

# ZH\_OBERGERICHT SB220372 vom 18. Januar 2023

ZH Obergericht, 2023-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB220372](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220372)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB220372 du 18 janvier 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB220372 del 18 gennaio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 20. Januar 2022 wurde der Beschuldigte entsprechend dem eingangs aufgeführten Dispositiv der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 StGB schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu Fr. 60.– bei einer Probezeit von 2 Jahren bestraft. Er wurde für die Dauer von

### E. 1.1

Das Gericht verweist den Ausländer, der zu einer Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 StGB). Von der Landesverweisung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sie kumulativ einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen (Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB). Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Die Härtefallklausel dient letztlich der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips und ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332, E. 3.1.2. + 3.3.1. f.; BGE 146 IV 105, E. 3.4.2.). Bei der Prüfung der Frage, ob im konkreten Einzelfall ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a

- 21 - Abs. 2 StGB vorliegt, sind insbesondere die Anwesenheitsdauer und die familiären Verhältnisse des Täters in der Schweiz, seine Arbeits- und Ausbildungssituation bzw. seine Persönlichkeitsentwicklung sowie der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen zu berücksichtigen. Ein schwerer persönlicher Härtefall liegt in diesem Sinne dann vor, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz im Rahmen einer objektiven Gesamtbetrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Lebensbedingungen führt, wobei sämtliche härtefallbegründenden Aspekte gleichermassen zu berücksichtigen und zu bewerten sind (BRUN/FABRI, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017 S. 231 ff. mit Verweis auf BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 2016 S. 101 f.; vgl. auch Urteil 6B\_209/2018 vom 23. November 2018, E. 3.). Aktuell gegen den Vollzug der Landesverweisung sprechende Umstände im Sinne von Art. 66d StGB sind gegebenenfalls bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu beachten. Zudem sind stets die verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen einzuhalten (BUSSLINGER/UEBERSAX, a.a.O., S. 99). Bei der Härtefallprüfung ist nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen (BGE 146 IV 105, E. 3.4.4.; BGE 145 IV 455, E. 7.2.1.). Vielmehr ist anhand sämtlicher Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, wobei grundsätzlich nur unter

besonderen Umständen von einer Tangierung des Verhältnismässigkeitsprinzips auszugehen ist (Urteile 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019, E. 2.2. und 6B\_627/2018 vom 22. März 2019, E. 1.3.5.). Eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration in der Schweiz genügen hierzu noch nicht. Erforderlich sind besonders intensive, über die übliche Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (Urteile 6B\_1314/2019 vom 9. März 2020, E. 2.3.6.; Urteil 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020, E. 2.5.2.).

### **E. 1.2**

Von einem schweren persönlichen Härtefall kann insbesondere auch bei einem Eingriff in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ausgegangen werden (vgl. Urteile 6B\_1440/2019 vom 25. Februar 2020, E. 5.3.,

- 22 - 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020, E. 2.4.3. und 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020, E. 3.3.). Der dergestalt geschützte verfassungsmässige Anspruch ist verletzt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zu diesem geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, mithin die Gemeinschaft der Ehegatten mit den minderjährigen Kindern (BGE 144 I 266, E. 3.3., E. 4.2. + E. 5.1; Urteil 6B\_1070/2018 vom

### **E. 1.3**

Ist ein schwerer persönlicher Härtefall zu bejahen, so sind die entsprechenden privaten Interessen den öffentlichen Interessen des Staates an der Ausweisung von kriminellen Ausländern gegenüberzustellen. Bei Straftaten gegen die körperliche und sexuelle Integrität zeigt sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit relativ streng. Weder eine lange Aufenthaltsdauer und die damit verbundene Integration noch eine familiäre oder emotionale Bindung reichen deshalb in der Regel aus, um letztlich einen die Delinquenz überdauernden Aufenthaltsanspruch zu begründen. 2. Beurteilung 2.1. Der Beschuldigte ist Staatsbürger von I.\_\_\_\_\_ [Staat in Europa] und die von ihm in zwei Fällen begangene Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB stellt gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB eine Katalogtat dar. Dass es

- 23 - sich dabei um vergleichsweise leichte Fälle sexueller Delinquenz handelt, fällt im Zusammenhang mit der Beurteilung der Landesverweisung grundsätzlich nicht ins Gewicht. Eine anhängig gemachte parlamentarische Motion betreffend die Überprüfung der Katalogstraftaten im Bereich von Art. 66a Abs. 1 lit. d, f und h StGB wurde zwar angenommen und dem Bundesrat zur weiteren Behandlung überwiesen (vgl. Motion Nr. 21.3009 der staatspolitischen Kommission des Nationalrates, eingereicht am 22. Januar 2021), doch wurde noch kein Revisionsvorschlag zuhanden des Parlaments erarbeitet, welcher Fälle wie den Vorliegenden von einer Landesverweisung definitiv zu befreien gedenkt. Die Grundvoraussetzungen für eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB sind somit in casu gegeben, so dass zu prüfen bleibt, ob es sich um einen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB handelt, welcher eine Landesverweisung in Frage zu stellen vermag. 2.2. Was die Prüfung des Härtefalles mit der in diesem Zusammenhang insbesondere zu beleuchtenden Integration in der Schweiz anbelangt, so ist für den

vorliegenden Fall festzuhalten, dass der Beschuldigte erst vergleichsweise spät im Alter von 21 Jahren in die Schweiz eingereist ist und sich hierzulande zwar wirtschaftlich durchaus zu integrieren vermochte, in persönlicher bzw. sozialer Hinsicht die entsprechenden Schritte indessen noch nicht in gewünschter Weise nachzuvollziehen vermochte, obwohl er mittlerweile bereits seit über 10 Jahren hier lebt. So beherrscht er die deutsche Sprache nach wie vor nicht adäquat (Niveau A2 bis A1, vgl. Urk. 50/6) und hat sozial nur wenige Kontakte zu Angehörigen ausserhalb seines Kulturkreises, wobei er hierfür nicht nur seine ausserordentlichen Arbeitszeiten verantwortlich machen kann (vgl. Urk. 9/4 S. 3). Die anlässlich der Berufungsverhandlung eingereichten Unterstützungsschreiben, welche von seiner Ehegattin, seinem Arbeitgeber, einem Restaurantgast und einer weiteren Person (welche ihn "nicht sehr oft" trifft, vgl. Urk. 50/4) stammen, sind positiv zu vermerken, zeichnen allerdings noch kein Bild eines engmaschigen sozialen Netzwerkes in der Schweiz. Im Übrigen engagiert sich der Beschuldigte weder in Vereinen noch in anderen sozialen Institutionen, um auf diese Weise näheren Zugang zum hiesigen Alltagsleben zu erhalten.

- 24 - Zum engeren und weiteren Familienleben des Beschuldigten ist sodann zu konstatieren, dass er nach einer frühen Scheidung mit seiner neuen Ehefrau in Zürich zusammenlebt, seine übrige Familie (namentlich auch seine Eltern) in- dessen nach wie vor in I. \_\_\_\_\_ ihren Lebensmittelpunkt hat, wo sie vom Beschuldigten auch regelmässig besucht wird. Soweit der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung behauptete, er gehe ganz selten nach I. \_\_\_\_\_ (Urk. 48 S. 11), setzt er sich in Widerspruch zu seinen früheren Aussagen im Verfahren, wonach er sein Heimatland "zwei bis drei Mal jährlich" bzw. "sicherlich zwei Mal pro Jahr" besuche (vgl. Urk. 9/4 S. 2) und er zuletzt lediglich aus finanziellen Gründen und wegen eines Umzuges nicht mehr in sein Heimatland zurückgekehrt sei (Prot. I S. 9). Wenn der Beschuldigte in den letzten Jahren nicht in seiner Heimat war, so sind diese Umstände auch nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Pandemie-Situation zu sehen, womit sich nichts an seinen weiterhin bestehenden Verbindungen zum Heimatland ändert. Nachdem seine Ehefrau ebenfalls aus I. \_\_\_\_\_ stammt und die dortige Landessprache einwandfrei beherrscht, erscheint es dem Beschuldigten mithin durchaus zumutbar, die Schweiz mit seiner Frau zu verlassen, um sich im Heimatland – oder im Fall einer entsprechenden Aufenthaltsbewilligung auch in einem anderen Staat (vgl. dazu nachstehend Ziffer 3.) – eine neue Zukunft aufzubauen, zumal er in der insofern flexiblen Gastronomie-Branche arbeitet und auch keine Kinder hat, welche aus einem etablierten Umfeld herausgerissen werden könnten. Schliesslich ist festzuhalten, dass auch eine allfällige Schwangerschaft seiner Partnerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt nichts an der Zumutbarkeit einer Landesverweisung zu ändern vermöchte, zumal zu berücksichtigen ist, dass diese zum Zeitpunkt der Familienplanung in erster Instanz bereits ausgesprochen war, weshalb der Beschuldigte aus dem zukünftigen Kindesverhältnis nichts zu seinen Gunsten herzuleiten vermag (vgl. Urteil 6B\_658/2020 vom 23. August 2021, E. 3.5.). Bei einer Gesamtbetrachtung sind die strengen Kriterien für einen Verbleib in der Schweiz zufolge eines Härtefalles beim Beschuldigten somit nicht gegeben, auch wenn es sich um einen Ersttäter handelt, welcher in geregelten Verhältnissen lebt. Kein wesentlicher Faktor ist nämlich bei der Landesverweisung im Umstand zu sehen, dass dem Beschuldigten eine günstigen Prognose gestellt wer-

- 25 - den kann, da die Fernhaltemassnahme grundsätzlich unabhängig davon anzuordnen ist, ob die Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde (vgl. BGE 144 IV 168, E.

1.4.1). Aufgrund dieser Sachlage erübrigt sich im Übrigen auch die weitere Prüfung, ob das öffentliche Interesse an einer Ausweisung des Beschuldigten dessen private Interessen überwiegt. 2.3. Der Beschuldigte ist nach dem Gesagten in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB obligatorisch des Landes zu verweisen. Angesichts seines moderaten Verschuldens und des damit korrespondierenden milden Strafmasses ist die Dauer der Landesverweisung indessen auf das gesetzliche Minimum von 5 Jahren festzulegen. 3. Ausschreibung im Schengener Informationssystem 3.1. Vorliegend wurde eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) weder von der Anklägerin beantragt noch von der Vorinstanz geprüft. Der erstinstanzliche Entscheid erweist sich damit als unvollständig. Nachdem das Berufungsgericht vorliegend bereits über die Landesverweisung zu entscheiden hatte, drängt sich nämlich zwingend auch eine Beurteilung der Ausschreibung der Landesverweisung auf, da der Beschuldigte als Staatsbürger von I. \_\_\_\_\_ als Drittstaatenangehöriger zu gelten hat. Dabei kommt das Verbot der reformatio in peius im Rahmen dieser rein vollzugs- bzw. polizeirechtlichen Frage entgegen der Ansicht der Verteidigung (vgl. Prot. II S. 9) nicht zur Anwendung, so dass insofern eine Verschlechterung des vorinstanzlichen Entscheides in zweiter Instanz möglich bleibt (vgl. BGE 146 IV 172, E. 3.3.3.). 3.2. Eine Ausschreibung im SIS setzt voraus, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen gemäss Art. 21 und 24 der EU-Verordnung über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS-II-Verordnung) erfüllt sind. Demgemäss darf der Entscheid über die Ausschreibung nur anhand einer individuellen Bewertung des Einzelfalles unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfolgen, wobei insbesondere eine Rolle spielt, ob der Täter unter den konkreten Umständen eine Gefahr - 26 - für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit darstellt (BGE 146 IV 172, E. 3.2.). An die Annahme einer solchen Gefahr sind im Zusammenhang mit der Ausschreibung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, sondern es genügt, wenn die betroffene Person wegen einer oder mehrerer Straftaten verurteilt wurde, welche einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von einer gewissen Schwere sind. Dabei ist insbesondere an die Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Tatumstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person anzuknüpfen (vgl. Urteil 6B\_1178/2019 vom 10. März 2021, E. 4.7.). Vorliegend handelt es sich um einen Täter, welcher kinder- und tierporno-graphische Darstellungen per WhatsApp an (Arbeits-)Kollegen weiterleitete bzw. für den Eigenkonsum verwendete, wobei die Motivation in einer Gedankenlosigkeit mit entsprechend geringem Verschulden besteht. Der Beschuldigte ist Ersttäter und liess anlässlich der gerichtlichen Verhandlungen durchaus Reue und Einsicht erkennen, weshalb angenommen werden darf, dass es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelte. Dementsprechend ist der Beschuldigte mit einer bedingten Geldstrafe von 105 Tagessätzen zu verurteilen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Bestrafung unter anderem auch eine Tat betrifft, welche nicht unter den für eine Landesverweisung massgebenden Katalog im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB fällt. Es ist mithin aufgrund dieser Gesamtumstände nicht davon auszugehen, dass das strafbare Verhalten des grundsätzlich geständigen Beschuldigten jene Schwere erreicht hat, welche eine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schengen-Staaten zu begründen vermag. Die den Beschuldigten treffende Landesverweisung ist somit nicht im SIS auszuschreiben, zumal eine solche Massnahme mit der spürbaren Konsequenz verbunden wäre, dass ihm der Aufenthalt im gesamten Schengen-Raum in einer für ihn entscheidenden Zeit generell verwehrt wäre, auch wenn die Mitgliedstaaten im Einzelfall auch eine andere Regelung

vorsehen können (vgl. Urteil 6B\_1178/2019 vom 10. März 2021, E. 4.9.).

- 27 - VI. Tätigkeitsverbot 1. Die Anklagebehörde hat trotz grundsätzlich gegebener Voraussetzungen im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB (namentlich lit. d Ziff. 2) kein Tätigkeitsverbot für den Beschuldigten beantragt, was die Vorinstanz selbstredend aber nicht von einer entsprechenden Prüfung entlastet, nachdem diese sanktionsähnliche Massnahme nicht von Anklageprinzip erfasst wird (vgl. HEIMGARTNER/NIGGLI, BSK StPO, 2. Aufl., N 1 zu Art. 326 StPO) und es sich im Übrigen um ein Obligatorium handelt, sofern nicht ausnahmsweise die entlastenden Bedingungen von Art. 67 Abs. 4bis StGB gegeben sind. 2. Im Rahmen der Prüfung der Massnahme im Hinblick auf den konkreten Fall ist allerdings davon auszugehen, dass es sich vorliegend um einen besonders leichten Fall im Sinne von Art. 67 Abs. 4bis StGB handelt, welcher ausnahmsweise ein Absehen von einem lebenslänglichen Verbot einer beruflichen oder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit mit regelmässigen Kontakt mit Minderjährigen rechtfertigt, zumal die Ausschlusskriterien gemäss lit. a und b der vorgenannten Bestimmung in casu nicht gegeben sind, wobei für die Begründung des leichten Falles auf die vorstehenden Erwägungen zur Strafe und zur Ausschreibung der Landesverweisung verwiesen werden kann (vgl. vorne Ziffern IV./2. ff. und V./3.). Namentlich handelt sich um einen zur Tatzeit noch relativ jungen Täter, welcher in einzelnen Fällen aus Gedankenlosigkeit ihm zugestellte Videodarstellungen in einem begrenzten Kreis weiterverbreitete, ohne dass konkrete Anzeichen für eine spezielle sexuelle Motivation bzw. eine pädophile Veranlagung bestehen, so dass es nicht angezeigt erscheint, ihm gegenüber ein zeitlich unbegrenztes Tätigkeitsverbot mit all seinen teilweise einschneidenden Folgen auszusprechen (vgl. dazu auch ZR 120/2021 S. 274 ff. mit Hinweisen auf die einschlägige Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 2. Juni 2016, BBl 2016 S. 6158 ff.). VII. Einziehung 1. Das erstinstanzliche Gericht hat sich in seiner Urteilsbegründung nicht zur im Dispositiv angeordneten Einziehung des Mobiltelefons geäussert. Dies ist im zweitinstanzlichen Verfahren in der gebotenen Kürze nachzuholen, da sich eine

- 28 - Rückweisung an die Vorinstanz bei einer Verletzung der Begründungspflicht lediglich in einem Nebenpunkt nicht rechtfertigt bzw. der damit verbundene Verstoss gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten kann (vgl. Urteil 6B\_1178/2019 vom 10. März 2021, E. 4.11.). 2. Gemäss Art. 197 Abs. 6 StGB werden Gegenstände (namentlich auch Bild und Tonaufnahmen) der harten Pornografie ohne Weiteres eingezogen, ohne dass die besonderen Voraussetzungen der Sicherungseinziehung gemäss Art. 69 StGB zu prüfen wären. Damit rechtfertigt sich aber noch nicht automatisch die Einziehung und Vernichtung des Mobiltelefons als Träger solcher Gegenstände im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StGB. Allerdings ist das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person auch zur Einziehung von Gegenständen befugt, die als Deliktswerkzeug zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren, wobei dann auch die Vernichtung dieser Gegenstände angeordnet werden kann (Art. 69 Abs. 1 und 2 StGB). 3. Die Einziehung und Vernichtung des vom Beschuldigten als Deliktswerkzeug gebrauchten Mobiltelefons erweist sich vor diesem Hintergrund als rechtmässig, zumal sich eine definitive Löschung der darauf befindlichen deliktischen Daten überdurchschnittlich aufwendig gestalten würde und daher die Rückgabe des Mobiltelefons in keinem angemessenen Verhältnis zu den damit verbundenen Kosten stünde (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 12. Dezember 2013, UH130229, E. 3.). VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Das

Berufungsverfahren führt in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils zu einem Freispruch betreffend eines der vier angeklagten Delikte, wohingegen es bei den anderen drei inkriminierten Taten bei einem Schuldspruch bleibt. Entsprechend rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen jener der amtlichen Verteidigung, zu drei Vierteln aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen gänzlich auf die

- 29 - Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von drei Vierteln vorbehalten bleibt. 2. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens haben die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). In- wiefern eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt insbesondere davon ab, in welchem Ausmass ihre im Berufungsverfahren gestellten Anträge gutgeheissen werden (vgl. Urteil 6B\_1025/2014 vom 9. Februar 2015, E. 2.4.1.). 2.1. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG). 2.2. Der Beschuldigte vermag sich in zweiter Instanz mit seinem Antrag auf Freispruch mit Bezug auf einen von vier Punkten durchzusetzen und in der Folge ein geringfügig tieferes Strafmass zu erwirken. Dass darüber hinaus weitere von der Vorinstanz nicht behandelte Fragen in Nebenpunkten zu Gunsten des Beschuldigten zu beurteilen waren, wirkt sich auf die zweitinstanzliche Kostenverteilung demgegenüber nicht aus. Somit sind auch die Kosten des Berufungsverfahrens – ausgenommen jener der amtlichen Verteidigung – zu drei Vierteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2.3. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht für ihre Bemühungen und Barauslagen vor Berufungsgericht den Betrag von Fr. 4'442.60 (inkl. MwSt) geltend (Urk. 51). Der Aufwand ist ausgewiesen und das geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der kantonalen Anwaltsgebührenverordnung. Unter Berücksichtigung der (teilweise von der Verteidigung bereits inkludierten) Aufwendungen für die Berufungsverhandlung (inkl. Weg und Nachbesprechung mit dem Klienten) erscheint es mithin angemessen, den amtlichen Verteidiger mit einem Betrag von insgesamt Fr. 4'700.– (inkl. MwSt) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

- 30 - 2.4. Die zweitinstanzlichen Kosten der amtlichen Verteidigung sind ebenfalls einstweilen gänzlich auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei aber auch hier die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von drei Vierteln vorbehalten bleibt. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB (Videodateien 1, 2 und 4). 2. Vom Vorwurf der Pornografie in Bezug auf Videodatei 3 wird der Beschuldigte freigesprochen. 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 105 Tagessätzen zu Fr. 60.–. 4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen. 6. Von der Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem wird abgesehen. 7. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. September 2021 beschlagnahmte Mobiltelefon Samsung Galaxy S10 (Asservat Nr. A014'928'939) wird nach Vollstreckbarkeit des Urteils eingezogen und vernichtet. 8. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt. 9. Die

zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- 31 - Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 4'700.– amtliche Verteidigung. 10. Die Kosten des Vorverfahrens sowie beider gerichtlicher Verfahren werden, mit Ausnahme jener der amtlichen Verteidigung, zu drei Vierteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang von drei Vierteln vorbehalten. 11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt) – das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A. 12. 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

- 32 - 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, 18. Januar 2023 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Oberrichter lic. iur. Wenker MLaw Dharshing 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.

## **E. 5**

Jahren des Landes verwiesen und sein beschlagnahmtes Mobiltelefon wurde eingezogen. Schliesslich wurde über die Kosten- und Entschädigungsfolgen befunden (Urk. 30 bzw. 33 S. 15 f.). 2. Mit Eingabe vom 26. Januar 2022 hat der Beschuldigte gegen das erstinstanzliche Urteil rechtzeitig die Berufung angemeldet (Urk. 22). Nach Erstattung der Berufungserklärung vom 18. Juli 2022 (Urk. 34) und anschliessender Fristansetzung an die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (Urk. 38) erklärte die Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 18. Juli 2022 den Verzicht auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 40). In der Folge wurde auf den 18. Januar 2023 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 41), zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers erschienen ist (Prot. II S. 6). II. Formelles 1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte fordert mit seiner Berufung einen vollumfänglichen Freispruch und ficht in diesem Zusammenhang

den gesamten vorinstanzlichen Entscheid an (Urk. 34

- 5 - S. 2). Damit ist das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2022 in zweiter Instanz im Sinne von Art. 398 Abs. 2 StPO umfassend zu prüfen, ohne dass ein Punkt in Rechtskraft erwachsen wäre. 2. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten stellte mit Eingabe vom 15. Januar 2023 in prozessualer Hinsicht den Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und das Verfahren zur neuerlichen Durchführung des Vorverfahrens an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (Urk. 43 S. 3 ff.). 2.1. Zur Begründung des Rückweisungsantrags führte der aktuelle Verteidiger an, dass der Beschuldigte vom früheren amtlichen Verteidiger ungenügend vertreten worden sei. So habe dieser den Beschuldigten im Rahmen der Vorbesprechung ungenügend instruiert, was dessen Aussageverweigerungsrecht angehe, woraus sich eine ineffektive Verteidigung ergebe. Des Weiteren habe die frühere Verteidigung den Beschuldigten nicht früh genug über die drohende Landesverweisung orientiert. Mit der ungenügenden Verteidigung liege gemäss der Praxis ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, welcher im Berufungsprozess nicht geheilt werden könne, weshalb das Verfahren zu wiederholen sei (Urk. 43 S. 2 ff.). 2.2. Die mit der Strafverfolgung betrauten Behörden sind aufgrund ihrer Fürsorge- und Aufklärungspflicht für ein faires Strafverfahren mitverantwortlich. Wird von den Behörden untätig geduldet, dass der Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Schaden des Angeschuldigten in schwerwiegender Weise vernachlässigt, so kann darin eine Verletzung der von Verfassung und EMRK gewährleisteten Verteidigungsrechte liegen. In der Ausgestaltung der Prozessführung steht dem Verteidiger allerdings ein erhebliches Ermessen zu (BGE 126 I 194, E. 3.d; Urteile 6B\_1047/2021 vom 25. Juli 2022, E. 1.1.3., 6B\_918/2021 vom 4. Mai 2022, E. 1.1. und 6B\_909/2018 vom 23. Januar 2019, E. 1.2., je mit Hinweisen). Als schwere Pflichtverletzung fällt mithin nur ein sachlich nicht vertretbares bzw. offensichtlich fehlerhaftes Prozessverhalten der Verteidigung in Betracht, sofern die beschuldigte Person dadurch in ihren Verteidigungsrechten substantiell eingeschränkt wird. Ein solcher eklatanter Verstoss gegen allgemein anerkannte Verteidigerpflichten liegt

- 6 - etwa bei krassen Frist- und Terminversäumnissen, Fernbleiben von wichtigen Zeugeneinvernahmen, mangelnder Sorgfalt bei der Vorbereitung von Einvernahmen und anderen Prozesshandlungen oder fehlender Vorsorge für Stellvertretungen vor (vgl. BGE 143 I 284, E. 2.2.2.; Urteil 6B\_1047/2021 vom 25. Juli 2022, E. 1.1.4., je mit Hinweisen). 2.3. Was die aktuelle Verteidigung vorbringt, stellt die genügende Verteidigung des Beschuldigten im bisherigen Verfahren nicht in Frage. Dies gilt zunächst hinsichtlich der Ausführungen, wonach sich eine "schweigende Verteidigungsstrategie" bzw. die Verweigerung der Kooperation für den Beschuldigten als zielführender erwiesen hätte (vgl. Urk. 43 S. 4 f.). Die Wahl der Verteidigungsstrategie ist eine Kernaufgabe der Verteidigung und liegt zu einem grossen Teil in deren pflichtgemäsem Ermessen. Dass der Verteidiger zu einer anderen Strategie als jener der Aussageverweigerung rät, begründet nach der Rechtsprechung keine Pflichtverletzung (Urteile 6B\_1079/2022 vom 8. Februar 2022, E. 1.4. und 6B\_499/2017 vom 6. November 2017, E. 2.3.1.). Soweit die Verteidigung in diesem Zusammenhang geltend macht, die belastenden Erkenntnisse aus der Auswertung des Mobiltelefons wären bei der Verweigerung der Mitwirkung bzw. einem Siegelungsantrag nicht erlangt worden, erschöpft sich ihre Argumentation in Spekulationen über die rückblickende Wahl der richtigen Verteidigungsstrategie. Im Übrigen bestreitet die Verteidigung zu Recht nicht, dass der Beschuldigte zu Beginn der Einvernahme auf sein

Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde (vgl. Urk. 3/1 S. 1) und der frühere Verteidiger nach kurzer Zeit einen Unterbruch der Einvernahme zwecks Zwischenbesprechung verlangte (vgl. Urk. 3/1 S. 3). Dass sich der Dolmetscher in diesem Zusammenhang nach einer halben Stunde nicht mehr an jeden einzelnen übersetzten Satz zu erinnern vermochte und sich hinsichtlich der Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht unsicher war, scheint ohne Weiteres nachvollziehbar, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass während der Einvernahme falsch protokolliert und übersetzt wurde. Wenn der Beschuldigte dann nach der Zwischenbesprechung und erneutem Hinweis auf sein Verweigerungsrecht seine Aussagen fortsetzte und das Mobiltelefon zur Verfügung stellte, so hat er trotz Kenntnis seiner Rechte freiwillig kooperiert. Eine

- 7 - solche Kooperation kann sich je nach Einschätzung der Beweislage denn auch als durchaus vorteilhaft erweisen und zu einer tieferen Strafe führen, weshalb eine solche Strategie jedenfalls nicht von vornherein als verfehlt angesehen werden kann. Gleiches kann auch für das Abraten von der Erhebung einer Berufung gelten, erscheint es doch nach einer Abwägung der Chancen und Risiken eines Falles aus Kostengründen durchaus nicht immer zwingend, die Streitsache vor die obere kantonale Instanz zu ziehen. Wenn die Verteidigung sodann behauptet, der Beschuldigte hätte bei Kenntnis einer drohenden Landesverweisung keine Aussagen gemacht, so kann dieser Sichtweise ebenfalls nicht vorbehaltlos gefolgt werden. Weshalb bei einer drohenden Landesverweisung die Aussageverweigerung der einzig gangbare Weg wäre, erschliesst sich nicht und wird von der Verteidigung auch nicht weiter begründet. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Verteidigung nicht sämtliche Gegenstand der Einvernahme bildende Fragen vorbesprechen und für jedwelche Wendung im Verfahren Empfehlungen abgeben muss (Urteil 6B\_1079/2022 vom

## **E. 8**

Die Tagessatzhöhe wurde von der Vorinstanz mit Verweis auf die äusserst knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten auf Fr. 60.– angesetzt (Urk. 33 S. 10). Auch wenn bei einem ausbezahlten Einkommen von Fr. 3'700.– pro Monat trotz einer gewissen Schuldenlast noch knappere Einkommens- und Vermögensverhältnisse denkbar sind, erscheint der erstinstanzlich festgelegte Tagessatz angesichts der Unterstützungspflichten des Beschuldigten gegenüber seiner Ehefrau und seinen Eltern sachgerecht und ist somit vorliegend zu be- stätigen.

## **E. 9**

Im Einklang mit der Vorinstanz ist der Vollzug der Geldstrafe unter Verweis auf deren Erwägungen (vgl. Urk. 33 S. 10 f.) mit namentlicher Berücksichtigung der Ersttäterschaft des Beschuldigten bei einer minimalen Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben. V. Landesverweisung 1. Grundlagen

## **E. 14**

August 2019, E. 6.3.2.). Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt allerdings nicht absolut. Die Staaten sind auch nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten mit familiären Beziehung im Deliktsstaat auszuweisen. Berührt die Ausweisung indessen Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, so ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK besonders zu rechtfertigen, wobei auch hier eine Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles erforderlich ist (vgl. zum Ganzen die Urteile 6B\_396/2020 vom 11. August

2020, E. 2.4.2. ff. und 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019, E. 6.3.3 + 6.3.4.; vgl. auch BGE 145 IV 161, E. 3.4.).

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