

# **BGer 6B\_235/2018 vom 1. November 2018**

Bundesgericht, 2018-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_235\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_235_2018)

FR: TF 6B\_235/2018 du 1 novembre 2018

IT: TF 6B\_235/2018 del 1 novembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Präsident der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wies die Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 19. März 2018 darauf hin, dass einer Beschwerde in Strafsachen gegen eine Landesverweisung ( Art. 66a StGB ) in analoger Anwendung von Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (Urteil 6B\_506/2017 vom 14. Februar 2018 Sachverhalt D). Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist damit gegenstandslos geworden.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, trotz der beiden Vorstrafen sei der Vollzug nur möglich, wenn ihm eine eindeutig ungünstige Prognose attestiert werden könne. Die Vorinstanz verletze Bundesrecht, indem sie den Vorstrafen und der erneuten Straffälligkeit eine vorrangige Bedeutung zumesse. Der Vollzug fördere den beruflichen Wiedereinstieg nicht, sondern laufe der Resozialisierung diametral zuwider. Die Vorinstanz würdige die Tatsache nicht, dass er während seiner zehnjährigen Anwesenheit in der Schweiz mehrheitlich wegen Antragsdelikten geringfügig bestraft worden sei. Der Steigerungstendenz könne nicht grösseres Gewicht beigemessen werden, könne die Reihenfolge doch auf Zufall basieren. Eine fehlende soziale Integration könne nicht leichtfertig angenommen werden. Dass gleichzeitig zwei bedingte Strafen widerrufen würden, sei zwingend zu berücksichtigen.

### **E. 2.2**

Das vorinstanzliche Urteil erging am 16. Januar 2016, so dass die im Rahmen der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung des Sanktionenrechts revidierte Bestimmung von Art. 42 StGB nicht in Anwendung gelangt (vgl. Urteil 6B\_254/2018 vom 6. September 2018 E. 1.2 mit Hinweisen). Im Rahmen von aArt. 42 Abs. 1 StGB setzt der bedingte Strafaufschub nicht die Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren; es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6). In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung ( BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung erheblich zu gewichten; sie schliessen den bedingten Vollzug aber nicht notwendig aus ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 7; Urteil 6B\_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.2).

### **E. 2.3**

Der Verurteilung aus dem Jahre 2014 lag zugrunde, dass der Beschwerdeführer in alkoholisiertem Zustand den Bus der Frauenberatung "Flora Dora" am Zürcher Sihlquai betreten und sich dort mit einer Bierflasche in der Hand auf die Bank gesetzt hatte; als ihn die dort tätige Sozialarbeiterin darauf hinwies, dass er als Mann keinen Zutritt zum Bus habe, bedrohte er sie mit der Faust. 2015 wurde er der einfachen Körperverletzung und der mehrfachen Tötlichkeit schuldig befunden, weil er wiederum stark angetrunken auf dem Zeughausareal in Zürich Aussersihl um Geld gebettelt und dabei drei Frauen Faustschläge versetzt und eine von ihnen auch mit Füßen getreten hatte. Aktuell wurde er wegen qualifizierter einfacher Körperverletzung und Drohung verurteilt. Die Vorinstanz stellt eine Steigerungstendenz fest, hält die Warnungswirkung der aufgeschobenen Strafen für fraglich und nimmt an, dass die erlittene Haft ihn nachhaltiger beeindruckt haben sollte, dass er sich aber auch an der Verhandlung nicht wirklich einsichtig gezeigt habe. In der gesamthaften Betrachtung resultiere eindeutig eine ungünstige Legalprognose (Urteil S. 9 f.).

#### **E. 2.4**

Mit der Vorinstanz ist von einer Steigerungstendenz gewalttätiger Straftaten auszugehen, wobei er ohne Weiteres auch auf Frauen einschlägt. Wie die Vorinstanz feststellt, lässt der Beschwerdeführer selbst noch unter dem Eindruck der Berufungsverhandlung im dritten aufeinanderfolgenden Strafverfahren kein eigentliches Problembewusstsein erkennen. Mit der Vorinstanz lässt sich daher nicht auf die Abwesenheit der Befürchtung schliessen, "dass er es nicht [wieder] tun werde" ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6). Die aktuelle qualifizierte Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB ist als Vergehenstatbestand nicht zu bagatellisieren. Die Drohung (mit Strafandrohung bis zu drei Jahren), den Privatkläger "umzubringen" (oben Bst. A), bestärkt die Annahme, dass der Beschwerdeführer sich nicht im Griff hat. Jedenfalls unter Alkoholeinfluss ist er aus wichtigem Anlass zu erheblicher Gewaltanwendung bereit. Eine bloss unbestimmte Hoffnung, er werde sich künftig wohlverhalten, genügt für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 5), und zwar in casu umso weniger, als ihm bereits zweimal der bedingte Vollzug gewährt worden war. Die Rüge ist unbegründet.

#### **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 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 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 Ziff. 2 und Art. 24 Anhang I FZA ).

Art. 5 Ziff. 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 Ziff. 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 Ziff. 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 Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 des für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens 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 Ziff. 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 SR 2014 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 SR 2014 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 NR 2014 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 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 ermöglichten, 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 Fernhaltmassnahmen von EU-Bürgern in der Schweiz massgebend und nicht umgekehrt (Beschwerde Ziff. 29).

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 (Beschwerde Ziff. 29) 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 (Beschwerde Ziff. 26).

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 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 (Beschwerde Ziff. 33).

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 (auch Beschwerde Ziff. 34 f.) 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 (Beschwerde Ziff. 36).

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 NR 2015 255).

#### **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 (Urteil S. 20).

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.

## **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann angesichts der nicht gefestigten Rechtsprechung und der voneinander abweichenden kantonalen Entscheidungen (vgl. Urteil 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3) gutgeheissen werden. Entsprechend sind keine Gerichtskosten zu erheben. Der Anwalt ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

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