Urteilskopf

146 IV 311

33. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1031/2019 vom 1. September 2020

Regeste (de):

Art. 2 Abs. 1, Art. 49 Abs. 2 und Art. 66a sowie Art. 66b StGB; strafrechtliches Rückwirkungsverbot in Bezug auf die neuen Bestimmungen über die Landesverweisung; Wiederholungsfall; retrospektive Konkurrenz bei Landesverweisung.

Das Strafgericht kann die Landesverweisung erst dann anordnen, wenn der Täter die Anlasstat nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung begangen hat. Das Rückwirkungsverbot gilt grundsätzlich auch für Massnahmen (E. 3.2.2).

Ein Wiederholungsfall nach Art. 66b StGB ist ab der Rechtskraft des Urteils bis zum Ablauf der Dauer der Landesverweisung sowie nach dem Ablauf der Dauer einer ersten Landesverweisung möglich (E. 3.5.1).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Zusammentreffen zweier altrechtlicher Landesverweisungen sind diese nicht kumulativ, sondern nach dem Absorptionsprinzip zu vollziehen (E. 3.6.1). Das Bundesgericht berücksichtigt die Rechtsprechung zu aArt. 55 StGB unter dem Titel von Art. 66a StGB (E. 3.6.2). Die heutige Landesverweisung ist als Institut des Strafrechts und nach der Intention des Gesetzgebers primär als sichernde Massnahme zu verstehen. Somit steht weiterhin nicht der Straf- sondern vielmehr der Massnahmecharakter im Vordergrund. Es besteht kein Anlass, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Zusammentreffen zweier altrechtlicher Landesverweisungen gemäss BGE 117 IV 229 abzuweichen. Demnach gelangt nicht das Kumulations- sondern das Absorptionsprinzip zur Anwendung. Das heisst, dass die im Zeitpunkt des neuen Urteils weniger lange dauernde in der längeren Landesverweisung aufgeht (E. 3.7).

Regeste (fr):

Art. 2 al. 1, art. 49 al. 2 et art. 66a ainsi qu'art. 66b CP; non-rétroactivité des nouvelles dispositions pénales régissant l'expulsion; récidive; concours rétrospectif en cas d'expulsion.

Le tribunal pénal ne peut prononcer l'expulsion que si l'auteur a commis l'infraction déterminante après l'entrée en vigueur des nouvelles normes sur l'expulsion. La non-rétroactivité prévaut, en principe, aussi pour les mesures (consid. 3.2.2).

Une récidive au sens de l'art. 66b CP est possible dès l'entrée en force du jugement et non seulement pendant mais même après la fin de la durée d'une précédente expulsion (consid. 3.5.1).

Conformément à la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral sous l'empire de l'ancien droit, en cas de concours de deux expulsions, ces mesures ne doivent pas être exécutées cumulativement mais suivant le principe de l'absorption (consid. 3.6.1). Le Tribunal fédéral applique, dans le domaine de l'art. 66a CP, les mêmes principes que ceux développés pour l'ancien art. 55 CP (consid. 3.6.2). L'expulsion actuelle doit, en tant qu'institution du droit pénal et conformément à l'intention du législateur, être appréhendée d'abord comme une mesure de sûreté. C'est ainsi la mesure plus que la sanction qui se trouve au premier plan. Il n'y a pas de raison de s'écarter des principes posés dans l' ATF 117 IV 229 en cas de concours entre deux expulsions selon l'ancien droit. Ce n'est donc pas le cumul, mais l'absorption qui s'impose. Au moment du nouveau jugement, l'expulsion de moindre durée est incluse dans la plus longue (consid. 3.7).

Regesto (it):

Art. 2 cpv. 1, art. 49 cpv. 2 e art. 66a nonché art. 66b CP; divieto penale della retroattività con riferimento alle nuove disposizioni sull'espulsione; recidiva; concorso retrospettivo in caso di espulsione.

Il giudice penale può pronunciare l'espulsione solo se l'autore ha commesso il reato che la giustifica dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni sull'espulsione. In linea di massima il divieto della retroattività vale anche in materia di misure (consid. 3.2.2).

Una recidiva secondo l'art. 66b CP è possibile a partire dal passaggio in giudicato della sentenza fino alla fine della durata di una precedente espulsione e anche oltre il suo termine (consid. 3.5.1).

Secondo la giurisprudenza resa dal Tribunale federale sotto l'egida del previgente diritto, in caso di concorso di due espulsioni, la loro esecuzione non avviene in modo cumulativo, ma in base al principio dell'assorbimento (consid. 3.6.1). Nell'ambito dell'art. 66a CP il Tribunale federale tiene conto della prassi relativa al vecchio art. 55 CP (consid. 3.6.2). In quanto istituto del diritto penale e conformemente all'intento del legislatore, l'attuale espulsione dev'essere intesa innanzitutto come una misura di sicurezza. Ancora oggi il carattere preponderante non è dunque quello di una pena, ma piuttosto quello di una misura. Non vi sono ragioni per scostarsi dalla giurisprudenza di cui alla DTF 117 IV 229 relativa al concorso di due espulsioni del previgente diritto. È quindi il principio dell'assorbimento e non quello del cumulo che trova applicazione. Ciò significa che, al momento della nuova sentenza, l'espulsione di minor durata è assorbita da quella più lunga (consid. 3.7).

Sachverhalt ab Seite 312

BGE 146 IV 311 S. 312

A. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte A. am 19. Juli 2018 wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) in verschiedenen Anklagepunkten, wegen Widerhandlung gegen das Waffengesetz sowie wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Freiheitsstrafe von 5 ¼ Jahren und zu einer Busse von Fr. 1'500.-. Vom Vorwurf der
BGE 146 IV 311 S. 313

qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG sowie vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Waffengesetz betreffend Soft-Air-Pistole sprach es ihn frei. Es verzichtete auf den Widerruf der mit Strafbefehl des Untersuchungsamts Gossau/SG vom 27. Januar 2017 ausgefällten bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 100.-. Das Bezirksgericht verwies A. für 6 Jahre des Landes. Den Antrag betreffend Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) wies es ab. A. erhob gegen dieses Urteil Berufung.
B. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach A. mit Urteil vom 3. Juni 2019 der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG schuldig. Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Waffengesetz sprach es ihn frei. Der Schuldspruch wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, die Freisprüche vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG und vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Waffengesetz betreffend Soft-Air-Pistole sowie die Abweisung des Antrags betreffend Ausschreibung im SIS erwuchsen unangefochten in Rechtskraft. Das Obergericht bestrafte A. mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 8 Monaten, als Zusatzstrafe zum Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 5. März 2019 und mit einer Busse von Fr. 1'500.-. Es nahm davon Vormerk, dass die mit Strafbefehl des Untersuchungsamts Gossau/SG vom 27. Januar 2017 ausgefällte bedingte Geldstrafe mit Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 5. März 2019 rechtskräftig widerrufen worden sei. Schliesslich verwies es A. ebenfalls für 6 Jahre des Landes. Das Obergericht hält bezüglich der vorliegend noch relevanten Anklagepunkte zusammengefasst für erwiesen, dass sich A. am 8. April 2016 um ca. 22.30 Uhr in seiner Pizzeria mit B. getroffen und das bevorstehende Kokaingeschäft (Kauf von ca. 500 g Kokaingemisch) besprochen habe. Er habe ca. Anfang Mai 2016 zum Zweck des Weiterverkaufs an Dritte ca. 1 kg Kokaingemisch (etwa 690 g Reinsubstanz) an B. verkauft. Am 22. Mai 2016 habe er sich zu ihm an dessen Logisort begeben, um die offenen Schulden für die vorerwähnten Betäubungsmittel einzuziehen. Weiter habe A. am 22. Juni 2016 von C. und D. in seiner Pizzeria zum Zwecke des Weiterverkaufs an Dritte etwa 1 kg Kokaingemisch (ca. 810 g Reinsubstanz) übernommen bzw.

gekauft. Die beiden Verkäufer hätten das Kokain zuvor in Zürich geholt, um es gemeinsam nach U. zu transportieren. Das gelieferte Kokain habe aus einer durch C. und B. zuvor in Holland organisierten und am 14. Juni 2016 in die Schweiz eingeführten
BGE 146 IV 311 S. 314

Lieferung von ca. 4 kg Kokaingemisch (etwa 3,240 kg Reinsubstanz) gestammt. Sodann habe A. am 23. Juni 2016 bei C. 500 g Kokain bestellt. Letzterer sei mit D. von Zürich nach U. gefahren. C. habe A. in dessen Pizzeria zum Zwecke des Weiterverkaufs an Dritte ca. 500 g Kokaingemisch zum Preis von EUR 17'000.- übergeben bzw. verkauft. Auch dieses Kokain sei aus der vorerwähnten Einfuhr aus Holland. Am 24. Juni 2016 habe A. in seiner Pizzeria zum Zwecke des Weiterverkaufs an Dritte von C. und D. etwa 1 kg Kokaingemisch übernommen bzw. gekauft. Schliesslich habe er zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt von einer nicht näher bekannten Person zum Zwecke des Weiterverkaufs an Dritte ca. 500 g Kokaingemisch (etwa 455 g Reinsubstanz) erworben, wofür er eine Anzahlung von Fr. 6'000.- geleistet habe. A. habe die Betäubungsmittel an seinem Wohnort oder in dem von ihm benutzten Personenwagen aufbewahrt. Anlässlich der Hausdurchsuchung am 6. April 2017 konnten noch insgesamt 410.2 g Kokaingemisch (374.8 g Reinsubstanz) sichergestellt werden.
C. A. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, er sei vom Vorwurf des Drogenhandels von Schuld und Strafe freizusprechen und mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten als Zusatzstrafe zum Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 5. März 2019 zu bestrafen. Eventualiter sei er zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten als Zusatzstrafe zum vorerwähnten Urteil zu verurteilen. Von einer Landesverweisung sei abzusehen. Eventualiter sei er für ein Jahr des Landes zu verweisen, als Zusatzlandesverweisung zum Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 5. März 2019.

D. Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichten auf eine Vernehmlassung. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht bei der Anordnung der Landesverweisung geltend, Art. 49 Abs. 2 und Art. 66a StGB seien verletzt. Die Drogenverkäufe etc. hätten sich vor Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Oktober 2016 abgespielt. Weil die bei ihm gefundenen Betäubungsmittel ebenfalls davor erworben worden seien, sei Art. 66a StGB nicht anwendbar. Von einer Landesverweisung sei daher abzusehen. Das Kreisgericht St. Gallen verweise ihn mit Urteil vom

BGE 146 IV 311 S. 315

5. März 2019 für die Dauer von fünf Jahren des Landes. Die Vorinstanz spreche ihre sechsjährige Landesverweisung kumulativ dazu aus, obwohl sie in analoger Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzlandesverweisung von einem Jahr hätte aussprechen müssen.
3.2

3.2.1 Die Vorinstanz verweist bei der Anordnung der Landesverweisung vollumfänglich auf die Erwägungen der ersten Instanz. Diese hält im Wesentlichen fest, indem der Beschwerdeführer 350 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von über 90 % (Reinsubstanz fast 320 Gramm) aufbewahrt habe, habe er eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (SR 812.121) begangen. Art. 66a StGB sei anwendbar, weil das Aufbewahren der im August 2016 erlangten Drogen nicht Ende September 2016 ein Ende genommen, sondern bis zur Verhaftung des Beschwerdeführers im April 2017 fortgedauert habe.
3.2.2 Die neuen Bestimmungen über die Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB) sind am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten (AS 2016 2329). Es wurden keine besonderen Übergangsregeln vorgesehen (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Auschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer] [nachfolgend: Botschaft], BBl 2013 5975 ff., 6011). Gemäss Art. 2 Abs. 1 StGB wird nach dem Strafgesetzbuch beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Aufgrund des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots sind die neuen Bestimmungen über die Landesverweisung intertemporalrechtlich nur anwendbar, wenn das auslösende Delikt nach dem 1. Oktober 2016 begangen wurde (Urteil 6B_1043/2017 vom 14. August 2018 E. 3.1.2 mit

Hinweis; gl. M. ZURBRUGG/HRUSCHKA, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 61 vor Art. 66a-66d StGB; DUPUIS UND ANDERE, CP, Code pénal, 2. Aufl. 2017, N. 18 zu Vorbemerkungen zu den Art. 66a bis 66d StGB), d.h. das Strafgericht kann die Landesverweisung erst dann anordnen, wenn der Täter die Anlasstat nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung begangen hat. Das Rückwirkungsverbot gilt grundsätzlich auch für Massnahmen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 6011).
3.2.3 Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet. Der Beschwerdeführer wurde der qualifizierten Widerhandlung gegen
BGE 146 IV 311 S. 316

das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen, weil er ab August 2016 bis zum 6. April 2017 350 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von über 90 % (Reinsubstanz fast 320 Gramm) aufbewahrt hat. Vorliegend sind die neuen Bestimmungen über die Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB) daher grundsätzlich anwendbar. Der Einwand, es sei von einer Landesverweisung abzusehen, weil der Erwerb dieser Betäubungsmittel vor dem 1. Oktober 2016 erfolgt sei, ist unbehelflich. Der Beschwerdeführer wird nicht wegen des Erwerbs sondern wegen des Aufbewahrens von Betäubungsmiteln schuldig gesprochen. Entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes "verweist" das Gericht den Ausländer "unabhängig" von der Höhe der Strafe aus der Schweiz. Eine Mindeststrafe sieht das Gesetz nicht vor (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 171 mit Hinweis). Insofern ist es unerheblich, dass vorliegend unklar ist (vgl. nicht publ. E. 2.5), welcher Strafanteil auf die vorerwähnte Anlasstat entfällt (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 6030).
3.3 Die Vorinstanz erwägt, es stelle sich die Frage, wie im Falle von retrospektiver Konkurrenz bei der Landesverweisung vorzugehen sei. Formell sei die Landesverweisung als Massnahme ausgestaltet. Auch systematisch sei sie bei den anderen Massnahmen eingeordnet. Es handle sich um eine sichernde Massnahme mit einer starken Strafkomponente. Entsprechend könne der Standpunkt vertreten werden, die Strafzumessungsgrundsätze und somit auch Art. 49 StGB seien bei deren Anordnung zu beachten. Indes überwiege bei der neuen Landesverweisung der Massnahmezweck, weshalb eine analoge Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB nicht zu befürworten sei. Entsprechend sei die sechsjährige Landesverweisung kumulativ zu der mit Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 5. März 2019 verhängten fünfjährigen Landesverweisung auszusprechen.
3.4 Die Frage, wie unter neuem Recht vorzugehen ist, wenn ein Strafgericht einen Verurteilten wegen einer Tat, die dieser begangen hat bevor ihn bereits ein Strafgericht für spätere Taten des Landes verwiesen hat, erneut des Landes verweist, stellt sich dem Bundesgericht zum ersten Mal.
3.5

3.5.1 Art. 66b StGB sieht unter der Marginalie "c. Gemeinsame Bestimmungen. Wiederholungsfall" vor, dass die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen ist, wenn jemand, nachdem gegen ihn eine Landesverweisung angeordnet worden ist, eine neue
BGE 146 IV 311 S. 317

Straftat begeht, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 66a erfüllt (Abs. 1). Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung kann die Landesverweisung auf Lebenszeit ausgesprochen werden, wenn der Verurteilte die neue Tat begeht, solange die für die frühere Tat ausgesprochene Landesverweisung noch wirksam ist. Gemäss Botschaft ist ein Wiederholungsfall möglich, solange eine Person mit einer strafrechtlichen Landesverweisung "belegt" ist, d.h. ab der Rechtskraft des Urteils bis zum Ablauf der Dauer der Landesverweisung. Ein Wiederholungsfall soll auch nach dem Ablauf der Dauer einer ersten Landesverweisung möglich sein. Reist ein Täter vor Ablauf der ersten Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz ein und begeht erneut Delikte, die eine Landesverweisung zur Folge haben, werden die Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach dem Absorptionsprinzip vollzogen. Das heisst, dass die im Zeitpunkt des neuen Urteils weniger lange dauernde in der längeren Landesverweisung aufgeht. Im Wiederholungsfall dauert die Landesverweisung also stets 20 Jahre (Botschaft, a.a.O., S. 6031; gl. M. STEPHAN SCHLEGEL, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Wohlers/Godenzi/Schlegel [Hrsg.], 4. Aufl. 2020, N. 1 zu Art. 66b StGB; CARLO BERTOSSA, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 66b StGB; STEFAN HEIMGARTNER, in: StGB/JStG, Kommentar, Andreas Donatsch [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 66b StGB; DUPUIS UND ANDERE, a.a.O., N. 2 zu Art. 66b StGB).
3.5.2 Der vorliegende Fall, bei dem neben der von der Vorinstanz mit Urteil vom 3. Juni 2019 angeordneten Landesverweisung von sechs Jahren für eine Tat, die der Beschwerdeführer begangen hat, bevor ihn auch das Kreisgericht St. Gallen mit Urteil vom 5. März 2019 des Landes verweist, ist

im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Gegen den Beschwerdeführer liegen zwei Landesverweisungen vor, eine von sechs und eine von fünf Jahren.
3.6

3.6.1 Bereits gemäss der mit Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007 aufgehobenen Bestimmung von aArt. 55 StGB konnte der Richter den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt worden war, für 3 bis 15 Jahre aus dem Gebiet der Schweiz verweisen (bei Rückfall konnte die Verweisung auf Lebenszeit ausgesprochen werden). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifizierte die Landesverweisung als
BGE 146 IV 311 S. 318

Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich. Obwohl dieser zweite Gesichtspunkt im Vordergrund stand, verlangte ihre gesetzliche Eigenschaft als Nebenstrafe, dass sie in Anwendung von aArt. 63 StGB festgesetzt wurde, d.h. nach dem Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Damit war der Sicherungszweck nicht ausgeschaltet. Es war Sache des Richters, im Einzelfall dem Straf- und dem Sicherungszweck der Landesverweisung Rechnung zu tragen (BGE 123 IV 107 E. 1 S. 108 f. mit Hinweisen; Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu aArt. 55 StGB sind in mehreren Urteilen verhängte Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach dem Absorptionsprinzip zu vollziehen. Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Massnahmecharakter im Vordergrund stehe. So sei mit der Vollstreckung der längeren bzw. der einen von zwei gleich langen Verweisungen jeweils auch der Zweck der anderen - nämlich die Sicherung der in der Schweiz lebenden Bevölkerung vor dem ausländischen Straftäter für die im Urteil festgelegte Zeitspanne - erreicht (BGE 117 IV 229 E. 1b S. 230 und E. 1c/cc S. 232; BÉATRICE KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 2003, N. 55 zu aArt. 55 StGB).
3.6.2 Das Bundesgericht berücksichtigt die Rechtsprechung zu aArt. 55 StGB unter dem Titel von Art. 66a StGB (Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.2 mit Hinweis).
3.6.3 Die Rechtsmittelinstanz darf gemäss Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist. Der Sinn dieses Verschlechterungsverbots (Verbot der reformatio in peius) besteht darin, dass die beschuldigte Person nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll (BGE 144 IV 198 E. 5.3 S. 200, BGE 144 IV 35 E. 3.1.1 S. 43; BGE 142 IV 89 E. 2.1 S. 90 f.; BGE 139 IV 282 E. 2.4.3 S. 287; je mit Hinweisen). Massgeblich für die Frage, ob eine unzulässige reformatio in peius vorliegt, ist das Dispositiv (BGE 144 IV 35 E. 3.1.1 S. 44; BGE 142 IV 129 E. 4.5 S. 136; BGE 139 IV 282 E. 2.6 S. 289; je mit Hinweis). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht von einer weiten Auslegung des in der StPO verankerten Verschlechterungsverbots aus. Danach ist Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO nicht nur bei einer Verschärfung der Sanktion, sondern auch bei einer härteren rechtlichen
BGE 146 IV 311 S. 319

Qualifikation der Tat verletzt (BGE 146 IV 172 E. 3.3.3 S. 182; BGE 139 IV 282 E. 2.5 S. 288 f.). Das Verschlechterungsverbot gilt indes nicht absolut. Vorbehalten bleibt eine strengere Bestrafung aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten (Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO). Solche Tatsachen können beispielsweise die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Bemessung der Höhe des Tagessatzes nach Art. 34 Abs. 2 Satz 3 StGB betreffen. Das Berufungsgericht darf nach der Rechtsprechung bei einer Verbesserung der finanziellen Verhältnisse nach dem erstinstanzlichen Urteil einen höheren Tagessatz festlegen, auch wenn ausschliesslich die beschuldigte Person Berufung erhoben hat (BGE 146 IV 172 E. 3.3.3 S. 182; BGE 144 IV 198 E. 5.4.3 S. 201 f.). Das in Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO verankerte Verbot der reformatio in peius soll eine strengere Bestrafung verhindern, was durch die an Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO anknüpfende Ausnahme von Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO bestätigt wird, die ebenfalls nur eine strengere Bestrafung erwähnt (BGE 146 IV 172 E. 3.3.3 S. 182 mit Hinweis).
3.7 Die Rüge erweist sich als begründet. Die heutige Landesverweisung ist systematisch unter dem Zweiten Kapitel "Massnahmen" im Zweiten Abschnitt "Andere Massnahmen" eingeordnet. Sie ist damit als Institut des Strafrechts und nach der Intention des Gesetzgebers ("Ausschaffungsinitiative") primär als sichernde Massnahme zu verstehen (Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.2 mit Hinweisen). Somit steht weiterhin nicht der Straf- sondern vielmehr der Massnahmecharakter im Vordergrund. Es besteht kein Anlass, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Zusammentreffen zweier altrechtlicher Landesverweisungen gemäss BGE 117 IV 229 abzuweichen. Demnach gelangt nicht das Kumulations- sondern das Absorptionsprinzip zur Anwendung; für eine analoge Anwendung von Art. 49 StGB, d.h. dem Asperationsprinzip, besteht entgegen der Meinung des Beschwerdeführers kein Raum. Indem die Vorinstanz die Landesverweisung kumulativ zu

derjenigen gemäss Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 5. März 2019 anordnet, verletzt sie somit Bundesrecht. Indem die Vorinstanz ihre sechsjährige Landesverweisung bewusst kumulativ zur fünfjährigen des Kreisgerichts aussprach, wollte sie den Beschwerdeführer nicht nur für sechs, sondern für (insgesamt) elf Jahre des Landes verweisen. In ihrem Dispositiv kommt dies aber nicht zum Ausdruck. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat keine Beschwerde erhoben. Die Anordnung der
BGE 146 IV 311 S. 320

Landesverweisung nach Art. 66a f. StGB ist eine Sanktion (vgl. BGE 146 IV 172 E. 3.3.4 S. 183), weshalb sowohl bei der Anordnung als auch bei der Festlegung der Dauer das Verschlechterungsverbot zu beachten ist. Obwohl die Vorinstanz hier eine Landesverweisung von insgesamt elf Jahren als angemessen erachtete, erübrigt sich eine Rückweisung in diesem Punkt, da auch das Bundesgericht an das Verbot der reformatio in peius gebunden ist (vgl. Art. 107 Abs. 1 BGG; Urteile 6B_655/2018 vom 4. April 2019 E. 2.4; 6B_1274/2017 vom 24. September 2018 E. 4.4.1; je mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall bedeutet die Anwendung des Absorptionsprinzips, dass die von der Vorinstanz angeordnete Landesverweisung von sechs Jahren nicht mit der fünfjährigen gemäss Urteil des Kreisgerichts St. Gallen zusammen zu zählen ist und diese somit nicht nacheinander zu vollziehen sind. Vielmehr gelangen die beiden Landesverweisungen gleichzeitig zum Vollzug, weshalb der Beschwerdeführer die Schweiz lediglich für insgesamt sechs Jahre nicht mehr betreten darf (siehe BGE 117 IV 229 E. 1c/cc und E. 1d).