

# ZH\_OBERGERICHT SB210609 vom 9. Januar 2023

ZH Obergericht, 2023-01-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210609](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210609)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210609 du 9 janvier 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210609 del 9 gennaio 2023

## Erwägungen

### E. 1

September 2021 abwies (Urk. 28; Urk. 32).

- 5 -

### E. 1.1

Die Staatsanwaltschaft beantragte aufgrund des angeklagten Raubs erstinstanzlich die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung (Urk. 23 S. 8; Urk. 34 S. 13). Die Vorinstanz würdigte diesen Anklagepunkt in rechtlicher Hinsicht jedoch als Diebstahl. In der Folge sprach sie den Beschuldigten unter anderem des mehrfachen Diebstahls, der einfachen Körperverletzung und der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte schuldig und ordnete eine fakultative Landesverweisung gemäss Art. 66abis StGB von 7 Jahren sowie die Ausschreibung im Schengener Informationssystem an (Urk. 52 S. 39 f.).

### E. 1.2

Die appellierende Verteidigung wendete dagegen zusammengefasst ein, die Anordnung einer (fakultativen) Landesverweisung erweise sich als unverhältnismässig. Der Beschuldigte sei Opfer von Menschenhandel geworden, weshalb er habe delinquirieren müssen. Er trage von der erlittenen Gewalt in den Fängen der Menschenhändler tiefe seelische Wunden davon. Vor diesem Hintergrund seien seine privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz schwer zu gewichten. Fer-

- 9 - ner seien beim Beschuldigten Vollzugshindernisse zu beachten. So habe der junge Beschuldigte bei einer Rückkehr nach Algerien keinerlei Schutz vor erneuter Ausbeutung und Gewaltandrohung durch Menschenhändler. Seine Landesverweisung würde damit gegen zwingendes Völkerrecht, namentlich das Refoulement-Verbot (Art. 3 und Art. 4 EMRK) verstossen. Auch kämen dem Beschuldigten – als Opfer von Menschenhandel – verschiedene Rechte aus dem Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels zu (Urk. 125 S. 14 ff.). Die Staatsanwaltschaft beantragte die Bestätigung der vorinstanzlich ausgesprochenen Landesverweisung (Urk. 60). 2. Gemäss Art. 66abis StGB kann das Gericht einen Ausländer für 3-15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das keine Katalogtat gemäss Art. 66a StGB darstellt, zu einer Strafe verurteilt wird. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen von Art. 66abis StGB zutreffend dargelegt (Urk. 52 S. 34). Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden.

### E. 1.3

Nach Zustellung des begründeten Entscheids reichte der vormalige amtliche Verteidiger am 8. Dezember 2021 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 51; Urk. 55). Nachdem den Parteien Frist angesetzt worden war, um Anschlussberufung zu erheben, verzichtete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom

#### **E. 1.4**

Am 15. März 2022 hiess die Verfahrensleitung des hiesigen Gerichts so- dann das Haftentlassungsgesuch des Beschuldigten gut und ordnete die Entlas- sung aus dem vorzeitigen Strafvollzug per 7. April 2022 zuhanden der Migrations- behörden an (Urk. 75-77; Urk. 88).

- 6 -

#### **E. 1.5**

Am 22. März 2022 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung vom 25. Mai 2022 vorgeladen, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seiner amt- lichen Verteidigerin erschienen ist (Urk. 91; Prot. II S. 12). Auf Antrag und im Einverständnis mit der Verteidigung wurde das Verfahren nach Durchführung der persönlichen Befragung des Beschuldigten bis zum Vorliegen des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts im parallel geführten Asylverfahren sistiert (Urk. 112; Urk. 115; Prot. II S. 13 ff.).

#### **E. 1.6**

Am 19. Juli 2022 erging das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in genannter Sache (Urk. 117). Mit Präsidialverfügung vom 2. September 2022 wur- de sodann dem Beschuldigten Gelegenheit eingeräumt, die Berufung schriftlich zu begründen und letztmals Beweisanträge zu stellen (Urk. 120). Die Berufungs- anträge sowie deren Begründung wurden am 2. November 2022 vom Beschuldig- ten innert Frist erstattet (Urk. 125). Die Staatsanwaltschaft ihrerseits verzichtete mit der Eingabe vom 23. November 2022 auf eine Stellungnahme sowie auf das Stellen von Beweisanträgen (Urk. 130). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif (zum Antrag auf Sistierung des Verfahrens vgl. nachfolgend Ziffer 3). 2. Umfang der Berufung 2.1. Gemäss den Anträgen der Parteien sind im Berufungsverfahren nicht an- gefochten Dispositiv-Ziffern 1 bis 7 und 10 bis 14 (Urk. 60; Urk. 64; Urk. 125; Urk. 130). Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO). Die Berufung des Beschuldigten richtet sich noch einzig gegen die angeordnete Landesverweisung sowie deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Dispositiv-Ziffern 8 und 9). Nachdem der Beschuldigte als einzige Partei Berufung führt, steht die Überprüfung des ange- fochtenen Urteils unter dem Vorbehalt des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO). 2.2. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen respektive jedes einzelne Vorbringen widerlegen muss. Die Berufungsinstanz kann sich auf die für

- 7 - ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253; BGer 1B\_242/2020 vom 2. September 2020 E. 2.2.).

#### **E. 3**

Antrag auf Sistierung des Verfahrens

##### **E. 3.1**

Die per 15. März 2022 bestellte amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin Dr. iur. X1.\_\_\_\_ (Urk. 86), machte für ihre Aufwendungen im Be- rufungsverfahren mit der Honorarnote vom 17. Mai 2022 Fr. 3'728.60 (Urk. 106) und mit der Honorarnote vom 24. Mai 2022 (Poststempel 2. November 2022; Urk. 127/10) Fr. 10'286.30, insgesamt Fr. 14'014.90 (inkl. Barauslagen und MwSt.), geltend. Diese Honorarforderung erscheint überhöht. Die amtliche Vertei- digung stellte beispielsweise alleine zur Erstellung der

Berufungsbegründung vom 2. November 2022 (Urk. 125) 20.5 Std. in Rechnung (Urk. 127/10). Ebenfalls fallen zusätzlich über 10 Std. Aktenstudium auf. Dieser Aufwand ist dem Verfahren nicht angemessen, zumal sich die Berufung noch einzig gegen die angeordnete Landesverweisung richtet.

### **E. 3.2**

Gemäss § 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV beträgt die Grundgebühr für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrags und

- 12 - Teilnahme an der Hauptverhandlung vor den Bezirksgerichten in der Regel Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.–. Gemäss § 18 Abs. 1 AnwGebV wird die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen.

### **E. 3.3**

Die geltend gemachte Honorarforderung, die sich in der Mitte des Gebührenrahmens bewegt, ist zu kürzen und es ist – angesichts des betriebenen Aufwands und der Wichtigkeit des Falles – eine Pauschale im unteren Bereich des genannten Gebührenrahmens festzusetzen. Eine pauschale Entschädigung für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 7'681.10 (inkl. Fr. 131.95 Auslagen und Fr. 549.15 MwSt.) erscheint vorliegend angemessen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 7. September 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte hat sich wie folgt schuldig gemacht: – mehrfacher Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB (Dossier 1, 2, 6 und 7) – einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB (Dossier 5) – Gehilfenschaft zu Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB (Dossier 4) – Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB (Dossier 3) – rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 5 lit. a AIG (Dossier 8) 2. Der Beschuldigte wird im folgenden Punkt freigesprochen: – Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB (Dossier 1) 3. Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt vom 12. Juli 2020 gewährte bedingte Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 60 Tagen (abzüglich 2 Tage erstandene Haft) wird widerrufen.

- 13 -

### **E. 3.4**

Wie bereits oben ausgeführt, ist das hiesige Gericht zwar nicht an den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gebunden, darf diesen aber auch nicht einfach kommentarlos übergehen (BGer a.a.O.). Nach den einlässlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts liegen sodann auch hinreichend Anhaltspunkte vor, wonach der Beschuldigte ein Opfer von Menschenhandel geworden ist (vgl. Urk. 117 S. 25 ff.). Dieser Umstand hat vorliegend bei der Interessenabwägung eine gewichtige Rolle zu spielen, weil damit dem Beschuldigten gewisse Bleiberechte gestützt auf das Völkerrecht zukommen. So etwa Art. 14 Abs. 1 des Übereinkommens vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels (SR 0.311.543; ÜBM), welcher dem Opfer einen gewissen Schutz gewährt und die Verfügbarkeit des Opfers für die Strafuntersuchung sicherstellt (vgl. BGE 145 I 308 E. 3.4.2 und BGer 2C\_483/2021 vom 14. Dezember 2021

E. 4.3). Ebenfalls ist das Non-refoulement-Gebot (Art. 25 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 1 AsylG; Art. 33 der Flüchtlingskonvention, [FK; SR 0.142.30]; Art. 3 des UN-

- 11 - Übereinkommen gegen Folter [SR 0.105]) zu beachten, welches verhindert, dass dem Beschuldigte in Algerien erneut Gefahr durch die Menschenhändler droht.

### **E. 3.5**

Nach dem Gesagten liegen nach jetziger Aktenlage genügend Umstände vor, die einer Landesverweisung des Beschuldigten und dessen Rückkehr nach Algerien entgegenstehen. Im Ergebnis ist deshalb von einer fakultativen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a bis StGB abzusehen. Damit wird auch eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem hinfällig. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seinem (Haupt-)Antrag auf Aufhebung der Landesverweisung sowie der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem. Ausgangsgemäss sind daher die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Der vormalige amtliche Verteidiger des Beschuldigten wurde im Berufungsverfahren bereits mit insgesamt Fr. 802.25 entschädigt (Urk. 86).

### **E. 4**

Der mit Strafbefehl des Ministère public du canton de Neuchâtel vom 8. August 2020 gewährte bedingte Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 180 Tagen (abzüglich 2 Tage erstandene Haft) wird widerrufen.

#### **E. 4.1**

Eventualiter beantragte die Verteidigung, der Beschuldigte sei als Menschenhandelsopfer zu identifizieren. Als Begründung brachte sie vor, gestützt auf die EMRK sei es Aufgabe jeder staatlichen Stelle, die von einem mutmasslichen Menschenhandelssachverhalt Kenntnis erhalte, diesen zu untersuchen. Die Behörden seien bei Verdacht auf Menschenhandel sodann verpflichtet, die be-

- 8 - troffene Person von Amtes wegen als Menschenhandelsopfer zu identifizieren (Urk. 125 S. 6 f.). Auch zu diesem Antrag äusserte sich die Staatsanwaltschaft nicht (Urk. 130).

#### **E. 4.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung erwogen, der Beschuldigte habe nachvollziehbar – weil er Opfer von Menschenhändlern geworden sei –, seine wahre Identität verschwiegen. Damit hat es den Entscheid an das SEM zur pflichtgemässen Sachverhaltsabklärung und Ermessensabwägung sowie ernsthaften Prüfung eines Selbsteintrittes aus humanitären Gründen zur Neu Beurteilung zurückgewiesen (Urk. 117 S. 25 ff.). Es wird damit – wie dies im Übrigen die Verteidigung auch selber erwähnte (Urk. 125 S. 6) – dem SEM obliegen, sich weiter mit der Frage einer Menschenhandelsopfer-Identifikation auseinanderzusetzen. Der heutige Entscheid fällt im Sinne des Beschuldigten aus (in dem von einer Landesverweisung abgesehen wird). Mit Blick auf den Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ergibt sich somit für das hiesige Gericht keine Veranlassung, sich (auch noch) antragsgemäss zu äussern. II. Landesverweisung

### **E. 5**

Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 7. September 2020 gewährte bedingte Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 60 Tagen (abzüglich 2 Tage erstandene Haft) wird widerrufen.

**E. 6**

Der Beschuldigte wird unter Einbezug der unter Ziff. 3 bis 5 widerrufenen Strafen be-  
straft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, dies teilweise im Zusatz zum Strafbefehl  
der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 7. September 2020. Die bis anhin  
erstandene Haft von 273 Tagen wird angerechnet.

**E. 7**

Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen. 8.-9. (...)

**E. 10**

Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom

**E. 14**

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Be-  
schuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidi-  
gung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der  
Gerichtskasse übernommen werden.

**E. 15**

(Mitteilungen.)

**E. 16**

(Rechtsmittel.)" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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