

# BGer 6B 548/2023 vom 30. August 2024

Bundesgericht, 2024-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_548\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_548_2023)

FR: TF 6B 548/2023 du 30 août 2024

IT: TF 6B 548/2023 del 30 agosto 2024

## Regeste

Strafzumessung; Landesverweisung (Pornografie) | Strafrecht (allgemein)

## Erwägungen

### E. 1.1

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Strafzumessung. Der Vorwurf spiele sich im Bagatellbereich ab bzw. sei dem "Massengeschäft" der Strafbehörden zuzurechnen. Er habe ein einziges Video an einen Kollegen versandt und dabei weder mit einem sexuellen Motiv noch aufgrund pädophiler Neigungen, sondern aus purem Leichtsinn gehandelt, womit es sich gemäss den aktuellen Richtlinien für die Strafzumessung des VBRS um einen leichten Fall handle. Aus dem Verzicht auf die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes nach Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB ergebe sich, dass offensichtlich auch die erste Instanz von einem Bagatelldelikt ausgegangen sei. Trotzdem habe sie aber das objektive und das subjektive Tatverschulden im mittleren Rahmen angesetzt und 150 Tagessätze als angemessen erachtet. Die Vorinstanz beurteile das objektive und subjektive Tatverschulden milder, mithin als "nicht mehr nur leicht" statt "im mittleren Rahmen". Damit einhergehend gehe sie mit der Erstinstanz davon aus, dass sich die Täterkomponenten leicht zu seinen Gunsten auswirkten. Trotzdem erachte sie die exakt gleich hohe Strafe als angemessen. Damit sei die Strafzumessung nicht nachvollziehbar und verletze Art. 50 StGB. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere sei zwar verständlich, dass aufgrund des Inhaltes des Videos nicht mehr von einem leichten Verschulden ausgegangen werde, auch wenn die übrigen Umstände klar auf ein sehr leichtes (objektives) Tatverschulden hinweisen würden. Nicht nachvollziehbar sei hingegen, dass ihm auch in subjektiver Hinsicht ein "nicht mehr nur leichtes" Verschulden angelastet werde. Schliesslich habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass er mit seinem Geständnis aktiv zur Vereinfachung und Verkürzung des Strafverfahrens beigetragen habe und dies zu einer Reduktion der anhand der Tatkomponenten festzusetzenden Strafeinheiten von 60 Tagessätzen um einen Drittel, und damit auf 40 Einheiten, hätte führen müssen.

### E. 1.2

Die Vorinstanz erwägt, dass das versandte kinderpornografische Material den nackten Unterkörper eines sehr jungen Mädchens zeige, dessen Vagina durch einen erigierten Penis berührt und penetriert werde. Mit Blick auf das geschützte Rechtsgut und dabei die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen bzw. den Schutz potentieller "Darsteller" harter Pornografie vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung beziehe sich die Darstellung auf eine schwere Form von Kinderpornografie. Die Tathandlung des Beschwerdeführers habe sich darauf beschränkt, das von ihm nicht selbst aufgenommene Video einmalig an die Freundin eines Kollegen zu senden. Trotzdem habe er einen Beitrag geleistet, das Interesse

an solchen Erzeugnissen, die illegal und unter Ausbeutung von Minderjährigen produziert würden, zu wecken und damit die potentiell korrumpierende Wirkung solcher Darstellungen gefördert. Damit sei die objektive Tatschwere als nicht mehr nur leicht zu qualifizieren. Zwar habe der Beschwerdeführer, der über uneingeschränkte Handlungsfähigkeit verfügt und gezielt kinderpornografisches Material versandt habe, das Video nicht aus sexuellen Motiven weitergeleitet, sondern um seinen Kollegen zu ärgern. Dies könne indes nicht strafmindernd berücksichtigt werden. Auch wenn er nicht das Ziel verfolgt haben dürfte, die Herstellung von Kinderpornografie zu unterstützen, sei ihm zumindest vorzuwerfen, dass er gedankenlos gehandelt und eine solche Förderung im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen habe. Damit wiege auch die subjektive Tatschwere nicht mehr nur leicht. Mit Blick auf die Täterkomponente berücksichtigt die Vorinstanz, dass sich der Beschwerdeführer für sein Handeln entschuldigt und insoweit einsichtig gezeigt habe. Angesichts der damit leicht zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfallenden Täterkomponente und des nicht mehr nur leichten Verschuldens erachtet die Vorinstanz eine Geldstrafe von 150 Tagessätzen als angemessen.

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung wiederholt dargelegt ( BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es den verschiedenen Strafzumessungsfaktoren Rechnung trägt. Das Bundesgericht schreitet nur ein, wenn das Gericht sein Ermessen überschritten oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt hat. Dem Sachgericht steht ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreift ( BGE 144 IV 313 E. 1.2; 141 IV 61 E. 6.1.1). Das Sachgericht hat die für die Strafzumessung erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, sodass die Strafzumessung nachvollziehbar ist ( Art. 50 StGB ; BGE 144 IV 313 E. 1.2 mit Hinweisen). Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde erscheint ( BGE 134 IV 17 E. 2.1). Allein einer besseren Begründung wegen hebt das Bundesgericht das angefochtene Urteil nicht auf, solange die Strafzumessung im Ergebnis bundesrechtskonform ist ( BGE 127 IV 101 E. 2c; Urteil 6B\_796/2023 vom 20. Juni 2024).

### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer referenziert auf die Strafzumessung der ersten Instanz und deren (im Berufungsverfahren unangefochten gebliebenen) Verzicht auf die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes. Insoweit er damit einhergehend moniert, dass weder die Erst- noch die Vorinstanz von einem bloss leichten Verschulden ausgegangen seien, mithin obwohl die Nichtanordnung eines Tätigkeitsverbots das Vorliegen eines Bagatelldelikts impliziere respektive bedinge, verfängt dies nicht. Das erstinstanzliche Urteil ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und das Berufungsgericht ist berechtigt und verpflichtet, eine eigene Strafzumessung vorzunehmen (Urteile 6B\_989/2023 vom 22. April 2024 E. 3.3.2; 6B\_200/2022 vom 23. Mai 2022 E. 3.4.1; 6B\_92/2021 vom 30. Juni 2021 E. 1.4.6; je mit Hinweisen). Das ihm dabei zustehende Ermessen wird nicht dadurch beschränkt, dass die Erstinstanz auf die Anordnung eines Tätigkeitsverbots als allfällige Folge der Würdigung des inkriminierten Verhaltens verzichtet hat, auch wenn dies impliziert, dass die Erstinstanz von einem "besonders leichten Sexualdelikt" bzw. einem besonders geringen Verschulden ausgegangen ist (vgl. Botschaft vom 3. Juni 2016 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und

des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 123c BV ], BBl 2016 6146 ff., 6161; vgl. zum Ganzen BGE 149 IV 161 E. 2.5). Aus den Erwägungen der Erstinstanz ergibt sich zudem, dass sie insgesamt von einem Verschulden im mittleren Bereich ausgegangen ist (vgl. erstinstanzliches Urteil S. 9 f.), womit sich die Frage aufwerfen liesse, ob sie zu Recht auf ein Tätigkeitsverbot verzichtet hat, was indes nicht Gegenstand des Berufungs- und damit auch nicht des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet (e). Auch aus seinem Hinweis auf die Richtlinien für die Strafzumessung des Verbandes Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS-Richtlinien), die für einen Referenzsachverhalt von bis ca. 30 Erzeugnissen für einen Ersttäter von einem leichten Fall und 60 Strafeinheiten ausgehen, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Hierbei handelt es sich um eine blosser Orientierungshilfe, die für das Strafgericht nicht bindend ist (Urteile 6B\_355/2021 vom 22. März 2023 E. 4.4.2; 6B\_81/2021 vom 10. Mai 2021 E. 4.2; 6B\_667/2020 vom 3. Februar 2021 E. 1.3.3; 6B\_144/2018 vom 21. März 2019 E. 3.2; mit Hinweisen). Hinzuweisen ist aber auf die dort gemachten, richtigen Hinweise, dass bei der Strafzumessung nicht bloss die Anzahl der fraglichen Erzeugnisse, sondern namentlich auch die Art und Weise sowie das Ausmass der sexuellen Handlungen und die Art des Erzeugnisses (Filme oder Fotos) zu berücksichtigen sind. Im Übrigen vermag der Beschwerdeführer nicht darzutun, dass die Vorinstanz ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausübt. Sie berücksichtigt zu Recht, dass es sich gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) beim versandten Erzeugnis um einen Film handelt, mit dem ein massiver sexueller Übergriff auf ein noch sehr junges Kind gezeigt wird. Daraus durfte die Vorinstanz (implizit) schliessen, dass das Verhalten des Beschwerdeführers insgesamt zweifellos nicht mehr als blosser "Bagatelle" qualifiziert werden kann und liegt dementsprechend keine Ermessensüberschreitung vor, wenn sie die objektive Tatsache als "nicht mehr nur leicht" qualifiziert. Daran vermag der Verweis des Beschwerdeführers auf die Dauer der Sequenz von - seiner Ansicht nach - "bloss" einer Minute nichts zu ändern. Festzuhalten bleibt schliesslich, dass sich der blosser Bagatelldarakter des inkriminierten Verhaltens auch nicht aus dem pauschalen, mithin den konkreten Inhalt des fraglichen Materials ausser Acht lassenden Hinweis ergibt, dass es sich beim Versand von kinderpornographischem Material respektive der Ahndung solcher Vorgehen um ein Massengeschäft handle. Vor dem Hintergrund des mit der Herstellung kinderpornografischer Erzeugnisse für die betroffenen Opfer verbundenen Leids ist entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht ersichtlich, inwiefern die Motivation, mit solchem Material einen Kollegen zu ärgern, weniger egoistisch und verwerflich sein soll, als wenn der Beschwerdeführer aus sexuellen Beweggründen gehandelt hätte. Dementsprechend ist auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz dessen (nicht sexuelle) Motivation nicht strafmindernd berücksichtigt. Damit einhergehend ebenso wenig, wenn sie auch in der vorliegenden Konstellation von einer potentiell korrumpierenden Wirkung des von ihm in Umlauf gesetzten Materials und damit davon ausgeht, dass er "eventualvorsätzlich", mithin mittelbar zum sexuellen Missbrauch von in solchen Machwerken zur Schau gestellten Kindern beigetragen hat (vgl. BGE 131 IV 64 E. 11.2 m.H. auf BGE 128 IV 25 E. 3a). Daran ändert nichts, wenn er dies "gedankenlos" getan hat, im Gegenteil. Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz das "Geständnis" des Beschwerdeführers im Ausmass von einem Drittel bzw. überhaupt hätte strafmindernd berücksichtigen müssen, bestritt er doch noch anlässlich der Berufungsverhandlung, das fragliche Videomaterial vor dem Versand angeschaut zu haben. Zusammenfassend verletzt die Strafzumessung der Vorinstanz kein Bundesrecht. Die

Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Landesverweisung. Er rügt zusammengefasst deren Verhältnismässigkeit bei einem Bagatellfall, erachtet Art. 3 EMRK respektive Art. 6 StPO und Art. 29 Abs. 2 BV als verletzt, macht das Vorliegen eines "echten" Härtefalles geltend und äussert sich zur Interessenabwägung.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz verneint einen schweren persönlichen Härtefall. Der heute ledige und kinderlose Beschwerdeführer sei am xxx. 1997 in Afghanistan geboren, aufgewachsen und habe dort die erste bis sechste Schulklasse besucht. Im Jahr 2015 und damit im Alter von 18 Jahren sei er in die Schweiz gekommen. Aktuell habe er den Status eines Asylsuchenden und verfüge damit über den Ausweis N. Sein Asylgesuch sei vom Staatssekretariat für Migration (SEM) am 27. Dezember bzw. am 14. Januar 2019 abgewiesen worden. Die dagegen erhobene Beschwerde sei am Bundesverwaltungsgericht hängig. Er habe in der Schweiz verschiedene Praktika absolviert. Derzeit arbeite er in einer Festanstellung mit einem 100%-Pensum als Mitarbeiter Landwirtschaft bei B. \_\_\_\_\_ in U. \_\_\_\_\_. Anlässlich der zweitinstanzlichen Verhandlung habe sich gezeigt, dass er sich in Deutsch verständigen könne. Mit zwei Schweizer Familien verbänden ihn freundschaftliche Beziehungen. Seine Familie, namentlich seine Eltern und drei Geschwister, lebten im Iran, eine Tante und ein Onkel in Afghanistan. Damit sei seine finanzielle, soziale und berufliche Integration in der Schweiz insgesamt als durchschnittlich einzustufen. Eine familiäre Verwurzelung in der Schweiz sei nicht vorhanden. Seine Verbindungen mit der Schweiz seien nicht dergestalt, als dass eine Rückweisung in sein Heimatland einen schweren persönlichen Härtefall darstellen würde, zumal er der dort gesprochenen Sprache mächtig, mit der Kultur vertraut sei und dort Verwandte lebten. Die aktuelle menschenrechtliche Lage in Afghanistan sei prekär. Indes werde der völkerrechtlichen Verpflichtung des Non-refoulement-Gebots sowie auch den Interessen des Beschwerdeführers Genüge getan, wenn diesen auf der Ebene des Vollzugs Rechnung getragen werde.

### **E. 2.3**

Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz ( Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB ). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.1.3). Sie muss zudem unabhängig davon ausgesprochen werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 168 E. 1.4.1).

### **E. 2.4**

Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer kumulativ (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht 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 von Art. 66a Abs.

2 StGB dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips ( Art. 5 Abs. 2 BV ; BGE 149 IV 231 E. 2.1.1; 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.1.2 und 3.3.1). Sie ist restriktiv anzuwenden ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.2 mit Hinweisen; 144 IV 332 E. 3.3.2). Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, zu der die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, die Sprachkompetenzen, die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung zählen (Art. 58a Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [AIG; SR 142.20]), die familiären Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, die Aufenthaltsdauer, der Gesundheitszustand und die Resozialisierungschancen ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.3.2; Urteile 6B\_43/2024 vom 5. August 2024 E. 3.2; 6B\_393/2024 vom 17. Juli 2024 E. 1.4.2).

### **E. 2.5.1**

Wird ein schwerer persönlicher Härtefall bejaht, entscheidet sich die Sachfrage in einer Interessenabwägung nach Massgabe der "öffentlichen Interessen an der Landesverweisung". Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, bei welchem die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit als notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und die Legalprognose abgestellt wird (Urteile 6B\_43/2024 vom 5. August 2024 E. 3.3; 6B\_1234/2023 vom 11. Juli 2024 E. 3.3.1; 6B\_988/2023 vom 5. Juli 2024 E. 1.4.2; je mit Hinweisen). Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB hat sich daher an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren ( BGE 146 IV 105 E. 4.2; 145 IV 161 E. 3.4).

### **E. 2.5.2**

Berührt die Landesverweisung Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK , ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen ( BGE 146 IV 105 E. 4.2 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR in Sachen I.M. gegen Schweiz vom 9. April 2019, Nr. 23887/16, § 68). Erforderlich ist zunächst, dass die aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht (Schutz der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, Verhütung von Straftaten etc.) und verhältnismässig ist ( BGE 146 IV 105 E. 4.2 ; 143 I 21 E. 5.1). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 EMRK insbesondere Art sowie Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts im Aufnahmestaat, die seit der Tat verstrichene Zeit sowie das Verhalten des Betroffenen in dieser Zeit und der Umfang der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen im Aufnahme- sowie im Heimatstaat zu berücksichtigen (Urteile des EGMR E.V. gegen Schweiz vom 18. Mai 2021,

Nr. 77220/16, § 34; M.M. gegen Schweiz vom 8. Dezember 2020, Nr. 59006/18, § 49; je mit Hinweisen; Urteil 6B\_831/2023 vom 24. April 2024 E. 6.2.3, zur Publikation vorgesehen; Urteil 6B\_1234/2023 vom 11. Juli 2024 E. 3.3.2). Die Konvention verlangt, dass die individuellen Interessen an der Erteilung beziehungsweise am Erhalt des Anwesenheitsrechts und die öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung gegeneinander abgewogen werden ( BGE 142 II 35 E. 6.1; Urteile 6B\_1234/2023 vom 11. Juli 2024 E. 3.3.3; 6B\_369/2022 vom 30. Juni 2023 E. 2.2.4).

### **E. 2.5.3**

Für die Frage, ob der Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens "notwendig" im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist, sind nach der Rechtsprechung des EGMR nebst den zuvor erwähnten Kriterien auch die Staatsangehörigkeit der betroffenen Familienmitglieder, die familiäre Situation des von der Massnahme Betroffenen, wie etwa die Dauer der Ehe oder andere Faktoren, welche für ein effektives Familienleben sprechen, eine allfällige Kenntnis des Ehegatten von der Straftat zu Beginn der familiären Bindung, ob Kinder aus der Ehe hervorgingen und falls ja, deren Alter, sowie die Schwierigkeiten, mit welchen der Ehegatte im Heimatland des anderen konfrontiert sein könnte, zu berücksichtigen (vgl. Urteile des EGMR Z. gegen Schweiz vom 22. Dezember 2020, Nr. 6325/15, § 57; I.M. gegen Schweiz vom 9. April 2019, Nr. 23887/16, § 69; Kissiwa Koffi gegen Schweiz vom 15. November 2012, Nr. 38005/07, § 63; Urteile 6B\_43/2024 vom 5. August 2024 E. 3.4; 6B\_796/2023 vom 20. Juni 2024 E. 4.3.5).

### **E. 2.6**

Nach der Rechtsprechung kann sich der Ausländer auf das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen, sofern er besonders intensive soziale und berufliche Verbindungen zur Schweiz aufweist, die über jene einer gewöhnlichen Integration hinausgehen. Bei der Härtefallprüfung ist nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer von einer Verwurzelung in der Schweiz auszugehen. Es ist vielmehr anhand der gängigen Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.1 f.; 144 IV 332 E. 3.3.2).

### **E. 2.7.1**

Art. 66d StGB regelt den Vollzug der obligatorischen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB . Der Vollzug der obligatorischen Landesverweisung kann gemäss Art. 66d Abs. 1 lit. a erster Teilsatz StGB aufgeschoben werden, wenn der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre; davon ausgenommen ist der Flüchtling, der sich gemäss Art. 5 Abs. 2 AsylG nicht auf das Rückschiebungsverbot berufen kann. Die Ausnahme vom Non-refoulement-Gebot im Sinne von Art. 66d Abs. 1 lit. a zweiter Teilsatz StGB ist restriktiv anzuwenden. Voraussetzung ist, dass vom Täter für die Allgemeinheit des Zufluchtsstaates eine schwerwiegende Gefährdung ausgeht. Das (flüchtlingsrechtliche) Non-refoulement-Gebot im Sinne von Art. 66d Abs. 1 lit. a StGB stellt ein relatives Vollzugshindernis dar, welches an die Flüchtlingseigenschaft des Betroffenen anknüpft (vgl. BGE 149 IV 231 E. 2.1.3).

### **E. 2.7.2**

Gemäss Art. 66d Abs. 1 lit. b StGB kann der Vollzug auch aufgeschoben werden, wenn andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen. Das

(mensenrechtliche) Non-refoulement-Gebot im Sinne von Art. 66d Abs. 1 lit. b StGB gilt absolut, und verhindert unabhängig eines ausländerrechtlichen Status, der begangenen Straftaten oder des Gefährdungspotentials des Betroffenen eine Ausschaffung ( BGE 149 IV 231 E. 2.1.3).

### **E. 2.7.3**

Gemäss Art. 25 Abs. 2 BV dürfen Flüchtlinge nicht in einen Staat ausgeschafft oder ausgeliefert werden, in dem sie verfolgt werden. Niemand darf in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht ( Art. 25 Abs. 3 BV ). Gemäss Art. 3 Ziff. 1 des UN-Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (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 im Sinne von Art. 3 EMRK für den Fall einer Landesverweisung mit stichhaltigen Gründen konkret und ernsthaft glaubhaft gemacht wird (zum Ganzen vgl. BGE 149 IV 231 E. 2.1.5; Urteile des 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; Chahal gegen Grossbritannien vom 15. November 1996, Nr. 22414/93, § 74 und 96; Urteile 6B\_988/2023 vom 5. Juli 2024 E. 1.8.1; 6B\_542/2023 vom 15. Februar 2024 E. 1.3.7.2).

### **E. 2.7.4**

Allfällige Vollzugshindernisse spielen schon bei der strafgerichtlichen Anordnung der Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 2 StGB , das heisst bei der dort vorgesehenen Interessenabwägung, eine Rolle ( BGE 147 IV 453 E. 1.4.5; 145 IV 455 E. 9.4; je mit Hinweisen). Das Sachgericht berücksichtigt solche Hindernisse, soweit die unter Verhältnismässigkeitsaspekten erheblichen Verhältnisse stabil und die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung definitiv bestimmbar sind (Urteile 6B\_988/2023 vom 5. Juli 2024; 6B\_2/2023 vom 5. Januar 2024 E. 1.4.4; 6B\_1030/2023 vom 15. November 2023; E. 2.4.1; 6B\_1367/2022 vom 7. August 2023 E. 1.3.2). Liegt ein definitives Vollzugshindernis vor, so hat der Sachrichter auf die Anordnung der Landesverweisung zu verzichten ( BGE 149 IV 231 E. 2.1.2; 147 IV 453 E. 1.4.5; 145 IV 455 E. 9.4; 144 IV 332 E. 3.3; je mit Hinweisen). Im Übrigen sind die Vollzugsbehörden zur Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse, welche zum Zeitpunkt des Sachurteils noch nicht feststehen, zuständig (Urteile 6B\_988/2023 vom 5. Juli 2024 E. 1.8.1; 6B\_542/2023 vom 15. Februar 2024 E. 1.3.7.3; 6B\_2/2023 vom 5. Januar 2024 E. 1.4.4).

### **E. 2.8**

Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG müssen beim Bundesgericht anfechtbare Entscheide die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten. Der vorinstanzliche Entscheid hat eindeutig aufzuzeigen, auf welchem festgestellten Sachverhalt und auf welchen rechtlichen Überlegungen er beruht ( BGE 141 IV 244 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Die Begründung ist insbesondere mangelhaft, wenn der angefochtene Entscheid jene

tatsächlichen Feststellungen nicht trifft, die zur Überprüfung des eidgenössischen Rechts notwendig sind oder wenn die rechtliche Begründung des angefochtenen Entscheids so lückenhaft oder unvollständig ist, dass nicht geprüft werden kann, wie das eidgenössische Recht angewendet wurde (Urteil 6B\_239/2022 vom 22. März 2023 E. 5.2 mit Hinweisen). Genügt ein Entscheid den genannten Anforderungen nicht, kann das Bundesgericht ihn in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG an die kantonale Behörde zur Verbesserung zurückweisen oder aufheben. Hingegen steht es ihm nicht zu, sich an die Stelle der Vorinstanz zu setzen, die ihrer Aufgabe nicht nachgekommen ist ( BGE 141 IV 244 E. 1.2.1; Urteil 6B\_919/2023 vom 10. Juli 2024 E. 4.3.5).

### **E. 2.9.1**

Der Beschwerdeführer geht auch mit Blick auf die Landesverweisung von einem "Bagatellfall" aus und erachtet den Verhältnismässigkeitsgrundsatz als verletzt. Selbst wenn vorliegend von der - falschen - Vorstellung des Beschwerdeführers auszugehen wäre (vgl. hierzu oben E. 1.4), könnte er hieraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift unabhängig von der Höhe der Strafe (Urteil 6B\_1439/2021 vom 28. November 2022 E. 3.4). Ob gestützt auf die vom Beschwerdeführer erwähnte Motion der staatspolitischen Kommission des Nationalrates 21.3009 im Kontext von Katalogstraftaten, bei denen "besonders viele Bagatelldelikte auftreten", Gesetzesanpassungen vorgenommen werden, ist derzeit offen (vgl. den Bericht des Bundesrates vom 1. März 2024 über Motionen und Postulate der eidgenössischen Räte im Jahre 2023 und dort S. 58 [abrufbar unter: <https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/fuehrungsunterstuetzung/bericht-motionen-und-postulate.html>]).

### **E. 2.9.2**

Der Aufenthalt des Beschwerdeführers beruht auf dem prozessualen Aufenthaltsrecht während des Asylverfahrens ( Art. 42 AsylG ). Er verfügt damit nicht über eine Bewilligung, die ihm die Anwesenheit im Land auf eine unbestimmte Zeit ermöglicht, sondern darf sich lediglich wegen seiner Stellung als Asylbewerber zunächst bis zum Abschluss des Asylverfahrens in der Schweiz aufhalten. Damit erscheint fraglich, ob er sich während dieses Schwebezustandes auf das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens berufen kann (vgl. zum Ganzen Urteile 6B\_796/2023 vom 20. Juni 2024 E. 4.4.7; 6B\_542/2023 vom 15. Februar 2024 E. 2.2.1 m.w.H.). Die Frage kann indes auch vorliegend offenbleiben, da die Vorinstanz hiervon unabhängig das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB zu Recht verneint. Der im Urteilszeitpunkt 26 Jahre alte und mangels gegenteiliger vorinstanzlicher Feststellungen gesunde Beschwerdeführer hat die besonders prägenden Kinder- und Jugendjahre in Afghanistan verbracht und dort die Schule besucht. Im Urteilszeitpunkt hält er sich seit rund sieben Jahren und damit noch nicht lange in der Schweiz auf. Dabei ist ihm zweifelsohne zugute zu halten, dass es ihm seit seiner im Alter von 18 Jahren erfolgten Einreise in die Schweiz gelungen ist, hier eine bewilligte Festanstellung zu finden und freundschaftliche und damit gute soziale Beziehungen zu knüpfen. Der Beschwerdeführer, der überdies gelernt hat, sich in der deutschen Sprache zu verständigen, hat sich damit innert seines rund sieben Jahre dauernden Aufenthalts in der Schweiz zweifelsohne gut integriert. Indes erwägt die Vorinstanz hierzu zu Recht, dass das Ausmass dieser Integration nicht über das hinausgeht, was innert sieben Jahren erwartet werden darf. Damit hält sich der Beschwerdeführer zusammenfassend weder lange in der Schweiz auf, noch kann von

besonders intensiven, über eine normale Integration hinausgehenden Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur ausgegangen werden. Mit der Vorinstanz ist im Weiteren davon auszugehen, dass es ihm dank seiner Sprachkenntnisse, seiner Vertrautheit mit der afghanischen Kultur und des Umstandes, dass er guten Kontakt zu dort lebenden Familienangehörigen pflegt, möglich sein wird, sich seinem Heimatland sowohl in sozialer als auch beruflicher Hinsicht wieder einzugliedern. Dass und inwiefern die mit Blick auf die begangene Straftat zu beurteilenden Resozialisierungschancen in seinem Heimatland ungünstiger wären als in der Schweiz, ist nicht ersichtlich. Insoweit und vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls und damit auch einen Eingriff in das mit Art. 8 Ziff.1 EMRK garantierte Recht auf Privatleben verneint.

### **E. 2.9.3**

Der Beschwerdeführer, dessen Asylgesuch mit der Begründung der fehlenden Flüchtlingseigenschaft abgewiesen worden ist (vgl. angefochtenes Urteil S. 13), beruft sich auf das (menschenrechtliche) Non-refoulement-Gebot respektive die Garantien gemäss Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK. Konkret und in Verletzung von Art. 6 StPO und Art. 29 Abs. 2 BV habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass er als ethnischer Hazara einer von den Taliban verhassten Minderheit angehöre und nach über sieben Jahren Aufenthalt in der Schweiz als "westlich" eingestuft werde. Dementsprechend sei die Gefahr, dass er bei einer Rückkehr schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen erleide, äusserst gross. Damit einhergehend macht er geltend, dass allfällige Vollzugshindernisse schon bei der strafgerichtlichen Anordnung der Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 2 StGB eine Rolle spielten.

### **E. 2.9.4**

Der Einwand des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt der Berücksichtigung allfälliger Vollzugshindernisse erfolgt zu Recht. Das Sachgericht hat allfällige Vollzugshindernisse bereits bei der Anordnung der Landesverweisung zu berücksichtigen und von einer solchen abzusehen, soweit die unter Verhältnismässigkeitsaspekten erheblichen Verhältnisse stabil und die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung definitiv bestimmbar sind (vgl. oben E. 2.7.4). Die Vorinstanz erwägt zur Frage von Vollzugshindernissen, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers mit der Begründung der fehlenden Flüchtlingseigenschaft abgewiesen worden sei, weshalb der Vollzug der Landesverweisung nur aufgrund des menschenrechtlichen Refoulement-Verbots gemäss Art. 25 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 EMRK aufgeschoben werden könnte. Dabei geht sie davon aus, dass die menschenrechtliche Lage in Afghanistan "prekär" sei und das SEM ab dem 11. August 2021 den Vollzug von Wegweisungen nach Afghanistan aufgrund der aktuellen Lage bis auf weiteres ausgesetzt habe. Sie erwägt weiter, dass aber im Rahmen einer prognostischen Beurteilung derzeit nicht hinreichend zuverlässig abgeschätzt werden könne, wie sich die Situation im für die Landesverweisung relevanten Zeitraum verändern werde. Entsprechend sei davon auszugehen, dass der völkerrechtlichen Verpflichtung des Non-refoulement-Gebots sowie auch den Interessen des Beschwerdeführers genüge getan werde, wenn diesen auf der Ebene des Vollzuges Rechnung getragen werde (angefochtenes Urteil S. 14 f.). Diese Begründung ist unklar. Einerseits scheint die Vorinstanz im Umstand, dass das SEM derzeit auf den Vollzug von Wegweisungen verzichtet, ein generelles, in der allgemein prekären menschenrechtlichen Lage gründendes und damit jede nach Afghanistan zurückzuführende Person individuell-konkret gefährdendes Vollzugshindernis

zu erblicken (womit auch der Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz verletze diesbezüglich den Untersuchungsgrundsatz [ Art. 6 StPO ] und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör [ Art. 29 Abs. 2 BV ], der Boden entzogen wäre). Diesem Anschein steht indes deren Argumentation einer unbekanntem Veränderung der Situation "im relevanten Zeitraum" entgegen. Dies, weil der Beschwerdeführer mit einer bedingt ausgefallten Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je Fr. 70.-- bestraft wird, womit für die Zeitspanne zwischen der (allfälligen) Ausfällung der Landesverweisung und deren Vollzug offensichtlich keine (relevante) Zeitspanne liegt, während der sich die von der Vorinstanz in Afghanistan als "prekär" bezeichnete menschenrechtliche Situation verändern könnte (vgl. hierzu Urteil 6B\_1042/2021 vom 24. Mai 2023 E. 5.4.3 mit Verweis auf 6B\_38/2021 vom 14. Februar 2022). Zusammenfassend bleibt damit anhand der Ausführungen der Vorinstanz offen, ob sie von einem definitiven Vollzugshindernis im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgeht - womit auf die Anordnung der Landesverweisung zu verzichten wäre - oder nicht. Ihre Begründung genügt damit den Anforderungen gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG nicht, womit die Voraussetzungen für eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids erfüllt sind ( Art. 112 Abs. 3 BGG ).

### **E. 3.1**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Rückweisung erfolgt prozessualiter mangels hinreichender Begründung des angefochtenen Entscheids im Sinne von Art. 112 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 3 BGG. Die Sache wird damit nicht präjudiziert, sodass auf eine Einladung zur Vernehmlassung verzichtet werden kann (vgl. Urteil 6B\_885/2023 vom 18. Juli 2024 E. 3).

### **E. 3.2**

Die Parteien werden im Umfang ihres Unterliegens grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 sowie 2 BGG ). Der Kanton Aargau hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren im Umfang seines Obsiegens eine angemessene Entschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Diese ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Insofern wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos. Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde unterliegt, ist dieses Gesuch gutzuheissen. Seine Bedürftigkeit ist ausgewiesen und seine Beschwerde war - vorbehältlich der gegen die Strafzumessung erhobenen Rüge - nicht von vornherein aussichtslos. Von der Erhebung von Kosten kann damit (ausnahmsweise) abgesehen werden ( Art. 64 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 BGG ; Art. 66 Abs. 4 BGG ). Im Umfang des Unterliegens ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

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