

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.109 vom 24. Juli 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-07-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2017.109](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2017.109)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.109 du 24 juillet 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.109 del 24 luglio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind in das neue Urteil zu übernehmen (statt vieler BGer 6B\_93/2019 vom 15. Mai 2019, E. 2.1).

1.2 Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die Feststellung, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt der ihm vorgeworfenen Taten volljährig gewesen sei, geschützt und eine Verletzung des Anklageprinzips als nicht gegeben erachtet. Auch die beim Bundesgericht angefochtenen Verurteilungen des Beschuldigten wegen versuchten Raubes, versuchter schwerer Körperverletzung, versuchter einfacher Körperverletzung, Raufhandels, versuchten Diebstahls zum Nachteil von [...] und Diebstahls zum Nachteil von [...] sowie die durch das Berufungsgericht erfolgte Strafzumessung hat das Bundesgericht nicht beanstandet. Schliesslich ist die Zusprechung eines Honorars an die (damalige) amtliche Verteidigerin und dessen Höhe nicht angefochten worden. Damit stellen sich im vorliegenden Verfahren lediglich noch die Fragen der Aussprechung einer obligatorischen Landesverweisung und ■ gegebenenfalls ■ deren Eintragung ins Schengener Informationssystem (SIS). Auch über die erst- und zweitinstanzlichen Kosten des Verfahrens ist neu zu befinden, da diese auch vom Ausgang des Rückweisungsverfahrens abhängen.

1.3 Gemäss Art. 406 Abs. 2 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) kann die Verfahrensleitung für die Berufung mit dem Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren anordnen, wenn unter anderem die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu. Im Rückweisungsverfahren hat sich der Verteidiger des Beschuldigten in zwei Rechtsschriften zu den noch offenen Fragen äussern können und dies auch umfassend getan. Aufgrund dieser Eingaben erscheint eine Befragung des Beschuldigten auch im Rückweisungsverfahren entbehrlich. Beide Parteien haben denn auch auf Anfrage der instruierenden Appellationsgerichtspräsidentin auf die Durchführung einer weiteren Verhandlung verzichtet.

### **E. 2**

Am 1. Oktober 2016 ist Art. 66a des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) in Kraft getreten. Nach Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht den Ausländer, der wegen einer der in dieser Bestimmung aufgelisteten strafbaren Handlung, unter anderem Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB), verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz. Der Beschuldigte hat die in Ziffer 7 der Anklageschrift beurteilten Delikte, für die er rechtskräftig wegen

mehrfachen, teilweise versuchten Diebstahls und mehrfachen Hausfriedensbruchs verurteilt worden ist, am 31. Oktober 2016/1. November 2016 und damit unter der Geltung von Art. 66a StGB begangen. Dass grundsätzlich eine Landesverweisung auszusprechen wäre, ist denn auch unbestritten.

### **E. 3**

3.1 Nach Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Die Härtefallklausel ist restriktiv anzuwenden (BGer 6B\_873/2018 vom 15. Februar 2019, E. 3.1). Als konkrete Härtefallgründe fallen insbesondere die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration sowie die Resozialisierungschancen des Beschuldigten in Betracht (vgl. etwa BGer 6B\_659/2018 vom 20. September 2018). Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Lebensbedingungen führt (Busslinger/Uebersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/2016, S. 101 f.). Ist bei einer Gesamtbetrachtung dieser Kriterien von einem Härtefall auszugehen, so ist in einem zweiten Schritt das private Interesse des Beschuldigten am weiteren Verbleib in der Schweiz dem konkreten öffentlichen Sicherheitsinteresse an seiner Landesverweisung gegenüberzustellen. Nur wenn dabei das private das öffentliche Interesse überwiegt, ist ausnahmsweise von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abzusehen.

3.2 Der Beschuldigte begründet seine Auffassung, wonach auf die Aussprechung einer Landesverweisung zu verzichten sei, insbesondere damit, dass eine solche aufgrund persönlicher Umstände gegen das in Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) verankerte menschenrechtliche Rückschiebungsverbot verstossen würde. Es stellt sich vorab die Frage, ob auf diesen Einwand bereits bei der Prüfung, ob ein Härtefall vorliegt, oder aber erst nachträglich bei der Prüfung, ob der Vollzug einer ausgesprochenen obligatorischen Landesverweisung gestützt auf Art. 66d Abs. 1 lit. b StGB aufgeschoben ist, einzugehen ist. Das Obergericht des Kantons Zürich hat diesbezüglich eine differenzierte Lösung vorgeschlagen. Es hat erwogen, falls erstellt sei, dass ein Beschuldigter im Falle der Rückführung in sein Zielland mit hoher Wahrscheinlichkeit Folter oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt wäre, müsste wohl auch bei sonst schwachem Bezug zur Schweiz von einem persönlichen Härtefall ausgegangen werden. Dieser würde aber noch nicht zum Verzicht auf die Anordnung einer Landesverweisung führen, sondern nur, aber immerhin, zur Abwägung dieser privaten Interessen mit den öffentlichen. Demgegenüber sei der Verweis auf eine allgemein problematische Situation im Zielland zwar ebenfalls im Rahmen der Gesamtwürdigung der persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, werde aber für sich allein in der Regel nicht zur Annahme eines Härtefalles führen können. Solche nicht direkt mit der Person des Beschuldigten zusammenhängenden Probleme seien hauptsächlich im Rahmen des Vollzugs zu berücksichtigen (OGer ZH SB170246-O/U/cs vom 6. Dezember 2017, E. 3.5). Auch das Bundesgericht hat im den Beschuldigten betreffenden Urteil festgehalten, die Situation des Ausländers in seiner Heimat stelle einen massgebenden Gesichtspunkt dar. Der mögliche

Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung laut Art. 66d StGB schliesse nicht aus, dass Vollzugshindernisse bereits bei der Anordnung der Landesverweisung durch das Strafgericht zu berücksichtigen seien (BGer 6B\_651/2018 E. 8.3.3). Ob im vorliegenden Fall der Beschuldigte bei einer Rückkehr nach Afghanistan aus Gründen, die mit seiner Person zusammenhängen, der Folter oder unmenschlicher beziehungsweise erniedrigender Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre, ist demnach in die Prüfung des Vorliegens eines Härtefalles zu integrieren.

### **E. 3.6**

mit Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung). Das führt im vorliegenden Fall dazu zu überprüfen, ob es der Beschuldigte auf überzeugende Weise vermocht hat, Umstände plausibel zu machen, aufgrund derer er einer Gefährdung ausgesetzt sein könnte; das alleinige Benennen ihm drohender Gefahren genügt nicht. Dies ist nicht der Fall. Dafür kann einerseits auf den Entscheid des SEM vom 14. August 2013 (Akten S. 115 ■ 119) verwiesen werden. Schon das SEM hat sich mit der Aussage des Beschuldigten befasst, wonach seine Familie und somit auch er aufgrund der Arbeit des Vaters des Beschuldigten als Dolmetscher für die amerikanischen Hilfstruppen von den Taliban bedroht werde. Das SEM ist zum Schluss gelangt, dass die Darstellung des Beschuldigten nicht substantiiert ausgefallen sei und sie nicht den Eindruck vermitteln würde, dass der Beschuldigte das Geschilderte tatsächlich erlebt habe (Akten S. 117). Diese Einschätzung einer Fachbehörde kann übernommen werden. Im Rückweisungsverfahren neu vorgebracht hat der Beschuldigte die Behauptung, er sei in einem solchen Ausmass verwestlicht, dass er schon aus diesem Grund einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt sei. Diesbezüglich ist auf das bereits Gesagte (Ziff. 4.1) zu verweisen: Der Beschuldigte wird ohne Weiteres in der Lage sein, sich den heimatlichen Gepflogenheiten wieder anzupassen. Ferner macht der Beschuldigte geltend, er habe seit ungefähr einem Jahr keinen Kontakt mehr zu seiner Kernfamilie. Lediglich über andere Verwandte habe er erfahren, dass sich seine Eltern ebenfalls auf die Flucht hätten begeben müssen. Wo sich die Familie heute aufhalte, sei ihm nicht bekannt. Nachdem das Bundesgericht in seinem Entscheid festgehalten hatte, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen allfälligen Härtefall nach Art. 66a Abs. 2 StGB auch der Umstand in Betracht zu ziehen sei, dass die Familie des Beschuldigten ■ offenbar weiterhin unbehelligt in Afghanistan lebe■, muss diese erst daraufhin erfolgte Angabe des Beschuldigten kritisch hinterfragt werden. Es vermag nicht zu überzeugen, dass - selbst wenn die Eltern aus der Heimat hätten fliehen müssen - in Zeiten, in denen Kommunikationsmittel wie Email oder WhatsApp bestehen, für deren Nutzung es reicht, sich per WLAN in ein Datennetz einzuloggen, man also auch in fremden Ländern nicht auf ein Mobilabo dieses Landes angewiesen ist, keinerlei Kontakt während rund einem Jahr hat stattfinden können. Die diesbezügliche Darstellung durch den Beschuldigten muss deshalb als unglaubwürdig bezeichnet werden. Wie auch die Angaben des Beschuldigten in Bezug auf sein Alter gezeigt haben, ist dieser durchaus bereit, unzutreffende Behauptungen aufzustellen, wenn ihm dies hilfreich erscheint. In Würdigung der genannten Umstände ist festzuhalten, dass es dem Beschuldigten nicht gelungen ist, eine persönliche Verfolgungssituation, die eine Verletzung von Art. 3 EMRK nach sich ziehen würde, überzeugend darzulegen.

4.5 Nach dem Gesagten ist zusammenfassend davon auszugehen, dass beim Beschuldigten kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt. Ist bereits ein solcher Härtefall zu verneinen, ist auch eine Abwägung zwischen den privaten

Interessen des Beschuldigten am weiteren Verbleib in der Schweiz und dem öffentlichen Sicherheitsinteresse am Vollzug der Landesverweisung nicht notwendig.

4.6 Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der aufgezählten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 StGB). Die Staatsanwaltschaft hat im Rückweisungsverfahren eine Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren, somit dem gesetzlichen Minimum, beantragt. Es spricht nichts dagegen, diesem Antrag zu folgen.

4.7 In seinem ersten Urteil hat das Berufungsgericht erkannt, dass die Landesverweisung gemäss Art. 20 der N-SIS-Verordnung im Schengener Informationssystem einzutragen sei. Wie der Beschuldigte zu Recht geltend macht, ist eine derartige Eintragung durch das Strafdreiergericht nicht angeordnet worden und hat die Staatsanwaltschaft dies mit ihrer Berufung nicht gerügt. Entsprechend fehlt auch im Rückweisungsverfahren ein diesbezüglicher Antrag der Staatsanwaltschaft. Auf eine Eintragung ist deshalb zu verzichten. Da die erste Instanz eine solche Eintragung nicht angeordnet hat, ist der Verzicht darauf auch nicht ins Urteilsdispositiv zu nehmen. Es reicht aus, dies in den Erwägungen festzuhalten.

#### **E. 4**

4.1 Bei Anwendung der dargelegten Grundsätze ergibt sich in Hinsicht auf den Beschuldigten Folgendes: Der Beschuldigte ist im August 2012 im Alter von 16 Jahren in die Schweiz eingereist. Von einem Verbringen der prägenden Jugendjahre in der Schweiz kann somit entgegen dem Vorbringen der Verteidigung nicht die Rede sein. Im Gegenteil muss festgehalten werden, dass der Beschuldigte seine gesamte Kindheit in der Heimat verbracht hat. Er ist mit der Sprache und den dortigen Gepflogenheiten bestens vertraut und könnte sich bei einer Rückkehr schnell wieder in die dortige Gesellschaft einfügen. Dies gilt auch für sein äusseres Erscheinungsbild. In der Schweiz hält er sich erst seit noch nicht ganz sieben Jahren auf, davon hat er zweieinhalb Jahre in Haft verbracht. Auch wenn er sich gewisse Deutschkenntnisse angeeignet hat, haben für sämtliche Befragungen von ihm Dolmetscher beigezogen werden müssen. Das Asylgesuch des Beschuldigten ist mit rechtskräftigem Entscheid vom 14. August 2013 abgewiesen worden. Auch wenn der Beschuldigte vorläufig aufgenommen worden ist, hat er aufgrund des negativen Asylentscheids schon sehr bald nach seiner Einreise in die Schweiz gewusst, dass er, sobald sich die allgemeine Lage in Afghanistan bessert, dorthin zurückkehren muss. Die Zeit der vorläufigen Aufnahme hat der Beschuldigte nicht positiv nutzen können, hat er doch in der Schweiz keine Ausbildung absolviert. Gemäss seinen unterschrieben bestätigten Angaben zur Person, die er gegenüber der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt am 24. November 2016 gemacht hat, habe er einen Deutschkurs besucht. Zur Schule habe er nicht gehen dürfen. Da er mit einem Kollegen Spass gemacht habe, sei er von der Schule verwiesen worden. Er hätte eine Woche später wieder gehen können. Das hätten sie dann aber nicht gemacht (Einvernahme zur Person, Akten S. 4). Damit hat der Beschuldigte freiwillig auf das Schulangebot und damit auch auf eine vertiefte Integration in der Schweiz verzichtet. Auch gearbeitet hat er nur unregelmässig, sodass er vom RAV finanziell unterstützt werden müssen (Einvernahme zur Person, Akten S. 4). Da er keine genügende Ausbildung besitzt, bestünde auch bei einem weiteren Verbleib in der Schweiz ein hohes Risiko, dass der Beschuldigte der öffentlichen Hand zur Last fallen würde. Ohne regelmässige Arbeit wäre auch eine Integration in die hiesige Gesellschaft äusserst schwierig.

4.2 Ganz wesentlich ins Gewicht fällt bei der Beurteilung des Vorliegens eines Härtefalles, dass der Beschuldigte seit seiner Einreise in die Schweiz immer wieder straffällig geworden ist. Erstmals verurteilt worden ist er am 11. April 2013 wegen einer am 20. November 2012 und damit lediglich rund drei Monate nach erfolgter Einreise begangenen Drohung. In jenem Verfahren hat sich der Beschuldigte auch einen Tag lang in Untersuchungshaft befunden. Das hat ihn aber nicht von weiterer Delinquenz wie etwa dem Begehen eines Diebstahls, einer Sachbeschädigung, eines Hausfriedensbruchs oder der Fälschung von Ausweisen (vgl. für Details den Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 15. Januar 2018) abhalten können. Dass er im vorliegenden Verfahren unter anderem wegen versuchten Raubes, versuchter schwerer Körperverletzung, versuchter einfacher Körperverletzung und Raufhandels hat verurteilt werden müssen, zeigt eine deutliche Steigerung seiner kriminellen Energie. All diese vor Inkrafttreten von Art. 66a Abs. 2 StGB begangenen Straftaten können bei der Prüfung eines Härtefalls berücksichtigt werden, wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 17. Oktober 2018 ausdrücklich festgehalten hat (vgl. E. 8.3.3; vgl. auch BGer 6B\_873/2018 vom 15. Februar 2019, E. 3.1). Dass diese Delinquenz darin begründet sein soll, dass der Beschuldigte in Kaiseraugst unter schwersten Bedingungen habe leben müssen, gar gezwungen gewesen sei, auf der Strasse zu leben, muss als Schutzbehauptung gewertet werden, zumal dem Beschuldigten nicht nur (teilweise versuchter) Diebstahl und Hausfriedensbruch vorgeworfen werden, sondern er auch Gewaltdelikte begangen hat. Inwiefern hier ein Zusammenhang bestehen soll, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist mit der Staatsanwaltschaft festzustellen, dass der Beschuldigte unbelehrbar erscheint. Er hat selbst dann noch delinquent, nachdem er gewarnt worden war, dass eine erneute Straffälligkeit die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme zur Folge haben könne, ihm also eine Rückkehr nach Afghanistan in Aussicht gestellt wurde. Nicht einmal dieser Druck hat es vermocht, den Beschwerdeführer zu einem straffreien Leben zu bewegen. In Berücksichtigung all dieser Umstände muss als Zwischenresultat festgehalten werden, dass der Beschuldigte sich in der Schweiz in keiner Weise hat integrieren können. Eine Resozialisierung des Beschuldigten in der Schweiz erscheint wenig aussichtsvoll.

4.3 Der Beschuldigte ist der Meinung, dass die Aussprechung einer Landesverweisung gegen Art. 3 EMRK verstösst. Er beruft sich dabei einerseits auf die allgemeine Lage, die unter anderem in der Herkunftsprovinz des Berufungsklägers als besonders fragil gelte. Der Konflikt zwischen aufständischen Gruppierungen und den Regierungstruppen nehme, so die Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheid D-5800/2016 vom 13. Oktober 2017, immer mehr die Gestalt eines Bürgerkriegs an, wobei grosse Teile des Staatsgebiets direkt von Kampfhandlungen betroffen seien. Die Opferzahlen seien schwer zu ermitteln, jedoch seien die Opferzahlen in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen und noch nie so hoch gewesen wie heute. Bezüglich der humanitären Lage sei festzustellen, dass es nach wie vor zu Vertreibungen und grossen Fluchtbewegungen komme. Auch die Versorgung mit Lebensmitteln, Wasser und der Zugang zu medizinischer Versorgung sei problematisch. Das Gericht komme zusammenfassend zum Schluss, dass in weiten Teilen von Afghanistan eine derart schlechte Sicherheitslage und derart schwierige humanitäre Bedingungen bestünden, dass die Situation als existenzbedrohend im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG zu qualifizieren sei. Auch den Informationen des Eidgenössischen Departements des Äusseren (EDA) sei zu entnehmen, dass die Sicherheit in Afghanistan nicht gewährleistet sei. So bestehe ein Risiko von schweren Gefechten, Raketeneinschlägen, Minen, Terroranschlägen, Entführungen und gewalttätigen kriminellen

Angriffen. Zudem würden in verschiedenen Landesteilen Kämpfe zwischen afghanischen Sicherheitskräften und Verbänden der Taliban und anderer bewaffneter Gruppierungen stattfinden. Im Osten des Landes seien Kämpfer des ■Islamischen Staates■ aktiv. Diese Kämpfe führten zu zahlreichen Todesopfern. Zu diesen Ausführungen ist zu bemerken, dass solche nicht direkt mit der Person des Beschuldigten zusammenhängende Probleme im Rahmen des Vollzugs (Art. 66dAbs. 1 lit. b StGB) zu berücksichtigen sind (vgl. dazu oben, Ziff. 3.2). Auch wenn das Staatssekretariat für Migration nach fast zwei Jahren Pause im März 2019 erstmals wieder eine polizeilich begleitete Rückführung nach Afghanistan durchgeführt hat (siehe die diesbezügliche Berichterstattung im Internet), findet der Vollzug von Wegweisungen in dieses Land derzeit kaum statt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Vollzugsbehörden sich der Problematik einer erzwungenen Rückkehr nach Afghanistan durchaus bewusst sind und jeden einzelnen Fall gründlich darauf überprüfen, ob zwingende Bestimmungen des Völkerrechts einem Vollzug der Landesverweisung entgegenstehen.

#### **E. 4.4**

4.4.1 Der Beschuldigte macht des Weiteren geltend, es liege mindestens ein individuelles Merkmal vor, welches mit einer erhöhten individuellen Gefährdung einhergehe. Gemäss den aktuellsten Afghanistan-Guidelines des UNHCR (UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan, 19. April 2016) würden Individuen, welche als ■verwestlicht■ wahrgenommen würden, gezielt verfolgt, und seien einer erhöhten Gefahr von Folter und Tötungen ausgesetzt. Der Beschuldigte habe seine Jugendjahre in der Schweiz verlebt, habe in vielerlei Hinsicht westliche Verhaltensweisen angenommen und sein äusseres Erscheinungsbild - Kleidung, Frisur etc. - entspreche westlichen Vorstellungen. Er sei demnach einer höheren individuellen Gefahrenlage ausgesetzt. In Jalalabad, wo der Beschuldigte herkomme, würden die Taliban herrschen. Diese hätten den Beschuldigten gemäss seinen Aussagen verfolgt, da sein Vater für die Amerikaner bzw. ■die Ungläubigen■ als Dolmetscher gearbeitet habe. Dies hätten die Taliban verhindern wollen, indem sie gedroht hätten, den Berufungskläger zu entführen, die Familie terrorisierten, indem sie nachts an die Haustür der Familie des Berufungsklägers geklopft hätten und ihn zwei Mal abgefangen hätten, als er auf dem Weg zu seiner Lehrstelle war. Allgemein habe dies dazu geführt, dass der Vater des Berufungsklägers nie bei der Familie geschlafen habe, da er sie habe schützen wollen. Eines Tages hätten die Taliban den Onkel des Berufungsklägers getötet, weil sie dachten, es handle sich um seinen Vater. Aus diesen Gründen habe ihn der Vater ins Ausland geschickt, um ihn in Sicherheit zu bringen. Der Berufungskläger habe seit ungefähr einem Jahr keinen Kontakt mehr zu seiner Kernfamilie. Lediglich über andere Verwandte habe er erfahren, dass sich seine Eltern ebenfalls auf die Flucht hätten begeben müssen. Wo sich die Familie heute aufhalte, sei dem Beschuldigten nicht bekannt. Im Übrigen führe der Umstand, dass der Vater gemäss Angaben des Berufungsklägers für die amerikanischen Geheimdienste tätig war, gemäss den Afghanistan Guidelines des UNHCR ebenfalls zu einer erhöhten Verletzlichkeit.

4.4.2 Demgegenüber bestreitet die Staatsanwaltschaft, dass dem Beschuldigten bei einer Rückkehr nach Afghanistan Folter oder andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung drohe. Hierfür lägen keine konkreten Hinweise vor. In den UNHCR-Richtlinien vom 30. August 2018 werde zwar erwähnt, dass es für Rückkehrer sehr schwierig sei, sich in Afghanistan ein neues Leben aufzubauen, insbesondere da sie

kaum Zugang zu Lebensgrundlagen, Nahrungsmittel und Unterkunft haben, nirgends werde aber berichtet, dass sie Folter ausgesetzt wären. Interessant sei auch, dass im Jahr 2016 über eine Million und im Jahr 2017 mehr als 620'000 Afghanen aus Iran und Pakistan zurückgekehrt seien. Es gelte zu bedenken, dass der Beschuldigte, der die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle und sich somit auch nicht auf die Bestimmungen des Asylgesetzes oder die UNHCR- Richtlinien berufen könne, sowohl beim Staatssekretariat für Migration (SEM; vgl. dazu Erwägungen in der Verfügung des SEM vom 14.8.2013) wie auch im Strafverfahren wiederholt widersprüchliche, teilweise auch nachgewiesenermassen falsche Angaben über sich, sein Alter, seine Flucht etc. gemacht habe. Nachdem das Bundesgericht ausgeführt habe, dass es zu bedenken gebe, dass seine Familie offenbar weiterhin unbehelligt dort lebe, habe er in der Stellungnahme vom 28. Januar 2019 (E. 8.4) erstmals erklärt, dass seine Eltern zurzeit ebenfalls auf der Flucht seien. Diese Aussage sei durch nichts belegt und mit äusserster Vorsicht zu würdigen, zumal er bei der Befragung beim SEM u.a. angegeben habe, dass sein Vater nun einen PW gekauft habe und nun als Chauffeur arbeite (Akten S. 103), also nicht mehr als Dolmetscher für die Amerikaner tätig sei. Schliesslich sei nicht nachvollziehbar, wie der Beschuldigte darauf komme, dass er seit 10 Jahren in der Schweiz lebe, sei er doch nachweislich erst im August 2012 eingereist.

4.4.3 Wie bereits im Asylverfahren macht der Beschuldigte geltend, in seiner Heimat aufgrund persönlicher Umstände gefährdet zu sein. Es stellt sich die Frage, wie mit den damit verbundenen Behauptungen umzugehen ist. Auch hierfür kann auf den bereits weiter oben zitierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich verwiesen werden. Dieses hat festgehalten, dass die Beweislast in einem Strafverfahren nicht dem Beschuldigten obliege. Nach den allgemeinen Beweislastregeln sei aber auch niemand – auch nicht die Strafbehörde – verpflichtet, von sich aus einen stringenten Negativbeweis zu erbringen. Wenn die Staatsanwaltschaft geltend mache, es liege kein Härtefall vor, so sei es zunächst einmal nicht ihre Aufgabe, lückenlos zu belegen, dass die möglichen Härtefallgründe wie etwa schwierige Wiedereingliederungsaussichten im Heimatland oder gute Resozialisierungschancen in der Schweiz nicht vorlägen und der Beschuldigte im Heimatland auch nicht einer Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt sei. Es sei am Beschuldigten, diejenigen Härtegründe geltend zu machen und im Rahmen des Zumutbaren bei der Beweisführung mitzuwirken, aus denen er Rechte ableiten wolle, nämlich das Vorliegen eines Härtefalles im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Auch das schlichte Benennen eines dieser Gründe führe nicht zur alleinigen Beweisführungspflicht der Strafbehörden. Den Beschuldigten treffe bezüglich solcher Behauptungen gemäss ständiger Rechtsprechung eine Mitwirkungsobliegenheit, indem er solche entlastenden Tatsachen von sich aus darlegen und zumindest ansatzweise plausibel bzw. glaubhaft machen müsse, so dass sie von den Strafbehörden in der Folge überprüft werden können (vgl. OGer ZH SB170246-O/U/cs vom 6. Dezember 2017, E).

## **E. 5**

Wie oben (Ziff. 1.2) festgehalten worden ist, sind im Rückweisungsverfahren die Kosten des Verfahrens insgesamt neu zu beurteilen, da diese auch davon abhängen, ob der Beschuldigte mit seiner Argumentation betreffend Landesverweisung durchdringt. Dies ist nicht der Fall. Damit unterliegt der Beschuldigte mit seiner Berufung vollständig. Mit dem vorliegenden Urteil wird lediglich zu Gunsten des Beschuldigten auf eine Eintragung der Landesverweisung im SIS verzichtet. Eine solche Eintragung ist jedoch im erstinstanzlichen Urteil gar nicht festgelegt worden, sondern ist fälschlicherweise ins erste (aufgehobene)

Urteil des Berufungsgerichts gelangt. Im Zusammenhang mit der Auferlegung der Kosten des Berufungsverfahrens ist dieser Punkt ohne Interesse, weil er das Verfahren weder verlängert noch in irgendeiner Weise verteuert hatte. Der Beschuldigte hat deshalb weiterhin sämtliche Kosten des erst- und des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen, wie sie durch das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 13. Februar 2018 festgelegt worden sind. Für das Rückweisungsverfahren sind keine zusätzlichen Kosten zu erheben und ist der (neue) amtliche Verteidiger für seinen diesbezüglichen Aufwand aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei auf einen Vorbehalt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO zu verzichten ist.

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