

BGer 6B_1176/2021 vom 26. April 2023

Bundesgericht, 2023-04-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1176_2021

FR: TF 6B_1176/2021 du 26 avril 2023

IT: TF 6B_1176/2021 del 26 aprile 2023

Erwägungen

E. 5

Der Beschwerdeführer ist syrischer Staatsangehöriger und hält sich als vorläufig aufgenommenen Ausländer in der Schweiz auf. Mit den Schuldsprüchen wegen Vergewaltigung und sexuellen Handlungen mit Kindern liegen Katalogtaten vor, die grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Strafe zu einer Landesverweisung führen (Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB).

E. 5.1.1

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen die angeordnete Landesverweisung und rügt unter formellen Gesichtspunkten eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie der verfahrensrechtlichen Aspekte von Art. 2 und Art. 3 EMRK (Recht auf Leben und Verbot der Folter). Er habe im Berufungsverfahren aufgezeigt, dass er und seine Familie aufgrund der kriegerischen Auseinandersetzungen aus Syrien geflohen seien, zwei seiner Brüder von Seiten des offiziellen Syriens als Militärdienstverweigerer gesucht würden und in einer Datei als gesuchte Personen (Landesverräter) gelistet seien und er als wehrpflichtfähiger junger Mann wie seine Brüder Gefahr laufe, bei einer Rückkehr zum Militärdienst eingezogen zu werden und mit der Eröffnung eines Strafverfahren wegen Wehrdienstverweigerung (Landesflucht), Folter oder erniedrigenden Behandlung in diesem Verfahren sowie einer Verurteilung zu einer überharten Strafe rechnen müsse. Dennoch unterlasse es die Vorinstanz, die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung zu prüfen. Sie hätte weitere Abklärungen treffen und insbesondere die Asylakten beiziehen müssen, um die von ihm detailliert geltend gemachte individuell-persönliche Gefährdung zu beurteilen.

E. 5.1.2

Zur strittigen Frage allfälliger Vollzugshindernisse hält die Vorinstanz fest, zumindest im jetzigen Zeitpunkt könne nicht als erstellt erachtet werden, dass der Beschwerdeführer im Falle einer Rückkehr in sein Zielland mit hoher Wahrscheinlichkeit Folter oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt wäre. Er sei jung, gesund, unverheiratet und kinderlos. Individuell konkret gefährdende Umstände in seinem Heimatland seien weder erkennbar noch substantiiert vorgebracht worden. Ausserdem könne sich die dortige Situation während der Dauer der vorab zu vollziehenden Freiheitsstrafe noch ändern. Allfällige Vollzugshindernisse seien daher von der zuständigen Behörde im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung zu berücksichtigen (angefochtenes Urteil S. 74 f.).

E. 5.1.3

Das Gericht hat, um dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 StPO), dem Anspruch auf rechtliches Gehör und seiner Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV ; anstatt vieler: BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen) gerecht zu werden, das Vorliegen eines persönlichen

Härtefalls zu prüfen sowie die öffentlichen und privaten Interessen im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu bestimmen und einander gegenüberzustellen. Es muss sich mit den entsprechenden sich aus den Akten ergebenden Aspekten sowie den vorgebrachten Argumenten des Ausländers auseinandersetzen. Die Situation des Ausländers in seiner Heimat stellt dabei einen massgebenden Gesichtspunkt dar (Urteil 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.4.2 mit Hinweis). Trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes trifft den beschuldigten Ausländer bei der Feststellung von Umständen, die eine individuell-persönliche Gefährdung in seinem Heimatland begründen, eine Mitwirkungspflicht (vgl. Urteile 6B_33/2022 vom 9. Dezember 2022 E. 3.4.1; 6B_368/2020 vom 24. November 2021 E. 3.4.1; je mit Hinweis[en]).

Ist der Betroffene, wie der Beschwerdeführer, kein von der Schweiz anerkannter Flüchtling, kann der Vollzug der obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66d Abs. 1 lit. b StGB aufgeschoben werden, wenn ihm zwingende Bestimmungen des Völkerrechts (welche nicht an eine Flüchtlingseigenschaft anknüpfen) entgegenstehen. Mögliche Vollzugshindernisse im Sinne dieser Bestimmung sind bei der strafgerichtlichen Anordnung der Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 2 StGB zu berücksichtigen, soweit die Verhältnisse stabil und die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung definitiv bestimmbar sind. Liegt ein definitives Vollzugshindernis vor, so hat der Sachrichter auf die Anordnung der Landesverweisung zu verzichten. Im Übrigen ist den völkerrechtlich zwingenden Bestimmungen auf der Ebene des Vollzugs Rechnung zu tragen (vgl. BGE 145 IV 455 E. 9.4; Urteile 6B_33/2022 vom 9. Dezember 2022 E. 3.2.5; 6B_45/2020 vom 14. März 2022 E. 3.3.3; 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.4.2; je mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer kann sich grundsätzlich auf folgende Garantien berufen: Art. 25 Abs. 3 BV zufolge darf niemand in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Gemäss Art. 3 Ziff. 1 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (SR 0.105) darf ein Vertragsstaat eine Person nicht in einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden. Weiter regelt auch Art. 3 EMRK, dass niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf. Gemäss der Rechtsprechung des EGMR sind, um ein solches reelles Risiko zu bejahen, restriktive Kriterien anzuwenden. Es gilt unter Betrachtung der Gesamtumstände des Einzelfalls zu erörtern, ob das Risiko einer Behandlung oder Strafe i.S.v. Art. 3 EMRK für den Fall einer Landesverweisung mit stichhaltigen Gründen konkret und ernsthaft glaubhaft gemacht wird (Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR]

F.G. gegen Schweden vom 23. März 2016, Nr. 43611/11, § 113;

Saadi gegen Italien vom 28. Februar 2008, Nr. 37201/06, § 125 und 128; Urteile 6B_1392/2022 vom 26. Januar 2023 E. 4.1.2; 6B_33/2022 vom 9. Dezember 2022 E. 3.2.7; je mit Hinweisen).

E. 5.1.4

Gemäss Abklärungen des Bundesverwaltungsgerichts ist die Wiedereinreise nach einer illegalen Ausreise aus Syrien (namentlich durch Männer im wehrfähigen Alter, d.h. 17-42-jährig ohne Ausreisebewilligung) ein Prozess, der eines formalen Verfahrens zur Regelung des eigenen Status, eines sog. Genehmigungsverfahrens bedarf. In dessen

Rahmen führen die syrischen Behörden zunächst eine Sicherheitsprüfung durch und prüfen, ob die betreffende Person auf einer Fahndungsliste verzeichnet ist und potenziell ein Sicherheitsrisiko darstellt (sog. "security clearance"). Die Verweigerung der "security clearance" kann viele Gründe haben. Dazu gehören beispielsweise Sicherheitsbedenken der syrischen Regierung gegenüber der antragstellenden Person selbst oder gegenüber Personen aus deren Umfeld, wie etwa inhaftierte Familienmitglieder, oppositionsfreundliche Social-Media Aktivitäten, der Aufenthalt in einem in den Augen der syrischen Regierung missliebigen Land oder auch nur der Umstand, dass die Person an einen Ort zurückzukehren gedenkt, der von der syrischen Regierung als un- oder noch nicht bewohnbar qualifiziert wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2943/2019 vom 6. Juli 2022 E. 7.4.3 f.).

Gewisse Personen müssen in einem zweiten Schritt ihren individuellen Status gegenüber der syrischen Regierung regeln (sog. "status settlement"). Angelegenheiten, die eine solche Statusregelung erforderlich machen können sind beispielsweise die illegale Ausreise, Teilnahme an Anti-Regierungsdemonstrationen, Wehrdienstverweigerung oder das Stellen eines Asylgesuchs im Ausland. Im Zuge der Sicherheitsprüfung und Statusregelung werden die Antragstellenden - nebst den aktenkundigen Sachverhalten, die ein staatliches Interesse an ihnen begründet und zu deren Suche geführt haben - etwa zu den Gründen für ihre Ausreise und Rückkehr, zu ihren Aktivitäten im Ausland sowie zu ihren Familienverhältnissen und den Aktivitäten ihrer Angehörigen befragt. Sofern die Behörden der Statusregelung zustimmen, wird die Person von den Fahndungslisten gestrichen. Illegal ausgereiste Personen, die ohne vorgängige Statusregelung zurückkehren, laufen Gefahr, bei ihrer Wiedereinreise inhaftiert und befragt zu werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2943/2019 vom 6. Juli 2022 E. 7.4.5).

E. 5.1.5

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass bei Personen, die vor ihrer Ausreise nicht als regimfeindliche Personen ins Blickfeld der syrischen Behörden geraten und die nicht exilpolitisch in Erscheinung getreten sind, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, dass sie als staatsgefährdend eingestuft würden. Die Wiedereinreise nach einer illegalen Ausreise könne sich zwar im Einzelfall, trotz formalisiertem Verfahren zur Statusregelung, als problematisch erweisen sowie gewisse Risiken bergen. Es sei aber insgesamt nicht dokumentiert, dass die syrischen Behörden systematisch, flächendeckend oder auch nur in einer Vielzahl von Fällen in einer Weise gegen Rückkehrende aus europäischen Ländern vorgehen würden, die flüchtlingsrechtliche Relevanz erkennen liesse. Eine Wehrdienstverweigerung im syrischen Kontext aus den Gründen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31; Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politische Anschauungen) qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Ausländerrecht nur dann als flüchtlingsrechtlich relevant, wenn die betreffende Person sich zusätzlich zur Wehrdienstverweigerung derart exponiert hat, dass sie als Regimegegnerin gilt und somit aus politischen Gründen eine unverhältnismässig hohe Strafe zu befürchten hätte (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2943/2019 vom 6. Juli 2022 E. 7.2.1, 7.4.1 und 7.4.7; siehe auch Urteil 6B_33/2022 vom 9. Dezember 2022 E. 3.2.9).

E. 5.1.6

Vor diesem Hintergrund sind in den Vorbringen des Beschwerdeführers mit der Vorinstanz keine individuell konkret gefährdenden Umstände zu erkennen, die bereits bei der Anordnung der Landesverweisung zu berücksichtigen wären. Ihre diesbezüglichen Erwägungen sind zwar knapp, vermögen dem Anspruch auf rechtliches Gehör aber gerade noch zu genügen. Insbesondere macht der Beschwerdeführer nicht geltend, persönlich regimekritisch in Erscheinung getreten zu sein und deshalb Repressalien der syrischen Regierung zu befürchten. Er, der gemäss den tatsächlichen und nicht bestrittenen Feststellungen der Vorinstanz mit 16 Jahren - und damit noch vor Erreichen der Wehrdienstpflicht - in die Schweiz einreiste (angefochtenes Urteil S. 73), bringt auch nicht vor, Syrien illegal verlassen zu haben oder dort als Wehrdienstverweigerer zu gelten. Er beruft sich einzig auf eine "Reflexverfolgung" aufgrund bereits laufender Strafverfahren gegen seine beiden Brüder. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist aufgrund dessen höchstens damit zu rechnen, dass bei einer Rückkehr nach Syrien eine Sicherheitsprüfung sowie eine Statusregelung erforderlich sein würden. Konkrete, stichhaltige Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer in diesem Rahmen Folter oder anderer grausamer und unmenschlicher Behandlung ausgesetzt werden könnte, vermag er keine zu benennen und sind auch nicht ersichtlich. Auch drohender Wehrdienst im Heimatland allein kann ohne weitergehende Hinweise im dargelegten Sinn kein Grund für die Aussetzung einer Landesverweisung darstellen (vgl. das einen eritreischen Staatsangehörigen betreffende Urteil 6B_86/2022 vom 22. März 2023 E. 2.3). Eine Verletzung von Art. 2 und Art. 3 EMRK (respektive Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 Ziff. 1 des UN-Übereinkommens gegen Folter) liegt nach dem Gesagten nicht vor.

E. 5.1.7

Die allgemein schlechte Sicherheitslage und die teilweise prekären Lebensbedingungen in Syrien vermögen am Gesagten nichts zu ändern. Zwar hat der EGMR im Jahr 2021 entschieden, dass die zwangsweise Rückführung von Flüchtlingen nach Syrien in naher Zukunft aufgrund der dortigen instabilen Sicherheitslage nicht durchführbar scheine (Urteil des EGMR

M.D. und andere gegen Russland vom 14. Dezember 2021, Nr. 71321/17 § 109). Auch das Bundesverwaltungsgericht hielt in einem Urteil aus dem Jahr 2021 fest, dass aufgrund der aktuellen Lage in Syrien ein Wegweisungsvollzug momentan aus humanitären Gründen als nicht zumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG; SR 142.20) erachtet werde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1876/2019 vom 8. März 2021 E. 8.3). Zwischenzeitlich kommt hinzu, dass sich Anfang Februar 2023 im syrisch-türkischen Grenzgebiet mehrere starke Erdbeben ereignet haben, wodurch sich die humanitäre Situation in Syrien weiter verschlechtert hat. Dieser Umstand hat vorliegend im Sinne einer gerichtsnotorischen Tatsache Beachtung zu finden. Nichtsdestotrotz begründet die allgemein schwierige geopolitische Lage Syriens kein definitives Vollzugshindernis. Es gilt zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer vor dem Vollzug der Landesverweisung - auch nach der Gutheissung seiner Beschwerde gegen die vorinstanzliche Strafzumessung - voraussichtlich eine mehrjährige Freiheitsstrafe zu verbüssen haben wird (vgl. Art. 66c Abs. 2 StGB). Bis zu seiner Entlassung kann sich die humanitäre, politische und wirtschaftliche Situation in Syrien noch ändern. Da die (allgemeinen) Umstände, die einer Landesverweisung allenfalls entgegenstehen, nicht abschliessend bestimmbar sind, stehen sie deren strafgerichtlichen Anordnung nicht entgegen. Vielmehr wird die Situation von den zuständigen Behörden im

Zeitpunkt des Vollzugs erneut zu beurteilen sein (vgl. Urteil 6B_38/2021 vom 14. Februar 2022 E. 5.5.6).

E. 5.2.1

Des Weiteren macht der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 6 und Art. 7 EMRK geltend. Die Landesverweisung knüpfe allein an die ausländische Staatsbürgerschaft an. Sie weise zudem klar pönalen Charakter auf und müsse daher als Sanktion im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 EMRK begriffen werden. Demnach werde er härter bestraft, nur weil er ausländischer Herkunft sei. Eine solche zusätzliche Bestrafung hänge nicht mit seinem Verschulden zusammen, sei somit willkürlich, nicht mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip vereinbar, diskriminierend und unverhältnismässig. Auf die entsprechenden, bereits der Vorinstanz vorgetragenen Rügen gehe diese ausserdem mit keinem Wort ein, weshalb ihr Urteil auch in diesem Punkt bereits wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben sei.

E. 5.2.2

Mit diesen Ausführungen, die das Institut der Landesverweisung an sich in Frage stellen, ist der Beschwerdeführer nicht zu hören. Die Landesverweisung ist gesetzlich vorgesehen (Art. 66a StGB) und primär als sichernde strafrechtliche Massnahme zu verstehen. Auch wenn ihr eine gewisse pönale Komponente nicht abgesprochen werden kann, steht nach der Rechtsprechung nicht der Straf-, sondern der Massnahmencharakter im Vordergrund (vgl. BGE 146 IV 311 E. 3.7 mit Hinweis). Darüber hinaus anerkennt der EGMR das Recht der Staaten, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln (BGE 146 IV 105 E. 4.2 mit Hinweisen ; 144 I 266 E. 3.2). Im Grundsatz sind die Staaten berechtigt, Delinquenten auszuweisen (vgl. BGE 146 IV 105 E. 4.2 mit Hinweis). Zwar verbietet das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK Unterscheidungen aufgrund bestimmter Merkmale bei der Umsetzung von in der EMRK garantierten Rechten und Freiheiten. Nicht jede unterschiedliche Behandlung stellt dabei jedoch eine Diskriminierung dar. Eine solche liegt nur vor, wenn aufgrund eines verpönten Kriteriums wie namentlich der Nationalität vergleichbare Situationen unterschiedlich behandelt werden, ohne dass dies objektiv und sachlich gerechtfertigt wäre; die umstrittene Massnahme muss mit Blick auf den verfolgten Zweck zulässig erscheinen und die zu dessen Realisierung eingesetzten Mittel müssen verhältnismässig sein (BGE 136 II 120 E. 3.3.3). Der Schutz der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten stellen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung bei der Landesverweisung legitime Zwecke dar (vgl. BGE 146 IV 105 E. 4.2 mit Hinweis). Die Landesverweisung bewirkt daher nicht generell eine Verletzung von Art. 14 EMRK (vgl. Urteil 6B_1345/2021 vom 5. Oktober 2022 E. 7.1 f. mit Hinweisen).

E. 5.2.3

Wie vom Beschwerdeführer zutreffend vorgebracht, äussert sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Landesverweisung nicht zum Diskriminierungsverbot und dem Legalitätsprinzip. Ob sie sich unter Gehörsaspekten (Art. 29 Abs. 2 BV) mit den entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers hätte befassen müssen oder ob sie sich auf die Kernelemente einer Landesverweisungsprüfung - den Härtefall und (gegebenenfalls) die Interessenabwägung - beschränken durfte, kann offenbleiben. Die streitigen Vorbringen betreffen allein Rechtsfragen, welche das Bundesgericht mit freier Kognition beurteilen

kann. Demnach hätte eine allfällige Gehörsverletzung mit dem vorliegenden Entscheid als geheilt zu gelten, zumal der Beschwerdeführer nicht dartut, inwiefern ihm durch die Heilung ein Nachteil erwachsen könnte (vgl. BGE 147 IV 340 E. 4.11.3 mit Hinweisen ; 133 I 100 E. 4.9).

E. 5.3

Weitere konkrete Verletzungen von Grundrechten behauptet der Beschwerdeführer nicht. Da diesbezüglich eine qualifizierte Rügepflicht bestehen würde (Art. 106 Abs. 2 BGG) und keine offensichtlichen rechtlichen Mängel erkennbar sind (vgl. BGE 141 V 234 E. 1 ; 134 I 65 E. 1.3; Urteil 6B_171/2022 vom 29. November 2022 E. 1.1; je mit Hinweisen) erübrigt sich eine weitergehende Prüfung der Landesverweisung.

E. 6

Bezugnehmend auf die weiteren Nebenpunkte des angefochtenen Urteils stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, "aufgrund der minderen Tatschwere der sexuellen Handlungen mit Kindern und der offensichtlich fehlenden Notwendigkeit" sei von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots abzusehen. Diese Ausführungen genügen den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG klarerweise nicht. Darauf wird nicht eingetreten.

E. 7

Für den Fall einer blossen Strafreduktion verlangt der Beschwerdeführer eine Reduktion der Genugtuungsansprüche von C._____und, "aufgrund der klar zu relativierenden Tatschwere", der Beschwerdegegnerin 2. Nachdem die vorinstanzliche Festlegung der Einsatzstrafe sowie der weiteren Einzelstrafen für sich allein zu keiner Kritik Anlass gibt (vgl. E. 4.3 und 4.4 oben) und der Beschwerdeführer sein Begehren nicht weiter begründet, wird darauf nicht näher eingegangen.

E. 8

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil aufgehoben und zur neuen Bildung der Gesamtstrafe an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Umfang seines Unterliegens kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Kanton Zürich hat keine Kosten zu tragen und keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 66 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 BGG). Hingegen wird er gestützt auf Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG verpflichtet, den Beschwerdeführer im Umfang seines Obsiegens für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen, wobei eine anteilmässige Pauschalentschädigung von Fr. 500.-- angemessen scheint.

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