihre Verfassungskonformität überprüft werden (Urk. 58 S. 5 ff.), so verkennt sie, dass für die rechtsanwendenden Behörden die Bestimmung eines Bundesgesetzes selbst dann vorgehen würde, wenn sie sich als nicht verfassungskonform erweise (Art. 190 BV).

Demgegenüber trifft – wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat (Urk. 55 S. 37) – zu, dass bei einem Konflikt zwischen der EMRK und einem (auch jüngeren) Bundesgesetz nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung die EMRK im Rahmen von Art. 190 BV Vorrang genießt (BGE 139 I 16, E. 5; 144 I 126, E. 3), weshalb eine konventionswidrige bundesgesetzliche Bestimmung im Einzelfall gegebenenfalls nicht anzuwenden wäre. Unter Hinweis auf die ausführlichen und in allen Teilen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 55 S. 37 f.) ist in der Regelung des Tätigkeitsverbots durch den eidgenössischen Gesetzgeber, welcher sich der Grundrechtsproblematik in jeder Hinsicht bewusst war (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2016 6115 S. 6146), keine Verletzung der EMRK auszumachen. Die Bestimmungen von Art. 67 Abs. 3 und Abs. 4bis StGB sind daher anwendbar, weshalb sie hinsichtlich der Gegebenheiten des vorliegenden Falles zu prüfen sind.

- 8 - 4.1 Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB schuldig gesprochen, was im Berufungsverfahren von keiner Seite angefochten wurde. Es liegt demnach eine Katalogtat im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB vor, bei welcher das Gesetz – abgesehen von der Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4bis StGB – die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots zwingend vorsieht. 4.2 Eine ärztlich diagnostizierte Pädophilie und/oder eine Katalogtat im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis lit. a StGB, welche einer Prüfung der Ausnahmebestimmung entgegenstünden, liegen nicht vor. Bei der Prüfung, ob im Sinne einer Ausnahme von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes abgesehen werden kann, ist – wie ausgeführt – zunächst zu untersuchen, ob ein "besonders leichter Fall" vorliegt. 4.3 Damit ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB angenommen werden könnte, müsste dieser sowohl in objektiver als auch 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. Botschaft, a.a.O., BBl 2016 6115, S. 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 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 Op-

- 9 - fer, Vorleben und Verhältnisse des Täters) das Verschulden des Täters als besonders gering einstuft und deshalb eine milde Strafe ausgesprochen werde (Botschaft, a.a.O., BBl 2016 6115, S. 6161). Mit der Vorinstanz (Urk. 55 S. 36) ist vorliegend bei Weitem nicht von einem leichten Fall zu sprechen. Bei den vom Beschuldigten herunter geladenen Dateien handelt es sich um eine grosse Anzahl hartpornografischer Erzeugnisse (insgesamt 236 Bilder und sechs Filme), die teilweise massivste Übergriffe auf Kinder zeigen (unter

anderem nackte Kinder beim [ungeschützten] Vaginal- und/oder Oralverkehr mit erwachsenen Männern oder anderen Kindern oder beim [teilweise gegenseitigen] Masturbieren). Angesichts dieser Bilder ist offenkundig, dass die dargestellten Kinder durch die mit den Aufnahmen verbundenen Übergriffe bzw. Missbrauchshandlungen in ganz besonders einschneidender, erniedrigender Weise traumatische Erfahrung erleiden mussten. Bagatelldarakter, wie es zur Annahme eines besonders leichten Falles notwendig wäre, weist der vorliegende Fall bei Weitem nicht auf. Der Beschuldigte hat diese Bilder zudem nicht versehentlich, sondern direktvorsätzlich zwecks Eigenkonsum heruntergeladen (Urk. 55 S. 13). Die Vorinstanz hat das Tatverschulden im Übrigen – zu Recht – als "erheblich" eingestuft (Urk. 55 S. 20), woran sich ebenfalls bereits erkennen lässt, dass der vorliegende Fall nicht einmal im Bereich eines leichten Falles liegt – geschweige denn eines besonders leichten Falles. Da demnach die Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs. 4bis StGB ausgeschlossen ist, brauchen deren weitere Voraussetzungen nicht geprüft zu werden.

#### **E. 5**

Bloss im Sinne einer ergänzenden Bemerkung ist abschliessend festzuhalten, dass sich die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes – unabhängig von der gesetzlichen Regelung, welche keine Einzelfallabwägung vorsieht – ohnehin als verhältnismässig erweisen würde. Der Schutz der sexuellen Integrität von Minderjährigen, zu deren Verletzung der Beschuldigte mit dem Herunterladen von abscheulichen sexuellen Misshandlungen von Kindern beitrug, überwiegt sein Interesse an einer allenfalls in Zukunft möglichen Aufnahme einer Tätigkeit mit Kindern. Der Beschuldigte übt derzeit gar keine Tätigkeit mit Kindern aus (Prot. I S. 7 ff.), weshalb er momentan durch das Tätigkeitsverbot auch nicht

- 10 - direkt in schwerwiegender Weise davon betroffen ist. Wenn die Verteidigung geltend macht, es sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte als 35-jähriger Mann durchschnittlich noch ca. fünf Jahrzehnte zu leben habe, weshalb sein Interesse an der Möglichkeit einer Aufnahme einer Tätigkeit mit Kindern auch aufgrund allfälligen Umgangs mit Grosskindern nicht bloss abstrakt und theoretisch sei (Urk. 58 S. 9), so ist dem entgegenzuhalten, dass bei ausnahmslos jedem jüngeren Beschuldigten die theoretische Möglichkeit in Zukunft aufzunehmender Tätigkeiten mit Kindern besteht, woraus sich indessen kein besonders grosses bzw. schützenswertes Interesse ableiten lässt.

#### **E. 6**

[...]

#### **E. 7**

Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom

#### **E. 12**

(Mitteilungen)

#### **E. 13**

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