

ZH_OBERGERICHT SB170246 vom 6. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170246

FR: ZH_OBERGERICHT SB170246 du 6 décembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT SB170246 del 6 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

Das Einzelgericht des Bezirkes Zürich, 2. Abteilung, sprach den Beschuldigten am 12. April 2017 der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 10 Monaten, wovon 102 Tage durch Haft erstanden waren, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Weiter verwies das Gericht den Beschuldigten in Anwendung von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem an. Schliesslich wurde festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin B._____ dem Grundsatz nach Schadenersatzpflichtig sei, verwies diese zur Feststellung des Umfangs der Schadenersatzpflicht auf den Weg des Zivilprozesses und verpflichtete den Beschuldigten zur Zahlung einer Genugtuung an die Privatklägerin von Fr. 1'500.– nebst Zins seit dem Datum des Delikts (Urk. 72 S. 27 ff.). Gegen dieses Urteil meldete der amtliche Verteidiger des Beschuldigten (hierfür vertreten durch seinen Bürokollegen Rechtsanwalt Y2._____) am 12. April 2017 fristgerecht Berufung an (Urk. 55). In seiner Berufungserklärung vom 27. Juni 2017 beantragte der amtliche Verteidiger die Aufhebung der Ziffern 4 und 5 des vorinstanzlichen Urteils und das Absehen von einer Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB sowie den Verzicht auf die Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Urk. 76 S. 2). Gleichzeitig reichte er drei neue Urkunden ins Recht und beantragte den Beizug der Akten des Asylverfahrens des Beschul-

- digten beim EJPD, Staatssekretariat für Migration (Urk. 76 S. 2). Letzteres erfolgte mit Verfügung vom 17. November 2017 (Urk. 85).

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2017 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und der Privatklägerin Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 78). Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung (Urk. 80). Die Privatklägerin hat innert Frist ebenfalls keine Anschlussberufung erhoben, aber verlangt, dass dem urteilenden Gericht eine Person weiblichen Geschlechts angehört und dass eine allfällige Befragung sowie die Übersetzung ebenfalls von Personen weiblichen Geschlechts erfolgen (Urk. 81).

E. 3

Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Nachdem die Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 2 (Strafe), 3 (Vollzug), 6 (Schadenersatz), 7 (Genugtuung), 8 und 9 (Herausgabe beschlagnahmte Gegenstände), 10 und 11 (Kostendispositiv) nicht angefochten worden sind (Urk. 55 und

76), ist mittels Beschlusses festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 3.1

Wendet man diese Prämissen nun auf den konkreten Fall an, so ist zunächst festzuhalten, dass der aus Afghanistan stammende Beschuldigte sich am 1. Januar 2017 der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig gemacht und entsprechend verurteilt wurde (Urk. 72 S. 27 f.). Diese Verurteilung ist nicht angefochten (Urk. 76 S. 2). Die Schändung ist gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB eine Katalogtat. Damit ist der Beschuldigte obligatorisch des Landes zu verweisen, es sei denn, es liege ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor und dieser überwiege das öffentliche Interesse an der Landesverweisung des Beschuldigten.

E. 3.2

Die Prüfung, ob im konkreten Einzelfall ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, erfolgt aufgrund einer Gesamtbeurteilung aller relevanten Umstände. Insbesondere zu berücksichtigen sind die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation und der Arbeits- und Ausbildungswille, der Gesundheitszustand des Betroffenen und die Behandlungsmöglichkeit von allfälligen Krankheiten, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Wiedereingliederungsaussichten im Heimatland sowie die Resozialisierungschancen (vgl. dazu auch Art. 31 der Verordnung über die Zulassung, den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit [VZAE]). Härtefallbegründende Aspekte müssen grundsätzlich den Betroffenen selbst treffen. Treten sie bei Dritten auf, sind sie nur dann zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Betroffenen auswirken. 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 (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 101 f.). Bei der Härtefallprüfung im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist das Ausmass der persönlichen Beziehung bzw. Bindung der betroffenen Person zur Schweiz bzw. zu hier lebenden Personen ein besonders gewichtiger Faktor, was sich u.a. aus der expliziten Erwähnung der speziellen Situation von in der Schweiz geborenen Ausländerinnen und Ausländern (sogenannte Secondos) im Gesetzestext ergibt. Der rigorose Automatismus der obligatorischen Landesverweisung soll also vor allem dann durchbrochen werden, wenn der betroffene Ausländer eine starke Bindung zur Schweiz hat, welche die Landesverweisung insgesamt als in hohem Masse un-

- 10 - verhältnismässig erscheinen lässt. Diese Grundsätze spiegeln sich auch in den Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz (SSK) an die kantonalen Staatsanwaltschaften zur Anwendung der Art. 66a - 66d StGB wieder (zu finden auf: www.ssk-cps.ch). Dort wird ausgeführt, dass sich die Staatsanwaltschaft bei der Beurteilung, ob ein Härtefall vorliegt, an folgenden Kriterien zu orientieren habe: Integration, familiäre und finanzielle Situation, Arbeits- oder Ausbildungswille, Anwesenheitsdauer in der Schweiz, Gesundheitszustand und Wiedereingliederungsaussichten im Ursprungsland. Aus diesen Prämissen leitet die SSK ab, dass die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz in der Regel gegenüber den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung höher zu gewichten seien, wenn der Ausländer (i) im Besitz einer gültigen Aufenthaltsbewilligung B, C oder Ci sei

und (ii) zwar eine Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB begangen habe, aber bloss eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder eine Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen zu gewärtigen habe und (iii) keine Vorstrafe für eine Straftat gemäss dem Katalog von Art. 66a Abs. 1 StGB aufweise und in den letzten fünf Jahren nie zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt wurde. In diesen Fällen soll keine Landesverweisung angeordnet und ein Strafbefehl ausgesprochen werden. In Strafverfahren gegen Ausländer wegen Katalogtaten nach Art. 66a Abs. 1 StGB, in welchen Anklage erhoben werde, sei sodann immer auch eine Landesverweisung zu beantragen, ausser wenn der Ausländer eine enge Beziehung zur Schweiz habe und eine bedingte Strafe von weniger als 12 Monaten beantragt werde oder wenn ein in der Schweiz geborener Ausländer zu beurteilen sei, der einen Grossteil seines Lebens in der Schweiz verbracht habe und im Urteilszeitpunkt eine gültige Niederlassungsbewilligung besitze. Vergleichbare Kriterien hat auch die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich aufgestellt. Diese Empfehlungen sind zwar weder für die Staatsanwaltschaften verbindlich, noch gar für die Gerichte. Sie legen aber die Einschätzung, dass der besondere Bezug zur Schweiz ein massgebendes Kriterium bei der Anwendung der Härtefallklausel ist. Die Kriterien Integration, familiäre und finanzielle Situation, Arbeits- oder Ausbildungswille, Anwesenheitsdauer in der Schweiz, Gesundheitszustand und Wiedereingliederungsaussichten im Ursprungsland sind insbesondere im Lichte der Beziehung,

- 11 - welche der Ausländer bislang in der und zur Schweiz knüpfen konnte, zu beurteilen. So ist denn auch der Verweis auf die Wiedereingliederungsaussichten im Ursprungsland insbesondere auf diejenigen Personen zugeschnitten, welche z.B. die Sprache ihres Ursprungslandes nie gelernt haben, weil Beschulung, Ausbildung und berufliche Integration in der Schweiz erfolgte. Einen solchen besonderen Bezug zur Schweiz hat der Beschuldigte im vorliegenden Fall nicht.

E. 3.3

Die Verteidigung machte anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. April 2017 geltend, der Beschuldigte werde in seinem Heimatland Afghanistan von den Taliban verfolgt und sein Leben sei in Gefahr. Die Taliban hätten bereits seinen Bruder getötet (Urk. 50 S. 7). Das Non-Refoulement-Prinzip verbiete die Auslieferung, Ausweisung oder Rückschiebung einer Person in ein anderes Land, falls ernsthafte Gründe für die Annahme vorlägen, dass für die betreffende Person im Zielland ein ernsthaftes Risiko von Folter bzw. unmenschlicher Behandlung oder einer anderen sehr schweren Menschenrechtsverletzung drohe. Drohe mit der Landesverweisung eine Verletzung des Non-Refoulement-Prinzips, habe dies der Strafrichter bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu berücksichtigen. Es habe eine Interessenabwägung zwischen den persönlichen Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und den öffentlichen Interessen an seiner Ausweisung stattzufinden. Diese persönlichen Verhältnisse seien aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes durch die Staatsanwaltschaft abzuklären (Urk. 50 S. 7). 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 blossе, explizite oder implizite Behauptung des Beschuldigten, dass seine Situation einen Härtefall darstelle, durch die in der Folge von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen nicht zweifelsfrei widerlegen, so müsse in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" zwingend von einer obligatorischen Landesverweisung abgesehen werden (Urk. 50 S. 6

ff., 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, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, in: plädoyer 5/16, S. 85). Vorliegend hätten die Straf-

- 12 - behörden dem Beschuldigten nicht widerlegen können, dass er in seinem Heimatland durch die Taliban verfolgt und am Leben bedroht werde, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei. Es läge nichts in den Akten, was gegen die Ausführungen des Beschuldigten zu seiner Situation in Afghanistan spreche. Der persönliche Härtefall des Beschuldigten läge darin, dass er bei einer Landesverweisung mit der Abschiebung in sein Heimatland rechnen müsste, wo er seines Lebens nicht mehr sicher wäre. Als Asylsuchender sei es dem Beschuldigten verwehrt, in ein anderes Land einzureisen. Da er in der Schweiz sein erstes Asylgesuch gestellt habe, würde er im Ausland abgewiesen und an die Schweiz zurückgewiesen werden. Es sei deshalb von einem Härtefall auszugehen und von einer Landesverweisung des Beschuldigten abzusehen (Urk. 50 S. 7).

E. 3.4

Die Vorinstanz hat die Frage, ob die das Herkunftsland des Beschuldigten betreffenden Tatsachen, welche dessen Asylantrag begründen sollen, bereits bei der Anordnung einer Landesverweisung im Zusammenhang mit der Härtefallklausel zu berücksichtigen seien, verneint (Urk. 72 S. 18). Sie hat erwogen, dass bereits aus der Systematik der neuen Gesetzesbestimmungen eine klare Trennung zwischen der Anordnung der obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a StGB) und deren Vollzug (Art. 66d StGB) ersichtlich sei. Im Gegensatz zur Härtefallklausel gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB erlaube Art. 66d Abs. 1 StGB den Vollzugsbehörden gemäss klarem Gesetzeswortlaut lediglich den Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung, nicht aber das gänzliche Absehen vom Vollzug. Eine solche Regelung sei nachvollziehbar und richtig, seien doch die in Art. 66d Abs. 1 StGB aufgeführten Vollzugshindernisse häufig vorübergehender Natur. Zudem könnten zwischen dem Entscheid über die Landesverweisung und deren Vollzug neue Hindernisse hinzutreten als auch bestehende wegfallen. Die Vollzugshindernisse würden im Gegensatz zu den Härtefallgründen in aller Regel nicht auf den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten gründen, 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 und gestützt auf solche von der grundsätzlich obligatorischen Landesverweisung absehen, wäre der Entscheid über die Anordnung der Landesverweisung von äusseren, nicht primär in der Person des

- 13 - Beschuldigten liegenden Umständen abhängig. Dies entspreche aber nicht dem Sinn der Härtefallklausel. Das Non-Refoulement-Gebot verbiete zwar die Rück-schiebung des Betroffenen, gebe diesem aber umgekehrt keinen Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung im Gastland. Auch insofern bestehe kein Anlass, die drohende Verletzung des Non-Refoulement-Prinzips bereits beim anordnenden Entscheid mit zu berücksichtigen, sondern eben – wie im Gesetz vorgesehen – erst beim Entscheid über den Vollzug. Eine solche Trennung zwischen dem Entscheid über die Anordnung und dem Vollzug einer Sanktion sei denn auch im Strafrecht üblich. So nehme etwa der Strafrichter bei der Ausfällung einer Freiheitsstrafe auch noch keine Prüfung der Hafterstehungs-fähigkeit des Beschuldigten vor; diese Prüfung obliege vielmehr den

Vollzugsbe- hörden im Zeitpunkt des Strafantritts. Schliesslich unterstehe auch im Ausländer- recht der Entscheid über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung anderen Krite- rien als der Entscheid, ob eine Wegweisung bzw. Ausschaffung effektiv vollzogen werde (Urk. 72 S. 18).

E. 3.5

Diese Ausführungen der Vorinstanz sind zu ergänzen resp. zu präzisie- ren: Bei der geforderten Gesamtbetrachtung der massgeblichen Aspekte, welche einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu begründen vermögen, sind die Schwierigkeiten, die der Beschuldigte im Falle seiner Rück- führung in sein Zielland zu gewärtigen hätte, mit zu berücksichtigen. Dies ergibt sich einerseits aus der gemischten Rechtsnatur der Landesverweisung, welche auch migrationsrechtliche Elemente enthält, und andererseits aus dem Umstand, dass eben eine umfassende Prüfung der persönlichen Verhältnisse zu erfolgen hat. Ist als erstellt zu betrachten, dass der Beschuldigte im Falle der Rückführung in sein Zielland mit hoher Wahrscheinlichkeit Folter oder unmenschlicher Behand- lung ausgesetzt wäre, so müsste man wohl auch bei sonst schwachem Bezug zur Schweiz von einem persönlichen Härtefall ausgehen. 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. Der Verweis auf eine allgemein problematische Situation im Zielland ist sodann zwar ebenfalls im Rahmen der Gesamtwürdigung der persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wird aber für sich allein in der Regel nicht zur Annahme eines

- 14 - Härtefalles führen können. Solche nicht direkt mit der Person des Beschuldigten zusammenhängenden Probleme sind hauptsächlich im Rahmen des Vollzugs zu berücksichtigen. Das Gericht wird allein mit dieser Begründung nicht von einer Landesverweisung absehen, sondern die Vollzugsbehörde hat in Anwendung von Art. 66d StGB die Möglichkeit und die Pflicht, die Landesverweisung gegebenen- falls einstweilen auszusetzen. Zu betonen ist hier, dass sich solche Zustände im Zielland rasch ändern können. Als Beispiel sei hier erwähnt, dass die Gebiete, in denen die Taliban oder auch der IS herrschen, innert wenigen Jahren massiv ge- wachsen und dann auch wieder rasch geschrumpft sind und sich die Situation in den von diesen Organisationen beherrschten Gebieten ebenfalls fortwährend ver- ändert.

E. 3.6

Was die Beweislast betrifft, ist festzuhalten, dass diese in einem Straf- verfahren nicht dem Beschuldigten obliegt. Nach den allgemeinen Beweislastre- geln ist aber auch niemand – auch nicht die Strafbehörde – verpflichtet, von sich aus einen stringenten Negativbeweis zu erbringen. Wenn die Staatsanwaltschaft geltend macht, es liege kein Härtefall vor, so ist es zunächst einmal nicht ihre Aufgabe, lückenlos zu belegen, dass die möglichen Härtefallgründe (lange Anwe- senheitsdauer in der Schweiz, enge familiäre Verhältnisse in der Schweiz, gute Arbeits- und Ausbildungssituation in der Schweiz und vorhandener Arbeits- und Ausbildungswille, schlechter Gesundheitszustand des Betroffenen und gute Be- handlungsmöglichkeit in der Schweiz, positive Persönlichkeitsentwicklung, hoher Grad der Integration, schwierige Wiedereingliederungsaussichten im Heimatland, gute Resozialisierungschancen in der Schweiz) nicht vorliegen und der Beschul- digte im Heimatland auch nicht einer Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt ist. Es ist am Beschuldigten, diejenigen Härtegründe geltend zu machen und im Rahmen des Zumutbaren

bei der Beweisführung mitzuwirken, aus denen er Rechte ableiten will, nämlich das Vorliegen eines Härtefalles im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Auch das schlichte Benennen eines dieser Gründe führt nicht zur alleinigen Beweisführungspflicht der Strafbehörden. Den Beschuldigten trifft bezüglich solcher Behauptungen gemäss ständiger Rechtsprechung eine Mitwirkungsobliegenheit, indem er solche entlastenden Tatsachen von sich aus darlegen und zumindest ansatzweise plausibel bzw. glaubhaft machen muss, so dass

- 15 - sie von den Strafbehörden in der Folge überprüft werden können (vgl. NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 2a zu Art. 10 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 6B_869/2010 vom 16. September 2011; TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 21 zu Art. 10, m.w.H.).

E. 3.7

In der Berufungserklärung vom 27. Juni 2017 beantragte der amtliche Verteidiger des Berufungsklägers den Beizug der Akten des Asylverfahrens des Beschuldigten beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (Aktenzeichen N 655 827). Zudem reichte er das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2017 (VB.2017.00260), das Bestätigungsschreiben des Staatssekretariats für Migration (SEM) betreffend Wiederaufnahme des Asylverfahrens des Beschuldigten und die entsprechende Vorladung des SEM im Asylverfahren des Beschuldigten ins Recht. Mit diesen Beweisanträgen solle dargelegt werden, dass tatsächlich wieder ein Asylverfahren des Beschuldigten hängig sei, und das erste Asylverfahren nur sistiert worden sei, weil man glaubte, der Beschuldigte sei abgetaucht, während er sich in Tat und Wahrheit ja in Haft befand. Sodann führte er aus, dass sich der Beschuldigte mit Verweis auf das Asylverfahren auf die Härtefallklausel gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB berufe, weshalb die Asylakten zur Beurteilung der persönlichen und aktuellen Situation des Beschuldigten beizuziehen seien (Urk. 76 S. 2), was mit Verfügung vom 17. November 2017 erfolgte (Urk. 85). Zum Beizug der Asylakten ist festzuhalten, dass diese von den Strafbehörden nicht automatisch beizuziehen sind, sondern nur dann, wenn der Beschuldigte oder sein Verteidiger die Gründe für das Asylgesuch auch als Härtefall begründend anrufen und den Beizug der Asylakten verlangen. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, der Beizug der Akten der Migrations- bzw. Asylbehörden könne sich als problematisch erweisen, wenn der Beschuldigte den Behörden gegenüber ihn belastende Angaben gemacht habe. Im Asylverfahren sei der Gesuchsteller nämlich verpflichtet, wahrheitsgemäss auszusagen, weshalb der Beizug dieser Informationen mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz kollidiere. Dies sei damit zu beheben, dass Informationen, welche der

- 16 - Ausländer wegen seiner Mitwirkungspflicht gegenüber den Migrationsbehörden machen müssen, für das Strafverfahren nicht zu seinem Nachteil verwendet werden dürften. Es sei kein Grund erkennbar, warum die strafrechtliche Verwertung von Akten Dritter nach anderen Grundsätzen und Regeln erfolgen können solle als nach strafprozessualen. Würde man das zulassen, würde der Umgehung der Schutzvorschriften der Strafprozessordnung Tür und Tor geöffnet, indem die Strafverfolgungsbehörde durch Auslagerung der Beweissammlung an andere Behörden oder gar an Privatpersonen, die beide nicht an die Vorschriften der Strafprozessordnung gebunden seien, die Einhaltung der strengeren Vorschriften der Strafprozessordnung verhindern könne (Ruckstuhl, a.a.O., in: plädoyer 5/16, S. 121 f.). Generell ist dieser Lehrmeinung entgegenzuhalten, dass der

Gesetzgeber mit der Ausschaffungsinitiative eine Verschärfung der Ausschaffungspraxis im Zusammenhang mit bestimmten Straftaten beabsichtigt hat. Es kann deshalb nicht sein, dass bei der Beurteilung des Härtefalles (und nicht von Schuld oder Unschuld bezüglich der dem Ausländer vorgeworfenen Taten) Tatsachen, welche die Migrations- oder Asylbehörde bei ihrer Beurteilung, ob ein Härtefall vorliegt, verwenden konnten, von den Strafbehörden für die nämliche Frage nicht, oder nicht uneingeschränkt (nämlich nur zugunsten des Beschuldigten) verwendet werden können. In casu ist zudem festzuhalten, dass der Beizug der Asylakten nicht von Amtes wegen erfolgte, sondern auf Gesuch des Verteidigers des Beschuldigten (Urk. 76). Zudem hat sich der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung ausdrücklich mit dem Beizug der Asylakten und der Verwendung seiner dortigen Aussagen einverstanden erklärt (Prot. II S. 13), weshalb der Verwertung seiner vor den Asylbehörden gemachten Aussagen nichts im Wege steht.

E. 3.8

Der Beschuldigte führte im Strafverfahren zu seiner Situation in seinem Heimatland in der ersten Einvernahme am 1. Januar 2017 aus, er habe in Afghanistan Probleme mit den Taliban gehabt. Nachdem er drei Monate in seiner Moshchee 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 (Urk. 4/1 S. 6). In der Einvernahme vom 15. Februar 2017 führte er aus, er habe in Afghanistan et-

- 17 - was lernen wollen, habe dann aber für die Taliban kämpfen müssen, wobei sein Bruder von den Taliban umgebracht worden sei (Urk. 4/3 S. 7). An der Hauptverhandlung im erstinstanzlichen Verfahren am 12. April 2017 führte der Beschuldigte aus, die Taliban hätten seine Schule zerstört, nachdem er diese ca. zwei bis drei Monate besucht habe. Dies sei vor etwa 2 Jahren und 8 Monaten gewesen (Prot. I S. 8). Die Frage, ob man denn in Afghanistan erst mit 16 Jahre in die Schule gehen würde, verneinte er und erklärte, man müsse schon als Kind in die Schule gehen, aber sie hätten keine Schule gehabt, da die Taliban diese zerstört hätten. Der Feststellung, dass er vor 2 Jahren und 8 Monaten aber kein Kind mehr gewesen sei, wich der Beschuldigte aus und gab nochmals an, er habe die Schule (nur) drei bis vier Monate besucht. Die Taliban hätten ihre Schule zerstört (Prot. I S. 9). 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 (Prot. I S. 8 ff.). 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 (Prot. I S. 11). Kurze Zeit später behauptete der Beschuldigte wiederum, diese Kollegen erst hier in der Schweiz kennengelernt zu haben (Prot. I S. 14). 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 abgelehnt habe, damit diese nicht erfahre, dass er im Gefängnis sei (Urk. 4/3 S. 7; Urk. 19/9; Urk. 4/4). An der Hauptverhandlung vor der ersten Instanz führte er 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, er besitze in Afghanistan ein Haus und ein Stück Land (Urk. 4/1 S. 13), während er an der Hauptverhandlung vorbrachte, sein Land, sein Haus und seine Schafe seien von den Taliban beschlagnahmt worden. Diese hätten alles mitgenommen (Prot. I S. 15). Den beigezogenen Asylakten lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigte am 14. Oktober 2015 sein Asylgesuch stellte. Am 20. Oktober 2015 erfolgte

seine erste Befragung (Urk. 88/3). Zur Begründung seines Asylgesuchs führte der Be-

- 18 - schuldigte aus, dass er nie eine Schule besucht habe und landwirtschaftlich als Selbstversorger mit seiner Mutter und seinen Geschwistern lebte. Er habe dann Probleme mit den Taliban gehabt. Er sei drei Monate in der Koranschule gewesen, als die Taliban ihn mitgenommen hätten. Sie hätten ihn drei Tage bei sich behalten, damit er die Bedienung des Gewehrs lerne. Danach hätten sie ihn nach Hause gehen lassen. Seine Mutter sei ganz unglücklich gewesen und habe ihm gesagt, er solle nicht zu den Taliban gehen. Deshalb sei er nicht gegangen. Die Taliban hätten ihn dann aber unter Druck wieder mitgenommen und gesagt, sie würden ihm einen Lohn bezahlen. Seine Mutter hätte die Taliban angefleht, ihn nicht mitzunehmen, aber erfolglos. Er sei beim zweiten Mal zehn Tage bei den Taliban gewesen. Sie hätten ihn "zusammengeschlagen" und er habe mit dem Gewehr "in Stellung gehen" müssen. Sie hätten gewusst, dass er niemanden zuhause habe. Er habe ihnen deshalb gesagt, dass er zuhause nachschauen wolle, ob es etwas zu erledigen gebe. Als er dann nach Hause gegangen sei, habe er zu seiner Mutter gesagt, dass er Angst habe. Sie hätte ihn dann gefragt, was er machen wolle und er habe gesagt, er werde fliehen (Urk. 88/3 S. 7). Bereits beim ersten Nachfragen verstrickte sich der Beschuldigte in Ungereimtheiten: Auf die Frage, wie viel Zeit seit dem Ende der Koranschule und seiner Ausreise verstrichen sei, sagte er "vier oder fünf Tage". Weiter erklärte er, von den Taliban an der Kalaschnikow ausgebildet worden zu sein, konnte auf Nachfrage aber kein einziges Bestandteil dieses Gewehrs benennen (Urk. 88/3 S. 7 f.). Sodann führte er aus, dass er in die Koranschule gegangen sei, weil er nichts zu tun gehabt habe und ihm seine Mutter gesagt habe, er solle etwas lernen gehen. Über seine Zeit bei den Taliban präzisierte er, dass er alleine auf einer erhöhten Stelle habe beobachten sollen, während die Taliban auf der Strasse Autos und Lastwagen kontrollierten. Seine Aufgabe sei es gewesen, zu beobachten, ob Regierungssoldaten kommen. Manchmal sei er aus Angst nicht gegangen. Dann seien zwei oder drei Taliban gekommen und hätten ihn mit dem Gewehrkolben zusammengeslagen. Sie hätten ihn mit Gewalt auf seinen Posten geschickt. Auf dem Posten sei seine Aufgabe gewesen zu rufen, wenn jemand komme. Er sei alleine auf dem Posten gewesen (Urk. 88/3 S. 8). Die Frage, ob er in seinem Heimatstaat jemals irgendwelche Probleme mit irgendeiner Behörde, der Polizei, dem Militär, einer Partei

- 19 - oder sonst einer Organisation gehabt habe, verneinte er (Urk. 88/3 S. 8). Die zweite Anhörung fand am 9. Juni 2017 statt, mithin zwei Monate nach der Verhandlung vor der ersten Instanz im vorliegenden Strafverfahren. In dieser bestätigte er im Wesentlichen seine Ausführungen anlässlich der ersten Anhörung. Neu führte er aus, dass er zunächst zwölf und dann sechs Tage bei den Taliban gewesen sei. Als er zwölf Tage dort gewesen sei, habe man ihn "zusammengeschlagen und gefoltert". Davon habe er Narben. Sie hätten auch auf seine Füße geschlagen, so dass er eine Woche nicht mehr richtig habe laufen können (Urk. 88/7 S. 15). Dies sei bei seinem ersten Aufenthalt bei den Taliban gewesen. Zuhause habe ihn seine Mutter zum Arzt gebracht, welcher die Wunden an den Händen genäht habe, an den Füßen aber nicht. Die Fragen, wie er denn für die Taliban arbeiten können, wenn er gar nicht mehr gehen können, konnte er nur ausweichend beantworten (Urk. 88/7 S. 16). Die Frage, weshalb die Taliban ihn so geschlagen hätten, erklärte er damit, dass sie ihn geschlagen hätten, weil er nicht habe bleiben wollen. Neu soll er auch nicht alleine auf dem Wachtposten gewesen sein, sondern in einer Gruppe von ca. 15 Personen (Urk. 88/7 S. 10 und S. 15). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte der Beschuldigte monotone Aussagen zur Gefahrensituation in Afghanistan. Er wick konkreten

Fragestellungen und Fragen nach Details aus und kam stattdessen immer auf seine Geschichte zurück, die Taliban hätten ihn mitgenommen und gefoltert und seinen Bruder umgebracht (vgl. Prot. II S. 14 ff.). In Abweichung zu seinen bisherigen Aussagen brachte er vor Obergericht erstmals vor, die Taliban hätten gewollt, dass er und sein Bruder für sie kämpfen würden. Sie hätten ihn und seinen Bruder bedroht (Prot. II S. 9). Zudem machte er erstmals konkrete Angaben dazu, wie sein Bruder umgekommen sei. Seine Mutter hätte ihm am Telefon weinend erzählt, dass sie Bomben am Körper seines Bruders festgemacht hätten. Sie wüssten nicht, wohin sie ihn geschickt hätten. Aber er sei explodiert (Prot. II S. 14 f.). In Bezug auf seine Sprachkenntnisse führte der Beschuldigte aus, er verstehe etwas Deutsch, aber nur sehr wenig. Er sei hier nicht zur Schule gegangen, habe aber vom Fernsehen und Bücher lesen ein bisschen Deutsch gelernt (Prot. II S. 12). Diese Aussagen lassen sich weder mit den Ausführungen des Be-

- 20 - schuldigten im Asylverfahren in Einklang bringen, wo der Beschuldigten noch ausführte, er könne nicht lesen und schreiben, er sei Analphabet (Urk. 88/3 S. 4, Urk. 88/7 S. 7 und S. 10), noch mit denjenigen vor Vorinstanz, wo der Beschuldigte erzählte, er habe in der Schweiz einen Deutschkurs besuchen können (Prot. I S. 11 f.).

E. 4

Prüft man im Lichte der vorgenannten Prämissen die persönliche Situation des Beschuldigten, so präsentiert sich dem Gericht ein bald 21-jähriger, gesunder junger Mann, der ledig ist, keine Kinder hat, keine Ausbildung hat, keiner Arbeit nachgeht und sich seit 2015 als Asylbewerber in der Schweiz aufhält. Sein Asylverfahren ist nach wie vor pendent. Die Aussagen des Beschuldigten zu seinem Leben in Afghanistan und den Gründen für eine Flucht in die Schweiz sind sodann vage und teilweise widersprüchlich. Weshalb der Beschuldigte in Afghanistan einer besonderen Gefahr ausgesetzt wäre, ist nicht ersichtlich. Als Analphabet und Kleinstbauer ist er für die Taliban wohl kaum von besonderer Bedeutung. Die Schilderungen seiner "Misshandlungen" während des kurzen Militärdienstes bei der Taliban sind inkohärent, widersprüchlich, aggravierend und deshalb nicht glaubhaft. Sie vermögen den Nachweis nicht zu erbringen, dass der Beschuldigte in seinem Heimatland an Leib und Leben bedroht ist. Nämliches gilt für den angeblichen Tod seines elfjährigen Bruders. Wie, wann und warum dieser ums Leben gekommen sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Zudem soll dies ja lange nach der "Flucht" des Beschuldigten vor den Taliban erfolgt sein. Andere, einen Härtefall begründende Tatsachen wurden vom Beschuldigten nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Warum dem Beschuldigten eine besondere Gefahr für Leib und Leben oder eine unmenschliche Behandlung und Folter in Afghanistan drohen soll, ist nicht ersichtlich. Der Beschuldigte hat sodann – wie bereits vorstehend ausgeführt – keine vertieften Beziehungen zu unserem Land. Das Vorliegen eines Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB ist somit zu verneinen, weshalb auch eine konkrete Interessenabwägung mit den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung des Beschuldigten entbehrlich ist. Nicht zu hören ist schliesslich die Argumentation der Verteidigung, wonach von einer Landesverweisung abzusehen sei, weil die Vorinstanz letztere bei der

- 21 - Strafzumessung nicht berücksichtigt habe. Die Landesverweisung habe einen massiven pönalen Charakter. Damit werde der Beschuldigte unzulässig härter bestraft (Urk. 91 S. 6). War die Verteidigung der Ansicht, die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe sei zu hoch, hätte sie diese anfechten müssen.

E. 5

Was die Dauer der Landesverweisung betrifft ist vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 72 S. 22 f.). Diese hat richtig dargelegt, dass gemäss Art. 66a StGB die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen ist. Die Dauer der Landesverweisung hat dabei verhältnismässig zu sein. Nachdem das Verschulden des Beschuldigten noch als eher leicht qualifiziert worden sei und die auszusprechende Freiheitsstrafe von 10 Monaten sich ebenfalls am unteren Ende des ordentlichen Strafrahmens bewege, sei auch die Landesverweisung am unteren, jedoch nicht untersten Ende der möglichen Dauer anzuordnen. Entsprechend ist die Landesverweisung vorliegend für 6 Jahre auszusprechen.

E. 6

Im Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass kein Härtefall vorliegt, weshalb der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB für die Dauer von sechs Jahren des Landes zu verweisen ist. III. Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS)

1. Die Vorinstanz hat in Dispositivziffer 5 angeordnet, dass die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet wird. Zur Begründung verwies sie auf die am 1. März 2017 in Kraft getretene Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, gemäss welcher Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013) dahingehend geändert worden sei, dass Drittstaatsangehörige nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden können, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliege. Entsprechend sei

- 22 - vom urteilenden Gericht zu prüfen, ob die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS anzuordnen sei oder nicht. 2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten hat diese Ausschreibung ebenfalls angefochten. 3. Gemäss Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens ist eine Landesverweisung für sogenannte 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 einem Jahr bedroht ist, und wenn die betroffene Person über kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat verfügt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4656/2012 vom 24. September 2015, m.w.H.). Die Vorinstanz hat diese Voraussetzungen als erfüllt betrachtet und dies damit begründet, dass Afghanistan kein Mitgliedsstaat des Schengen-Übereinkommens sei, der Beschuldigte auch in keinem anderen Mitgliedsstaat über ein Aufenthaltsrecht verfüge und die Landesverweisung auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruht, die eine Höchststrafe von mehr als einem Jahr aufweise. Während die ersten beiden Schlüsse korrekt sind und zu keinen Bemerkungen Anlass geben, beruht der letzte Schluss auf einer falschen Interpretation des Passus Verurteilung wegen einer Straftat, welche mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr bedroht ist. Entgegen der Vorinstanz muss dieser Passus so gelesen werden, dass die Verurteilung wegen einer Straftat erfolgt, deren abstrakter Strafrahm eine Mindeststrafe (und nicht eine Höchststrafe) von einem Jahr Freiheitsstrafe aufweist. Diese Voraussetzung war beim zitierten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt, nachdem der dortige Beschuldigte u.a. wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt wurde, welche einen abstrakten Strafrahm von 1-20 Jahren Freiheitsstrafe

aufweist. Diese Auslegung drängt sich mit Blick auf den Text der SIS-II-Verordnung (AbI. L 381/4 vom 28. Dezember 2006, in Kraft seit 9. April 2013, vgl. Beschluss des Rates 2013/158/EU vom 7. März 2013 [AbI. L 87/10 vom 27. März 2013]), welche die Voraussetzungen einer SIS-Ausschreibung im Schengenraum regelt, auf. Die Voraussetzungen der SIS-II-VO sind sodann en-

- 23 - ger als die des nationalen Rechts, weshalb eine SIS-Ausschreibung nur unter den genannten Voraussetzungen erfolgen kann (BVGer. C-4656/2012 vom 24. September 2015). Die Absätze 1 und 2 von Art. 24 SIS-II-VO lauten wie folgt: "Die Daten zu Drittstaatenangehörigen, die zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben sind, werden aufgrund einer nationalen Ausschreibung eingegeben, die auf einer Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörden oder Gerichte beruht, wobei Verfahrensregeln des nationalen Rechts zu beachten sind; diese Entscheidung darf nur auf Grundlage einer individuellen Bewertung erfolgen. Rechtsbehelfe gegen diese Entscheidungen richten sich nach den nationalen Rechtsvorschriften (Absatz 1). Eine Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Absatz 1 auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatenangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats darstellt. Dies ist insbesondere der Fall a) bei einem Drittstaatsangehörigen, der in einem Mitgliedsstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist; b) bei einem Drittstaatsangehörigen, gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten begangen hat, oder gegen den konkrete Hinweise bestehen, dass er solche Taten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats plant (Abs. 2)". Vergleicht man die Litterae a und b von Absatz 2 wird klar, dass die SIS-Ausschreibung nur bei schweren Straftaten erfolgt. Würde man eine abstrakte Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe genügen lassen, so wären praktisch alle Straftatbestände erfasst. Das liesse sich kaum mit Littera b der Bestimmung in Einklang bringen. Allerdings kennt das deutsche Strafrecht viel häufiger eine Mindeststrafe von einem Jahr als das Schweizerische (vgl. zum Bsp. die Art. 187 ff. StGB-CH mit Art. 177 StGB-DE). Deshalb erscheint der abstrakte Strafrahmen als wenig taugliches Abgrenzungskriterium. Viel entscheidender erscheint die Höhe der Strafe der konkreten Verurteilung. Diese Problematik muss in casu aber nicht weiter erörtert werden. Der Beschuldigte ist vorliegend zu einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr verurteilt worden, die Schändung gemäss Art. 191 StGB sieht keine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vor und der Beschuldigte steht auch nicht im Verdacht, eine schwere Straftat in einem Land des Schengenraumes verübt zu haben oder zu planen. Damit sind die Vo-

- 24 - raussetzungen für eine SIS-Ausschreibung jedenfalls nicht gegeben und diese hat vorliegend zu unterbleiben. IV. Kostenfolgen Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Hauptantrag (Verzicht auf Anordnung einer Landesverweisung). Im Nebenpunkt (Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem) obsiegt der Beschuldigte. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, dem Beschuldigten im Umfang von zwei Dritteln aufzulegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Betrag von Fr. 3'130.– inkl. Mehrwertsteuer (Urk. 92) und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin im Betrag von Fr. 450.– inkl. Mehrwertsteuer (Urk. 89) sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt deren Rückforderung im Umfang

von ebenfalls zwei Dritteln gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO. Es wird beschlossen:

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