

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH GG170032 vom 12. April 2017

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2017-04-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_GG170032

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH GG170032 du 12 avril 2017

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH GG170032 del 12 aprile 2017

Erwägungen

E. 1

Januar 2017 kurz vor 2.15 Uhr zur Privatklägerin begeben zu haben, welche sich in einem Zustand völliger Trunkenheit an einem Pfosten eines beim A.-Platz zwischen der B.-Strasse und dem C.-Quai aufgestellten Zeltes festgehalten habe. Der Beschuldigte habe die Privatklägerin dann am Arm gehalten und sie über die B.-Strasse bis zu einem auf der anderen Strassenseite auf dem A.-Platz stehenden Baum gezogen, wobei die Privatklägerin mehrmals vergeblich versucht habe, vom Beschuldigten loszukommen, was ihr aber wegen ihres Zustandes nicht gelungen sei. In der Folge habe der Beschuldigte die Privatklägerin gegen den Baum gelehnt und sie auf den Mund geküsst. Zudem habe er sie mit beiden Händen über den Kleidern an die Brüste gefasst und zugeedrückt. Da die Privatklägerin nicht mehr in der Lage gewesen sei, selber zu stehen, sei sie auf den Boden gefallen. Der Beschuldigte habe versucht, sie hochzuziehen, was ihm zunächst nicht gelungen sei. Schliesslich habe der Beschuldigte die Privatklägerin über den A.-Platz zu einem nur einige Meter entfernten anderen Baum gezogen, wo er die völlig regungslose Privatklägerin mit dem Rücken auf den Boden, halb in ein Gebüsch gelegt habe, um sich anschliessend selbst zu ihr hinzulegen und sie zu umarmen, wobei der Beschuldigte sein rechtes Bein angewinkelt über ihre Beine gelegt habe. Gleichzeitig habe er die völlig wehrlose Privatklägerin geküsst und sie mit der rechten Hand über der Kleidung im Bereich des Oberkörpers und zumindest mit dem Arm an den Brüsten berührt, wobei die Jacke der Privatklägerin bis zur Taille offen gewesen sei.

- 4 - Die Privatklägerin sei mit all diesen Handlungen nicht einverstanden gewesen. Sie sei aufgrund ihres völlig alkoholisierten Zustandes diesen Handlungen des Beschuldigten wehrlos ausgesetzt und physisch nicht in der Lage gewesen, sich zu wehren.

E. 1.1

In objektiver Hinsicht wird dem Beschuldigten vorgeworfen, sich am

E. 1.2

Subjektiv wird dem Beschuldigten vorgeworfen, gewusst zu haben, dass die Privatklägerin mit diesen Handlungen nicht einverstanden gewesen sei und die Situation der Privatklägerin bewusst ausgenutzt zu haben. Der Beschuldigte habe die geschilderten Handlungen in sexueller Absicht bewusst und gezielt begangen.

E. 2

Standpunkt des Beschuldigten

E. 2.1

Der Beschuldigte bestritt den Anklagevorwurf anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 1. Januar 2017 sowie der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme vom 2. Januar 2017 vollumfänglich. Er führte kurz zusammengefasst aus, dass er der Privatklägerin helfen wollen. In der staatsanwaltschaftlichen Schlusseinvernahme vom 15. Februar 2017 führte der Beschuldigte aus, dass der Anklagevorwurf zutreffen könnte. Er sei betrunken gewesen, er könne es nicht sagen. Er schäme sich und entschuldige sich bei der Geschädigten. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. April 2017 wiederholte der Beschuldigte, sich aufgrund seines Alkoholkonsums nicht erinnern zu können. Zugleich führte er aus, dass die Aussagen der Zeugen richtig sein könnten. Er sei in diesem Moment davon ausgegangen, dass er der Privatklägerin geholfen habe.

E. 2.2

Die Verteidigung stellte sich anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. April 2017 auf den Standpunkt, dass der Beschuldigte "sinngemäss geständig" sei und der Sachverhalt gestützt auf die sich nicht wesentlich widersprechenden Zeugenaussagen als erstellt betrachtet werden könne.

E. 3

Sachverhaltserstellung Der Ansicht der Verteidigung ist zuzustimmen. Der Anklagesachverhalt, welcher vom Beschuldigten zuletzt nicht mehr explizit in Abrede gestellt wurde, deckt sich

- 5 - mit den glaubhaften und in den wesentlichen Punkten übereinstimmenden Aussagen der einvernommenen Zeugen, wonach der Beschuldigte gezielt die vorgenannten sexuellen Handlungen an der praktisch bewusstlosen und damit offensichtlich widerstandsunfähigen Privatklägerin vornahm, weshalb die Zeugen denn auch die Polizei verständigten. Die Widerstandsunfähigkeit der Privatklägerin wird ferner auch durch den Ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse bei der Privatklägerin vom 13. Februar 2017 belegt, welcher bei der Privatklägerin eine rückgerechnete Blutalkoholkonzentration im Tatzeitpunkt von 1,99 – 2,74 ‰ ergab. Der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt ist somit in objektiver und subjektiver Hinsicht rechtsgenügend erstellt. III. Rechtliche Würdigung 1. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat würdigt das Verhalten des Beschuldigten als Schändung im Sinne von Art. 191 StGB. Die Verteidigung schloss sich dieser Ansicht an. 2. Die rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung erweist sich ohne Weiteres als korrekt. Der Beschuldigte ist der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig zu sprechen. IV. Strafzumessung 1. Strafraumen Eine Schändung im Sinne von Art. 191 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft. Der konkrete Strafraumen beträgt somit 1 Tagessatz Geldstrafe bis 10 Jahre Freiheitsstrafe. 2.-5. (...).

- 6 -

E. 3.1

Die Verteidigung machte anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. April 2017 geltend, es sei beim Beschuldigten von einem Härtefall auszugehen und deshalb von einer Landesverweisung abzusehen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass der Beschuldigte in seinem Heimatland Afghanistan von den Taliban verfolgt und an seinem Leben bedroht werde. Bestehe – wie vorliegend – der begründete Verdacht einer drohenden Verletzung des Non-Refoulement-Gebots, habe der Strafrichter das Vorliegen

eines solchen Verstosses bereits im Rahmen der Härtefallabklärung zu prüfen. Liege ein Verstoss vor, habe eine Interessenabwägung zwischen den persönlichen Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und den öffentlichen Interessen an seiner Ausweisung stattzufinden, welche vorliegend zu Gunsten des Beschuldigten ausfallen müsse. Dabei beruft sich die Verteidigung auf die teilweise in der Literatur vertretene Ansicht, wonach eine drohende Verletzung des Non-Refoulement-Gebots nicht erst im Vollzugsstadium, sondern bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu berücksichtigen sei (vgl. Busslinger/Uebersax, a.a.O., S. 99 f.).

- 10 -

E. 3.2

Dieser Ansicht der Verteidigung ist nicht zu folgen. Aus der Systematik der neuen Gesetzesbestimmungen ist eine klare Trennung zwischen der Anordnung der obligatorischen Landesverweisung einerseits (Art. 66a StGB) und deren Vollzug andererseits (Art. 66d StGB) ersichtlich. Im Gegensatz zur Härtefallklausel gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB erlaubt Art. 66d Abs. 1 StGB den Vollzugsbehörden gemäss klarem Gesetzeswortlaut denn auch lediglich den Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung, nicht aber ein gänzliches Absehen von dieser. Dies macht auch Sinn, sind doch die in Art. 66d Abs. 1 StGB aufgeführten Vollzugshindernisse häufig vorübergehender Natur und können zwischen dem Entscheid über die Landesverweisung und deren Vollzug sowohl hinzutreten wie auch wegfallen. Überdies liegen die Vollzugshindernisse im Gegensatz zu den Härtefallgründen in aller Regel nicht in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten, sondern vielmehr in der prekären Situation in dessen Heimatland. Würde man Vollzugshindernisse gemäss Art. 66d Abs. 1 StGB entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut als Härtefallgründe zulassen, welche ein gänzliches Absehen von der obligatorischen Landesverweisung erlauben bzw. gar gebieten, wäre der Entscheid über die Anordnung der Landesverweisung somit von äusseren, nicht in der Person des Beschuldigten liegenden Umständen abhängig, die der Beschuldigte auch nicht beeinflussen kann. Dies entspricht aber kaum dem Sinn der Härtefallklausel. Das Non-Refoulement-Gebot verbietet schliesslich zwar die Rückschiebung des Betroffenen, gibt diesem aber umgekehrt keinen Anspruch auf die Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung im Gastland. Auch insofern besteht deshalb kein Anlass, dessen drohende Verletzung bereits beim Entscheid über diese Bewilligung bzw. deren Entzug oder Verweigerung mitzubedenken, sondern eben – wie im Gesetz vorgesehen – erst beim Entscheid über den Vollzug einer solchen Massnahme. Eine solche Trennung zwischen dem Entscheid über die Anordnung und dem Vollzug einer Sanktion ist denn auch im Strafrecht üblich. So nimmt etwa der Strafrichter bei der Ausfällung einer Freiheitsstrafe auch noch keine Prüfung der Hafterstehungsfähigkeit des Beschuldigten vor; diese Prüfung obliegt vielmehr den Vollzugsbehörden im Zeitpunkt des Strafantritts. Auch im Ausländerrecht untersteht der Entscheid über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung anderen Kri-

- 11 -
terien als der Entscheid, ob eine Wegweisung bzw. Ausschaffung effektiv vollzogen wird. Ob Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 66d Abs. 1 StGB vorliegen, ist somit erst im Rahmen des Vollzugs der Landesverweisung vom dafür zuständigen Migrationsamt des Kantons Zürich zu prüfen. Beim Entscheid der Strafbehörde über die Anordnung der obligatorischen Landesverweisung bzw. über das Vorliegen eines Härtefalls sind solche Vollzugshindernisse hingegen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

E. 3.3

Nebst den erwähnten Vollzugshindernissen machte der Beschuldigte keine persönlichen Interessen geltend, welche das Vorliegen eines Härtefalls begründen würden. Es ist denn auch nicht ersichtlich, worin ein solcher bestehen könnte, zumal der heute 20-jährige, gesunde, ledige und kinder- wie arbeitslose Beschuldigte, welcher Ende 2015 als Asylbewerber in die Schweiz eingereist ist, hier weder über irgendwelche verwandtschaftlichen oder sonstigen vertieften Beziehungen verfügt noch sonstwie integriert ist oder einen speziellen Bezug zum Land aufweist. Das Vorliegen eines Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB ist somit klar zu verneinen, weshalb auch eine konkrete Interessenabwägung mit den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung des Beschuldigten unterbleiben muss, welche nach dem Gesagten aber ohnehin nicht zu Gunsten des Beschuldigten ausfallen würde, zumal es sich bei der anlassfreien Schändung einer fremden Frau in der Öffentlichkeit auch offensichtlich nicht um ein Bagatelldelikt handelt, selbst wenn das Verschulden innerhalb des weiten Strafrahmens vorliegend noch als leicht einzustufen war.

E. 3.4

Im Ergebnis sieht dies denn auch die Verteidigung nicht anders. Sie steht indessen auf dem Standpunkt, es sei Aufgabe des Staates bzw. der Strafbehörden, allfällige in Frage kommende Härtefallgründe umfassend abzuklären, sobald ein Härtefall vom Beschuldigten geltend gemacht bzw. behauptet werde, was vorliegend der Fall sei. Könnten die Strafbehörden die blosse, explizite oder implizite Behauptung des Beschuldigten, dass er einen Härtefall darstelle, durch die in der Folge von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen nicht zweifelsfrei widerlegt werden, so müsse in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" zwin-

- 12 - gend von einer obligatorischen Landesverweisung abgesehen werden. Vorliegend hätten die Strafbehörden dem Beschuldigten insbesondere nicht widerlegen können, dass er in seinem Heimatland durch die Taliban verfolgt und am Leben bedroht werde, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei (mit Hinweis auf Ruckstuhl, Verfahrensfragen bei der strafrechtlichen Landesverweisung und der migrationsrechtlichen Aufenthaltsbeendigung, in: plädoyer 5/16, S. 122 f.; in diesem Sinne auch Fiolka/Vetterli, a.a.O., S. 85).

E. 3.5

Wie bereits ausgeführt, stellen die vom Beschuldigten bzw. der Verteidigung geltend gemachten Vollzugshindernisse keine Härtefallgründe im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB dar. Zu widersprechen ist der Verteidigung bzw. den von ihr zitierten Lehrmeinungen aber auch insofern, als bereits die blosse Geltendmachung bzw. Behauptung eines Härtefalls durch den Beschuldigten die Untersuchungsbehörden zu entsprechenden umfassenden Abklärungen betreffend allfällige Härtefallgründe verpflichten soll. Bei der Geltendmachung eines schweren persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB handelt es sich vielmehr eindeutig um entlastende Tatsachen – wie etwa die Behauptung einer Notwehrsituation –, aus welchen der Beschuldigte etwas zu seinen Gunsten ableiten will, nämlich ein ausnahmsweises Absehen von einer obligatorischen Landesverweisung trotz Erfüllung eines Katalogtatbestands. Den Beschuldigten trifft bezüglich solcher Entlastungsbehauptungen gemäss ständiger Rechtsprechung eine Mitwirkungsobliegenheit, indem er solche entlastenden Tatsachen von sich aus darlegen

und zumindest ansatzweise plausibel bzw. glaubhaft machen muss, so dass sie von den Strafbehörden in der Folge überprüft werden können. Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt insofern nicht oder jedenfalls nicht uneingeschränkt (vgl. Topf, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 21 zu Art. 10, m.w.H.). Hinzu kommt, dass es sich bei Härtefallgründen in aller Regel um Tatsachen aus dem Privat- oder gar Intimbereich des Beschuldigten handelt, über die der Beschuldigte am Besten, wenn nicht gar als Einziger informiert ist. Auch dies rechtfertigt es, die Mitwirkung des Beschuldigten bei der Ermittlung solcher ihn entlastender Tatsachen zu verlangen und diese Aufgabe nicht vollumfänglich dem Staat zu überbinden, wobei dem Be-

- 13 - schuldigten selbstverständlich die Möglichkeit offensteht, derartige Abklärungen durch die Strafbehörden mittels entsprechender Beweisanträge zu veranlassen.

E. 3.6

Vorliegend machte der Beschuldigte von sich aus keine detaillierten, nachvollziehbaren, geschweige denn glaubhaften Ausführungen hinsichtlich des Vorliegens eines schweren persönlichen Härtefalls (etwa zur Situation in Afghanistan, zu den Umständen seiner Flucht oder zum Stand seines Asylverfahrens etc.). Auch stellte er während des ganzen Verfahrens keinerlei Beweisanträge, um einen solchen Härtefall wenigstens ansatzweise zu belegen, obwohl er seit Beginn der Untersuchung amtlich verteidigt war. Die Aussagen des Beschuldigten zu seinen persönlichen Verhältnissen waren vielmehr vage, stereotyp, aber auch widersprüchlich und damit insgesamt unglaubhaft. So führte er in seiner ersten Einvernahme am 1. Januar 2017 aus, er habe in Afghanistan Probleme mit den Taliban gehabt. Nachdem er drei Monate in seiner Moschee gelernt habe, sei er von den Taliban aufgefordert worden, ihnen zu helfen, wobei sie ihm Geld geben würden und er alles für sie tun solle. In der Einvernahme vom 15. Februar 2017 führte er demgegenüber aus, er habe in Afghanistan etwas lernen wollen, habe dann aber für die Taliban kämpfen müssen, wobei sein Bruder von den Taliban umgebracht worden sei. An der Hauptverhandlung vom 12. April 2017 führte der Beschuldigte demgegenüber erstmals aus, die Taliban hätten seine Schule zerstört, nachdem er diese ca. zwei bis drei Monate besucht habe. Sie hätten sich dann für die Taliban einsetzen und machen müssen, was diese sagten. Nachdem die Taliban seinen Bruder getötet hätten, habe der Beschuldigte dann auch "gehen" müssen. Weiter führte der Beschuldigte aus, er habe mit seinen Kollegen abgemacht, dass sie in die Schweiz kommen würden, um erst hier ein Asylgesuch zu stellen und nicht bereits in Österreich. Kurze Zeit später behauptete der Beschuldigte wiederum, diese Kollegen erst hier in der Schweiz kennengelernt zu haben. Weiter führte er am 15. Februar 2017 aus, seine Mutter und seine kleine Schwester würden in Afghanistan leben, wobei er das Angebot der Staatsanwaltschaft, nach der Einvernahme mit dieser zu telefonieren, schliesslich ablehnte, damit diese nicht erfahre, dass er im Gefängnis sei. An der Hauptverhandlung führte er hingegen aus, seine Mutter werde von den Taliban bedroht und er wisse nicht, wo sie sich aufhalte. Hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse führte er am 1. Januar 2017 aus,

- 14 - er besitze in Afghanistan ein Haus und ein Stück Land, während er an der Hauptverhandlung vorbrachte, sein Land, sein Haus und seine Schafe seien von den Taliban beschlagnahmt worden. Diese hätten alles mitgenommen. Selbst wenn man deshalb – entgegen den vorstehenden Ausführungen – die vom Beschuldigten geltend gemachten Vollzugshindernisse grundsätzlich als Härtefallgründe zulassen wollte, wäre festzuhalten,

dass diese vom Beschuldigten nicht glaubhaft gemacht wurden und damit vom Gericht im Rahmen der Härtefallprüfung auch nicht zu berücksichtigen sind. Dessen ungeachtet bleibt die Vollzugsbehörde (das Migrationsamt) nach der hier vertretenen Auffassung zu einer eigenständigen Prüfung verpflichtet, ob im Zeitpunkt des Vollzugs – also nachdem die Landesverweisung in Rechtskraft erwachsen ist – allenfalls Vollzugshindernisse vorliegen, die einen Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung, d.h. der Ausschaffung des Beschuldigten nach Afghanistan gebieten.

E. 3.7

Fazit Der Beschuldigte stellt keinen Härtefall dar und ist deshalb in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB des Landes zu verweisen. Das Vorliegen von allfälligen Vollzugshindernissen im Sinne von Art. 66d Abs. 1 StGB ist nicht durch das Gericht, sondern durch das Migrationsamt des Kantons Zürich im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung abschliessend zu überprüfen. 4. Dauer der Landesverweisung Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen. Die Dauer der Landesverweisung hat dabei verhältnismässig zu sein (vgl. De Weck, N 30 zu Art. 66a StGB, in Migrationsrecht [Kommentar], Spesch/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka [Hrsg.], 4. Auflage 2015). Das Verschulden des Beschuldigten wurde als eher leicht qualifiziert und die auszusprechende Freiheitsstrafe von 10 Monaten bewegt sich am unteren Ende des ordentlichen Strafrahmens. Folglich ist auch die Landesverweisung am unteren, jedoch nicht untersten Ende der möglichen Dauer anzuordnen, so dass die Landesverweisung vorliegend für die Dauer von 6 Jahren auszusprechen ist.

- 15 - 5. Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) 5.1 Am 1. März 2017 ist die Verordnung über die Einführung der Landesverweisung in Kraft getreten (AS 2017 563). Unter anderem wurde damit Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013; SR 362.0) wie folgt geändert: "Art. 20 Voraussetzung Drittstaatsangehörige können nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS wird vom urteilenden Gericht angeordnet." Dies verpflichtet die Gerichte dazu, im Falle der Anordnung einer Landesverweisung auch über deren Ausdehnung auf den Schengen-Raum und damit über deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) zu entscheiden. Der Verteidigung wurde anlässlich der Hauptverhandlung Gelegenheit zu einer diesbezüglichen Stellungnahme eingeräumt, worauf diese verzichtete. 5.2 Gemäss Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens ist eine Landesverweisung für sog. Drittstaatenangehörige – damit sind Personen gemeint, die keinem Mitgliedsstaat des Übereinkommens angehören – ohne Weiteres im SIS einzutragen, wenn diese auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruht, welche mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr bedroht ist, und wenn die betroffene Person über kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat verfügt (vgl. BVGer. C-4656/2012 vom 24. September 2015, m.w.H.). 5.3. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, nachdem Afghanistan kein Mitgliedsstaat des Schengen-Übereinkommens ist, der Beschuldigte auch in keinem anderen Mitgliedsstaat über ein Aufenthaltsrecht verfügt und die Landesverweisung auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruht, die eine Höchststrafe von mehr als einem Jahr aufweist (vgl. Art. 191 StGB). Folglich ist die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS anzuordnen.

- 16 - VI. Zivilansprüche (...). VII. Beschlagnahmungen (...). VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen (...). Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte X. ist schuldig der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 102 Tage durch Haft erstanden sind. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen. 5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet. 6.-13. (...). (Gegen dieses Urteil wurde vom Beschuldigten die Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich angemeldet; das Urteil ist somit nicht rechtskräftig.) Zürich, 12. Juni 2017

E. 6

Gesamtwürdigung In Anbetracht aller relevanten Strafzumessungsgründe erscheint in Würdigung aller objektiven und subjektiven Komponenten der begangenen Straftat sowie in Berücksichtigung der Täterkomponenten eine Bestrafung des Beschuldigten mit

E. 10

Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Die 102 durch Untersuchungshaft bereits erstandenen Tage sind an diese Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). 7. Vollzug Die objektiven Voraussetzungen des bedingten Vollzuges, eine Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und zwei Jahren, sind vorliegend erfüllt. In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges das Fehlen einer ungünstigen Prognose bezüglich weiterer künftiger Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt. Die günstige Prognose wird entsprechend vermutet (Hug, OFK- StGB, N 1 ff. zu Art. 42). Beim Beschuldigten handelt es sich um einen Ersttäter, welcher nach Einreise in die Schweiz hier ein Asylgesuch stellte und im Asylzentrum untergebracht war. Der Beschuldigte verfügt in der Schweiz - mit Ausnahme eines Bekannten namens E. - weder über feste soziale Bindungen noch - seinem Aufenthaltsstatus entsprechend - über eine Arbeitsstelle. Anlässlich der Hauptverhandlung danach gefragt, wie er sich seine Zukunft vorstelle, führt er aus, dass er in der Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung erhalten, hier arbeiten und ein ruhiges Leben führen wolle. Die Leute in der Schweiz seien sehr nett. Trotz gewissen Zweifeln an Einsicht und Reue des Beschuldigten, kann ihm keine ungünstige Prognose gestellt werden. Es ist auch davon auszugehen, dass er sich von der Strafuntersuchung, insbesondere der erstandenen 102 Tage Untersuchungshaft, sowie der ausgefallten Strafe genügend wird beeindruckt lassen, um nicht erneut straffällig zu werden. Die Strafe ist somit bedingt auszusprechen.

- 7 - V. Landesverweisung 1. Grundlagen Am 1. Oktober 2016 trat die Umsetzungsgesetzgebung zur sogenannten Ausschaffungsinitiative in Kraft (AS 2016 2329). Wird eine Ausländerin oder ein Ausländer wegen eines nach deren Inkrafttreten begangenen Verbrechens oder Vergehens verurteilt, ist vom zuständigen Strafgericht grundsätzlich immer auch die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB oder einer fakultativen Landesverweisung nach Art. 66abis StGB zu prüfen (vgl. Kümmin, Darf eine Aufenthaltsbewilligung widerrufen werden, nachdem von einer Landesverweisung abgesehen wurde?, in: jusletter vom 28. November 2016, Rz. 1). Art. 66a Abs. 1 StGB enthält dabei einen Katalog von Straftaten, für die das Gericht bei einer entsprechenden Verurteilung unabhängig von der Höhe der Strafe eine Landesverweisung von 5-15 Jahren auszusprechen hat. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers soll das

Gericht bei dieser sog. obligatorischen Landesverweisung die Verhältnismässigkeit der Anordnung dieser Massnahme somit grundsätzlich nicht überprüfen. Der Ermessensspielraum der Gerichte wurde vom Gesetzgeber diesbezüglich bewusst eingeschränkt (vgl. Fiolka/Vetterli, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, in: plädoyer 5/16, S. 86). Gemäss der in Art. 66a Abs. 2 StGB verankerten sog. Härtefallklausel kann das Gericht indessen ausnahmsweise von einer obligatorischen Landesverweisung absehen, wenn diese für die betroffene ausländische Person einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländerinnen und Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind. Abgesehen vom blossen Gesetzeswortlaut liegen zur Härtefallklausel keine weiteren gesetzgeberischen Materialien vor, so dass deren

- 8 - genaue Tragweite letztlich unklar und vom Gericht nach bestem Wissen und Gewissen auszulegen ist. Betrachtet man die Bestimmungen von Art. 66a Abs. 1 und 2 StGB als Ganzes, so erhellt zumindest, dass der rigoros formulierte Automatismus von Abs. 1 durch die Härtefallklausel in Abs. 2 wohl in dem Sinne relativiert werden sollte, dass die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung zwar einerseits nicht zwingend verhältnismässig sein muss, andererseits aber auch nicht (krass) unverhältnismässig sein soll. Ferner scheinen sich die für einen Härtefall relevanten "privaten Interessen" in erster Linie anhand des Ausmasses der persönlichen Beziehung bzw. Bindung der betroffenen Person zur Schweiz bzw. zu hier lebenden Personen zu bestimmen, worauf auch die explizite Erwähnung der "besonderen Situation" von sog. 'Secondos' hindeutet. Als konkrete Härtefallgründe fallen dabei insbesondere die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration sowie die Resozialisierungschancen des Beschuldigten in Betracht. Ist bei einer Gesamtbetrachtung dieser Kriterien von einem Härtefall auszugehen, so ist das private Interesse des Beschuldigten am weiteren Verbleib in der Schweiz in einem zweiten Schritt dem konkreten öffentlichen (Sicherheits-)Interesse an seiner Landesverweisung gegenüberzustellen. Nur wenn dabei das private das öffentliche Interesse überwiegt, ist ausnahmsweise von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abzugehen (vgl. Busslinger/Uebersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/16, S. 101 ff.). Nach Art. 66d Abs. 1 StGB kann schliesslich die zuständige kantonale Behörde (im Kanton Zürich: das Migrationsamt, vgl. § 16a StJVg/ZH) den Vollzug der obligatorischen Landesverweisung aufschieben, wenn der Betroffene (a.) 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 oder (b.) andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen, worunter namentlich das sog. Non-Refoulement-Gebot zu verstehen ist,

- 9 - welches die Auslieferung, Ausweisung oder Rückschiebung einer Person in ein anderes Land verbietet, falls ernsthafte Gründe für die Annahme vorliegen, dass für die betreffende Person im Zielland ein ernsthaftes Risiko von Folter bzw. unmenschlicher Behandlung oder einer anderen sehr schweren Menschenrechtsverletzung besteht (vgl. Art. 3 EMRK, Art. 3 Flüchtlingskonvention, Art. 3 Anti-Folterkonvention, Art. 7

UNO-Pakt II sowie Art. 25 Abs. 2 BV). 2. Katalogtat Der aus Afghanistan stammende Beschuldigte hat sich am 1. Januar 2017 der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig gemacht, womit er gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB grundsätzlich des Landes zu verweisen ist, es sei denn, es liege ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor und dieser überwiege das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung des Beschuldigten. 3. Härtefallklausel

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