

## **BGer 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019**

Bundesgericht, 2019-05-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_378\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_378_2018)

FR: TF 6B\_378/2018 du 22 mai 2019

IT: TF 6B\_378/2018 del 22 maggio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist aufgrund der inzwischen ergangenen Rechtsprechung gegenstandslos geworden, da der Beschwerde in Strafsachen gegen eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB in analoger Anwendung von Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018, nicht publ. in: BGE 145 IV 55 ).

#### **E. 2.1**

Ob eine Landesverweisung anzuordnen ist, bestimmt sich nach dem Schweizer Recht. Ist nach dem massgebenden Recht eine Landesverweisung anzuordnen, stellt sich gegebenenfalls die weitere Frage, ob sie im Sinne von Art. 66d StGB aufzuschieben ist oder ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das FZA (die Kriterien der EMRK werden regelmässig bereits bei der Härtefallbeurteilung zu prüfen sein) einen Hinderungsgrund für die Landesverweisung bildet (Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.2).

#### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer richtet sich zu Recht nicht gegen die Annahme einer Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB . Nach dem Wortlaut des Gesetzes verweist das Gericht den Ausländer, der zu einer Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre des Landes. Eine Mindeststrafe sieht das Gesetz nicht vor ( BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 171). Art. 66a StGB lässt mit der Härtefallklausel in Abs. 2 eine individuelle Einzelfallbeurteilung zu (STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch et al., StGB/JStGB, 20. Aufl. 2018, N. 2 zu Art. 66a StGB ).

Die Härtefallklausel ist nach Intention und Gesetzeswortlaut restriktiv ("in modo restrittivo") anzuwenden. Ein Härtefall lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite ("di una certa porta") in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV (bzw. Art. 8 EMRK ) gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen (Urteil 6B\_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5; zur Härtefallklausel ausführlich BGE 144 IV 332 E. 3.3 ff. S. 339 ff.).

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 particolare rigore"); diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB (Urteil 6B\_371/2018 vom 21. August 2018 E. 3.3). "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).

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 66a Abs. 1 StGB, wonach das Gericht den wegen einer Katalogtat verurteilten Ausländer für 5-15 Jahre aus der Schweiz verweisen kann. Nach der Vorinstanz wiege sein Verschulden "nicht besonders schwer". Gleichwohl weiche sie von der gesetzlichen Mindestdauer ohne nähere Begründung ab.

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer wird für 7 Jahre des Landes verwiesen und ist während dieser Dauer mit einer Einreiseverweigerung belegt (vgl. Art. 121 Abs. 5 i.V.m. Abs. 6 BV). Dies hat die Konsequenz, dass er das den Unionsbürgern von der Schweiz völkervertraglich eingeräumte Einreiserecht, wie es in BGE 143 IV 97 dargelegt wird, naturgemäss während dieser Dauer nicht wahrnehmen kann (Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.3). In jener Strafsache hatte sich der Betroffene erfolglos auf ein voraussetzungsloses dreimonatiges Einreiserecht berufen. Die Landesverweisung hebt nicht nur ein (allfälliges) Aufenthaltsrecht auf, sondern bewirkt zugleich prospektiv ein Einreiseverbot; sie ist zugleich Entfernungsmassnahme mit Wegweisungswirkung und Einreiseverbot mit Fernhaltewirkung (PETER ÜBERSAX, Freizügigkeitsabkommen und Landesverweisung, plädoyer 1/2018 S. 37, 38; ZURBRÜGG/HRUSCHK a, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl. 2019, N. 59 f. und 91 vor Art. 66a-66d StGB; zur wissenschaftlichen Diskussion CHRISTA TOBLER, Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, S. 433, 445 ff.). Eine Einreise nach Ablauf der Landesverweisung wird gegebenenfalls nach dem dann zumaligen Recht zu prüfen sein (Urteil 2C\_725/2018 vom 13. November 2018 E. 6.4).

### **E. 2.5**

Die Rüge ist unbegründet. Nach der Vorinstanz wiegt das Verschulden "im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zwar nicht besonders schwer" (Urteil S. 17). Die qualifizierte Begehungsweise stuft das Gesetz als Verbrechen ein. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG droht eine Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr an, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Es handelt sich um eine Widerhandlung, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Der schwere Fall im Sinne dieser Bestimmung ist nach konstanter Rechtsprechung mit einer Menge von 18 g Kokain erreicht (BGE 109 IV 143 E. 3b S. 145). Der Strafrahmen von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG reicht von 1 bis 20 Jahre Freiheitsstrafe (Art. 40 Abs. 2 StGB). Die vorinstanzliche Relativierung betrifft lediglich die Einordnung in diesen Strafrahmen. Die Vorinstanz verletzt mit einer siebenjährigen Landesverweisung das ihr zustehende Ermessen nicht (vgl. BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.).

### **E. 3.1**

Angesichts der vorinstanzlich ausgesprochenen strafrechtlichen Landesverweisung beruft sich der Beschwerdeführer auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) und macht geltend, dieses gehe dem Strafgesetzbuch (StGB) vor und stehe in seinem Fall der Landesverweisung entgegen. Ob der behauptete Anspruch tatsächlich besteht, bildet keine Frage des Eintretens, sondern eine solche der materiellen Beurteilung (Urteil 2C\_339/2018 vom 16. November 2018 E. 1.2).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz argumentiert, die Gesetzgebung zur Landesverweisung sei das Ergebnis heftiger politischer Auseinandersetzungen im Rahmen des Abstimmungskampfes über die Ausschaffunginitiative und des darauffolgenden Gesetzgebungsprozesses, die sich von Beginn an wesentlich um die Einbettung von Normen über die Ausschaffung krimineller Ausländer in das verfassungsrechtliche Gesamtgefüge einschliesslich des Verhältnisses zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen gedreht hätten. Mit der Härtefallklausel solle dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip zum Durchbruch verholfen bzw. grösste Verletzungen rechtsstaatlicher Prinzipien oder des Völkerrechts und stossende Entscheide in Ausnahmefällen verhindert werden. Dass auch mit der Härtefallklausel die Verpflichtungen gemäss FZA nicht in jedem Fall würden eingehalten werden können, sei dabei stets ein offenes Geheimnis gewesen. Mit den nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung habe der Gesetzgeber somit einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bzw. die Verletzung der daraus resultierenden Ansprüche von EU-Ausländern im Einzelfall bewusst in Kauf genommen. Der "Schubert-Praxis" ( BGE 99 Ib 39 ) folgend gehe sie dem FZA vor. Das FZA bewege sich (auch wertungsmässig) nicht auf der Ebene zwingenden Völkerrechts, dessen unbedingte Geltung sich auch aus der Bundesverfassung ergebe ( Art. 139 Abs. 3 BV ; Art. 193 Abs. 4 BV ; Art. 194 Abs. 2 BV ), sowie aus den Menschenrechtsgarantien der EMRK, denen als zentralen Grundwerten der Rechtsordnung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen werden müsse. Der "Schubert-Praxis" folgend bleibe es im konkreten Fall folglich bei der Anwendung von Art. 66a StGB .

### **E. 3.3**

Die richterlichen Behörden sind in ihrer Rechtsprechung unabhängig und nur dem Recht verpflichtet ( Art. 191c BV ). Das Bundesgericht ist die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes ( Art. 188 Abs. 1 BV ; Art. 1 Abs. 1 BGG ) und hat als solche auch Streitigkeiten wegen Verletzung des Völkerrechts zu beurteilen ( Art. 189 Abs. 1 lit. b BV ; Art. 95 lit. b BGG ). Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die andern rechtsanwendenden Behörden massgebend ( Art. 190 BV ). Rechtsanwendung setzt die Rechtsauslegung voraus. Dabei gilt in der harmonisierenden Auslegung der Verfassung der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen, wobei dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besondere Bedeutung zukommt.

Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, d.h., nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis ( BGE 142 IV 105 E. 5.1 S. 110; 143 IV 122 E. 3.2.3 S. 125). Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen ( BGE 142 IV 1 E. 2.4.1 S. 3 f. und 401 E. 3.3 S. 404; 141 III 195 E. 2.4 S. 198 f.).

In casu sind für das Bundesgericht neben der integralen Verfassung (sowie der EMRK) das Bundesgesetz ( Art. 66a ff. StGB )

und das FZA massgebend. Eine unterschiedliche Rechtsnatur der anzuwendenden Normen bildet in der Praxis den Normalfall. Gerichte haben in jedem Rechtsstreit im Rahmen von divergierenden "massgebenden" Normen in abwägender Weise zu entscheiden. Dabei sind die Wertungen des Gesetzgebers zu beachten ( BGE 143 I 292 E. 2.4.2 S. 299).

### **E. 3.4**

Das FZA besteht aus einem 25 Artikel umfassenden Hauptteil und drei ausführlichen Anhängen, welche sowohl die Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen gewähren ( Art. 1-7 FZA und Anhang I FZA) als auch Systeme der sozialen Sicherheit koordinieren ( Art. 8 FZA und Anhang II FZA) sowie die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen erleichtern ( Art. 9 FZA und Anhang III FZA; Urteil 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018 E. 2.5.1). Wie sich bereits der Grundbestimmung von Art. 1 lit. a FZA entnehmen lässt, ist ein wesentliches Ziel des FZA zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz 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 (Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.1).

#### **E. 3.4.1**

Mit dem Abschluss des FZA hat die Schweiz Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU im Wesentlichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt. Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrechtliches Abkommen ( BGE 145 IV 55 E. 3.3 S. 59). Die Schweiz ist in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden. Jedoch hat sie die völkervertraglich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten.

#### **E. 3.4.2**

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 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 Ziff. 1 VRK ). Ausgangspunkt bildet der Wortlaut des völkerrechtlichen Vertrags. Dieser ist aus sich selbst heraus gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung zu interpretieren. Diese gewöhnliche Bedeutung ist in Übereinstimmung mit ihrem Zusammenhang, dem Ziel und Zweck des Vertrages bzw. der auszulegenden Vertragsbestimmung und gemäss Treu und Glauben zu eruieren. Ziel und Zweck ist, was die Parteien mit dem Vertrag erreichen wollen (teleologische Auslegung; BGE 143 II 136 E. 5.2.2 S. 148). Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben garantiert die teleologische Auslegung den "effet utile" des Vertrags ( BGE 144 III 559 E. 4.4.2 S. 568). "L'art. 31 par. 1 CV prévoit qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but" ( BGE 144 I 214 E. 3.2 S. 221).

#### **E. 3.4.3**

Das Unionsrecht ist eine Rechtsordnung sui generis, die sich von staatlichen Rechtsordnungen und vom Völkerrecht unterscheidet und insofern einen autonomen Charakter aufweist (ASTRID EPINEY, in: Biber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 13. Aufl. 2019, § 9, Rz. 12, S. 257). Die von der EU eingegangenen völkerrechtlichen Abkommen werden integrierender Bestandteil des Unionsrechts. Die EU trifft insoweit eine unionsrechtliche und eine völkerrechtliche Pflicht zur Beachtung der von ihr geschlossenen Abkommen (RUDOLF MÖGELE, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, N. 49 f. zu Art. 216 AEUV). Der EuGH nimmt die interpretativen Modalitäten von Art. 31 VRK auf, räumt aber seiner systematischen und teleologischen Auslegung (dynamische Auslegung) den Vorrang vor der wörtlichen Auslegung ein (MARC BLANQUET, Droit général de l'Union européenne, 11. Aufl. 2018, Rz. 709, 715).

Der EuGH bezeichnet das FZA im Urteil

Martin Wächtler gegen Finanzamt Konstanz vom 26. Februar 2019 (Rs. C-581/17) als völkerrechtlichen Vertrag, der gemäss Art. 31 VRK auszulegen sei; ausserdem sei einem Begriff eine besondere Bedeutung beizulegen, wenn feststehe, dass dies die Absicht der Parteien gewesen sei (Rn. 35). Die allgemeine Zielsetzung des FZA bestehe darin, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Union und der Schweiz zu intensivieren (Rn. 36). Die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt könnten allerdings nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden, sofern dies nicht im FZA selbst ausdrücklich vorgesehen sei, da die Schweiz nicht dem Binnenmarkt der Union beigetreten sei (Rn. 37). Gemäss Präambel sowie Art. 1 und Art. 16 Abs. 2 FZA ergebe sich für die Auslegung das Ziel des FZA, die Freizügigkeit im Hoheitsgebiet dieser Parteien zu verwirklichen. Hierzu stütze sich das FZA auf die in der Union geltenden Vorschriften, deren Begriffe unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA auszulegen seien (Rn. 38). Zur Rechtsprechung des EuGH nach diesem Zeitpunkt werde die Schweiz unterrichtet ( Art. 16 Abs. 2 FZA ), und für das ordnungsgemässe Funktionieren stelle der Gemischte Ausschuss auf Antrag die Auswirkungen der Rechtsprechung fest ( Art. 14 FZA ). Selbst ohne diese Feststellung sei die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, sofern sie lediglich Grundsätze präzisiere oder bestätige, die in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA bereits bestehenden Rechtsprechung zu den Begriffen des Unionsrechts, an denen sich dieses Abkommen ausrichte, aufgestellt gewesen seien (Rn. 39).

#### **E. 3.4.4**

Für die strafrechtliche Auslegung relevant ist, dass es sich beim FZA um ein im Wesentlichen wirtschaftsrechtliches Abkommen handelt. 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 hatte sich evidentermassen nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten ( BGE 145 IV 55 E. 3.3 S. 59).

#### **E. 3.4.5**

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in diesem Zusammenhang ein Begriff des Unionsrechts (Urteil

Wächtler , Rn. 55). Dieses zentrale Prinzip der "Nichtdiskriminierung" ( Art. 2 FZA ) bzw. Gleichbehandlung ( BGE 140 II 112 E. 3.2.1 S. 118 f.) bezweckt ebenfalls den

diskriminierungsfreien wirtschafts- und erwerbsrechtlichen reziproken Zugang zu den Wirtschaftsräumen der Vertragsstaaten. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatszugehörigkeit ist daher untersagt. Das Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen ( Art. 7 lit. a FZA ) verwirkt der Straftäter. Die im FZA eingeräumten Rechte dürfen ihm gegenüber gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eingeschränkt werden. Einschränkende Massnahmen müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen und gleichwohl jedenfalls den Verhältnismässigkeitsgrundsatz beachten, d.h. sie müssen zur Erreichung dieser Ziele geeignet sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was hierfür erforderlich ist (Urteil Wächtler , Rn. 63).

### **E. 3.5**

Die strafrechtlich massgebende Bestimmung ist Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA , die unter dem Randtitel "Öffentliche Ordnung" lautet:

"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. 3.5.1**

Zur Interpretation des Rechtsbegriffs der "öffentlichen Ordnung" im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist vorzuschicken, dass dieser Begriff nicht im Sinne des formellen oder materiellen Ordre public des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) zu verstehen ist (vgl. BGE 144 III 120 E. 5.1 S. 129 f. zu Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ; 143 III 225 E. 5.1 S. 226 f.). Gegen den Ordre public verstösst die Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verkennt und daher mit der wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte ( BGE 138 III 322 E. 4.1 S. 327). Der Begriff der öffentlichen Ordnung ("ordre public") gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA wird hier verstanden als die Störung der sozialen Ordnung und Sicherheit, wie sie jede Straftat darstellt (unten E. 3.5.2; ebenso der EuGH unten E. 3.7).

#### **E. 3.5.2**

Nach der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung inwohnenden Interessen verlangt ( BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 f.). Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahmen setzen eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus ( BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 und E. 4.2 S. 185). 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 ( BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183) verfügt würden (Urteil 2C\_828/2016 vom 17. Juli 2017 E. 3.1 mit Hinweisen). Auch vergangenes Verhalten ( BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 184 und E. 4.3.1 S. 186) kann den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung

erfüllen. Es kommt weiter auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an, wobei eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, verlangt ist. 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 (Urteile 2C\_828/2016 vom 17. Juli 2017 E. 3.2). 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 S. 185; 125 II 105 E. 2c S. 110). Bei Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung sind die EMRK sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ( BGE 130 II 176 E. 3.4.2 S. 184).

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). 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 130 II 176 E. 4.3.1 S. 186). 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. Betäubungsmittelhandel stellt eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA dar ( BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 125 f. sowie Urteile 2C\_828/2016 vom 17. Juli 2017 E. 3.2 und 6B\_126/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 143 IV 97 ).

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 (Urteil 2C\_31/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 3.3).

### **E. 3.6**

Die Rechtsprechung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung geht davon aus, das FZA bezwecke, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft (heute: der Europäischen Union) geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel zum FZA). Es soll eine möglichst parallele Rechtslage bestehen ( BGE 140 II 112 E. 3.6.2 S. 125 zu Art. 16 Abs. 1 FZA ).

Bei Begriffen des Gemeinschaftsrechts "wird" die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des FZA [am 21. Juni 1999] "berücksichtigt" ( Art. 16 Abs. 2 FZA ). Wie das Bundesgericht bereits im Grundsatzentscheid aus dem Jahre 2009 entschied, kann es zum Zwecke der Auslegung auch die seitherige Rechtsprechung des EuGH heranziehen, um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden. Da der EuGH aber nicht berufen ist, für die Schweiz das FZA verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als der EuGH zu gelangen; es wird dies aber nicht leichthin tun ( BGE

136 II 5 E. 3.4 S. 12 f.; 142 II 35 E. 3.1 S. 38 und 3.2 S. 39; 140 II 112 E. 3.2 S. 117). Erfordernisse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie "zwingende Erfordernisse" des Allgemeininteresses, die zwar über die in Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genannten Rechtfertigungsgründe hinausgehen, jedoch im Binnenrecht der EU ausnahmsweise einen Eingriff in die Grundfreiheiten rechtfertigen können, sind auch im Anwendungsbereich des FZA einschlägig ( BGE 140 II 112 E. 3.6.2 S. 125).

### **E. 3.7**

Diese Rechtsprechung nimmt jedenfalls im Ausweisungszusammenhang an, das Aufenthaltsrecht könne nur gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eingeschränkt werden und diese Einschränkungen seien restriktiv zu interpretieren (Urteil 2C\_725/2018 vom 13. November 2018 E. 5.1). Das Bundesgericht ging bereits mit BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 und geht in konstanter Rechtsprechung davon aus, Einschränkungen der Freizügigkeit seien eng auszulegen.

Diese Praxis stützt sich insbesondere auf das Urteil

Pierre Bouchereau vom 27. Oktober 1977 (Rs. 30-77, in: Rec. 1977, S. 1999). Das Urteil betraf die Ausweisung eines französischen Staatsbürgers (eines Arbeiters) aus Grossbritannien wegen Besitzes von Betäubungsmitteln. Der EuGH hielt fest, die spezifischen Umstände, die eine Berufung auf die öffentliche Ordnung ("ordre public") rechtfertigten, könnten von Land zu Land und Epoche zu Epoche variieren, weshalb den Behörden ein Ermessen ("une marge d'appréciation") zuzugestehen sei. Unter dem Gesichtspunkt der Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstelle, sei eine tatsächliche und hinreichend schwere Bedrohung vorausgesetzt, die ein grundlegendes Interesse der Gesellschaft berühre ("suppose, en tout cas, l'existence [...] d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société"; Rn. 34).

Das Urteil

Donatella Calfa vom 19. Januar 1999 (Rs. C-348/96, in: Rec. 1999, S. 21) betraf die Ausweisung einer italienischen Staatsangehörigen aus Griechenland wegen Besitzes von Betäubungsmitteln. Der EuGH hielt fest, zwar liege die Gesetzgebung in Strafsachen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, doch könne deren Gesetzgebung die fundamentalen Freiheiten des Gemeinschaftsrechts nicht einschränken ("restreindre"; Rn. 17). Er prüfte, ob die Ausweisung auf Lebenszeit unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sein könnte, wobei sich der EuGH auf das Urteil

Bouchereau bezog (Rn. 21, 25) und annahm, dass der Vorbehalt restriktiv zu interpretieren sei (Rn. 23). Er stellte fest, dass die Ausweisung automatisch angeordnet wurde ("de manière automatique à la suite d'une condamnation pénale, sans tenir compte du comportement personnel de l'auteur de l'infraction ni du danger qu'il représente pour l'ordre public"; Rn. 27), und entschied, die Ausweisung wegen Erwerbs und Besitzes von Betäubungsmitteln zum persönlichen Gebrauch sei daher nicht gerechtfertigt (Rn. 29).

Der EuGH hatte im Urteil

Rico Graf et Rudolf Engel vom 6. Oktober 2011 (Rs. C-506/10, in: Rec. 2011-10 [A], S. 9345) den Streit um einen Landpachtvertrag zwischen dem Schweizer Graf als Pächter und dem Deutschen Engel als Verpächter von Bauernland in Baden-Württemberg zu beurteilen. Er hielt fest, die Vertragsstaaten blieben im Wesentlichen frei, die öffentliche Ordnung nach nationalen Interessen zu bestimmen, doch könne deren Tragweite nicht unilateral und ohne

Kontrolle des EuGH festgelegt werden. Der Begriff der öffentlichen Ordnung müsse im Rahmen des FZA interpretiert werden (Rn. 32). Ziel des FZA sei es, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Union und der Schweiz enger zu knüpfen ("resserrer les liens"). Die Vorbehalte von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA seien strikt zu interpretieren (Rn. 33). Baden-Württemberg könne angesichts des Prinzips der Gleichbehandlung von Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA dem Pachtvertrag nicht aus Wettbewerbsgründen "opponieren" (Rn. 36).

Während die ersten beiden Urteile (auf die sich BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 vom 7. April 2004 massgeblich bezog; oben E. 3.5.2) Unionsbürger betrafen und vor der Unterzeichnung des FZA am 21. Juni 1999 ergingen, betrifft das dritte Urteil ein dem FZA unterstehendes Rechtsverhältnis. In allen drei Urteilen räumte der EuGH einerseits eine prinzipielle Eigenständigkeit der Unionsstaaten wie der Vertragsstaaten des FZA (im dritten Urteil) zur Anwendung und Auslegung des Normgehalts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ein und beschränkte andererseits die Anwendung in konstanter Rechtsprechung auf eine strikte Auslegung. Der EuGH weist in diesen Urteilen ferner auf eine Zeitbedingtheit der Auslegung hin und räumt den Vertragsstaaten ein Ermessen ein.

### **E. 3.8**

Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist für die Schweiz strafrechtlich nicht in einer Weise restriktiv auszulegen, welche diese Bestimmung des ihrer gewöhnlichen Bedeutung ( Art. 31 Ziff. 1 VRK ; oben E. 3.4.2) nach anerkannten Normgehalts entleeren würde. Die Mitgliedstaaten gründeten die EU zur "Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas" (Art. 1 Abs. 2 EUV) als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft (EG). Die zitierte restriktive Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist auf die primärrechtlich abgestützte integrativ wirkende dynamische Rechtsanwendung des EuGH zurückzuführen, die heute die Harmonisierung und Vertiefung der Union intendiert. Diese Nuance dieser Rechtsprechung (teleologische Reduktion des Normgehalts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ) hat die Schweiz nach der aktuellen Rechtslage für das Strafrecht nicht zu berücksichtigen, da die unionsrechtliche Auslegung nicht automatisch zu übernehmen ist (oben E. 3.4.3; unten E. 4.3.4). Vielmehr ist anzunehmen, dass der Normsinn dem Wortsinn entspricht.

### **E. 3.9**

Da die alleinige Existenz einer strafrechtlichen Verurteilung eine Landesverweisung nach der zu berücksichtigenden Rechtsprechung des EuGH nicht automatisch ("automatiquement": Urteil

Calfa , Rn. 27) begründen kann, haben die Strafgerichte in einer spezifischen Prüfung des Einzelfalls ("une appréciation spécifique": Urteil

Bouchereau , Rn. 27) nach den dargelegten Kriterien in der konkretisierenden Anwendung des Bundesrechts (oben E. 3.3) jeweils zu prüfen, ob Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA der Landesverweisung entgegensteht oder diese hindern kann (Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.2). Es handelt sich dabei im Wesentlichen um die Prüfung der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns ( Art. 5 Abs. 2 BV ) bei der Einschränkung der Freizügigkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA . Der strafrechtlichen Landesverweisung von Kriminellen fehlt im Übrigen unter jedem Titel des FZA und der bilateralen Verträge die Signifikanz. Die strafrechtliche Landesverweisung hat weder eine wirtschafts- noch eine migrationsrechtliche Komponente.

#### **E. 4.1**

Nach den vorinstanzlichen Feststellungen verbrachte der heute 25-jährige Beschwerdeführer seine Kindheit und Jugend in der Dominikanischen Republik, bis er im Alter von 16, 17 Jahren zu seiner Mutter nach Spanien zog. In die Schweiz kam er Ende 2014. Hier arbeitete er bis zur Verhaftung als selbständiger Coiffeur und heute regelmässig als angestellter Hilfsarbeiter auf dem Bau und nebenbei als selbständiger Coiffeur. Er bezeichnete als einzige Bindung zur Schweiz die seit über zwei Jahren bestehende Beziehung zu seiner erwerbstätigen Verlobten, die dominikanische Staatsbürgerin und seit 2016 in der Schweiz ist. Seine Verwandten leben in der Dominikanischen Republik oder in Spanien. Sein einjähriger Sohn lebt mit seiner Mutter in Santo Domingo. Er spricht keine Landessprache und verfügt über keine nennenswerten Bindungen zur Schweiz. Der Beschwerdeführer legt zur Begründung der unentgeltlichen Rechtspflege einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. April 2018 als Hilfsarbeiter ins Recht.

#### **E. 4.2**

Die Behörden haben eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit ( BGE 144 II 121 ; 141 II 1 ; 140 II 112 , 460) eindeutig abzuklären (vgl. Urteil 2C\_716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.6). Für Abklärungen hinsichtlich des FZA gilt wie bei der strafrechtlichen Landesverweisung der Untersuchungsgrundsatz (Urteil 6B\_651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 8.3). Bundesgerichtliche Vorinstanzen sind gehalten, den Sachverhalt so festzustellen, wie er sich zum Zeitpunkt ihres Urteils tatsächlich präsentiert (Urteile 2C\_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 4.2 und 6B\_651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 8.4). Das Urteil muss die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten ( Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG ).

Die Vorinstanz nimmt an, das FZA berechtige den als selbständiger Coiffeur bzw. angestellter Bauarbeiter tätigen Beschwerdeführer als Bürger eines Mitgliedstaates der EU, nämlich Spaniens, grundsätzlich zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Sie nimmt weiter gestützt auf BGE 130 II 176 E. 3.1 S. 180 eine grundsätzliche Zulässigkeit der Landesverweisung unter dem Titel des FZA an.

#### **E. 4.3**

Es ist mithin eine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts von Erwerbstätigen mittels einer strafrechtlichen Landesverweisung näher zu prüfen.

##### **E. 4.3.1**

Gemäss Präambel sowie Art. 1 lit. a und c FZA fallen natürliche Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben, und auch solche, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, in den Anwendungsbereich des FZA; für die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen ist massgebend, ob die fragliche Erwerbstätigkeit als "abhängige Beschäftigung" oder "selbständige Erwerbstätigkeit" anzusehen ist (Urteil

Wächtler , Rn. 41, 44, 45 und 47 ff.). Nach den vorinstanzlichen Feststellungen hielt sich der Beschwerdeführer zur Erwerbstätigkeit "rechtmässig im Hoheitsgebiet" der Schweiz auf ( Art. 2 FZA ). Der Arbeitnehmerbegriff gilt als autonomer Begriff des Unionsrechts (Urteil

Wächtler , Rn. 45) und wird im Sinne der dynamischen und damit integrativen Methodik des EuGH extensiv ausgelegt, während Einschränkungen restriktiv interpretiert werden (Urteil 2C\_716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.2 und 3.3). Es kann offen bleiben, in

welcher massgeblichen Eigenschaft der Beschwerdeführer seine Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte. Das erscheint hier unproblematisch.

#### **E. 4.3.2**

Die zur Rechtfertigung der Einschränkung der Freizügigkeit von Erwerbstätigen heranzuziehenden Begriffe des Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA sind zugleich Begriffe des Unionsrechts gemäss Art. 45 AEUV und werden als solche unionsrechtlich als Ausnahmen zur Grundfreiheit grundsätzlich eng und insbesondere diskriminierungsfrei ausgelegt. Das Unionsrecht räumt bei der Ausfüllung der Begriffe Ordnung, Sicherheit und Gesundheit indes einen gewissen Gestaltungsspielraum ein ( BGE 140 II 112 E. 3.6.2 S. 125 mit Hinweis auf das Urteil

Graf et Engel ). Der EuGH hält im Urteil

Roland Rutili vom 28. Oktober 1975 (Rs. 36-75, in: Rec. 1975, S. 1219) fest, die gemeinschaftsrechtliche diskriminierungsfreie individuelle Freizügigkeit der Arbeitnehmer könne unter dem Titel der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt werden (Rn. 13, 19-21), und relativiert gleichzeitig: Die Mitgliedstaaten seien (zwar) im Wesentlichen frei, die öffentliche Ordnung nach ihren nationalen Interessen zu bestimmen, die Einschränkung der Gleichbehandlung ("justification") sei (aber) strikt zu verstehen und nur unter der Voraussetzung einer tatsächlichen und hinreichend schweren Bedrohung ("menace réelle et suffisamment grave") der öffentlichen Ordnung zulässig (Rn. 28). Das Prinzip der Gleichbehandlung verbiete nicht nur die offensichtliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern jede auch versteckte Diskriminierung ("toutes formes dissimulées de discrimination"), die auf das gleiche Ergebnis hinausliefe (Urteil David Petrie e.a. vom 20. November 1997, Rn. 54 [Rs. C-90/96, in: Rec. 1997-11, S. 6527]).

#### **E. 4.3.3**

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 ff. AEUV), nämlich ihren Arbeitsplatz im gesamten Gebiet der Union frei wählen zu können, stellt nach der Rechtsprechung des EuGH eine Grundlage der Union dar; diese Bestimmungen gehen jeder entgegenstehenden nationalen Norm vor ("primant toute norme nationale"; Urteil

Lynne Watson et Alessandro Belmann vom 7. Juli 1976, Rn. 16 (Rs. 118-75, in: Rec. 1976, S. 1185). Der EuGH baute damit im Ergebnis das Diskriminierungsverbot des Art. 45 AEUV binnenrechtlich zu einem Beschränkungsverbot aus (FRANZEN, in: Streinz, a.a.O., N. 86 zu Art. 45 AEUV). Die Unionsstaaten können hingegen aufgrund des Vorbehalts von Art. 45 Abs. 3 AEUV Zwangsmassnahmen, etwa Einreiseverbote oder Ausreisegebote, die ihnen gegenüber ihren eigenen Staatsangehörigen nicht zur Verfügung stehen, gegenüber EU-Ausländern durchsetzen und diese ausweisen, wobei allerdings wiederum der Begriff der öffentlichen Ordnung als dem fundamentalen Unionsprinzip der Freizügigkeit der Arbeitnehmer derogierend restriktiv zu interpretieren ist; die Freizügigkeit darf verweigert werden, wenn der Vorbehalt anwendbar ist (Urteil

Yvonne van Duyn vom 4. Dezember 1974, Rn. 18-23 [Rs. 41-74, in: Rec. 1974 S. 1337]; Urteil

Calfa , Rn. 18-23). Eine Anordnung der Massnahme muss jedenfalls die EMRK beachten und verhältnismässig sein (FRANZEN, a.a.O., N. 127 zu Art. 45 AEUV).

Somit legt der EuGH die Art. 45 AEUV und Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA praktisch identisch aus, und es versteht sich, dass diese Rechtsprechung eingedenk Präambel und Art. 16 FZA nur im Rahmen des verfassungsrechtlich massgebenden Rechts berücksichtigt werden kann, dass sie unter diesen Kautelen aber auch zu berücksichtigen ist.

#### **E. 4.3.4**

Die von der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer konträr beantwortete Frage eines "Vorrangs" bei einem echten Normkonflikt zwischen Landesverweisung und FZA hat die Strafrechtliche Abteilung offen gelassen ( BGE 145 IV 55 E. 4.1 S. 61; Urteil 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018 E. 2.5). Auch bei völkerrechtlichen Verträgen bildet der Wortlaut in seiner gewöhnlichen Bedeutung den Ausgangspunkt jeder auch teleologischen Auslegung (oben E. 3.4.2). Wohl waren die Vertragsparteien nach der Präambel "entschlossen", die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EG geltenden Bestimmungen "zu verwirklichen". Das war eine Absichtserklärung hinsichtlich "einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen" (Präambel). In der Sache sind die Vertragsparteien aber übereingekommen, ein "Abkommen zu schliessen", und zwar mit dem im Zweckartikel 1 lit. a-d FZA vereinbarten "Ziel" der "Einräumung" bestimmter Rechte, wozu die Parteien die erforderlichen Massnahmen treffen ( Art. 16 Abs. 1 FZA ). Zudem beschlossen die Vertragsparteien: "Soweit für die Anwendung des FZA Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs [...] berücksichtigt"; französische Fassung: "il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice"; italienische Fassung: "si terrà conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia" ( Art. 16 Abs. 2 FZA ). Nach den romanischen Wortlauten des FZA ist somit der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs (nur, aber immerhin) "Rechnung zu tragen". Der EuGH anerkennt sodann, dass die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden kann (oben E. 3.4.3). Das FZA ist ein partikulares Abkommen. Die Vertragsparteien vereinbarten keine Freizügigkeit, wie sie im schweizerischen Binnenrecht verwirklicht ist. Diese lässt sich nicht über die Rechtsprechung verwirklichen. Die Vertragsparteien vereinbarten (nach der deutschen Fassung) ausdrücklich die

Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH und normierten keinen völkerrechtlichen Vorrang des FZA vor dem Schweizer Landesrecht, namentlich dem Strafrecht. Die EU verfügt denn auch über keine originäre Befugnis zur Setzung und Durchsetzung kriminalstrafrechtlicher Normen (abgesehen vom sog. Europäischen Strafrecht sui generis; im Einzelnen BERND HECKER, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, N. 25 und 28 Vor § 1 StGB ). Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

#### **E. 4.4**

Das Bundesgericht kann zur abstrakten Beantwortung einer Rechtsfrage nicht angerufen werden ( BGE 124 IV 94 E. 1c S. 96). Im Rahmen von Art. 106 Abs. 2 BGG besteht eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht; dies gilt ebenso hinsichtlich des FZA ( BGE 142 I 99 E. 1.7.2 S. 106 sowie Urteil 2C\_381/2018 vom 29. November 2018 E. 2.2). Es ist in qualifizierter Weise darzulegen, "inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt" (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ), ansonsten auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (Urteil 6B\_965/2018 vom 15. November 2018 E. 5).

Wie ausgeführt, kommt eine Landesverweisung angesichts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur bei einer gewissen Schwere der Straftat in Betracht (Urteil 6B\_126/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.3, nicht publ. in: BGE 143 IV 97 ). Diese Bedingung ist beim qualifizierten Drogenhandel ( Art. 19 Abs. 2 BetmG ) in der Regel erfüllt.

Der Beschwerdeführer macht wie bereits vor der Vorinstanz gestützt auf den Vollzugaufschub eine günstige Legalprognose geltend. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf (aArt. 42 Abs. 1 StGB in der erstinstanzlich noch massgebenden Fassung; BGE 134 IV 1 E. 4.1 S. 4 f.). Das Gesetz setzt nicht eine günstige Prognose voraus, sondern nur das Fehlen einer ungünstigen Prognose ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht ergibt sich im ausländerrechtlichen Bereich ein strengerer Beurteilungsmassstab ( BGE 137 II 233 E. 5.2.2 S. 237; Urteil 2C\_122/2017 vom 20. Juni 2017 E. 3.3). Wie der Beschwerdeführer indes zutreffend vorbringt, geht die Vorinstanz von einer günstigen Legalprognose aus, die einer Ausweisung gemäss FZA entgegenstehe (Urteil S. 14). Wie dargelegt, ist die Legalprognose nicht das einzige oder für sich ausschlaggebende Kriterium (oben E. 3.5.2; vgl. Urteil 2C\_31/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 3.3 und 3.3.2.1 [Ausweisung des Täters einer 20 Jahre zurückliegenden Mordtat]).

#### **E. 4.5**

Wesentliches Kriterium für die Landesverweisung bildet die Intensität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit oder des Gemeinwohlinteresesses durch den kriminellen Willen, wie er sich in der konkreten Katalogtat des Art. 66a Abs. 1 StGB realisiert. In casu ist dieser Sachverhalt aus dem beabsichtigten Drogenhandel mit einer Menge Kokain, welche die Basismenge für den qualifizierten Fall um ein Vielfaches überschreitet ( BGE 109 IV 143 ), zu erschliessen. Der Beschwerdeführer liess damit ein persönliches Verhalten erkennen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit vieler Menschen darstellt. Es ist der gesetzgeberische Wille, dem "Drogenhandel" durch Ausländer einen Riegel zu schieben ( Art. 121 Abs. 3 lit. a BV ). Dies konnte dem Beschwerdeführer auch angesichts der jahrelangen politischen Auseinandersetzung um die Ausschaffungsinitiative nicht unbekannt geblieben sein. Das FZA ermöglichte ihm die Einreise zur selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeit. Er erzielte ein "derzeitiges Einkommen" von durchschnittlich zwischen 5'000 und 6'000 Franken (Urteil S. 11). Mit dem beabsichtigten Kokainhandel ging er bewusst das Risiko ein, sein Aufenthaltsrecht gemäss FZA zu verwirken. Er beruft sich unbehelflich im Nachhinein auf das FZA, das Drogendealern keinen Aufenthalt in der Schweiz gewährleistet. Die vorinstanzliche Entscheidung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist kaum als "aussichtslos" im Sinne von Art. 64 Abs. 1 BGG zu bezeichnen. Die mit Einreichung eines Arbeitsvertrags (oben E. 4.1) geltend gemachte Bedürftigkeit, wonach der Beschwerdeführer seit dem 1. April 2018 als Hilfsmonteur im Stundenlohn ein monatliches Nettoeinkommen von rund 2'773 Franken erziele (ein mutmasslich unbeachtliches Novum im Sinne von Art. 99 BGG [Urteil 6B\_1153/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 1.1]), ist mit den vorinstanzlichen Feststellungen (oben E. 4.1 und 4.5) nicht vereinbar. Allerdings war der Beschwerdeführer vorinstanzlich durch einen amtlichen Verteidiger ( Art. 135 StPO )

verbeiständet (Urteil S. 17), und es ist noch keine gefestigte Gerichtspraxis zum FZA unter dem Titel der strafrechtlichen Landesverweisung vorhanden (Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 3). Es rechtfertigt sich, das Gesuch gutzuheissen. Entsprechend sind keine Kosten aufzuerlegen und der Anwalt in analoger Anwendung von Art. 64 Abs. 2 BGG zu entschädigen.

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