

BGer 6B_929/2018 vom 27. September 2019

Bundesgericht, 2019-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_929_2018

FR: TF 6B_929/2018 du 27 septembre 2019

IT: TF 6B_929/2018 del 27 settembre 2019

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer rügt eine falsche Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB sowie eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens (FZA).

Soweit der Beschwerdeführer vom verbindlich festgestellten massgebenden Sachverhalt abweicht (Art. 105 Abs. 1 BGG), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

E. 1.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, von einem persönlichen Härtefall sei vorweg auszugehen, wenn der betroffene Ausländer in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sei; mit anderen Worten sei automatisch von einem Härtefall auszugehen. Sei ein Härtefall zu bejahen, sei in einem zweiten Schritt eine Interessenabwägung gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB vorzunehmen. Die Vorinstanz habe die Verhältnismässigkeitsprüfung nur ungenügend vorgenommen, was als "massive Rechtsverletzung" erscheine.

E. 1.2

Die Tathandlung bezieht sich auf rund 120 g Kokaingemisch (Reinheitsgrad von 76%). Dass der Beschwerdeführer weitgehend zufällig in die angeklagten Handlungen geschlittert wäre, ist allein [schon] aufgrund seiner Vorgeschichte im Drogenhandel abwegig (Urteil S. 7). Wie der Beschwerdeführer vorbringt, ist sein Verschulden zwar innerhalb des qualifizierten Strafrahmens als noch leicht zu qualifizieren (Urteil S. 9, E. 3.3). Die Grenze zum schweren Fall ist aber bereits mit 18 g Kokain erreicht (zur Publikation bestimmtes Urteil 6B_504/2019 vom 29. Juli 2019 E. 2.1.1; BGE 138 IV 100 E. 3.2 S. 103; 109 IV 143 E. 3b S. 145). 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 Strafrahmen von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG reicht von 1 bis 20 Jahre Freiheitsstrafe. Die Relativierung betrifft die Einordnung in diesen Strafrahmen. Das Vorbringen ist unbehelflich (vgl. Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.5).

Der Beschwerdeführer richtet sich im Übrigen zu Recht nicht gegen die Annahme einer Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB . 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. "Drogenhandel" führt von Verfassungs wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV ; Urteile 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2 und 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.4.1).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer rügt eine bundesrechtswidrige Anwendung der sogenannten Härtefallklausel im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB . Die Vorinstanz setze sich [zwar] "ausgiebig" mit seiner persönlichen Situation auseinander, stellte man [aber] dem geringen öffentlichen Interesse, ihn aus der Schweiz zu weisen, seine privaten Interessen, in der Schweiz bleiben zu können, gegenüber, so überwögen letztere eindeutig (Beschwerde S. 6, Ziff. 9). Die Verhältnismässigkeitsprüfung müsse zu seinen Gunsten ausfallen.

E. 1.3.1

Die Vorinstanz prüft zunächst die persönlichen Verhältnisse und das Verschulden im Rahmen der Straffestsetzung:

Der Beschwerdeführer ist nicht in der Schweiz geboren (oben E. 1.1). Der im Urteilszeitpunkt 34-Jährige wuchs bis zum Alter von 12 Jahren mit seinen Geschwistern bei seinen Grosseltern in Portugal auf. Bei seinen Eltern in der Schweiz war er nur ferienhalber. Am 3. Juli 1996 kamen er, sein Bruder und seine Schwester definitiv in die Schweiz. Er lebte bei seinen Eltern. Eine Maurerlehre brach er ab, blieb aber auf dem Bau tätig. Im Oktober 2005 zog er mit der Ehefrau nach Zürich. Die Ehe blieb kinderlos und wurde 2013 geschieden. Bereits ab September 2009 lebte er mit einer Lebenspartnerin aus der Dominikanischen Republik zusammen. Die Ferien verbrachte er in der Dominikanischen Republik, wo er Vater eines Sohnes aus einer weiteren Beziehung wurde, was er im Hauptverfahren noch behauptete und an der Berufungsverhandlung bestritt.

Am 4. März 2011 wurde er aus der Dominikanischen Republik kommend mit 381 g Kokaingemisch (328 g Reinsubstanz) verhaftet und in der Folge zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. Er erlitt nach der vorzeitigen Haftentlassung auf den Zweidrittelstermin (Art. 86 Abs. 1 StGB) einen Arbeitsunfall in der Schweiz und vor dem Abschluss der Umschulung in der Dominikanischen Republik einen schweren Verkehrsunfall sowie vor zwei Jahren einen Herzinfarkt. Seit Erhalt seines Führerausweises im November 2017 hat er den regelmässigen Nachweis zu erbringen, drogenfrei zu sein. Er ist heute in einer Transportfirma tätig. Von der SUVA erhält er eine Viertelsrente. Seine Freundin, eine Portugiesin, lebt seit rund 12 Jahren in der Schweiz (Urteil S. 9-11). Seine Beziehung zu seinen Eltern und Geschwistern ist intakt, die schulische Integration war ihm gelungen, trotz fehlendem Lehrabschluss nahm er am Berufsleben in der Schweiz teil. Er ist in Deutschland wegen eines Verkehrsdelikts vorbestraft und in der Schweiz noch mit zwei Vorstrafen verzeichnet, wobei die 30-monatige Freiheitsstrafe vom 20. Juli 2011 gewichtig ist. Obwohl er 20 Monate im Strafvollzug verbracht hatte, beging er nur vier Jahre später die Anlasstat (Urteil S. 12). Es ist ihm eine schlechte Legalprognose zu stellen (Urteil S. 15). Er bewegte sich im letzten halben Jahr in einer Umgebung, die mit seiner früheren Delinquenz in Verbindung steht. Eine grundlegende Änderung seiner Lebensverhältnisse fand nicht statt. Echte Reue und Einsicht sind nicht erkennbar (Urteil S. 17).

E. 1.3.2

Die Vorinstanz legt die Voraussetzungen der Härtefallbeurteilung gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB gestützt auf die Publikation von BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/2016, S. 96 ff., dar. Zutreffend nimmt die Vorinstanz gestützt auf den Gesetzeswortlaut an, von einer Landesverweisung könne nur "ausnahmsweise" abgesehen werden, nämlich wenn die Landesverweisung einen "schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des

Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen" (Art. 66a Abs. 2 StGB). Art. 66a Abs. 2 StGB ist folglich "restriktiv" anzuwenden (Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2 mit Hinweisen; unten E. 1.3.5).

E. 1.3.3

Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang fest, der Beschwerdeführer sei als 12-jähriges Kind in die Schweiz gekommen und habe hier die prägende Adoleszenz verbracht. Seine Eltern und Geschwistern wohnten in der Schweiz. Er habe ein gutes Verhältnis zu ihnen. Die Eltern wüssten aber nichts von seiner erneuten Straffälligkeit. Als engste Bezugspersonen bezeichne er seine Freundin und seine Schwester. Bis zu seinen Unfällen sei er beruflich integriert gewesen.

In Portugal habe er die ersten 12 Lebensjahre und die erste Schulzeit verbracht. Er spreche Portugiesisch und bewege sich in der Schweiz in einem multikulturellen Umfeld. Seine Freundin sei Portugiesin. Das Knüpfen neuer Beziehungen dürfte ihm in Portugal keine Schwierigkeiten bereiten. Die Beziehungen zu seiner Familie könne er weiterhin mit den gängigen Kommunikationsmitteln pflegen. Der Aufbau einer beruflichen Existenz sei in Portugal nicht mit anderen Schwierigkeiten als in der Schweiz verbunden. Die strafrechtliche Vorbelastung werde die Arbeitssuche in der Schweiz aber behindern. Seine sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche würde er in Portugal nicht verlieren (Urteil S. 21 mit Hinweisen auf das FZA sowie UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2017, S. 29 ff., insb. Rz. 25, 29 und 39). Das Verlassen der Schweiz und ein Neuanfang in Portugal seien mit persönlichen Einschränkungen, aber nicht unüberwindbaren Hindernissen verbunden. Ein grobes Missverhältnis zur Tatschuld bestehe nicht. Eine unzumutbare Härte liege ungeachtet der langen Aufenthaltsdauer nicht vor. Das gelte insbesondere für die medizinische Versorgung in Portugal, welche die Versorgung gewährleiste. Bewirke die Landesverweisung keine persönliche Härte, erübrige sich eine Abwägung der privaten Interessen am Verbleib mit den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung. Allerdings sei festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nach Verbüssen der Freiheitsstrafe erneut einschlägig straffällig geworden sei. Das öffentliche Interesse sei daher hoch und überwiege jenes des Beschwerdeführers.

E. 1.3.4

Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer sei des Landes zu verweisen (womit die erstinstanzliche Landesverweisung für fünf Jahre bestätigt wird), stellt entgegen der Beschwerdeführung keine "massive Rechtsverletzung" dar.

Vielmehr ist auf die kumulierten Freiheitsstrafen von 54 Monaten für schwere Betäubungsmitteldelikte innert kurzer Zeit hinzuweisen. Das fällt verschuldensmässig ins Gewicht, selbst wenn die Taten je für sich genommen in den unteren Bereich des anwendbaren absoluten Strafrahmens des BetmG fallen (oben E. 1.2). Ins Gewicht fällt zudem die Einsichtslosigkeit. Der Beschwerdeführer verkehrt weiter im bisherigen Milieu und setzt sich damit der erneuten Gefährdung aus. Es besteht eine schlechte Legalprognose. Die Einwendung des Beschwerdeführers, eine "hinreichend konkrete und schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [gehe von ihm] nach dem Gesagten definitiv nicht aus, selbst vor dem Hintergrund der einschlägigen Vorstrafen" (Beschwerde S. 6), erweist sich als nicht stichhaltig. Unbekümmert um die relativ hohe erste Freiheitsstrafe nahm der Beschwerdeführer den schweren "Drogenhandel" im Sinne von Art. 121 Abs. 3 lit. a BV wieder auf. Seine Vorbringen, dass kein Fall von

"Beschaffungskriminalität" vorliege, er sich aus "finanziellen und damit egoistischen Gründen am Drogenhandel" beteiligte und sich "der erstellte Anklagesachverhalt im Wesentlichen auf das Aufbewahren der Drogen" beschränkte (Beschwerde S. 6), können seine Sache nicht in einem günstigeren Licht erscheinen lassen.

Auch nach rund zehnjähriger rechtmässiger Aufenthaltsdauer kann "die Integration zu wünschen übrig lassen" (BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 278). Das wird bei kriminellen ausländischen Personen durchaus der Fall sein. Umgekehrt ergibt sich aus dem Umstand, dass die ausländische Person sich strafrechtlich nichts zuschulden hat kommen lassen, für sich allein noch keine erfolgreiche Integration (Urteil 6B_793/2019 vom 12. September 2019 E. 2.3.2). Die im Gefängnis verbrachte Zeit wird der ausländischen Person im Rahmen der strafrechtlichen Landesverweisung denn auch nicht als (reguläre) Aufenthaltsdauer angerechnet. Die Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts nimmt jedenfalls nicht gleichsam schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung der ausländischen Person in der Schweiz an (vgl. Urteil 6B_143/2019 vom 6. März 2019 E. 3.3.2).

In casu sind keine engen Sozial- oder Integrations-Beziehungen zur Schweiz dargetan oder erkenntlich. Eine Rückkehr nach Portugal ist dem Beschwerdeführer zumutbar. Die Vorinstanz bezeichnet seinen Gesundheitszustand infolge seiner Unfälle als "körperlich beeinträchtigt", doch besteht zur Zeit eine Erwerbsfähigkeit zu 75%. Die medizinische Versorgung im EU-Mitgliedsstaat Portugal ist ihm ebenso zumutbar wie seinen Landsleuten. Überdies bleiben ihm seine sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche bei einem Wegzug nach Portugal erhalten (Urteil S. 22). Der im Urteilszeitpunkt 34-Jährige Beschwerdeführer muss als Erwachsener sein Fortkommen selber bestreiten. Dass die Grossmutter in Portugal verstorben ist, ändert daran ebenso wenig wie sein Vorbringen, sein gesamtes privates Umfeld halte sich in der Schweiz auf (Beschwerde S. 7).

E. 1.3.5

Nach der Rechtsprechung kann der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201, in der Fassung vom 1. Juni 2019) betreffend den Widerruf der ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung auch zur Beurteilung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB herangezogen werden. Allerdings ist zu beachten, dass von der obligatorischen strafrechtlichen Landesverweisung in verfassungskonformer Auslegung von Art. 66a Abs. 2 StGB gemäss Art. 121 Abs. 3-6 BV nur "ausnahmsweise" abgesehen werden kann und Art. 66a Abs. 2 StGB entsprechend restriktiv zu interpretieren ist (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1 S. 340; oben E. 1.3.2). Die strafrechtliche Landesverweisung führt nach dem Willen des Gesetzgebers zu einer klaren Verschärfung der bisherigen ausländerrechtlichen Ausweisungspraxis (BGE 145 IV 55 E. 3.4 S. 60 und E. 4.3 S. 62).

Aufgrund des massgebenden Sachverhalts (Art. 105 Abs. 1 BGG) ist auch unter Heranziehung dieser Kriterien (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2 S. 341) mit der Vorinstanz zu schliessen, dass die fünfjährige Landesverweisung keinen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, so dass davon ausnahmsweise abzusehen wäre. Überwiegende private Interessen sind nicht dargetan. Der Beschwerdeführer hat kein ihm zuzubilligendes qualifiziertes Interesse am Aufenthalt in der Schweiz.

E. 1.4

Der Beschwerdeführer beruft sich in allgemeiner Weise auf ein Aufenthaltsrecht gemäss dem FZA.

E. 1.4.1

Er macht geltend, die Beschränkung setze eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Als schwerwiegend würden etwa Beeinträchtigungen der physischen und psychischen Integrität Dritter sowie der qualifizierte Drogenhandel aus rein pekuniären Motiven gelten (BGE 139 II 121 E. 6.3 S. 131). Wesentlich sei die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören werde. Es könne nicht verlangt werden, dass überhaupt kein Restrisiko mehr bestehe (mit Hinweis auf das ausländerrechtliche Urteil 2C_406/2014 vom 2. Juli 2015 E. 2.3).

E. 1.4.2

Der "Drogenhandel" berührt ein Grundinteresse der Gesellschaft, wie die Umsetzung der durch eine Volksabstimmung angenommenen Verfassungsbestimmung von Art. 121 Abs. 3 lit. a BV durch Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB erweist. Die vom Beschwerdeführer gestützt auf den ausländerrechtlichen BGE 139 II 121 E. 6.3 S. 131 als schwerwiegend im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA angeführten Beeinträchtigungen durch den Drogenhandel bilden ein wesentliches Motiv des Souveräns für die - neben der ausländerrechtlichen Ausweisung gemäss dem Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20) - zusätzliche Gesetzgebung zur strafrechtlichen Landesverweisung. Angesichts der vorinstanzlich zutreffend angenommenen schlechten Legalprognose, ist auch der weitere Hinweis unbehelflich, es könne nicht verlangt werden, dass überhaupt kein Restrisiko mehr bestehe. Auch der EU-Gerichtshof weist auf die verheerenden Folgen der mit diesem Handel verbundenen Kriminalität hin; die Rauschgiftsucht sei ein grosses Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Menschheit (Urteil in Sachen Land Baden-Württemberg gegen Panagiotis Tsakouridis vom 23. November 2010 [Rs. C-145/09], Ziff. 46 und 47, zit. in: Urteil 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.8.1).

E. 1.4.3

Die Vorinstanz bezieht sich auf die Erwägungen unter dem Titel von Art. 66a StGB (worauf zu verweisen ist) und hält insbesondere fest, unter dem Gesichtspunkt des FZA sei die Prognose des künftigen Wohlverhaltens wesentlich (dazu Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 3.5.2). Sie verweist auf die Vorstrafe und die Tatsache, dass keine grundlegende Veränderung der Lebensumstände des Beschwerdeführers erkennbar sind, welche die Annahme rechtfertigen könnten, die Beteiligung am Drogenhandel gehöre nun endgültig der Vergangenheit an. Vielmehr sei von einer erhöhten Rückfallgefahr und damit von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass er künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Betm-Delinquenz stören werde, auszugehen. Das FZA stehe seiner Ausweisung nicht entgegen. Eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a und b BGG ist auch unter dem Titel des FZA zu verneinen.

E. 2

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV ; Art. 64 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 142 III 138 E. 5.1 S. 139 f.; 140 V 521 E. 9.1 S. 537 ; 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.). Im

Urteilszeitpunkt war zwar noch keine gefestigte Rechtspraxis zum FZA unter dem Titel der strafrechtlichen Landesverweisung vorhanden (Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 5). Als aussichtslos sind aber Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Der Beschwerdeführer war vorinstanzlich amtlich (Art. 135 StPO) verbeiständet (Urteil S. 24). Es kann von einer Mittellosigkeit ausgegangen werden, so dass die aufzuerlegenden Gerichtskosten praxisgemäss herabzusetzen sind (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

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