

BGer 7B_457/2023 vom 14. März 2024

Bundesgericht, 2024-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_457_2023

FR: TF 7B_457/2023 du 14 mars 2024

IT: TF 7B_457/2023 del 14 marzo 2024

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer wurde von der letzten kantonalen Instanz strafrechtlich verurteilt und führt frist- und grundsätzlich formgerecht Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2, 78 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1, Art. 81 Abs. 1 lit. a und lit. b Ziff. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 BGG). Auf seine Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

E. 1.2.1

Der Beschwerdeführer beruft sich auf neue Beweismittel hinsichtlich des Nachweises seiner Vaterschaft zum am 18. Juni 2022 geborenen Sohn (Art. 99 Abs. 1 BGG). Er macht geltend, die (fakultative) Landesverweisung sei erst mit dem Urteil der Vorinstanz zum Thema geworden. Die Empfängnis datiere nach dem erstinstanzlichen Urteil. Er sei nicht verpflichtet gewesen, der Vorinstanz Belege zu seiner Vaterschaft vorzulegen, da er dies infolge der Scheidung seiner Lebenspartnerin und der Vaterschaftsaberkennungsklage noch gar nicht gekonnt habe. Erst die Vorinstanz habe an seiner Vaterschaft gezweifelt.

E. 1.2.2

Nach Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt.

E. 1.2.3

Die Landesverweisung war bereits erstinstanzlich ein Thema. Sodann stand vor Vorinstanz die Beurteilung des Vorwurfs der Pornographie im Raum, welche tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hat und Katalogtat für eine obligatorische Landesverweisung bildet (Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB). Insoweit trifft es nicht zu, dass der Beschwerdeführer vor Vorinstanz keinen Anlass gehabt hatte, Unterlagen zu seiner Vaterschaft einzureichen. Dies gilt namentlich für das DNA-Gutachten, welches er erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid hat anfertigen lassen, wiewohl ein solches bereits nach der Geburt des Sohnes hätte erstellt werden können. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten, soweit sie sich auf die eingereichten Noven bezieht.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz verletze mit der Anordnung der fakultativen Landesverweisung die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sowie den Grundsatz der "double instance" nach Art. 32 Abs. 3 BV und Art. 191b Abs. 1 BV , zumal die erste Instanz keine solche angeordnet habe und ihm bloss das Rechtsmittel an das Bundesgericht offen stehe.

E. 2.2

Art. 29a BV sieht vor, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Art. 29a BV vermittelt einen individual-rechtlichen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz - mithin auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle, und zwar unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsstreitigkeit vorliegt. Das Bundesgericht legt den Begriff der Rechtsstreitigkeit dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen muss (BGE 149 I 146 E. 3.3 und E. 3.3.1 mit Hinweisen).

Die Kantone sehen als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein. Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 BGG).

E. 2.3

Das Prinzip der "double instance", d.h. eine Sache zwei kantonalen Gerichten mit voller Kognition zu unterbreiten, ist nicht verletzt. Die Rechtssache wurde zunächst durch die Amtsgerichtspräsidentin Olten-Gösgen und anschliessend durch das Obergericht des Kantons Solothurn beurteilt, beides Instanzen, die den bundesrechtlichen Vorgaben an eine volle richterliche Kognition genügen. Dass die Vorinstanz hinsichtlich der Landesverweisung eine andere Rechtsnorm anwendet als die erste Instanz (fakultative statt obligatorische Landesverweisung), verletzt das Prinzip der "double instance" nicht. Dieses verlangt nicht, dass beide Instanzen gleich entscheiden müssten und war die Landesverweisung nach dem Gesagten Streitgegenstand vor beiden kantonalen Instanzen.

E. 2.4

Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, er habe sich nie zur (fakultativen) Landesverweisung äussern können und damit sinngemäss auf eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV abzielt, ist seiner Beschwerde kein Erfolg beschieden. Bei der obligatorischen wie auch der fakultativen Landesverweisung sind die Kriterien, welche ein Gericht berücksichtigt, weitestgehend dieselben (vgl. hierzu etwa Urteil Urteil 6B_1123/2020 vom 2. März 2021 E. 3.3.2 mit Hinweisen für die Kriterien einer fakultativen Landesverweisung, BGE 146 IV 105 E. 3.4 sowie Urteil 7B_648/2021 vom 8. September 2021 E. 1.1; je mit Hinweisen für die Kriterien einer obligatorischen Landesverweisung). Zu den hierzu massgebenden Punkten konnte er Stellung nehmen, nachdem er die erstinstanzlich ausgesprochene Landesverweisung angefochten hat. Von diesem Recht hat er offensichtlich denn auch Gebrauch gemacht, wie sich aus der Rekapitulation seiner Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil ergibt.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer beanstandet ausschliesslich die Anordnung der Landesverweisung und deren Ausschreibung im SIS. Er rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Untersuchungsgrundsatzes hinsichtlich des hierfür massgebenden Sachverhalts (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 107 StPO und Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Die Vorinstanz treffe zu seiner Vaterschaft keine Abklärungen und laste ihm an, diesbezüglich keine Belege eingereicht zu haben. Dadurch stelle die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig fest und spreche ihm in rechtlicher Hinsicht eine Berufung auf Art. 8 EMRK ab. Sie verletze Art. 66a bis StGB , Art. 8 EMRK , Art. 14 und Art. 5 BV .

E. 3.2

Die Vorinstanz verletzt die vom Beschwerdeführer angerufenen Rechte nicht. Sie gibt die Ausführungen des Beschwerdeführers zu seiner Vaterschaft wieder. Dabei lässt sie offen, ob der Beschwerdeführer Vater des am 18. Juni 2022 geborenen Kindes ist. Zwar erwägt sie, die Vaterschaft des Beschwerdeführers sei derzeit nicht erwiesen. Indessen legt sie ihrem Urteil auch die Hypothese zugrunde, der Beschwerdeführer sei Vater des erwähnten Kindes. Dabei geht sie auf die Frage ein, ob der Beschwerdeführer und seine Partnerin ihr nach Art. 8 EMRK geschütztes Familienleben woanders als in der Schweiz führen könnten. Da die Vorinstanz zur Begründung der Landesverweisung in ihrer Alternativbegründung (auch) die Hypothese des Beschwerdeführers übernimmt, er sei Vater des am 18. Juni 2022 geborenen Kindes, war sie nicht gehalten, weitere Beweiserhebungen über die Vaterschaft des Beschwerdeführers zu treffen (vgl. Art. 139 Abs. 2 StPO).

E. 4.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die fakultative Landesverweisung sei unverhältnismässig. Die Vorinstanz verletze Art. 66a bis StGB i.V.m. Art. 5 BV sowie Art. 8 EMRK und Art. 15 BV.

E. 4.2.1

Gemäss Art. 66a bis StGB kann das Gericht einen Ausländer für 3-15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Artikel 66a erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59-61 oder 64 angeordnet wird.

E. 4.2.2

Die nicht obligatorische Landesverweisung hat unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) zu erfolgen. Das Gericht hat die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung mit den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz abzuwägen (Urteil 6B_1123/2020 vom 2. März 2021 E. 3.3.1 mit Hinweis). Die erforderliche Interessenabwägung entspricht den Anforderungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK an einen Eingriff in das Privat- und Familienleben. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind die Natur und Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts im Gaststaat, die seit der Tatbegehung verstrichene Zeit und das seitherige Verhalten sowie die Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen mit dem Gaststaat und dem Ausweisungsstaat (Urteil des EGMR M.M. gegen die Schweiz vom 8. Dezember 2020, Nr. 59006/18, § 49). Art. 66a bis StGB setzt keine Mindeststrafhöhe voraus. Die nicht obligatorische Landesverweisung kommt auch bei wiederholten, wenig schweren Straftaten in Betracht (Urteile 6B_1114/2022 vom 11. Januar 2023 E. 4; 6B_1123/2020 vom 2. März 2021 E. 3.3.1; je mit Hinweisen).

E. 4.2.3

Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB, dessen Anwendung auf Art. 66a bis sinngemäss übertragen wird (vgl. Urteil 6B_1123/2020 vom 2. März 2021 E. 3.3.2 mit Hinweisen), ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind. In diesem Fall ist grundsätzlich von einem bedeutenden Interesse am Verbleib in der Schweiz auszugehen (Urteil 6B_1005/2020 vom 22. Dezember 2020 E. 1.1 mit Hinweisen). Dieses bedeutende Interesse lässt sich nicht bejahen, wenn beim Ausländer aufgrund seiner schlechten Integration ein Privatleben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK nicht annehmbar ist. Das Bundesgericht nimmt in seiner

Rechtsprechung zur Landesverweisung nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz an (Urteil 6B_1123/2020 vom 2. März 2021 E. 3.3.2 mit Hinweisen). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anerkennt, dass die Staaten völkerrechtlich berechtigt sind, Delinquenten auszuweisen. Berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil des EGMR

M.M. gegen die Schweiz, a.a.O., § 43; Urteil 6B_224/2022 vom 16. Juni 2022 E. 2.2 mit Hinweisen).

E. 4.2.4

Sind Kinder involviert, ist bei der Interessenabwägung als wesentliches Element zudem den Kindesinteressen und dem Kindeswohl Rechnung zu tragen (BGE 143 I 21 E. 5.5.1; Urteile 6B_1179/2021 vom 5. Mai 2023 E. 6.3.5; 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.2; je mit Hinweisen). In Bezug auf die Kinder des von der Landesverweisung betroffenen Elternteils berücksichtigt die Rechtsprechung insbesondere, ob die Eltern des Kindes zusammenleben, wer die Sorge und Obhut hat und ob der von der Landesverweisung betroffene Elternteil seine Kontakte zum Kind nur im Rahmen eines Besuchsrechts pflegt (Urteile 6B_1179/2021 vom 5. Mai 2023 E. 6.3.5; 6B_1114/2022 vom 11. Januar 2023 E. 5; je mit Hinweisen; 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.2). Minderjährige Kinder teilen das ausländerrechtliche Schicksal des obhutsberechtigten Elternteils. Wird ein Kind deshalb faktisch gezwungen, die Schweiz zu verlassen, sind insbesondere auch die Schwierigkeiten zu berücksichtigen, auf die es im Zielland treffen könnte, wobei Kindern im anpassungsfähigen Alter der Umzug in das Heimatland grundsätzlich zumutbar ist (BGE 143 I 21 E. 5.4; Urteil 6B_883/2021 vom 4. November 2022 E. 1.3.6.2).

E. 4.3

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz gehe in willkürlicher Weise davon aus, er wolle mit seiner Rechtsposition eine Verlängerung seines Aufenthalts in der Schweiz bewirken und Zeit gewinnen bzw. dieses Argument sei kein Kriterium, welches bei der Landesverweisung nach Art. 66a bis StGB berücksichtigt werden dürfe, ist nicht stichhaltig. Die Vorinstanz geht auf alle für die Interessenabwägung relevanten Punkte, die sich aus dem Urteil als Ganzem ergeben (Urteil 7B_229/2022 vom 29. November 2023 E. 2.4.2) und welche der Beschwerdeführer nennt, ein. Sie nimmt angesichts der von ihr festgestellten Umstände eine Gesamtwürdigung vor. Das Argument des Zeitgewinns nennt die Vorinstanz bloss am Rande. Dies vermag hinsichtlich des für die Landesverweisung und die Interessenabwägung relevanten Sachverhalts im Ergebnis keine Willkür (durch Berücksichtigung eines sachfremden Kriteriums) und auch keine sonstige Bundesrechtsverletzung zu begründen.

E. 4.4

Soweit der Beschwerdeführer eine ernsthafte und gelebte Beziehung zu seiner Partnerin und zu seinem Kind behauptet, legt er keine Willkür in der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung dar. Die Vorinstanz relativiert die Enge der Bindung, indem sie ausführt, es handle sich um eine lose, nicht eheähnliche Beziehung, ohne gemeinsamen Haushalt und ohne gemeinsame Unterkunft, wobei sich der Beschwerdeführer, seine Partnerin und sein Kind bloss bei Freunden treffen könnten. Dennoch geht die Vorinstanz zumindest sinngemäss von einem schweren persönlichen Härtefall aus, indem sie eine Interessenabwägung vornimmt. Diese rechtliche Beurteilung, wonach in rechtlicher

Hinsicht ein Härtefall vorliegt, der einer Interessenabwägung bedarf, wird vor Bundesgericht vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt. Ob sie zutrifft, kann angesichts des Verfahrensausgangs offen gelassen werden.

E. 4.5

Die Vorinstanz bezieht bei ihrer Interessenabwägung die Schwere der Straftaten in ihre Beurteilung ein, wie es der Beschwerdeführer verlangt. Dass sie diese jedoch anders gewichtet als er dies tut, erweist sich als ermessenskonform. Sie erachtet das Tatverschulden der zu beurteilenden Delikte als sehr leicht bis noch leicht. Indessen relativiert sie die geringe Tatschwere, weil der Beschwerdeführer in hoher Kadenz (sechs Vergehen in der Zeit vom 12. Dezember 2017 bis zum 16. Juli 2019) und in einem breiten Spektrum von Delikten (AIG, SVG, mehrfache harte Pornographie) straffällig wurde. Hiergegen wendet der Beschwerdeführer nichts Stichhaltiges ein. Ebenso wenig beanstandet er, dass die Vorinstanz treffenderweise seinen erheblich getrüben Leumund (einschlägige Vorstrafen, Delinquenz während laufenden Strafverfahrens und laufender Probezeit, schlechte Prognose für weitere Delikte) miteinbezieht. Trotz der relativ bescheiden erscheinenden Strafhöhe (140 Tagessätze Geldstrafe, bedingter Strafvollzug) kann nach den Ausführungen der Vorinstanz angesichts des bisherigen Verhaltens des Beschwerdeführers keine Rede von einer blossen Bagatelldelinquenz sein. Eine bedingte Strafe habe sie nur zufolge des Verbots der reformatio in peius ausgesprochen.

Weiter berücksichtigt sie die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers und seiner neuen Partnerin ausführlich. Daraus ergibt sich insbesondere, dass der kurdisch-stämmige Beschwerdeführer im Irak aufwuchs und im Jahr 2015 im Alter von 24 Jahren illegal in die Schweiz eingereist ist und erfolglos das Asylverfahren durchlaufen hat. Seither hält er sich illegal in der Schweiz und in Deutschland auf, woraus sich eine Anwesenheitsdauer von nunmehr fast neun Jahren in der Schweiz ergibt. Er wohnt in Spreitenbach, Kanton Aargau, in einer Unterkunft für abgewiesene und ausreisepflichtige Asylsuchende. Er lebt von staatlicher Nothilfe. Seine Eltern und Geschwister sowie weitere nahe Verwandte leben nach wie vor im Irak, im kurdischen Autonomiegebiet Sulajmaniya. Die Vorinstanz spricht dem Beschwerdeführer eine berufliche, soziale und sprachliche Integration in der Schweiz ab, dies aufgrund seiner sozialen Stellung (abgewiesener Asylbewerber mit fehlender Möglichkeit auf ein legales Erwerbseinkommen), seinen fehlenden Sprachkenntnissen und seinen sozialen Kontakten, welche er ausschliesslich zu Menschen gleichen kulturellen Hintergrunds pflege.

Zur neuen Partnerin des Beschwerdeführers führt die Vorinstanz aus, diese befinde sich in Scheidung von ihrem aktuellen Ehemann und sei mit dem Beschwerdeführer folglich nicht verheiratet. Sie lebe mit ihren zwei ehelichen Kindern (4- und 6-jährig) und dem dritten, mit dem Beschwerdeführer angeblich gezeugten und am 18. Juni 2022 geborenen Kind im Kanton Bern. Bezüglich dieses Kindes sei ein Verfahren betreffend Anfechtung der Vaterschaft hängig. Es sei noch kein DNA-Nachweis der Vaterschaft des Beschwerdeführers erfolgt. Die Familie lebe nicht zusammen, jedoch würden sie sich zufolge der gegen den Beschwerdeführer von den Migrationsbehörden ausgesprochenen Eingrenzung jeweils bei Bekannten im Kanton Aargau treffen. Die neue Partnerin wolle nach der Mutterschaft wieder arbeiten gehen bzw. einen Beruf erlernen. Sie verfüge über die Aufenthaltsbewilligung B.

Die Vorinstanz hält die Reintegrationschancen des Beschwerdeführers in seinem Heimatland aufgrund seiner dort verbrachten Kindheit sowie der Schul- und Ausbildungszeit (unter dem Titel der prägenden Jahre) für gut, zumal er seine damalige Tätigkeit als Schneider fortführen könne. Gegen alle diese Ausführungen wendet der Beschwerdeführer nichts ein. Ebenso wenig beanstandet er, dass sein gesundheitlicher Zustand einer Landesverweisung nicht entgegen steht, dass die Vorinstanz aufgrund seiner Migrationsgründe eine politische Verfolgung verneint und dass ein Vollzug der Wegweisung technisch und praktisch möglich sei.

Die Vorinstanz erwägt zu den Zukunftsaussichten im Zielstaat, Mutter und mutmasslicher Sohn seien gleicher Herkunft wie der Beschwerdeführer. Es sei ihnen zuzumuten, im Falle einer Landesverweisung mit dem Beschwerdeführer auszureisen, zumal sie über die gleichen Wurzeln und dieselbe Kultur verfügten. Die Kindsmutter sei ebenfalls Kurdin bzw. irakische Staatsangehörige. Sie könnten ihr (künftiges) Familienleben im Irak führen. Das Kleinkind sei im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils erst wenige Monate alt und nicht in schulische Strukturen eingebunden. Was an diesen Erwägungen nicht rechtens sein sollte, ist nicht ersichtlich, zumal das noch minderjährige Kleinkind rechtsprechungsgemäss das ausländerrechtliche Schicksal seiner Eltern teilt (BGE 143 I 21 E. 5.4 mit Hinweisen).

E. 4.6

Das Ergebnis der vorinstanzlichen Abwägung, wonach das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz überwiegt, erweist sich angesichts dieser von der Vorinstanz einlässlich gewürdigten Gesamtumstände als bundes- und konventionsrechtskonform. Insbesondere durfte die Vorinstanz aus der Vielzahl und hohen Kadenz der vom Beschwerdeführer begangenen Vergehen (darunter mehrere Straftaten mit einer Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, wie etwa Pornographie) gepaart mit der schlechten Legalprognose auf eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen und sein Rechtsvertreter als unentgeltlicher Vertreter einzusetzen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 64 Abs. 1 BGG). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist darauf aufmerksam zu machen, dass er der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn er später dazu in der Lage ist.

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