Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 680/2018

Urteil vom 19. September 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Adrian Blättler,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Landesverweisung (Art. 66a StGB),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 18. April 2018 (SB170488-O/U/jv).

Sachverhalt:

A.
Das Obergericht des Kantons Zürich stellte auf Berufung des Dominikaners X._____ am 18. April 2018 die Rechtskraft des vom Bezirksgericht Zürich am 28. September 2017 ausgefällten Schuldspruchs gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG fest. Es bestrafte ihn mit 14 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 96 Tage durch Haft erstanden sind) und schob den Vollzug mit einer Probezeit von zwei Jahren auf.
Es verwies ihn im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes (Ziff. 3 des Dispositivs) und sah von der Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem ab.

B.
X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, Ziff. 3 des Dispositivs aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter Ziff. 3 des Dispositivs aufzuheben und von einer Landesverweisung abzusehen; subeventualiter die Landesverweisung nach Art. 66d StGB aufzuschieben; ferner ihm die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) zu gewähren.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer trägt vor, er habe Wohnsitz und eine Niederlassungsbewilligung in Spanien. Seit dem 16. September 2012 sei er mit seiner langjährigen Lebenspartnerin verheiratet. Diese habe Wohnsitz und Niederlassungsbewilligung in Zürich. Sie hätten vier gemeinsame Kinder, von denen zwei in der Dominikanischen Republik und zwei in der Schweiz lebten. Die jüngste, im Oktober 2003 geborene Tochter gehe in Zürich zur Schule und besitze das Schweizer Bürgerrecht. Diese Tochter sei gehörbehindert. Er suche, möglichst viel Zeit in der Schweiz zu verbringen. Dann

sei er für die Tochter und den Haushalt zuständig. Diese Tatsachen seien von den Vorinstanzen erörtert und grösstenteils auch bewiesen worden. Aus dem Urteil ergebe sich aber nicht explizit, dass die Vorinstanz das Bürgerrecht der minderjährigen Tochter anerkenne (mit Hinweis auf Urteil S. 13, Ziff. 10.4). Insofern sei die Sachverhaltsfeststellung unvollständig und die Sache zur Vervollständigung der Sache zurückzuweisen.
Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer mache geltend, Art. 8 EMRK würde einer Landesverweisung entgegenstehen, denn die (jüngste) Tochter sei Schweizer Bürgerin, habe hier die ganze Schulzeit absolviert und ein Wechsel ins Ausland wäre höchst problematisch (Urteil S. 13, Ziff. 10.4). Dies stellt die Vorinstanz nicht in Abrede. Sie anerkennt damit, dass die jüngste Tochter Schweizerin ist. Der Sachverhalt ist nicht unvollständig festgestellt. Sie führt aber aus, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Anwesenheit aus Art. 8 EMRK begründen könne, habe die Erstinstanz zutreffend geäussert; darauf sei zu verweisen. Nach der Erstinstanz umfasst Art. 8 EMRK nicht das Recht, das Familienleben am Aufenthaltsort eines beliebigen Familienmitglieds leben zu können (BGE 126 II 335 E. 3a S. 342). Sein Lebensmittelpunkt liege in Spanien, wo er arbeitstätig sei, und klar nicht in der Schweiz (erstinstanzliches Urteil S. 14).

1.2. Die Vorinstanz stellt weiter fest, die Verteidigung mache zu Recht nicht mehr geltend, es liege ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor. Der Beschwerdeführer sei erst im Jahre 2002 im Alter von ca. 44 Jahren in die Schweiz gekommen. Bereits im Jahre 2005 sei ihm infolge einer tätlichen Auseinandersetzung die B-Bewilligung entzogen worden. Er habe seit 13 Jahren gar keine Aufenthaltsbewilligung mehr in der Schweiz. Er sei mit einer Ausländerin mit Aufenthaltsbewilligung B verheiratet. Zwei der gemeinsamen Kinder lebten in der Dominikanischen Republik und zwei in der Schweiz. Nur das jüngere Kind sei noch unmündig, jedoch schon 15 Jahre alt. Seine Behauptung, seine Anwesenheit zur Betreuung dieser Tochter sei notwendig, sei schlicht aktenwidrig (Urteil S. 12). Er lebe abwechselnd in Santo Domingo, in der Schweiz und in Spanien. In die Schweiz komme er als "Tourist". Die Erstinstanz habe richtig erwogen, dass kein Härtefall vorliege, kein Anspruch aus Art. 8 EMRK bestehe und keine Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 66d StGB einer Landesverweisung und Ausschaffung entgegen stünden.

1.3. Der Beschwerdeführer wendet ein, die Landesverweisung widerspreche Art. 8 EMRK. Er habe zwar kein ständiges Aufenthaltsrecht, der durch die EMRK garantierte Schutz des Familienlebens sei aber nicht vereinbar mit dem 5-jährigen Verbot, die Schweiz zu betreten, wo insbesondere die noch schulpflichtige Tochter lebe. Dieser könne nicht zugemutet werden, ihren Lebensmittelpunkt nur wegen der Landesverweisung ihres Vaters in das Ausland zu verlegen. Die Vorinstanz habe sich mit diesem Argument nicht auseinandergesetzt und damit das rechtliche Gehör verletzt. Das Vorbringen ist unbegründet.

1.4. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht den Ausländer, der wegen einer im Gesetz aufgezählten Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre des Landes. Widerhandlungen gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG bilden eine solche Katalogtat (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB), für die das Gesetz die obligatorische Landesverweisung vorsieht. Ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB liegt unbestritten nicht vor.
Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Sie hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Das entsprechende, in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltemassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12). Der Anspruch gilt im Übrigen nicht absolut: Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46).
Nach der Praxis des EGMR überwiegt bei Betäubungsmitteldelikten regelmässig das öffentliche Interesse an der Beendigung eines Aufenthalts, falls keine besonderen persönlichen oder familiären Bindungen im Aufenthaltsstaat bestehen (BGE 139 I 16 E. 2.2.2 S. 20). Bei Straftaten von Ausländern gegen das BetmG hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets rigoros gezeigt ("sempre mostrato particolarmente rigoroso"); diese Strenge bekräftigt der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB (Urteil 6B 371/2018 vom 21. August 2018 E. 3.3). Die Erfüllung des Tatbestands

des "Drogenhandels" führt von Verfassungs wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV).

1.5. In casu lässt sich aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen nicht behaupten, der Beschwerdeführer verfüge über hinreichend starke persönliche oder familiäre Bindungen, die unter dem Titel des "Privatlebens" oder des "Familienlebens" nachhaltig betroffen würden (BGE 139 I 16 E. 5.2.2 S. 30; 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f.). Er hat seit 13 Jahren gar keine Aufenthaltsbewilligung mehr in der Schweiz und hält sich hier gleichsam zeitweise als Tourist auf. Sein Lebensmittelpunkt liegt in Spanien. Es lässt sich daher auch nicht annehmen, dass zwischen ihm und seinem Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in welches er vermutlich auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte (BGE 142 II 35 E. 6.2 S. 47). Eine normale familiäre und emotionale Beziehung reicht nicht aus, um einen Aufenthaltsanspruch zu begründen (BGE 144 II 1 E. 6.6 S. 15). Ginge es um eine Bewilligung einzig zur Erleichterung des Besuchsrechts, so wäre mit noch grösserer Zurückhaltung auf eine Pflicht zu schliessen, ihm eine Bewilligung zu erteilen (BGE 142 II 35 E. 6.2 S. 47). Ferner sind Kurzbesuche grundsätzlich bewilligungsfähig (Urteil 2C 338/2018 vom 23. August 2018 E. 2.4).
In casu handelt es sich um eine von Gesetzes wegen obligatorische strafrechtliche Ausweisung eines Ausländers ohne Aufenthaltsbewilligung und ohne "enge Beziehung" (vgl. oben E. 1.2) zu einer 15-jährigen Tochter, die von ihrer Mutter mit Aufenthaltsbewilligung B wie bis anhin betreut und umsorgt wird. Der Beschwerdeführer hielt sich ohne Bewilligung in der Schweiz auf und beging entgegen seiner Behauptung nicht eine blosse Aufbewahrungshandlung (erstinstanzliches Protokoll S. 14 f.) im Umfang von 66,8 g Kokaingemisch mit 44 g reinem Kokain; die Vorinstanz stellt vielmehr fest, nachdem er sich zum portionenweisen Verkauf entschieden hatte, habe er die Stellung eines selbständigen Händlers innegehabt und nicht am unteren Ende einer Organisations-Hierarchie figuriert (Urteil S. 7).

1.6. Die Landesverweisung verletzt kein Bundesrecht, und zwar umso weniger als die Vorinstanz (sachlich in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips) von einer Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) absieht und damit seiner persönlichen Situation nachhaltig Rechnung trägt. Der Beschwerdeführer kann sich nicht auf das Kriterium des "Familienlebens" berufen; sein Lebensmittelpunkt liegt in Spanien, und dass seine Anwesenheit zur Betreuung der Tochter notwendig wäre, bezeichnet die Vorinstanz als schlicht aktenwidrig (oben E. 1.2). Ein Anspruch unter dem Titel "Privatleben" ist ebenso zu verneinen; er unterhält keine intensiven beruflichen oder sozialen Beziehungen in der Schweiz (vgl. Urteil 6B 706/2018 vom 7. August 2018 E. 2.2).

1.7. Die Landesverweisung kann nur unbedingt ausgesprochen werden (CARLO BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, N. 2 vor Art. 66a StGB). Gemäss Art. 66d StGB kann der Vollzug aufgeschoben werden. Der Beschwerdeführer ist weder ein anerkannter Flüchtling noch stehen der Ausweisung zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegen. Er kann sich nicht auf Art. 66d StGB berufen.

2.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG; dazu BGE 142 III 138 E. 5.1 S. 139 f.). Der Beschwerdeführer erscheint als mittellos (auch Urteil S. 14 f.). Praxisgemäss sind daher die Gerichtskosten herabzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.
Dem Beschwerdeführer werden die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. September 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw