

## **BGE 145 IV 55**

Bundesgericht (BGE), 2018-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_145\\_IV\\_55](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_145_IV_55)

FR: ATF 145 IV 55

IT: DTF 145 IV 55

### **Regeste**

Regeste Art. 5 Abs. 1 Anhang 1 FZA; Zielsetzung des FZA, "spezifische Prüfung". Mit dem Abschluss des FZA hat die Schweiz Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU im Wesentlichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt, allerdings unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. 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 (E. 3.3). Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrechtliches Abkommen. Die Schweiz ist in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden. Jedoch hat sie bei der Auslegung die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten (E. 3.3).

Regeste Art. 5 par. 1 annexe 1 ALCP; but de l'ALCP, "appréciation spécifique". Avec la conclusion de l'ALCP, la Suisse a en substance accordé aux ressortissants des Etats membres de l'UE un droit étendu et réciproque à exercer une activité économique salariée, sous réserve toutefois d'un comportement conforme au droit au sens de l'art. 5 par. 1 annexe 1 ALCP. L'ALCP autorise seulement le séjour en Suisse à deux conditions, soit d'une part celle des accords contractuels spécifiques comme condition d'un séjour légal et, d'autre part, celle d'un comportement conforme au droit au sens de l'art. 5 par. 1 annexe 1 ALCP (consid. 3.3). L'ALCP ne contient aucune disposition de droit pénal et ne constitue pas un accord en droit pénal. La Suisse n'est pas liée par l'ALCP en matière de législation pénale sur son territoire. Elle doit cependant tenir compte, dans l'interprétation, des dispositions de droit international public de l'ALCP (consid. 3.3).

Regesto Art. 5 n. 1 Allegato I ALC; obiettivo dell'ALC, "valutazione specifica". Con la conclusione dell'ALC la Svizzera ha in sostanza conferito ai cittadini degli Stati membri dell'UE un diritto ampio e reciproco a esercitare un'attività economica, riservato però un comportamento conforme al diritto ai sensi dell'art. 5 n. 1 Allegato I ALC. L'ALC autorizza il soggiorno in Svizzera unicamente a due condizioni, ovvero da un lato degli accordi contrattuali specifici come presupposto per un soggiorno legale e dall'altro lato un comportamento conforme al diritto ai sensi dell'art. 5 n. 1 Allegato I ALC (consid. 3.3). L'ALC non contiene alcuna disposizione penale e non costituisce una convenzione di diritto penale. Nel legiferare sul diritto penale per il proprio territorio, la Svizzera non è vincolata dall'ALC. Nell'interpretazione deve tuttavia tener conto delle disposizioni di diritto internazionale convenzionale dell'ALC (consid. 3.3).

### **Erwägungen**

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz verweist den Beschwerdeführer, einen schwedisch-serbischer Doppelbürger mit Aufenthaltsbewilligung B, im Sinne von Art. 66a bis StGB für 3 Jahre des Landes. Schweden ist Mitgliedstaat der EU. Der Beschwerdeführer kann sich deshalb als schwedischer Staatsangehöriger grundsätzlich auf das zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossene und für die Schweiz am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen berufen (Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA; SR 0.142.112. 681]).

### **E. 3.2**

Ziel des FZA zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz ist die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Grundbestimmungen, Art. 1 lit. a), Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen (Art. 1 lit. b), Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 lit. c) und die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d). Diese Personen, die sich "rechtmässig" im Rahmen der Anhänge I, II und III [in der Schweiz] aufhalten, werden nicht diskriminiert (Art. 2; vgl. BGE 144 II 1 E. 4.5 ff. S. 8 ff.). Das Einreiserecht wird gemäss den BGE 145 IV 55 S. 59 in Anhang I festgelegten Bestimmungen eingeräumt (Art. 3; vgl. BGE 143 IV 97 E. 1.2.1 S. 100). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird (unter Vorbehalt) gewährt (Art. 4). Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, wird das Aufenthaltsrecht unter spezifischen Voraussetzungen eingeräumt ( Art. 2 Abs. 2 und Art. 24 Anhang I FZA ). Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA bestimmt unter dem Randtitel "Öffentliche Ordnung": "Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden."

### **E. 3.3**

Die Zielsetzung wie die Bestimmungen in den umfangreichen Anhängen des FZA regeln das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Selbständigerwerbenden sowie ihrer Familienangehörigen (diesbezüglich regelt Art. 3 Anhang I FZA das Recht von Familienangehörigen, bei einer aufenthaltsberechtigten Person Wohnung zu nehmen; vgl. BGE 144 II 1 E. 3 S. 4 ff.), ferner von Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Mit dem Abschluss des FZA hat die Schweiz Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU im Wesentlichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt, allerdings unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA . Damit wurde der völkerrechtlich unbestrittene Grundsatz in das FZA übernommen, wonach jeder Staat die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern auf seinem Territorium grundsätzlich selber bestimmen und damit auch einschränken kann. Das FZA berechtigt mithin 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 hatte sich evidentermassen nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten. Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrechtliches Abkommen. Mit dem FZA vereinbarte die

Schweiz - pointiert formuliert - keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer. Die Schweiz ist in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden. Jedoch hat sie die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten. Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches BGE 145 IV 55 S. 60 Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 des für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]). Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen ( Art. 31 Abs. 1 VRK ).

### **E. 3.4**

In der Volksabstimmung vom 28. November 2010 wurde die "Ausschaffungsinitiative" von 52,3% der Abstimmenden und dem Mehr von 15 5/2 gegen 5 1/2 Stände angenommen. Die Umsetzung des vom Souverän beschlossenen Art. 121 Abs. 3-6 BV wurde damit dem Bundesparlament übertragen. Dieser verfassungsrechtlich mit der Umsetzung von Initiativen beauftragte Gesetzgeber hatte die Aufgabe, den Volkswillen möglichst wortgetreu umzusetzen. Die Mehrheit der Stimmenden wollte, dass mit straffälligen Ausländern streng zu verfahren ist. Wie der Kommissionssprecher des Ständerats als Zweitrat am 10. Dezember 2014 weiter ausführte, beinhaltet auch diese Verfassungsbestimmung einen Interpretationsspielraum, mit welchem sorgsam umzugehen sei; insbesondere habe das Volk damit den rechtsstaatlich fundamentalen Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns nicht ausser Kraft gesetzt (AB 2014 S 1236). Der Kommissionssprecher wies darauf hin, dass der Nationalrat als Erstrat (mit dem der nachmalig deutlich abgelehnten "Durchsetzungs-Initiative" entnommenen Deliktskatalog) zum Teil weit über das hinausging, was für die wortgetreue Umsetzung der Ausschaffungsinitiative notwendig sei (AB 2014 S 1237). Der Kommissionssprecher des Nationalrats hatte am 20. März 2014 zunächst erläutert, dass der Kern des direkten Gegenvorschlags, der die Verhältnismässigkeit wahren und die Massnahmen von der Höhe des Strafmasses abhängig machen und Art. 5 BV respektieren wollte, vom Souverän (mit 52,6% der Abstimmenden und von 20 6/2 und damit allen Ständen) explizit abgelehnt worden war. Insofern sei eine rechtlich korrekte und konfliktfreie Umsetzung durchaus teilweise eine Quadratur des Kreises (AB 2014 N 489). Es ist festzustellen, dass die Umsetzung im Bundesparlament ausführlich und kontrovers debattiert wurde. Gegen die Umsetzung wurde das Referendum indes nicht ergriffen. Die obligatorische und die nicht obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a ff. StGB wurden mit Änderung des StGB vom 20. März 2015 Gesetz und am 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt (AS 2016 2337; zu den BGE 145 IV 55 S. 61 Gesetzgebungsarbeiten bereits Urteil 6B\_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.2 und 2.3).

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, bei der Landesverweisung bestehe ein immanenter Normenkonflikt zum FZA, da die Bestimmungen nicht deckungsgleich seien und keine strengere Handhabung der Wegweisung von EU-Bürgern ermöglichen, als es das FZA vorsehe. Die Vorinstanz sehe deshalb keinen Normenkonflikt, weil sie die Bestimmungen des StGB in hypothetischen Einzelfällen prüfe und das Ergebnis teilweise dasselbe sei, wie wenn das FZA auf den Einzelfall angewendet worden wäre. Dabei verkenne sie die Prüfungsreihenfolge der verschiedenen Bestimmungen: Jene des FZA und nicht diejenigen

des Landesrechts seien für die Wegweisung, respektive Fernhaltungsmassnahmen von EU-Bürgern in der Schweiz massgebend und nicht umgekehrt. Die Argumentation ist nicht stichhaltig. Das FZA schreibt keine Prüfungsreihenfolge vor. Kommt das Strafgericht landesrechtlich zu einem Ergebnis, das sich als mit dem FZA kompatibel erweist, ist das FZA offenkundig nicht verletzt. Der Beschwerdeführer geht von einem "grundsätzlichen Wegweisungsautomatismus" aus und behauptet, wenn die Vorinstanz sinngemäss damit argumentiere, dass die Anwendung der Härtefallklausel den Normenkonflikt zum FZA quasi "abfedern" könne, irre sie darüber hinweg, dass die Härtefallklausel schon gar nicht zur Anwendung gelangen könne, ausser das Völkerrecht bzw. das FZA wäre gegenüber dem Landesrecht nachrangig; es gebe aber keinen Anlass, das Landesrecht als vorrangig einzustufen. Lässt sich Landesrecht völkerrechtskonform anwenden, stellt sich die Frage einer Normenhierarchie nicht. Diese kann offenbleiben. Das Strafgericht hat zunächst das ihm vertraute Landesrecht anzuwenden.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Wegweisung eines EU-Bürgers sei nur im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA gerechtfertigt. Dabei setze das FZA für eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre (Urteile 2C\_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3 und 2C\_238/2012 vom 30. Juli 2012 E. 2.3; BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 126). Die Behörde, welche über die Beendigung des Aufenthalts entscheide, habe eine spezifische Gesamtwürdigung der Umstände unter dem Blickwinkel der BGE 145 IV 55 S. 62 Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen, wobei diese nicht zwingend mit der strafrechtlichen Würdigung des Verhaltens übereinstimmen müsse (Urteile 2C\_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3 und 2C\_406/2014 vom 2. Juli 2015 E. 2.3; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 f.). Entsprechend der zu berücksichtigenden Rechtsprechung des EuGH genüge eine strafrechtliche Verurteilung nur, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen liessen; dabei liessen sich Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte nur mit grosser Zurückhaltung rechtfertigen. Der Beschwerdeführer bezieht sich auf die ausländerrechtliche Rechtsprechung, die vor dem Inkrafttreten der strafrechtlich relevanten Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121 BV ergangen ist. Die Landesverweisung ist eine eigenständige strafrechtliche Massnahme. In casu erging keine Beendigung des Aufenthaltsrechts und keine Wegweisung im Sinne des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20), sondern eine Landesverweisung gemäss Art. 66a bis StGB. Die zitierte ausländerrechtliche Rechtsprechung erscheint insoweit nicht als einschlägig.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer macht mit Blick auf die von ihm zitierte Rechtsprechung geltend, diese Fälle zeigten eindrücklich auf, dass eine Wegweisung eines EU-Bürgers nur bei sehr schwerwiegenden, mehrfach verübten Delikten mit dem FZA vereinbar und demnach möglich sei. Der zu beurteilende Fall könne schlichtweg nicht mit solchen äusserst schwerwiegenden Fällen verglichen werden. Eine Wegweisung wäre bereits aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht gerechtfertigt. Der Beschwerdeführer argumentiert gestützt auf die ausländerrechtliche Rechtsprechung im Rahmen des AuG. Die von Volk und Ständen angenommene Verfassungsinitiative und deren Umsetzung durch das verfassungsrechtlich berufene Organ des Bundesparlaments führt zu einer klaren Verschärfung der Praxis mittels der strafrechtlichen Landesverweisung. Die federführende

Bundespräsidentin erklärte in der Debatte des Nationalrats vom 11. März 2015, der Beschluss des Ständerats bedeute eine massive Verschärfung der Ausschaffungspraxis. Gleichzeitig ermögliche der Beschluss des Ständerats den Gerichten, dass sie das Gesetz im Einzelfall anwenden könnten. Die Gewaltentrennung verlange, dass der Gesetzgeber Gesetze mache, die das Gericht anwenden könne und müsse, und zwar auch im Einzelfall anwenden könne und müsse (AB 2015 N 255). BGE 145 IV 55 S. 63

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz beachtet den Willen des Gesetzgebers. Sie erwägt abschliessend, aufgrund der erheblichen Gefahr weiterer Straftaten, insbesondere solcher gegen Leib und Leben, und in Anbetracht der trotz des schon längeren Aufenthalts ungenügenden Integration und Verwurzelung in der Schweiz, dränge sich eine Landesverweisung auf. Deren Dauer sei in Relation zum Strafmass und zum noch jugendlichen Alter des Beschwerdeführers auf das gesetzliche Minimum von drei Jahren festzusetzen. Angesichts der Anlasstat und der Tendenz zu zunehmender Gewaltanwendung erscheine die Rückfallgefahr als so erheblich, dass auch nach den Massstäben der EuGH-Rechtsprechung eine Landesverweisung zulässig und am Platze sei. Die Vorinstanz berücksichtigt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Gegen die vorinstanzliche Entscheidung wendet der Beschwerdeführer nichts Entscheidendes ein. Vielmehr lässt sich auch den von ihm zitierten bundesgerichtlichen Urteilen gerade entnehmen, dass ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen kann, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt. 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 (Urteil 2C\_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3). Allerdings sind Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA einschränkend auszulegen; es kann etwa nicht lediglich auf den "ordre public" verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstellt (BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 125 f.). Art. 5 Anhang I FZA steht Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden (Urteil 2C\_406/2014 vom 2. Juli 2015 E. 2.3). Das ist in casu nicht der Fall. Bei strafrechtlichen Verurteilungen verlangt der EuGH eine spezifische Prüfung unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen; eine frühere strafrechtliche Verurteilung darf nur insoweit berücksichtigt werden, als die zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 f.). Diese spezifische Prüfung hat die Vorinstanz vorgenommen.

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