

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210161-O/U/cwo

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. B. Amacker und
Oberrichterin lic. iur. M. Knüsel sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw A. Donatsch

Urteil vom 1. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrlı,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache versuchte Pornografie**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht,
vom 6. November 2020 (GG200015)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 18. August 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 15).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 35 S. 28 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen versuchten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Es wird ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot (Verbot jeder beruflichen und jeder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst) im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB angeordnet.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'800.– die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'000.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 5'641.75 Kosten der amtlichen Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt).
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

8. (Mitteilungen)
9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 3)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 54 S. 1)

1. Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben;
2. es sei auf eine Landesverweisung zu verzichten;
3. die Kosten für das Berufungsverfahren inklusive der Kosten für die amtliche Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich; Urk. 43)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

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).

1.2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht in Strafsachen, vom 6. November 2020, wurde der Beschuldigte gemäss dem eingangs wiedergege-

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).

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).

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

7 (Kostendispositiv) nicht angefochten (vgl. auch Prot. II S. 4) und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschlusses festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO).

2.3. Im übrigen Umfang – für den nicht in Rechtskraft erwachsenen und angefochtenen Teil des Urteils – steht das vorinstanzliche Urteil unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots zwecks Überprüfung zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

II. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundlagen der Landesverweisung zutreffend aufgeführt, worauf verwiesen werden kann (Urk. 35 S. 21 ff.).

2. Ebenfalls kann bezüglich des Vorliegens einer Katalogtat vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 35 S. 21).

3. Sodann hat die Vorderrichterin sich in ihren Erwägungen zur Härtefallprüfung über mehrere Seiten sorgfältig mit den zu berücksichtigenden Umständen wie der Anwesenheitsdauer, den familiären Verhältnissen, der Arbeits- und Ausbildungssituation, der Persönlichkeitsentwicklung, dem Grad der Integration, den Resozialisierungschancen des Beschuldigten sowie den anwaltlichen Einwendungen auseinandergesetzt (Urk. 35 S. 23 ff.).

4.1. Die Verteidigung geht vorliegend von einem Härtefall aus. Sie machte vor Vorinstanz geltend, dass bei in der Schweiz aufgewachsenen Personen ein Härtefall eigentlich stets gegeben sei (Urk. 27 S. 6). Im Rahmen des Berufungsverfahrens macht sie unter dem Titel Härtefallprüfung sodann Ausführungen zum Lebenslauf des Beschuldigten und streicht heraus, er sei in der Schweiz, wo er geboren und aufgewachsen sei, gut integriert und stark verwurzelt. Zwischen ihm und seiner ehemaligen Pflegefamilie sei eine enge familiäre Beziehung entstanden. Er miete dort nicht bloss ein Zimmer, er sei Teil der Familie. Sodann habe ein weiteres Mündel der Familie B._____, C._____, welche ebenfalls schon 20 Jahre zusammen mit dem Beschuldigten im selben Haushalt lebe, angegeben, der Beschuldigte sei für sie wie ein Bruder. Der Beschuldigte pflege entsprechend

ein intensiveres und familiäreres Verhältnis zu diesen Personen als zu seinen leiblichen, betagten Eltern in Italien. Schliesslich pflege der Beschuldigte auch einen guten Kontakt zu seinem in der Schweiz lebenden leiblichen Bruder sowie zu einer Tante. Aus der geäusserten Absicht, nach der Pensionierung nach Italien zu den Eltern ziehen zu wollen, könne nicht – wie dies die Vorinstanz gemacht habe – abgeleitet werden, ihn würde mit Ausnahme der Erwerbstätigkeit nicht viel in der Schweiz halten. Auch habe die Vorinstanz den Beschuldigten in Bezug auf weitere Aussagen falsch verstanden. So habe er überhaupt keine guten sozialen Kontakte in Italien. Der Beschuldigte verstehe nicht immer ganz, um was es gehe, und brauche in gewissen Lebensbereichen auch heute noch Unterstützung und Führung, weshalb nicht davon auszugehen sei, dass er sich alleine mit den betagten Eltern in Italien gut zurecht finden würde. Des Weiteren habe der Beschuldigte aufgrund der längerfristigen Auswirkungen der Corona-Pandemie kaum Chancen, in Italien eine Stelle zu finden. Die Resozialisierungschancen stünden daher in Italien sehr schlecht. In der Schweiz sei es ihm hingegen gelungen, während der Pandemie eine neue Arbeitsstelle zu finden. In Würdigung aller relevanten Umstände liege beim Beschuldigten zweifelsfrei ein schwerer persönlicher Härtefall vor (Urk. 54 S. 4 ff.; Prot. II S. 4; Urk. 27).

4.2. Der Beschuldigte gab dazu ergänzend an, dass er Schulden im Umfange von rund Fr. 200'000.00 habe. Diese hätten sich in den 90-er Jahren angehäuft, weil er damals über seinen Verhältnissen gelebt habe. Nach Absolvieren der obligatorischen Schulen und dem Abbruch einer Verkäuferlehre begann der Beschuldigte als Kellner zu arbeiten. Dieser Tätigkeit geht er bis zum heutigen Tag nach, wobei er sich im Jahre 2010 beruflich neu orientieren wollte und während 4 Jahren in den Sommermonaten in der Toskana als Kellner gearbeitet hat. Weil es im Winter dort nicht genügend Arbeit gab, kam er jeweils wieder in die Schweiz zurück. Nach vier Jahren habe er gemerkt, dass das Hin- und Herpendeln nichts für ihn sei. Seine Beziehung zur Schweiz bezeichnete er als "beruflich", wobei er zur Schweiz eine intensivere Beziehung pflege. Soziale Kontakte habe er in beiden Ländern. Seine Zukunft sieht er langfristig in Italien. Noch vor seiner Pensionierung will er für immer zu seinen Eltern in die Toskana ziehen, wo er bereits jetzt regelmässig seine Ferien verbringt. Der italienischen Sprache ist er mächtig, wo-

bei ihm der Schriftverkehr etwas Mühe bereite (Urk. 4/3 S. 6; Prot. I S. 9; Urk. 52 S. 1 ff.).

5.1. Entgegen der Auffassung der Verteidigung liegt nicht ohne weiteres bei jeder in der Schweiz aufgewachsenen Personen ein Härtefall vor (Urk. 27 S. 6). Zwar durfte bereits unter der Bestimmung von aArt. 55 StGB bei einem in der Schweiz verwurzelten Ausländer mit kaum mehr Beziehungen zum Ausland, der durch eine Landesverweisung "deshalb hart getroffen würde", diese nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden (Urteil 6B_627/2018 vom 22.03.2019 E. 1.3.2). Dies gilt besonders für "Secondos", die oftmals nur noch formell Ausländer sind (Bertossa, in: Trechsel/Pieth, StGB-Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 11 zu Art. 66a StGB), was am Ausländerstatus nichts ändert, in der Verhältnismässigkeitsprüfung aber wesentlich ins Gewicht fallen kann (vgl. Urteil 2C_826/2018 vom 30.01.2019 E. 8.2.3). Diese, Ausländer der zweiten Generation begünstigende Praxis, ist mit Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB Gesetz geworden: "Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind." (Urteil 6B_627/2018 vom 22.03.2019 E. 1.5). Strafgerichte haben gemäss dieser gesetzlichen Anweisung der "besonderen Situation" von Ausländern Rechnung zu tragen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.3; Urteile 6B_724/2018 vom 30.10.2018 E. 2.3.3 und 6B_861/2018 vom 24.10.2018 E. 2.3). Auf der anderen Seite hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch fest, dass es keinen generellen Ausschluss von Fernhaltmassnahmen bei Ausländern der zweiten Generation gibt (BSK StGB-Zurbrügg/Hruschka, Art. 66a N 123 mit Verweisen). Denn wie das Gesetz festhält, ist der besonderen Situation Rechnung zu tragen. Das heisst, es sind in jedem Falle die konkreten Umstände zu überprüfen und zu berücksichtigen. Falls bei hier geborenen Ausländern, welche lediglich noch formell Ausländer sind, die Landesverweisung faktisch die Ausweisung in die Fremde zur Folge hätte, ist auf eine Ausweisung zu verzichten. Abzustellen ist somit nicht auf das formelle Kriterium des Geburts- und Lebensortes, sondern auf die Intensität der Beziehungen zur Schweiz und zur Heimat.

5.2. Im Lichte dieser Grundsätze zählt der Beschuldigte nicht zu den typischen Ausländern der zweiten Generation im Sinne von Migrantenkinder, welche hier-

zulande aufgewachsen und sozialisiert worden sind und denen die Heimat ihrer Eltern fremd ist. Der Beschuldigte ist 2010 aus freien Stücken nach Italien ausgewandert, um sich beruflich neu zu orientieren, und hat während vier Jahren zumindest in den Sommermonaten in Italien gelebt, beherrscht die dortige Sprache, verfügt dort nach wie vor über Kontakte, und die Rückkehr ist bereits geplant. Der Begriff, welcher diese Lebensrealität am treffendsten umschreibt, ist derjenige der Transnationalität (Eidgenössische Kommission für Migration, terra cognita, Schweizer Zeitschrift zu Integration und Migration, Nr. 15/2009). Dieses Leben jenseits der Grenzen des Nationalstaates ist nicht auf ein Land beschränkt, sondern erstreckt sich auf weitere Länder. Dementsprechend führen Ortswechsel innerhalb dieses transnationalen Lebensraums bei den betroffenen auch nicht zu Härten, sie sind vielmehr Teil des Lebensentwurfs.

5.3. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass den Beschuldigten mit der Schweiz einiges verbindet. Er ist hierorts aufgewachsen und auch in der Schweiz integriert. Seine ehemalige Pflegefamilie bescheinigt, dass der Beschuldigte vor über 20 Jahren in die damalige Pflegefamilie gekommen sei und seit 20 Jahren als vollwertiges Familienmitglied bei ihnen bzw. bei der Pflegemutter wohne. Er pflege sodann auch ein inniges freundschaftliches Verhältnis zu C._____, einem weiteren Mündel der Familie B._____, welches auch seit über 20 Jahren bei ihnen sei und für welches der Beschuldigte wie ein Bruder sei (Urk. 25; Urk. 53). Der Beschuldigte selbst hat indes diese "Pflegeschwester" in der gesamten Untersuchung sowie im erstinstanzlichen Verfahren nie erwähnt. Selbst bei der persönlichen Befragung vor Berufungsgericht kam er nicht auf sie persönlich zu sprechen (Urk. 52). Zu seinem in der Schweiz lebenden Bruder pflegt der Beschuldigte sodann gemäss eigenen Angaben regelmässigen Kontakt, wobei sie wöchentlich telefonieren würden und er ihn und seine Familie so ca. alle zwei bis drei Wochen besuche. Der Beschuldigte selbst ist ledig und unterhält keine Partnerschaft. Selbst bei einer grosszügigen Auslegung des Familienbegriffs kann beim Beschuldigten unter den aufgezeigten Umständen nicht von einem familiären Zusammenleben im Sinne der EMRK ausgegangen werden: Zum durch Art. 8 EMRK geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre

Verhältnisse fallen nur in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (BGE 144 II 1 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-

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,

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 "Bürgereinkommen" (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>).

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.

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

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-

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

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

9. Die Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) kommt vorliegend nicht in Frage.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts).

2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen werden (DOMEISEN, in: BSK StPO, 2. Aufl. 2014, N 6 zu Art. 428 StPO).

3. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückerstattungspflicht des Beschuldigten bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

4. Die amtliche Verteidigung, Rechtsanwalt X._____, reichte im Berufungsverfahren eine Honorarnote ein und machte für ihren Aufwand sowie Barauslagen eine Entschädigung von Fr. 5'068.80 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 55). Die Entschädigung der Rechtsanwälte richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Sie gilt auch für amtliche Verteidiger (§ 23 AnwGebV). Die konkrete Bemessung der Entschädigung richtet sich nach § 16 ff. AnwGebV. Demnach ist für den eigentlichen Strafprozess eine Pauschalgebühr vorgesehen, welche für einen Prozess vor den Einzelgerichten in der Re-

gel zwischen Fr. 600.00 und Fr. 8'000.00 liegt (§ 17 AnwGebV). Die Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bilden im Strafprozess die Bedeutung des Falls, die Verantwortung der Anwältin oder des Anwalts, der notwendige Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts sowie die Schwierigkeit des Falls (§ 2 AnwGebV). Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen. Dabei wird auch berücksichtigt, ob das Urteil vollumfänglich oder nur teilweise angefochten worden ist (§ 18 AnwGebV). Der geltend gemachte Aufwand erscheint insbesondere angesichts des beschränkten Prozessgegenstands des Berufungsverfahrens – es ging einzig noch um die Landesverweisung – als deutlich hoch. Im konkreten Fall erscheint eine Entschädigung für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten von pauschal Fr. 3'000.– (inklusive Barauslagen und MwSt.) als angemessen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht, vom 6. November 2020 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen versuchten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 Satz 2 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Es wird ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot (Verbot jeder beruflichen und jeder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst) im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB angeordnet.
5. (...)

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 1'800.– die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'000.– Gebühr für das Vorverfahren

Fr. 5'641.75 Kosten der amtlichen Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt).

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

8. (Mitteilungen)

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-

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.

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