

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 736/2019

Urteil vom 3. April 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Muschietti,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Manuel Mühlestein,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Landesverweisung; Gerichtsgebühr,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 1. April 2019 (SB180102-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.
Am 23. November 2017 verurteilte das Bezirksgericht Zürich den spanischen Staatsangehörigen A._____ wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 24 Monaten Freiheitsstrafe bedingt. Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 1. April 2019 die Freiheitsstrafe und ordnete im Unterschied zur ersten Instanz eine Landesverweisung von 10 Jahren an.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt A._____, von einer Landesverweisung sei abzusehen, eventualiter sei diese auf 5 Jahre zu reduzieren. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer bestreitet den Schuldspruch und damit eine Katalogtat für die Landesverweisung gemäss Art. 66a lit. o StGB nicht, macht aber geltend, diese sei mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) nicht vereinbar, resp. die Voraussetzungen zur Einschränkung der Freizügigkeit seien nicht erfüllt. Ausserdem liege ein schwerer persönlicher Härtefall vor.

1.1.

1.1.1. Ob eine Landesverweisung anzuordnen ist, bestimmt sich nach dem Schweizer Recht. Bei Straftaten gegen das BetmG hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt ("sempre mostrato particolarmente rigoroso"); diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. "Drogenhandel" führt von Verfassungs wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV; Urteile 6B 680/2018 vom 19. September 2018 E. 1.4,

6B 659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.4 und 6B 1079/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 1.4.2). Ist nach dem massgebenden Recht eine Landesverweisung anzuordnen, stellt sich gegebenenfalls die Frage, ob sie im Sinne von Art. 66d StGB aufzuschieben ist oder ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das FZA einen Hinderungsgrund für die Landesverweisung bildet.

1.1.2. Nach dem Gesamtkontext der für die Landesverweisung massgebenden Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass trotz des rigiden Gesetzeswortlauts von Art. 66a StGB eine individuelle Einzelfallbeurteilung vorzunehmen ist. Die Einzelfallbeurteilung ergibt sich zwingend sowohl aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK als auch derjenigen des EuGH bei Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU. Der individuelle Rechtsschutz in Strafsachen ist ferner durch Verfassung und Gesetz gewährleistet (Art. 29a BV; Art. 81 BGG; Urteil 6B 48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.4.2).

Im Rahmen der Prüfung eines schweren persönlichen Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB hat das Gericht die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Beurteilung kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201) erfolgen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen. Die Härtefallklausel ist restriktiv ("in modo restrittivo") anzuwenden (Urteil 6B 873/2018 vom 15. Februar 2019 E. 3.1 mit Hinweisen).

1.1.3. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist für die Schweiz strafrechtlich aber nicht in einer Weise restriktiv auszulegen, welche diese Bestimmung des ihrer gewöhnlichen Bedeutung nach anerkannten Normgehalts entleeren würde. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Normsinn dem Wortsinn entspricht. Das FZA berechtigt lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Der schuldig gesprochene Straftäter hat sich evidentermassen nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten (BGE 145 IV 364 E. 3.4.4; E. 3.8).

Bei der Einschränkung der Freizügigkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA handelt es sich im Wesentlichen um die Prüfung der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 145 IV 364 E. 3.9). Nach der (ausländerrechtlichen) Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA setzen Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahmen eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Ausländer voraus (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 und E. 4.2). Eine strafrechtliche Verurteilung darf nur insofern zum Anlass für eine derartige Massnahme genommen werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA steht Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt würden. Auch vergangenes Verhalten (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 und E. 4.3.1) kann den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllen. Weiter kommt es auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 erster Absatz). Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten. Es ist vielmehr eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit verlangt, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören wird; je schwerer diese ist, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 zweiter Absatz; 130 II 176 E. 4.3.1). Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt. Die Prognose über das Wohlverhalten und die Resozialisierung gibt in der fremdenpolizeilichen Abwägung, in der das allgemeine Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund stehen, nicht den Ausschlag (BGE 130 II 176 E. 4.2; 125 II 105 E. 2c). Ausgangspunkt und Massstab für die ausländerrechtliche Interessenabwägung ist die Schwere des Verschuldens, die sich in der Dauer der verfahrensauslösenden Freiheitsstrafe niederschlägt; auch eine einmalige Straftat kann eine aufenthaltsbeendende Massnahme

rechtfertigen, wenn die Rechtsgutverletzung schwer wiegt (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 in fine). Es ist der gesetzgeberische Wille, dem "Drogenhandel" durch Ausländer einen Riegel zu schieben (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV; zum Ganzen: BGE 145 IV 364 E. 3.4 ff. insb. E. 3.5.2, E. 3.9 und E. 4.5 nicht publ. in Urteil 6B 378/2018 vom 22. Mai 2019).

1.2.

1.2.1. Der Beschwerdeführer wurde unbestrittenermassen wegen eines Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt. Aus dem angefochtenen Urteil erhellt, dass er zwischen Februar 2016 und Februar 2017 knapp 100 Gramm reines Kokain veräusserte resp. teilweise durch Dritte veräussern liess. Die Vorinstanz beurteilt das Tatverschulden innerhalb des als Verbrechen einzustufenden Delikts als "nicht mehr leicht". Im Rahmen der nach Art. 66a Abs. 2 StGB vorzunehmenden Interessenabwägung erwägt sie, der 1988 geborene Beschwerdeführer sei erst im Alter von ca. 25 Jahren für sporadische Arbeitseinsätze in die Schweiz gekommen. Die prägenden Kindheits- und Jugendjahre habe er in der Dominikanischen Republik bzw. in Spanien verbracht. Er sei folglich mit der dortigen Sprache und Kultur bestens vertraut. Während seine Mutter, der 2012 geborene Sohn und die Kindsmutter seit kurzem in der Schweiz lebten, seien die übrigen Verwandten, insbesondere die Grossmutter als langjährige Bezugsperson, der Vater sowie Onkel und Tanten noch im Herkunftsland. Der Beschwerdeführer pflege zudem weiterhin recht engen Kontakt zu diesen Verwandten und habe sich auch seit er in der Schweiz lebe, mehrere

Male für längere Zeit in Santo Domingo aufgehalten. Eine weitgehende Integration in der Schweiz sei hingegen nicht ersichtlich: So bleibe das Ausmass der aktuellen Deutschkenntnisse des Beschwerdeführers unklar, und weder die Aufenthaltsdauer noch die familiären Verhältnisse oder die Arbeitssituation liessen auch nur im Entferntesten einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB erkennen.

Das vom Beschwerdeführer begangene Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz setze, so die Vorinstanz weiter, von seiner Konzeption her bereits die gesundheitliche Gefährdung einer Vielzahl von Menschen voraus. Auch der vorgesehene Straffrahmen von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe mache deutlich, wie verwerflich und sozialgefährlich der Gesetzgeber diese Taten einschätze. Angesichts von deren Schwere komme ein Verzicht auf eine Landesverweisung mangels Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA jedenfalls nur unter besonderen Umständen in Frage, die die Tat mit Blick auf den verwirklichten Unrechtsgehalt am untersten Rand aller möglichen Varianten erscheinen liesse. Derlei privilegierende Umstände seien nicht ersichtlich, zumal das Verschulden des Beschwerdeführers als nicht mehr leicht einzustufen sei. Er habe ohne Not aus rein finanziellen, eigennützigen Motiven gehandelt und bis zuletzt weder Einsicht in die Gefährlichkeit oder das Unrecht seiner Taten, noch echte Reue gezeigt. Obwohl der Beschwerdeführer Ersttäter sei, würden die gesamten Tatumstände ein derart schlechtes Licht auf ihn werfen, dass von einer mehr als bloss theoretischen Rückfallgefahr und damit von einer

Gefährdung des Schutzes der öffentlichen Ordnung ausgegangen werden müsse. Es sei daher eine Landesverweisung auszusprechen. Angesichts der Schwere des Vorwurfs resp. der Höhe des öffentlichen Entfernungs- und Fernhalteinteresses sowie des höchstens marginalen privaten Interesses des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz erscheine eine Dauer von 10 Jahren angemessen.

1.2.2. Die hiervor wiedergegebene Auffassung der Vorinstanz überzeugt. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was den angefochtenen Entscheid als bundesrechtswidrig erscheinen liesse.

Nach dem in Erwägung 1.1 vorstehend Gesagten geht zunächst der Einwand fehl, wonach aufgrund der Anwendbarkeit des FZA kein Raum für eine Landesverweisung nach Art. 66a StGB bestünde. Wie die Vorinstanz sodann zutreffend erwägt, kann auch ein geringes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt, was die Vorinstanz angesichts des Tatvorwurfs, des Handelns aus eigennützigen, rein finanziellen Motiven trotz legaler Erwerbstätigkeit sowie der fehlenden Einsicht und Reue des Beschwerdeführers überzeugend bejaht. Soweit er eine Rückfallgefahr damit in Frage stellt, dass die Strafe nur bedingt ausgesprochen wurde, verkennt der Beschwerdeführer, dass sich aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht im ausländerrechtlichen Bereich ein strengerer Beurteilungsmassstab ergibt. Der Aufschub des Strafvollzugs nach Art. 42 StGB setzt nicht eine günstige, sondern nur das Fehlen einer ungünstigen Prognose voraus (BGE 137 II 233 E. 5.2.2; Urteil 6B 378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.4, nicht publ. in BGE 145 IV 364). Demgegenüber kann ausländerrechtlich gerade bei, wie vorliegend, schweren Straftaten ein geringes Rückfallrisiko

genügen (vgl. vorne). Von einer günstigen Prognose kann zudem - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht gesprochen werden, zumal die Vorinstanz "gewisse Bedenken" bezüglich seines künftigen Wohlverhaltens äusserte. In diesem Zusammenhang kann dem Beschwerdeführer ferner nicht zum Vorteil gereichen, dass er in der Schweiz stets gearbeitet hat und dies weiterhin tut. Er wurde trotz eines Einkommens von gemäss eigenen Angaben Fr. 4'500.-- pro Monat in der ihm vorgeworfenen Weise straffällig. Die geltend gemachte Erwerbstätigkeit vermag daher auch eine Rückfallgefahr nur sehr bedingt zu mindern. Dies gilt gleichermassen für die nun vorgebrachte Verantwortung gegenüber seinem Sohn, was ihn ebenfalls nicht von Delinquenz abhielt.

Der Beschwerdeführer legt auch nicht dar, und es ist nicht erkennbar, weshalb er von einer Landesverweisung ungleich schwerer betroffen sein soll, als andere ausländische Straftäter. Vielmehr geht die Vorinstanz nachvollziehbar von höchstens marginalen persönlichen Interessen an einem Verbleib und von keiner weitgehenden wirtschaftlichen und sozialen Integration in der Schweiz aus. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer erst als Erwachsener hierher kam und weiterhin enge Kontakte zu nahen Verwandten in der Dominikanischen Republik pflegte. Sein 2012 geborener Sohn lebt zwar mittlerweile in der Schweiz, wird aber von der Mutter betreut, welche einen neuen Lebensgefährten hat. Von einer eigentlichen, intakten Kernfamilie kann vor diesem Hintergrund nicht gesprochen werden, wenngleich der Beschwerdeführer behauptet, seinen Sohn täglich zu besuchen. Auch die Frage, ob der Kindsmutter eine Ausreise zumutbar wäre, stellt sich vorliegend nicht. Angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer seinen Sohn erst im Dezember 2018 in die Schweiz holte und keine schlüssige Erklärung für den gewählten Zeitpunkt nennen konnte, ist zudem der von der Vorinstanz geäusserte Verdacht, wonach er sich durch das vorliegende Verfahren zu diesem

Schritt veranlasst sah, um für sich günstigere Verhältnisse zu schaffen, nicht von der Hand zu weisen. Wie die Vorinstanz zu Recht erwägt, musste sich der Beschwerdeführer trotz des Verzichts der ersten Instanz auf eine Landesverweisung der Möglichkeit dessen bewusst sein. Auch eine weitgehende persönliche, namentlich sprachliche Integration, verneint die Vorinstanz schlüssig. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass er abgesehen von seinem Sohn Kontakt mit weiteren Personen hätte. Am weitgehenden Fehlen persönlicher, auch sprachlicher Integration ändert nichts, dass er den begonnenen Deutschkurs fortsetzen will, und, dass er gemäss Arbeitszeugnis bei seinem Arbeitgeber sowie dessen Gästen beliebt sein soll. Entgegen seiner Auffassung begründet dies auch keine gefestigten Verhältnisse, geschweige denn einen persönlichen Härtefall. Abgesehen davon ist auch im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Integration darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer trotz eines regelmässigen, festen Einkommens in schwerwiegender Weise strafbar gemacht hat. Mit dem Hinweis auf die frühere ausländerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt er schliesslich ausser Acht, dass der Gesetzgeber mit Art. 121 Abs. 3-6 BV und Art. 66a ff.

StGB eine Verschärfung der zuvor geltenden Rechtslage anstrebte (BGE 145 IV 55 E. 4.3; 144 IV 332 E. 3.3.3), und dass der Verzicht auf eine Landesverweisung wegen eines persönlichen Härtefalls nunmehr nur ausnahmsweise in Frage kommt (oben E. 1.1.2).

1.2.3. Nach dem Gesagten verneint die Vorinstanz einen schweren persönlichen Härtefall zu Recht und nimmt zutreffend an, dass die Voraussetzungen für eine Einschränkung der Freizügigkeit nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA erfüllt sind. Die Anordnung einer Landesverweisung erweist sich ferner als verhältnismässig und mit Art. 8 EMRK vereinbar.

Soweit der Beschwerdeführer im Eventualstandpunkt die Dauer von 10 Jahren als zu lang beanstandet und dies mit dem eher leichten Verschulden begründet, geht sein Einwand fehl. Dieses wiegt allein innerhalb der als Verbrechen eingestuften qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG "nicht mehr leicht". Dabei handelt es sich aber um eine Widerhandlung, die die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, wobei der Beschwerdeführer die Grenze zum schweren Fall, der nach konstanter Rechtsprechung ab 18 Gramm Kokain angenommen wird (vgl. Urteil 6B 378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.5, nicht publ. in BGE 145 IV 364), um ein Vielfaches überschritten hat. Die vorinstanzliche Relativierung seines Verschuldens betrifft somit lediglich die Einordnung innerhalb des von 1 bis zu 20 Jahren reichenden Strafrahmens. Mit einer Landesverweisung von 10 Jahren überschreitet die Vorinstanz ihr Ermessen nicht (vgl. BGE 134 IV 17 E. 2.1).

2.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen, da sein Besuch um unentgeltliche Rechtspflege aussichtslos ist. Seinen finanziellen Verhältnissen ist bei der Kostenfestsetzung Rechnung zu tragen (Art. 64 Abs. 1 und 2, Art. 65, Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Der Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten von Fr. 1'200.--.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. April 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt