

BGer 6B_1351/2021 vom 18. April 2023

Bundesgericht, 2023-04-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1351_2021

FR: TF 6B_1351/2021 du 18 avril 2023

IT: TF 6B_1351/2021 del 18 aprile 2023

Erwägungen

E. 1

Streitgegenstand der vorliegenden Beschwerde ist die Landesverweisung.

E. 1.1

Zur Biographie des Beschwerdeführers ist dem angefochtenen Urteil zusammengefasst zu entnehmen, dass er im Alter von zehn Jahren fremdplatziert und bis zum Alter von 18 Jahren in verschiedenen Heimen untergebracht wurde. Einen Schulabschluss hat er nicht, hingegen schloss er erfolgreich eine Anlehre als Topfpflanzengärtner ab. Bis 1998 hat er regelmässig gearbeitet, danach aber nebst der Wohnung auch die Arbeitsstelle verloren. In der Folge hat er Gelegenheitsarbeiten ausgeführt, hauptsächlich im Drogenhandel und gelegentlich in der Prostitution. Ab 2017 fand er in sozialen Institutionen Unterschlupf. Seit seinem 15. Lebensjahr konsumiert er sporadisch, seit seinem 22. Lebensjahr regelmässig Drogen, insbesondere Kokain. Zusätzlich belasten ihn Rücken- sowie Bandscheibenprobleme und er leidet an der Lungenkrankheit COPD. Der Beschwerdeführer ist ledig, unterhält keine Partnerschaft und hat keine Kinder. Er verfügt jedoch über eine enge Beziehung zur Familie seiner in der Schweiz wohnhaften Schwester. Zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils war er 52 Jahre alt.

E. 1.2

Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Die obligatorische Landesverweisung greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.1.3). Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur ausnahmsweise unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB ; sog. Härtefallklausel).

E. 1.3

Die Vorinstanz bejaht "noch knapp" das erste Kriterium, nämlich das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls. Ihre anschliessende Interessenabwägung fällt jedoch zu Ungunsten des Beschwerdeführers aus. Konkret führt sie aus, den privaten Interessen des Beschwerdeführers stehe dessen nicht unerhebliche Delinquenz über Jahrzehnte gegenüber. Aus dieser habe er auch nach seiner letzten Verurteilung am 11. Februar 2019 nicht herausgefunden. Bereits wenige Monate später habe er erneut und einschlägig delinquent. Er lebe schon seit über 20 Jahren ohne festen Wohnsitz gefangen in seiner Drogensucht.

Ebenso lange sei er fürsorgeabhängig und trete regelmässig deliktisch in Erscheinung. Nachdem zahllose Versuche unternommen worden seien, ihn aus dieser Situation zu befreien, sei - mit dem Gutachter - nicht zu erwarten, dass sich seine Situation nachhaltig verbessere. Darüber dürfe auch seine derzeit stabile Phase nicht hinwegtäuschen. Bereits bei früheren Therapieversuchen sei dem Beschwerdeführer anfänglich ein vielversprechender Verlauf attestiert worden. Bald sei er jedoch wieder in alte Muster, dominiert durch Drogensucht und Dealertätigkeit, zurückgefallen. Zwar beteuere der Beschwerdeführer, sich in den letzten Monaten positiv gewandelt zu haben und von harten Drogen abstinent leben zu wollen. Jedoch habe er während seines Aufenthalts in der Einrichtung B._____ das starke Halluzinogen DMT beschafft und zusammen mit zwei weiteren Personen, die sich in Rehabilitation befanden, konsumiert. Ansätze zu einer grundsätzlichen und nachhaltigen Kehrtwende seien nicht erkennbar. Angesichts der diversen Verurteilungen wegen Drogendelikten in der Vergangenheit, der grossen Zweifel an einer günstigen Prognose und der jüngsten Vorfälle im B._____ sei mit einer ernsthaften Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu rechnen.

E. 1.4

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz setze sich nicht mit der verschuldensmässigen Natur und Schwere der Anlasstat sowie der Vorstrafen auseinander. Sie hätte stark verschuldensmindernd berücksichtigen müssen, dass er seit Jahrzehnten ein "Junkie" (und damit psychisch schwer krank) gewesen sei. Er habe sich seinen Konsum auf der tiefsten Hierarchiestufe über die Weitergabe von Betäubungsmitteln an andere Süchtige in den städtischen Kontakt- und Anlaufstellen finanziert. Seine Schuldfähigkeit sei vermindert gewesen. Des Weiteren bestimme die Vorinstanz die Legalprognose willkürlich und falsch, indem sie auf ein überholtes Gutachten abstelle und die seither eingetretene klare Veränderung der Verhältnisse ausblende. Die vorinstanzlichen Erwägungen stünden in unverkennbarem Widerspruch mit der tatsächlichen Situation gemäss Akten (erstinstanzliches Urteil [Beschwerdebeilage 3], Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 29. Januar 2021 [kant. Beizugsakten act. 116], Schreiben der Verteidigung vom 5. August 2021 [kant. Beizugsakten act. 79], Schreiben von C._____ z.H. des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Oktober 2020 und vom 2. August 2021 [kant. Beizugsakten act. 26/5 und act. 81] sowie Kurzbericht der Einrichtung B._____ vom 10. August 2021 [kant. Beizugsakten act. 83]). Diese zeigten einen eindrücklichen Wandel und liessen auf eine positive Therapieprognose schliessen. Er habe sämtliche Betäubungsmittel und entsprechenden Substitutionsmittel selbstständig abgebaut und alles Mögliche unternommen, um die (entgegen der Vorinstanz erst zweite) Suchtmitteltherapie erfolgreich abzuschliessen. Von seinem alten Umfeld habe er sich nachweislich gelöst. Das Nachtatverhalten spreche somit dezidiert gegen die Landesverweisung. Auch den Vorfall betreffend Weitergabe und Konsum von DMT würdige die Vorinstanz in willkürlicher Weise. Im fraglichen Kurzbericht der Einrichtung B._____ werde der Zwischenfall von den zuständigen Fachpersonen nämlich positiv bewertet, indem sein freiwilliges Geständnis als positive Entwicklung ausgelegt werde. Von dieser fachlichen Beurteilung weiche die Vorinstanz ohne sachliche Begründung ab. Durch die für ihn nachteilige Würdigung des Berichts würden die beiden Autorinnen zudem zu Belastungszeuginnen, weshalb ihm diesbezüglich das Konfrontationsrecht hätte gewährt werden müssen.

Da angesichts der positiven Behandlungsprognose nicht von einer hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausgegangen werden könne, verletze die Landesverweisung, so die weitere Argumentation des Beschwerdeführers, auch sein Recht auf Freizügigkeit.

Seine Wegweisung aus der Schweiz tangierte sodann den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (Schutz des Privatlebens). Die Vorinstanz erkenne dies und prüfe in der Folge die Eingriffszulässigkeit nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK nicht, womit sie den prozessualen Gehalt der Bestimmung verletze.

E. 1.5.1

Wird ein schwerer persönlicher Härtefall bejaht, entscheidet sich die Sachfrage in einer Interessenabwägung nach Massgabe der öffentlichen Interessen an der Landesverweisung. Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, bei welchem die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit als notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird (Urteile 6B_33/2022 vom 9. Dezember 2022 E. 3.2.4; 6B_45/2020 vom 14. März 2022 E. 3.3.2; 6B_759/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 4.2.2; je mit Hinweisen). Kommt es zur Interessenabwägung, erlangt die Schwere der Anlasstat somit dennoch, unbeschrieben des Grundsatzes von Art. 66a Abs. 1 StGB, der wie bereits erwähnt nicht auf die konkrete Tatschwere abstellt, Bedeutung.

Gemäss der aus dem Ausländerrecht stammenden "Zweijahresregel" bedarf es bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder mehr ausserordentlicher Umstände, damit das private Interesse des Betroffenen an einem Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an einer Ausweisung überwiegt. Dies gilt grundsätzlich sogar bei bestehender Ehe mit einer Schweizerin oder einem Schweizer und gemeinsamen Kindern (Urteile 6B_771/2022 vom 25. Januar 2023 E. 1.3; 6B_861/2019 vom 23. April 2020 E. 3.7.4; 6B_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.4; je mit Hinweis[en]).

E. 1.5.2

Nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681) dürfen die im Abkommen eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahmen setzen somit eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus. 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. Ebenso wenig kann lediglich auf den Ordre public verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstellt. Betäubungsmittelhandel stellt eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dar (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 mit Hinweisen).

E. 1.5.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, das heisst, wenn das Gericht in seiner Entscheidung von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen (BGE 148 IV 356 E. 2.1; 146 IV 88 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Willkürlich ist auch eine Beweiswürdigung, welche mit den Akten in klarem Widerspruch steht oder einseitig einzelne Beweise berücksichtigt (BGE 148 IV 356 E. 2.1 mit Hinweisen). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG), ansonsten das Bundesgericht darauf nicht eintritt (BGE 148 IV 356 E. 2.1; 146 IV 88 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

E. 1.5.4

Gutachten würdigt das Gericht grundsätzlich frei (Art. 10 Abs. 2 StPO). In Fachfragen darf es davon jedoch nicht ohne triftige Gründe abweichen und es muss Abweichungen begründen. Auf der anderen Seite kann das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen (BGE 142 IV 49 E. 2.1.3; 141 IV 369 E. 6.1; je mit Hinweisen). Ob ein Gutachten noch hinreichend aktuell ist, ist nicht primär eine Frage seines formalen Alters. Vielmehr ist relevant, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat (BGE 134 IV 246 E. 4.3; Urteile 6B_1167/2021 vom 27. Juli 2022 E. 3.2.1; 6B_835/2017 vom 22. März 2018 E. 5.3.2, nicht publ. in: BGE 144 IV 176 ; je mit Hinweisen).

E. 1.6

Vorauszuschicken ist, dass sich das Bundesgericht hinsichtlich der Landesverweisung bei Straftaten gegen das BetmG mit Verweis auf Art. 121 Abs. 3 lit. a BV stets streng zeigt (vgl. Urteile 6B_138/2022 vom 4. November 2022 E. 3.1.1; 6B_1424/2019 vom 15. September 2020 E. 2.4.5; je mit Hinweis[en]). Grundsätzlich ist bereits der einmaligen Begehung einer qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG eine derart hohe Tatschwere inhärent, dass sie eine obligatorische Landesverweisung nach sich zieht (vgl. Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Vorliegend wurde die Anlasstat mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten geahndet, was klarerweise auf eine nicht unerhebliche Schwere schliessen lässt. Daraus folgt - nicht zuletzt in Anbetracht der erläuterten "Zweijahresregel" - ein beträchtliches öffentliches Interesse an einer Wegweisung. Unbestritten ist sodann, dass es sich bei der Anlasstat nicht um eine einmalige Verfehlung gehandelt hat, sondern der Beschwerdeführer seit Jahren mit Betäubungsmitteldelinquenz auffällt, was das öffentliche Wegweisungsinteresse zusätzlich bestärkt. Seine Sucht ändert entgegen seinem Vorbringen ausserdem nichts daran, dass von seiner wiederholten deliktischen Tätigkeit eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit ausgeht; sie scheint vielmehr sogar mitverantwortlich für diese Gefahr zu sein.

Des Weiteren ist es nicht schlechterdings unhaltbar, wenn die Vorinstanz aus der jahrelangen Drogenabhängigkeit, Drogendelinquenz und Fürsorgeabhängigkeit des Beschwerdeführers auf eine negative Legalprognose schliesst. Es trifft zwar zu, dass die

erste Instanz im vorliegenden Verfahren mit Urteil vom 5. November 2020 sowie die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in einem parallelen Verfahren mit Urteil vom 29. Januar 2021 (kant. Beizugsakten act. 116) zur Frage der Anordnung einer therapeutischen Massnahme zur Suchtbehandlung gewisse positive Veränderungen beim Beschuldigten feststellten. Sie wichen deshalb teilweise von den Einschätzungen im umstrittenen psychiatrischen Gutachten vom 13. Januar 2020 ab. Abgesehen davon, dass die Vorinstanz nicht an diese beiden Urteile gebunden ist (vgl. insbesondere Art. 408 StPO), betrafen diese Abweichungen aber in erster Linie die Frage nach der Massnahmewilligkeit des Beschwerdeführers, welche sich im Zusammenhang mit der Landesverweisung offensichtlich nicht stellt. Die Vorinstanz musste sich damit nicht zwingend mit den Einschätzungen der beiden Gerichte auseinandersetzen, sondern durfte im vorliegend relevanten Kontext der Landesverweisung eine (gänzlich) selbstständige Beurteilung der Legalprognose vornehmen. Ihre Schlussfolgerungen stehen denn auch nicht in augenfälligem Widerspruch zur tatsächlichen, in den Akten dokumentierten Situation. Denn selbst wenn es, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht und offenbar auch von seiner Schwester festgestellt (vgl. Schreiben vom 2. August 2021 [kant. Beizugsakten act. 81]), bei ihm zu positiven Veränderungen gekommen sein sollte, bedeutet dies nicht, dass er sich gänzlich von den problematischen Verhaltensweisen gelöst und seine Gefährlichkeit behoben wäre. Dies zeigt sich namentlich im Kurzbericht der sozialtherapeutischen Einrichtung B._____ vom 10. August 2021 (kant. Beizugsakten act. 83). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers fällt dieser nämlich nicht durchwegs positiv aus. Vielmehr halten die fallführende Therapeutin sowie die Geschäftsführerin der Einrichtung fest, es sei aufgrund der Biographie und seiner bisherigen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer auch bei hoher Veränderungsbereitschaft und Therapiemotivation ein langwieriger Prozess bevorstehen und unerlässlich sein werde. Eine legalprognostische Einschätzung resp. eine Einschätzung der Erfolgsaussichten könne aufgrund der kurzen Aufenthaltsdauer noch nicht erfolgen. Auch der vom Beschwerdeführer angesprochene Vorfall mit dem Halluzinogen DMT wird im Kurzbericht nur soweit positiv gewürdigt, als dass das freiwillige Eingestehen durch den Beschwerdeführer als "Verhaltensänderung gegenüber dem ersten Aufenthalt im B._____" und als "Basis für eine mögliche konstruktive Zusammenarbeit" gewertet wird. Ohnehin unterliegt der Bericht dem Grundsatz der freien und umfassenden Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO ; vgl. Urteil 6B_409/2012 vom 3. Februar 2014 E. 6.6). Demnach sollen die Organe der Strafrechtspflege frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Überzeugung aufgrund gewissenhafter Prüfung der vorhandenen Beweise darüber entscheiden, ob sie eine Tatsache für bewiesen halten (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.1 mit Hinweis). Beim besagten Bericht handelt es sich zudem nicht um ein Gutachten im Sinne von Art. 182 ff. StPO, das die in E. 1.5.4 hiervor umschriebene (beschränkte) Bindungswirkung in Fachfragen entfalten würde. Es stand der Vorinstanz somit ohne Weiteres frei, den Konsum und die Weitergabe von DMT während des Aufenthalts in einer sozialtherapeutischen Einrichtung bei der Interessenabwägung zum Nachteil des Beschwerdeführers zu gewichten. Entgegen seiner Auffassung lässt die vorinstanzliche Würdigung die beiden Autorinnen des Berichts auch nicht zu Belastungszeuginnen werden, bezüglich derer ihm das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Ziff. 2 lit. d EMRK (vgl. dazu Urteil 6B_1320/2020 vom 12. Januar 2022 E. 4.2.2, nicht publ. in: BGE 148 IV 22 mit Hinweisen) hätte gewährt werden müssen.

Die Ausführungen der Vorinstanz zur Schwere der Anlasstat und der Vorstrafen sowie der sich darin manifestierenden, fortbestehenden Gefährlichkeit des Beschwerdeführers sind im Ergebnis bundesrechts- sowie EMRK-konform.

Auch eine Verletzung der Garantien gemäss FZA ist angesichts der hinreichend erstellten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht zu erkennen: Denn nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die im Abkommen eingeräumten Rechte durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Ob die öffentliche Ordnung und Sicherheit (weiterhin) gefährdet ist, folgt aus einer Prognose des künftigen Wohlverhaltens, die vorliegend zulasten des Beschwerdeführers ausfällt.

E. 1.7

Der Beschwerdeführer beruft sich ergänzend auf das Recht auf Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Zwar ist dem Betroffenen im Rahmen der Interessenabwägung mit zunehmender Aufenthaltsdauer ein gewichtigeres privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz zuzubilligen (vgl. BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; Urteil 6B_1318/2020 vom 19. Mai 2022 E. 1.4.1 mit Hinweis). Unter dem Titel von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen aber selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 II 1 E. 6.1 mit Hinweisen; Urteile 6B_1124/2021 vom 16. Dezember 2022 E. 2.2.3; 6B_138/2022 vom 4. November 2022 E. 3.1.3). Dass ihm derartige ausserordentliche Integrationsleistungen gelungen wären, macht der Beschwerdeführer (zu Recht) nicht geltend: Sein Hinweis, wonach er im Besitz einer Niederlassungsbewilligung sei, die gesamte Schulzeit und berufliche Ausbildung in der Schweiz absolviert habe, hier sämtliche privaten Beziehungen habe und akzentfrei Schweizerdeutsch spreche, reicht zur Annahme solcher Leistungen nicht aus. Es ist somit nicht von einem schützenswerten Privatleben im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK auszugehen.

E. 2

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und wird abgewiesen. Als von vornherein aussichtslos erscheint sie angesichts der relativ knappen vorinstanzlichen Begründung indes nicht. Da ausserdem die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen ist, wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutgeheissen. Entsprechend werden für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten erhoben (Art. 64 Abs. 1 BGG). Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet (Art. 64 Abs. 2 BGG).

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