

SO_GERICHTE STBER.2018.56 vom 21. Mai 2019

SO Obergericht, 2019-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2018.56

FR: SO_GERICHTE STBER.2018.56 du 21 mai 2019

IT: SO_GERICHTE STBER.2018.56 del 21 maggio 2019

Erwägungen

E. 2

Anklageschrift Ziff. 1.4: Verletzung der Verkehrsregeln durch Nichtbeherrschen des Fahrzeuges (Art. 31 Abs. 1 SVG; Art. 90 Abs. 1 SVG)

«A.____ ist geständig, am 25. Mai 2017 während seiner Fahrt mit dem Personenwagen «[...] die Beherrschung über das Fahrzeug verloren zu haben und in der Folge mit einer Lärmschutzwand kollidiert zu sein. Damit hat er sich der Verletzung der Verkehrsregeln durch Nichtbeherrschen des Fahrzeuges schuldig gemacht.» (Urteil S. 26).

E. 2.1

Objektive Tatschwere

Bei den Tatkomponenten ist als wichtiger Umstand zu berücksichtigen, dass Täter und Opfer vorher ein Paar waren und zur Tatzeit schon eine langjährige Beziehung gehabt hatten. Sie hatten auch kurz vor der Tat noch sexuellen Verkehr. Dieser Umstand ändert nichts an der Verwerflichkeit einer Vergewaltigung, aber doch ist ein erzwungener sexueller Kontakt mit einer vertrauten Person anders einzustufen als ein solcher mit einer wildfremden Person. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass das Opfer keine physischen und psychischen Schädigungen erlitt. Die Geschädigte hat dem Beschuldigten verziehen, sie und der Beschuldigte nahmen nach der Tat die Beziehung wieder auf, haben geheiratet und wurden am [] Eltern der Zwillinge [] und [].

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte sein Ziel zwar ohne vorherige Planung, aber mit grosser Hartnäckigkeit verfolgte, indem er das Opfer, das zweimal die Flucht ergriff, jeweils wieder mit Gewalt zurück ins Auto holte und es auch mit dem Tod bedrohte. Der Beschuldigte handelte zudem mit direktem Vorsatz.

Zu den Beweggründen ist festzuhalten, dass der Beschuldigte angetrunken war, als er das Domizil der Geschädigten mitten in der Nacht aufsuchte. Wie die Geschädigte anlässlich ihrer Einvernahme vom 25. Mai 2017 ausführte, wollte er ihr Handy kontrollieren, was sie jedoch nicht zuließ. Um einen lauten Streit in der Wohnung und eine Störung der Nachbarn zu verhindern, schlug darauf die Geschädigte vor, die Wohnung zu verlassen und nach draussen zu gehen. Sie setzten sich dann ins Auto und der Beschuldigte befahl der Geschädigten, in den Wald zu fahren. Er habe ihr gesagt, sie sei eine Hure und schlafe mit allen Leuten (AS 49).

Die Beweggründe des Beschuldigten sind damit zurückzuführen auf Eifersucht sowie Machtausübung und Kontrolle gegenüber seiner Partnerin, aber auch die Befriedigung von sexuellen Gelüsten. Es handelt sich dabei allesamt um egoistische Beweggründe, was allerdings beim Tatbestand der Vergewaltigung regelmässig der Fall und diesem immanent ist.

Insgesamt ist daher von einem leichten bis mittelschweren Tatverschulden auszugehen.

E. 2.2

Das psychiatrische Gutachten vom 18. September 2017 (AS 425 ff.)

E. 2.2.1

Dr. med. G.____, Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie, Zertifizierter Forensischer Psychiater SGFP, erstellte im Auftrag der Staatsanwaltschaft über den Beschuldigten ein psychiatrisches Gutachten, welches er am 18. September 2017 vorlegte. Das Gutachten stützt sich auf die Untersuchungsakten, die Krankenakten der Psychiatrischen Klinik [...], diverse Fremdauskünfte sowie 2 Explorationen von insgesamt über 5 Stunden.

Der Gutachter stellt die Diagnose einer Persönlichkeitsakzentuierung mit erhöht impulsiven und emotional instabilen Anteilen (ICD-10: Z73). Er begründet dies mit einem geringen Vermögen des Beschuldigten, über Gefühle zu sprechen bzw. diese in Worte zu fassen, seien diese negativ oder positiv. Zudem reagiere der Beschuldigte körperlich schnell auf sensible Themen, wobei er rasch weine oder rot werde.

Im Weiteren diagnostizierte der Gutachter eine Abhängigkeitserkrankung für Alkohol in erheblich schwerem Ausmass (ICD-10: F10.2) sowie für Kokain und Cannabinoide (ICD-10: F14.2 F12.2). Die Suchtproblematik bestehe vor dem Hintergrund einer Stimmungsinstabilität und dem Versuch, unangenehme Gefühle zu bekämpfen.

Zur Schuldfähigkeit führte der Gutachter aus, die Handlungen des Beschuldigten seien nicht von einem Momentimpuls, sondern von einem längeren deliktischen Willen geprägt gewesen. Der Beschuldigte sei aber auf der Grundlage einer psychosozial destabilisierten Situation und einer Persönlichkeit mit impulsiven und emotional-instabilen Zügen und einer tatezeitaktuellen Alkoholisierung von ca. 1,25 ■ in seiner Schuldfähigkeit leicht eingeschränkt gewesen.

Unter Anwendung diverser Prognoseinstrumente (ODARA; STATIC 99; STABLE 2007) kommt der Gutachter zum Schluss, dass die Wiederholungsgefahr in einem tiefen Bereich liege. Um das Risiko eines erneuten Sexualdelikts zu begrenzen, empfiehlt der Gutachter die Anordnung von Bewährungshilfe, eine Abstinenzauflage sowie die Weiterführung der Suchtberatung und Therapie bei der «Perspektive».

Der Gutachter empfiehlt schliesslich grundsätzlich die Anordnung einer ambulanten Massnahme gemäss Art. 63 StGB, wobei er darauf hinweist, dass eine Massnahme nur bei einer deutlichen oder in hohem Masse belasteten Legalprognose ausgesprochen werden sollte, dies jedoch eine normative Frage darstelle.

In einem von der Staatsanwaltschaft nach den Ereignissen vom 23. September 2017 (AKS Ziff. 1.10) eingeholten Ergänzungsgutachten vom 13. November 2017 bestätigte der Gutachter die Empfehlung einer ambulanten Behandlungsmassnahme gemäss Art. 63 StGB.

E. 2.2.2

Unter Berücksichtigung einer leicht verminderten Schuldfähigkeit ist von einem leichten Tatverschulden auszugehen.

E. 2.3

vom 7. September 2016).

Das Bundesgericht hat zum Beispiel in folgenden Fällen eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung verneint:

Bei einem Italiener, der nach seiner Geburt in der Schweiz bei seinen Grosseltern in Italien aufwuchs, im Alter von

E. 2.4

Weil eine versuchte Tatbegehung vorliegt, ist diese Strafe zu reduzieren. Praxisgemäss erfolgt bei einer versuchten Tatbegehung eine Reduktion zwischen 25 ■ 35%. Weil das Opfer keine physischen und psychischen Folgen des Übergriffs erlitt und weil keine grosse Nähe zur Vollendung der Vergewaltigung bestand, wird die Strafe um 10 Monate auf 20 Monate Freiheitsstrafe reduziert.

E. 2.5

Asperation

E. 2.5.1

Mehrfache sexuelle Nötigungen (Art. 189 Abs. 1 StGB): Der zweifache Oralverkehr stellt eine intensive, beischlafähnliche sexuelle Handlung dar. Die Strafe soll in solchen Fällen grundsätzlich nicht milder sein als bei Vergewaltigung (Trechsel/Bertossa in: Schweizerisches StGB, Praxiskommentar, 3. Auflage, Art. 189 StGB N 9). Andererseits ist auch hier die Vertrautheit zwischen Täter und Opfer sowie der enge Zusammenhang mit der Vergewaltigung zu berücksichtigen. Zudem handelte es sich nach den Aussagen beider Parteien um sehr kurze Handlungen. Angemessen ist eine Straferhöhung um 20 Monate resp. asperiert um 10 Monate Freiheitsstrafe.

E. 2.5.2

Nötigung (AKS Ziff. 1.2): Diese Nötigung steht in engem Zusammenhang mit den Sexualdelikten und ist deshalb ebenfalls mit einer Freiheitsstrafe zu sanktionieren. Die Straferhöhung beträgt deswegen zwei Monate resp. asperiert einen Monat Freiheitsstrafe.

E. 2.6

Damit ergibt sich unter ausschliesslicher Berücksichtigung der Tatkomponenten eine Freiheitsstrafe von 31 Monaten.

3. Täterkomponenten

Der Beschuldigte wurde am [] in [] geboren. Mit einem älteren Bruder und einer jüngeren Schwester lebte er bis 1999 in der Schweiz. 1999 zog die Familie zurück nach Italien, wo der Beschuldigte in [...] die Schulen besuchte und anschliessend eine dreijährige Grundausbildung in der [...] absolvierte. Nach diversen Arbeitsstellen in den Jahren 2010 und 2011 kam der Beschuldigte im Februar 2012 wieder in die Schweiz, wo er vorerst bei seinem Bruder wohnte, der ebenfalls zurückgekehrt war. In den Jahren 2012 ■ 2016 arbeitete der Beschuldigte in mehreren Restaurants in [...] als Koch, 2016 war er für kurze Zeit im [...] in [...] tätig. Zur Zeit der Tat war der Beschuldigte arbeitslos (AS 390 ff.).

Im Rahmen der Erstellung des psychiatrischen Gutachtens führte der Beschuldigte aus (AS 439 ff.), seine Eltern hätten sich in Italien scheiden lassen, als er ca. 12- oder 13jährig gewesen sei. Er habe ab seinem 14. Altersjahr neben der Schule angefangen, abends in Restaurants zu arbeiten, dies auch, um die Mutter finanziell zu unterstützen. Diese

Aussagen bestätigte er auch vor Obergericht.

Der Beschuldigte trat am 24. Oktober 2016 freiwillig in die Suchtabteilung der Psychiatrischen Klinik [...] ein und wurde dort bis zum 11. November 2016 stationär zwecks Kokain-, Cannabis- und Alkoholentzug behandelt (AS 446 f.; 506 ff.).

Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft.

Bei den Täterkomponenten wirkt sich diese schwierige Jugendzeit mit dem Umzug nach Italien und der Scheidung der Eltern leicht strafmindernd aus. Ebenfalls leicht strafmindernd wirkt sich das allerdings sehr zögerliche geständige Verhalten des Beschuldigten aus. Der Beschuldigte hat während dem Strafverfahren im September 2017 noch einmal delinquent, sich aber sonst gut verhalten und hält sich nun seit über einem Jahr an die auferlegten Weisungen und lebt offenbar von Drogen und Alkohol abstinenter. Die Berichte der Bewährungshilfe vom 5. Oktober 2017 (AS 347 f.), vom 3. April 2018 (Akten S-L 55) und vom 17. Mai 2018 (S-L 62) lauten positiv. Auch der aktuellste Bericht vom 28. März 2019 lautet positiv. Die Gespräche mit der Bewährungshilfe hätten zweiwöchentlich stattgefunden, die Antabuseinnahme erfolge regelmässig und es bestünden keine Hinweise für einen Alkoholkonsum. Die Situation des Beschuldigten habe sich weiter stabilisiert, die Zusammenarbeit mit der Bewährungshilfe sei gut, die Weisungen würden alle eingehalten. Auch der Bericht der Perspektive vom 26. März 2018 (S-L 60) lautet positiv und im aktuellsten Bericht vom 28. März 2019 wird der Beschuldigte in den Beratungsgesprächen als offen, engagiert und motiviert beschrieben. Offenbar gelinge es ihm mit zunehmender Zeitdauer besser, für seine Bedürfnisse und Rechte einzustehen und die richtigen Massnahmen zu treffen, um seine stabile Situation aufrecht zu erhalten (Kündigung eines belastenden Arbeitsverhältnisses).

Bei den Täterkomponenten ist schliesslich auch zu berücksichtigen, dass das Opfer dem Täter verziehen hat und nicht auf eine Bestrafung des Beschuldigten drängt.

All diese Umstände führen zu einer Reduktion der Strafe um drei Monate.

4. Der Beschuldigte ist deshalb zusammenfassend mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten zu bestrafen.

5. Prüfung des teilbedingten Strafvollzugs

E. 3

Anklageschrift Ziff. 1.5: Fahren in fahruntüchtigem Zustand (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 VRV; Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 55 Abs. 6 SVG, Art. 91 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. b SVG)

«A.____ wurde am 25. Mai 2017 um ca. 4:45 Uhr als Lenker des Personenwagens «[...] von der Polizei angehalten und kontrolliert. Der durchgeführte Atemalkoholtest um 4:51 Uhr fiel mit 0.38 mg/l positiv aus (AS 87). Die spätere Analyse der Blutprobe ergab eine minimale, rückgerechnete Alkoholkonzentration im Blut von 0.66 Gewichtspro mille. Dieser Wert wurde vom Beschuldigten anerkannt. A.____ war somit im Tatzeitpunkt nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr nicht mehr fahr tüchtig, weshalb ein Schuldspruch nach Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG zu erfolgen hat.

Des Weiteren wurde mit dem Beschuldigten im Zeitpunkt der Polizeikontrolle aufgrund der unklaren Situation ein Drogenschnelltest durchgeführt, welcher positiv auf Kokain reagierte. Die später durchgeführte Blutanalyse bestätigte dieses Ergebnis. Die

Fahrfähigkeit von A.____ war somit zusätzlich aufgrund des Betäubungsmittelkonsums nicht mehr gegeben. Es hat daher zusätzlich ein Schuldspruch nach Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG zu erfolgen.» (Urteil S. 27).

E. 4

Anklageschrift Ziff. 1.6: Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit (Art. 91a Abs. 1 SVG)

«Der Beschuldigte ist geständig, sich pflichtwidrig von dem zuvor verursachten Unfallort entfernt zu haben. Dadurch hinderte er die Polizei vorsätzlich daran, ihn einer Kontrolle zu unterziehen. Dabei war ihm bewusst oder er hätte zumindest damit rechnen müssen, dass er sich einem Alkoholatemlufttest und einer Blutprobe hätte unterziehen müssen. Dies insbesondere, da er nicht im Besitz eines Führerausweises war und zugegebenermassen unter Alkoholeinfluss stand. Somit hat sich A.____ der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit gemäss Art. 91a Abs. 1 SVG schuldig gemacht.» (Urteil S. 28).

E. 4.1

Die Absicht des Beschuldigten war es, mit der Geschädigten den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Diese Absicht äusserte der Beschuldigte bereits auf der Fahrt in das Waldstück in aller Deutlichkeit und versuchte er dann auch unter Anwendung von Gewalt und Drohung zu realisieren.

Anlässlich der ersten Einvernahme vom 25. Mai 2017 (AS 47 ff.) führte die Geschädigte aus, dass der Beschuldigte ihr gesagt habe, er vergewaltige sie, wenn sie nicht mit ihm schlafe. Sie habe ihm darauf gesagt: «Blasen würde ich wohl irgendwie noch hinbekommen»; darauf habe er seine Hosen nach unten gezogen und sei plötzlich nackt gewesen (AS 50). Darauf sei es zum Oralverkehr gekommen. Bei der Staatsanwaltschaft führte die Geschädigte dazu ergänzend aus, sie habe das nicht lange gemacht, weil er mehr gewollt habe (AS 130).

Bei der Staatsanwaltschaft schilderte die Geschädigte weiter, dass sie nach dem ersten Oralverkehr aus dem Auto flüchten konnte, vom Beschuldigten aber eingeholt und zurück ins Auto geholt wurde (AS 130). Es sei noch einmal zum Oralverkehr gekommen. Dies habe ihm nicht gereicht. Dies habe er ihr auch so gesagt und auch, dass er unbedingt mit ihr schlafen wolle. Er habe gewollt, dass sie die Hosen ausziehe (AS 136).

E. 4.2

Die Geschädigte bot dem Beschuldigten den Oralverkehr an, um den Geschlechtsverkehr abwenden zu können. Der Beschuldigte kam zwar nie von seiner Forderung, den Geschlechtsverkehr zu vollziehen, ab, gab sich aber ■ zumindest zwischenzeitlich ■ mit dem Oralverkehr zufrieden. Nach den Aussagen der Geschädigten («plötzlich war er nackt») ist davon auszugehen, dass er sich nach dem entsprechenden Angebot der Geschädigten selbst der Hosen entledigte bzw. diese herunterzog. Der erste Oralverkehr dauerte nicht lange, weil der Geschädigten ein erstes Mal die Flucht aus dem Auto gelang.

Der Beschuldigte liess sich offensichtlich ein zweites Mal auf Oralverkehr ein, gab sich aber damit nicht zufrieden und verlangte von der Geschädigten weiterhin Geschlechtsverkehr.

E. 4.3

Die Geschädigte nahm den Oralverkehr, welcher offensichtlich eine sexuelle Handlung i.S. von Art. 189 StGB darstellt, in beiden Fällen einzig vor, um den Geschlechtsverkehr, den der Beschuldigte forderte, verhindern zu können. Damit hatte der Oralverkehr in beiden Fällen durchaus eine selbständige Bedeutung: Er sollte den Beschuldigten sexuell befriedigen und ihn von seiner Forderung nach Geschlechtsverkehr abbringen. Er stellte damit weit mehr als eine Begleiterscheinung der versuchten Vergewaltigung dar. Dem ersten Oralverkehr ging in gewissem Sinne eine ausdrückliche Abmachung zwischen dem Beschuldigten und der Geschädigten voraus, indem die Geschädigte in Aussicht stellte, sie würde das Blasen «irgendwie hinbekommen» und der Beschuldigte darauf seine Hosen öffnete. Der folgende Oralverkehr war in der Folge nicht eine Begleiterscheinung des Geschlechtsverkehrs, sondern eine eigenständige sexuelle Handlung, welche auf die Befriedigung des Beschuldigten abzielte. Wenn in der Folge weder der erste noch der zweite Oralverkehr den Beschuldigten von seiner ursprünglichen Absicht abzubringen vermochten, ändert dies nichts am Charakter der beiden Oralverkehrshandlungen: Sie zielten in eigenständiger Art auf die sexuelle Befriedigung des Beschuldigten ab.

Unter diesen Umständen kam dem Oralverkehr nicht ein «Vorbereitungscharakter» für den beabsichtigten Geschlechtsverkehr zu. Der Oralverkehr war nicht lediglich eine Begleiterscheinung der versuchten Vergewaltigung, vielmehr kam diesem eine selbständige Bedeutung zu und ist durch das durch Art. 190 StGB abgeholte Unrecht nicht abgedeckt.

E. 4.4

Der Beschuldigte hat sich deshalb der mehrfachen sexuellen Nötigung i.S. von Art. 189 Abs. 1 StGB in echter Konkurrenz mit Art. 190 StGB i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB (versuchte Vergewaltigung) schuldig gemacht.

V. Strafzumessung

A. Allgemeine Ausführungen

1. Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

2. Nach Art. 50 StGB hat der Richter die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Diese Bestimmung entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum alten Recht, wonach der Richter die Überlegungen, die er bei der Bemessung der Strafe vorgenommen hat, in den Grundzügen wiedergeben muss, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde ist (BGE 134 IV 17, E. 2.1, S. 20 mit Hinweisen).

3. Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser wird durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf

innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre. Vielmehr ist der ordentliche Strafraum nur zu verlassen, wenn ungewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55, E. 5.8, S. 63, mit Hinweisen).

4. Hat der Beschuldigte mehrere Straftaten begangen und ist eine Gesamtstrafe nach Art. 49 StGB zu bilden, so ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (6B_218/2010) vorab der Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafraums festzusetzen.

Die Bildung einer Gesamtstrafe ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen. Das Gericht kann auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfallen würde. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht (6B_708/2017 vom 13.11.2017, E. 3.1).

Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller straf erhöhenden und strafmindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (Urteile 6B_579/2008 vom 27.12.2008 E. 4.2.2, 6B_297/2009 vom 14. August 2009 E. 3.3.1 und 6B_865/2009 vom 25.3.2010 E. 1.2.2).

E. 5

Anklageschrift Ziff. 1.7: Pflichtwidriges Verhalten bei Unfall (Art. 51 Abs. 3, Art. 92 Abs. 1 SVG)

«Nachdem der Beschuldigte während der Autofahrt vom 25. Mai 2017 mit einer Lärmschutzwand kollidiert war, unterliess er es, abzuklären, ob an dieser ein Sachschaden entstanden war. Des Weiteren verursachte er einen Sachschaden an dem von ihm entwendeten Personenwagen «[...]». Indem er es in der Folge unterliess, die Halterin des Fahrzeuges, C. ____, über den Unfall und den Schaden zu informieren, ist er seinen Pflichten nicht nachgekommen. Der Beschuldigte wusste, dass er einen Sachschaden am Personenwagen verursacht hatte, und musste gestützt auf diesen Umstand auch annehmen, dass die Lärmschutzwand beschädigt wurde. Der Beschuldigte hat sich somit des pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall nach Art. 92 Abs. 1 SVG schuldig gemacht.» (Urteil S. 28 f.).

E. 5.1

Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 142 II 35 f ausgeführt, gemäss Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge seien völkerrechtliche Verträge nicht nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts, sondern nach Treu und Glauben auszulegen, weil sich kein Vertragsstaat auf innerstaatliches Recht berufen könne, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Völkerrechtliche Normen würden deshalb in der Rechtsanwendung widersprechendem Landesrecht vorgehen. Dieser Grundsatz hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich insofern eine Ausnahme erfahren, als der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche

Verpflichtung missachten und insofern auch die politische Verantwortung dafür bewusst tragen wollte («Schubert-Praxis»). Diese Ausnahme gilt nicht, wenn menschenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage stehen; diesfalls geht die völkerrechtliche Norm der nationalen Regelung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber sie missachten will. Auch im Zusammenhang mit dem FZA hat das Bundesgericht entschieden, dass diesem gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukommt. Das Bundesgericht begründete dies damit, dass das FZA demokratisch legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU ihrerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben (E. 3.2).

E. 5.2

Das Bundesgericht hat sich zum konkreten Hierarchieverhältnis von Art. 66a StGB und dem FZA im Entscheid 145 IV 55 wie folgt geäußert (vgl. insbesondere E. 3.3 und E. 4.1): Das Anwesenheitsrecht in einem Vertragsstaat gemäss FZA stehe unter dem doppelten Vorbehalt eines rechtmässigen Aufenthaltes und eines rechtskonformen Verhaltens der betroffenen Person im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA. Das FZA enthalte keine strafrechtlichen Bestimmungen und sei kein strafrechtliches Abkommen. Mit dem FZA habe die Schweiz ■ pointiert formuliert ■ keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer vereinbart. Die Schweiz sei in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden, jedoch habe sie die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten. Das FZA schreibe keine Prüfungsreihenfolge vor. Bei der Prüfung einer Landesverweisung habe das Strafgericht zunächst das vertraute Landesrecht anzuwenden. Erweise sich das Ergebnis mit dem FZA kompatibel, so stelle sich die Frage des Vorrangs der landesrechtlichen Normen oder des FZA nicht. Im gleichen Sinne entschied das Bundesgericht mit Urteil 6B_1152/2017 vom 28. November 2018 (E. 2.5.3 und 2.6): Das Völkerrecht sei nicht auf einen systematischen Schutz gegen eine Landesverweisung nach Art. 66a StGB angelegt; das gelte ebenso für das FZA, welches kein umfassendes Aufenthaltsrecht gewähre. Nur wenn ein Einreise- bzw. Aufenthaltsrecht bestehe, könne sich die Frage nach den Möglichkeiten seiner Einschränkung stellen. Da im beurteilten Fall der Beschwerdegegner über kein rechtmässiges Aufenthaltsrecht verfüge, stehe das FZA einer Landesverweisung nach Art. 66a StGB nicht entgegen.

E. 5.3

Das Bundesgericht hat in beiden erwähnten Entscheiden die Frage der Rangordnung zwischen FZA und Art. 66a Abs. 1 StGB somit nicht beantwortet. Es hat seine im Entscheid BGE 142 II 35 vertretene Auffassung (Ziff. 5.1 hiervor) im konkreten Fall von Art. 66a Abs. 1 StGB in beiden Entscheiden aber auch nicht ausgeschlossen.

6. In der Lehre wird der Vorrang des FZA gegenüber Art. 66a Abs. 1 StGB grossmehrheitlich bejaht. So Burri/Priuli (a.a.O. S. 891), welche ausführen, dass sich die Begründung im Entscheid BGE 142 II 35 aus unumstrittenen Grundsätzen der völkerrechtlichen Vertragsauslegung und spezifischen Überlegungen zur Rechtsnatur des FZA zusammensetze (völkervertragsrechtliche Grundsätze der Vertragsauslegung, direktdemokratische Legitimation des Abkommens, Reziprozitätsüberlegungen) und deshalb rechtlich überzeugend sei. Übersax kommt zum Schluss, dass sich EU- und

Efta-Angehörige, die in der Schweiz eine Straftat begehen, auf das Freizügigkeitsrecht berufen könnten, weshalb die Voraussetzungen gemäss Art. 5 Anhang I FZA zu prüfen seien. Dies gelte nicht, wenn eine solche Person einzig und allein zur Verübung einer Straftat in die Schweiz einreise oder sich sonstwie mit Blick auf das Freizügigkeitsrecht rechtsmissbräuchlich verhalte (Peter Übersax: Freizügigkeitsabkommen und Landesverweisung in: Plädoyer 1/18 S. 37 ff.). Gless/Petrig/Tobler (Ein fachübergreifendes Prüfprogramm für die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB in: *forum* poenale 2/2018, S 97 ff.) schliesslich führen aus, dass sich die Frage einer Möglichkeit der Einschränkung der Rechte gemäss FZA nur stellen könne, wenn im konkreten Fall ein Einreise- bzw. Aufenthaltsrecht bestehen würde. Das FZA statuiere nicht ein umfassendes Aufenthaltsrecht für EU-Angehörige in der Schweiz. Das Bundesgericht leite aus dem FZA aber neben einem allgemeinen Einreiserecht ein allgemeines Kurzaufenthaltsrecht bis zu drei Monaten ab (BGE 143 IV 97).

7.1 Der Beschuldigte, der seit 2012 in der Schweiz lebt, ist Inhaber einer Jahresaufenthaltsbewilligung B. Soweit aus den Migrationsakten ersichtlich, reiste er zum Zweck der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz ein (vor Obergericht hatte er ausgeführt, 2012 zu seinem Bruder in die Schweiz in die Ferien gekommen zu sein. Dann sei er geblieben, weil sie in [] einen Pizzaiolo gesucht hätten). Gemäss Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Staatsangehörigen einer Vertragspartei das Recht, sich zum Zweck einer Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufzuhalten. Zum Nachweis dieses Rechts wird eine Aufenthaltserlaubnis ausgestellt.

7.2 Es steht damit fest, dass der Beschuldigte als italienischer Staatsangehöriger gemäss FZA Art. 2 Anhang I ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat. Auf Grund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche bis anhin den Vorrang des FZA gegenüber Landesrecht bejaht hat, sowie der zitierten Lehrmeinungen ist der Vorrang des FZA gegenüber Art. 66a Abs. 1 StGB zu bejahen.

8.1 Gemäss Art. 5 Anhang I FZA muss in jedem Fall individuell geprüft werden, ob das persönliche Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Ohne weiteres vermögen strafrechtliche Verurteilungen die Einschränkung von Rechten, welche das Freizügigkeitsabkommen einräumt, demnach nicht zu rechtfertigen. Jedoch können die einer strafrechtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt; in diesem Sinne kann auch vergangenes Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllen. Im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA kommt es folglich wesentlich 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 demnach genügen, 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 müssen. Die Behörde, welche über die Beendigung des Aufenthalts entscheidet, hat eine spezifische Gesamtwürdigung der Umstände unter dem Blickwinkel

der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen; diese stimmt nicht zwingend mit der strafrechtlichen Würdigung des Verhaltens überein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_108/2016 E).

E. 5.4

Entsprechend den Empfehlungen des psychiatrischen Gutachters und gestützt auf die positiven Erfahrungen während der Dauer des Verfahrens ist aber während der Probezeit des bedingten Strafvollzuges weiterhin Bewährungshilfe anzuordnen. Im Weiteren sind dem Beschuldigten für die Probezeit ■ solange dies die Vollzugsbehörde als nötig erachtet ■ folgende Weisungen erteilt:

6. An die Freiheitsstrafe sind dem Beschuldigten zunächst 35 Tage Untersuchungshaft anzurechnen.

Ebenfalls anzurechnen sind die seit dem 17. November 2017 angeordneten Ersatzmassnahmen. Bei der Bestimmung der anrechenbaren Dauer der Ersatzmassnahme hat das Gericht den Grad der Beschränkung der persönlichen Freiheit im Vergleich zum Freiheitsentzug bei Untersuchungshaft zu berücksichtigen (Matthias Härrli in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196 ■ 457 StPO, Art. 1-54 JStPO, BSK-StPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 237 N 52).

Gemäss aktuellen Berichten hat der Beschuldigte in einem Jahr 22 Gespräche bei der Bewährungshilfe gehabt und 17 Gespräche bei der Perspektive. Die Gespräche dauern gemäss Angaben des Beschuldigten vor Obergericht ca. eine Stunde. Im Weiteren wird er alle 20 bis 25 Tage zu einer Urinprobe aufgeboten und geht drei Mal pro Woche in die Apotheke zur Einnahme von Antabus.

Wenn pro Gespräch und Urinkontrolle (grosszügig) jeweils 3 Stunden Aufwand zugestanden werden, ergibt dies einen Jahresaufwand von 171 Stunden bzw. 14,25 Stunden pro Monat oder 4 Stunden pro Woche. Dies entspricht einem halben Tag pro Woche und damit 7 %.

Sieben Prozent machen bei mittlerweile 1 ½ Jahren oder ca. 550 Tagen aufgerundet 40 Tage aus.

Insgesamt sind dem Beschuldigten somit 75 Tage an die Freiheitsstrafe anzurechnen.

7. Die weiteren Delikte

Sämtliche weiteren Vergehen sind mit einer Geldstrafe zu sanktionieren.

7.1 Die schwerste Tat dieser weiteren Delikte stellt die Nötigung gemäss AKS Ziff. 1.10 dar. Der Beschuldigte erschien am 23. September 2017 mitten in der Nacht bei C.____ und klingelte an deren Domizil «Sturm». Der Beschuldigte bezweckte mit seinem Verhalten, sich Zutritt zu der Wohnung der Geschädigten zu verschaffen. Der Beschuldigte setzte keine Gewalt ein und drohte auch nicht mit ernstlichen Nachteilen; trotzdem war das Verhalten für die Geschädigte ausgesprochen lästig, dies auch angesichts der Nachbarschaft, welche durch das Verhalten des Beschuldigten ebenfalls gestört wurde.

Insgesamt ist das Verschulden als leicht einzustufen, was eine Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe rechtfertigt.

7.2 Für die Widerhandlungen gegen das SVG ist folgende Asperation vorzunehmen:

7.2.1 AKS Ziff. 1.3: Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch (Art. 94 Abs. 1 lit. a SVG)

Straferhöhung

E. 6

Anklageschrift Ziff. 1.8: Führen eines Motorfahrzeugs ohne erforderlichen Führerausweis (Art.

E. 6.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub liegen nach neuem Recht etwas tiefer. Während nach früherem Recht eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nunmehr das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Der Strafaufschub ist nach neuem Recht die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf (6B.214/2007 vom 13.11.2007). Relevante Faktoren für die Einschätzung des Rückfallrisikos sind etwa die strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen oder Hinweise auf Suchtgefährdungen (6B.103/2007 vom 12.11.2007).

E. 6.2

Auch bei der Aussprechung einer teilbedingten Strafe ist Grundvoraussetzung das Bestehen einer begründeten Aussicht auf Bewährung. Die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB gelten somit auch für die Anwendung von Art. 43 StGB. Beim Institut des teilbedingten Strafvollzuges ist der Strafzweck der Spezialprävention in den Vordergrund zu stellen. Art. 43 StGB hat die Bedeutung, dass die Warnwirkung des Teilaufschubes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvervollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt. Als Bemessungsregel für die Bestimmung des bedingten und des unbedingten Anteils der Strafe ist vom Verschulden auszugehen: das Verhältnis soll die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und seine Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck bringen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser soll der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein (vgl. zum Ganzen Entscheid 6B.43/2007 vom 12.11.2007).

B. Konkrete Strafzumessung

1. Schwerste Tat

Das schwerste Delikt ist vorliegend die versuchte Vergewaltigung, für welche bei einer vollendeten Tatbegehung eine Freiheitsstrafe zwischen 1 und 10 Jahren vorgesehen ist (Art. 190 StGB).

2. Tatkomponenten

E. 10

Abs. 2 SVG, Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG)

«Nach dem Beweisergebnis erstellt und vom Beschuldigten unbestritten ist, dass A. ___ am 25. Mai 2017 zwischen 1:30 Uhr und 4:00 Uhr, das Fahrzeug «[] lenkte, ohne im Besitz des

dafür erforderlichen Führerausweises zu sein. Er hat sich damit des Führens eines Motorfahrzeuges ohne erforderlichen Führerausweis schuldig gemacht.» (Urteil S. 29).

D. Anklageschrift Ziff. 1.9: Übertretung des BetmG (Art. 19a Ziff. 1 BetmG)

«A. ___ erwarb und konsumierte in der Zeit von April 2017 bis zum 7. März 2018 zugegebenermassen Kokain. Der Konsum des Betäubungsmittels erfolgte unbefugt, da hierfür keine medizinisch indizierte ärztliche Anweisung vorlag. Der Beschuldigte handelte vorsätzlich, insbesondere wusste er, dass es sich bei den von ihm eingenommenen Substanzen um Betäubungsmittel im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes handelte. Auch hatte er den Willen, die Betäubungsmittel zu erwerben und zu konsumieren. A. ___ hat somit den Tatbestand von Art. 19a Ziff. 1 BetmG sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt und ist der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig zu sprechen.» (Urteil S. 30).

E. Ungehorsam gegen die Polizei (§ 31 EG StGB)

«Nach dem Beweisergebnis steht fest, dass A. ___ (am 23. September 2017) die Anordnungen und Aufforderungen der Polizei, die Liegenschaft von C. ___ zu verlassen und nicht zurückzukehren, nicht befolgte und schliesslich unter Gegenwehr zu Boden geführt und ans Schliesszeug genommen werden musste, da er keine Gewähr dafür bot, sich anständig zu benehmen. Die Anordnungen und Aufforderungen der Polizei erliess diese dabei innerhalb ihrer Befugnisse. A. ___ hat sich somit des Ungehorsams gegen die Polizei i.S.v. § 31 EG StGB schuldig gemacht.» (Urteil S. 31).

III. Tätigkeitsverbot gemäss Ziff. 7 und 8 des vorinstanzlichen Urteils

1. Die Vorinstanz hat in den Ziffern 7 und 8 des Urteils dem Beschuldigten für 10 Jahre jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, verboten und für die Dauer des Tätigkeitsverbotes Bewährungshilfe angeordnet.

2. Die Vorinstanz ging offenbar davon aus, ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB sei im Falle einer Katalogtat und einem Strafmass von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe immer anzuordnen ■ und ebenso zwingend nach Abs. 7 StGB die Bewährungshilfe. Dem ist nicht so. Die zwingenden Tätigkeitsverbote nach Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB zielen auf den Schutz vor Sexualstraftätern, die sich an Minderjährigen oder besonders schutzbedürftigen Personen vergangen haben (Nadine Hagenstein in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Auflage 2019, Art. 67 StGB N48). Die Geschädigte gehört nicht zu dieser Opfergruppe. Die Tat würde also nur vom allgemeinen Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 1 StGB erfasst, welches aber vorliegend nicht zur Anwendung kommen kann, da das Verbrechen nicht in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit oder einer organisierten ausserberuflichen Tätigkeit begangen worden ist.

Es ist weder ein Tätigkeitsverbot auszusprechen noch eine Bewährungshilfe anzuordnen. Die entsprechenden Ziffern des vorinstanzlichen Urteils sind daher ■ auch wenn sie von keiner Seite angefochten worden sind ■ in Anwendung von Art. 404 Abs. 2 StPO aufzuheben.

IV. Mehrfache sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB; Anklageschrift Ziff. 1.1)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft richtet sich u.a. gegen den «impliziten Freispruch» vom Vorwurf der mehrfachen sexuellen Nötigung im Zusammenhang mit Anklageschrift Ziff. 1.1.

2. Der unbestrittene und rechtsrelevante Sachverhalt, welcher der rechtlichen Beurteilung zu Grunde zu legen ist, wird in II. /lit. A./1.1 hiervor umschrieben.

3. Vergewaltigung nach Art. 190 StGB geht Art. 189 StGB vor, soweit der sexuellen Nötigung neben der Vergewaltigung oder einem Vergewaltigungsversuch keine selbständige Bedeutung zukommt bzw. sie nur eine Begleiterscheinung darstellt, denn Art. 190 StGB ist lex specialis zu Art. 189 StGB. Realkonkurrenz ist anzunehmen, wenn es zu einer Vielzahl von sexuellen Handlungen kommt bzw. wenn die anderen sexuellen Handlungen neben dem Beischlaf auf selbständige geschlechtliche Befriedigung zielen (Philipp Maier in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage 2019, Art. 189 StGB N 81).

E. 15

Tagessätze Geldstrafe.

Die Geldstrafe beträgt somit total 150 Tagessätze.

7.3 Bei der Tagessatzberechnung ist gemäss Ausführungen des Beschuldigten vor Obergericht von einem Erwerbseinkommen von CHF 4'700.00 brutto (x 13) auszugehen. Netto führt dies bei einem Abzug von 15 % für Sozialabgaben zu einem Einkommen von 4'328.00 pro Monat. Unter Vornahme eines Pauschalabzugs von 25 % und eines Abzugs von 15 % für das erste Kind und von 12,5 % für das zweite ergibt dies abgerundet einen Tagessatz von 70.00 (die Ehefrau ist ebenfalls berufstätig, weshalb für sie kein Abzug vorzunehmen ist).

7.4 Der Beschuldigte ist wie erwähnt nicht vorbestraft. Zudem wird der unbedingte Anteil der Freiheitsstrafe, welchen der Beschuldigte verbüssen muss, die erforderliche Warnwirkung haben, so dass im Zusammenhang mit der Geldstrafe davon auszugehen ist, dass keine schlechte Prognose vorliegt. Es ist deshalb auch für die Geldstrafe der bedingte Strafvollzug zu gewähren bei einer Probezeit von 3 Jahren.

8. Bussen für Übertretungen

Für folgende Übertretungen muss eine Busse ausgesprochen werden:

Diese Busse erscheint, wie von der Vorinstanz festgelegt, mit CHF 1'000.00 als angemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist entsprechend dem Tagessatz der Geldstrafe auf 15 Tage festzusetzen.

VI. Die Anordnung einer ambulanten Massnahme (Art. 63 StGB)

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet die Anordnung einer Massnahme zugleich eine ungünstige Prognose, so dass eine gleichzeitig ausgefallte Strafe nicht bedingt gemäss Art. 42 StGB oder teilbedingt gemäss Art. 43 StGB aufgeschoben werden kann (6B_850/2016 E. 1.5).

Im vorliegenden Fall wird dem Beschuldigten unter Berücksichtigung von stützenden Massnahmen (Bewährungshilfe, Abstinenzverpflichtung) bezüglich eines Teils der Strafe der bedingte Strafvollzug gewährt. Damit ist die Anordnung einer ambulanten Massnahme gemäss Art. 63 StGB ausgeschlossen.

VII. Landesverweisung

1. Nach Art. 66a Abs. 1 StGB hat das Gericht eine Person ausländischer Staatsangehörigkeit aus der Schweiz zu verweisen, wenn diese wegen einer der in den lit. a bis lit. o abschliessend aufgezählten Katalogtaten verurteilt wird; dies unabhängig von der verhängten Strafhöhe. Zu diesen Katalogtaten gehört unter anderem die sexuelle Nötigung und die Vergewaltigung (lit. h), wobei Art. 66a Abs. 1 StGB gemäss BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 auch den Versuch einer Katalogtat erfasst. Die Dauer der Landesverweisung beträgt mindestens fünf und maximal 15 Jahre. Die konkrete Bemessung der Dauer liegt ■ unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ■ im richterlichen Ermessen.

Ausländer sind alle Personen, die im Zeitpunkt der Tat nicht über das schweizerische Bürgerrecht verfügen. Auf den ausländerrechtlichen Status kommt es demgemäss nicht an. Irrelevant ist auch, ob der Ausländer zu einer unbedingten, bedingten oder teilbedingten Strafe verurteilt wird.

2. Der Beschuldigte ist italienischer Staatsbürger und damit EU-Bürger. Er fällt damit grundsätzlich unter die Personengruppe, für welche das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZ) Anwendung findet. Es ist deshalb vorweg das Verhältnis zwischen Art. 66a StGB und dem FZA zu klären.

3. Art. 66a Abs. 1 StGB sieht für die obligatorische Landesverweisung ■ unter Vorbehalt einer restriktiv auszulegenden Härtefallregelung ■ einen klaren Ausweisungsautomatismus vor.

Demgegenüber legt das FZA selbst fest, wann und unter welchen Voraussetzungen die im Abkommen eingeräumten Rechte durch die Vertragspartner eingeschränkt werden dürfen. Gemäss Art. 5 Anhang I FZA sind Massnahmen, welche die Freizügigkeitsrechte einschränken, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass für die Einschränkung der Freizügigkeitsrechte massgebend ist, ob von dem der Verurteilung zugrundeliegenden persönlichen Verhalten der straffälligen Person eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit ausgeht. Zudem müssen die öffentlichen Interessen an der Einschränkung der Freizügigkeitsrechte gegenüber den privaten Interessen der betroffenen Person überwiegen (Nina Burri/Valerio Priuli in AJP 7/2017 S. 886 ff., 889).

Somit widerspricht das FZA der landesrechtlichen Bestimmung gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB, weil dieses in jedem Fall eine einzelfallbezogene Gefährdungs- und Verhältnismässigkeitsprüfung vorschreibt. Zwischen Art. 66a Abs. 1 StGB und Art. 5 Anhang I FZA liegt somit ein echter Normkonflikt vor (Burri/Priuli a.a.O. S. 890).

4. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten. Art. 190 BV hält zudem fest, dass Bundesgesetze und das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Der Bundesverfassung lässt sich somit nichts zur Vorrangfrage im Falle eines echten Normkonflikts zwischen Völkerrecht und widersprechendem Gesetzesrecht entnehmen.

E. 18

Jahren in die Schweiz zurückkehrte, 14 Jahre später wegen Kokainhandels zur drei Jahren Zuchthaus und weitere sieben Jahre später wegen mehrerer Einbruchdiebstähle zu zwei

Jahren Gefängnis verurteilt wurde, fehlte es angesichts einer günstigen Prognose an der Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefährdung (Urteil 2A.749/2004 vom 28. April 2005). Als ebenfalls unzulässig beurteilte das Bundesgericht die Wegweisung eines Italieners, der wegen Raubes zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war (Urteil 2C_412/2009 vom 9. März 2010).

Weiter muss im Rahmen der Verhältnismässigkeit ein angemessener Ausgleich zwischen den betroffenen Interessen gefunden werden. Danach sind bei der Beurteilung der Frage, ob eine Ausweisung in angemessenem Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht, die folgenden Kriterien zu berücksichtigen: Die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen in der Schweiz, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmass seiner Bindungen zum Herkunftsstaat. Weiter ist der Schweregrad der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen (Gless/Petrig/Tobler in: *forum* poenale 2/2018, S. 97 ff.).

8.2 Der im Jahr [] in [] geborene Beschuldigte verbrachte die ersten [] Lebensjahre mit seinen Eltern und zwei Geschwistern in der Schweiz. 1999 kehrte die Familie in ihre Heimat nach Italien zurück; der Beschuldigte absolvierte in der Folge die ganze Schulzeit in Italien, an welche sich eine dreijährige Grundausbildung in der Gastronomie anschloss. Im Februar 2012 kehrte der Beschuldigte im Alter von [] Jahren in die Schweiz zurück, wo er bis 2016 hauptsächlich in diversen Gastronomiebetrieben tätig war. Von seiner Familie lebt niemand in der Schweiz. Die in der Zwischenzeit geschiedenen Eltern und seine Schwester leben in Italien und auch der Bruder ist gemäss Angaben des Beschuldigten vor Obergericht wieder nach Italien zurückgekehrt.

Der Beschuldigte verbrachte somit einen grossen Teil seiner Jugendzeit in Italien. Die wichtigen Jahre zwischen seinem [] und [] Altersjahr lebte der Beschuldigte in seiner Heimat und wurde entsprechend in wesentlichem Ausmass auch dort sozialisiert. Nach seiner Rückkehr in die Schweiz konnte er hier nie richtig Fuss fassen: So war er an keiner Arbeitsstelle während längerer Zeit angestellt und verfügt in persönlicher Hinsicht über kein in den Jahren gewachsenes soziales Netz. Mit Ausnahme seiner Beziehung zu C.____ sind keine weiteren sozialen Kontakte erkennbar. Der Beschuldigte verfügt in der Schweiz nur über einen kleinen Freundeskreis. Eine Reintegration des Beschuldigten in seinem Heimatland Italien erscheint daher durchaus als möglich. Die Eltern und die Geschwister des Beschuldigten leben ebenfalls in Italien und er pflegt insbesondere zu seiner Mutter und Schwester gute Kontakte. Zudem dürfte der Beschuldigte seine Ausbildung im Gastronomiebereich auch in seiner Heimat wirtschaftlich umsetzen können.

Andererseits ist aber festzustellen, dass der Beschuldigte wiederum mit der Geschädigten zusammenlebt, sie geheiratet haben und am [...] Eltern [...] geworden sind. Der Beschuldigte hat damit eine wichtige Beziehung zur Schweiz, weil hier seine Ehefrau und seine beiden Kinder leben. Die Trennung von seiner Familie würde für den Beschuldigten mit Sicherheit eine gewisse Härte darstellen und es wäre im vorliegenden, ganz besonderen Fall der Ehefrau kaum zumutbar, dem Beschuldigten nach Italien zu folgen. Die Ehefrau ist Schweizerin, sie ist hier verwurzelt, und vor allem ist sie das Opfer des Verbrechens des Beschuldigten. Es würde an Zynismus grenzen, der Ehefrau als Konsequenz eines Verbrechens, das sie als Opfer erdulden musste, zuzumuten, ihre Heimat zu verlassen und in einem anderen Land ein neues Leben zu beginnen. Diese Konstellation ist höchst aussergewöhnlich bzw. einzigartig.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass der Beschuldigte durchaus ein Interesse hat, in der Schweiz zu verbleiben, wo er einen Teil seiner Jugend und seine letzten [] Lebensjahre verbrachte und wo seine Familie (Ehefrau und zwei Kinder) leben. Von erheblichen privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz kann wegen der fehlenden beruflichen und sozialen Integration aber nicht gesprochen werden.

8.3 Der Beschuldigte wird zu einer erheblichen Freiheitsstrafe von 28 Monaten verurteilt. Die Tatbestände der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung stellen schwere Straftaten dar, welche hochwertige Rechtsgüter verletzen. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass der Beschuldigte nicht vorbestraft ist und noch nie eine Freiheitsstrafe verbüssen musste. Zudem hat die Geschädigte dem Beschuldigten offensichtlich verziehen: Sie lebt mit ihm in Hausgemeinschaft, sie haben geheiratet und sind am [] Eltern von [...] geworden. Damit gibt es eigentlich kein Opfer mehr. Selbstverständlich ändert diese Entwicklung nichts an der Verwerflichkeit der vom Beschuldigten begangenen Straftaten; das öffentliche Interesse an einer Sanktionierung dieses Verhaltens mittels Wegweisung nimmt aber ab, wenn das Opfer dem Täter verziehen hat.

Schliesslich ist auch zu beachten, dass der psychiatrische Gutachter die Wiederholungsgefahr des nicht vorbestraften Beschuldigten in einem tiefen Bereich ansiedelt und in einer Weiterführung von Suchtberatung und Abstinenz eine weitere Begrenzung dieses Risikos erblickt. In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass der Beschuldigte seit März 2018 die angeordneten Ersatzmassnahmen (Abstinenz, Urinkontrollen, Bewährungshilfe) lückenlos eingehalten und sich kooperativ verhalten hat. Das FZA verlangt für eine Ausweisung eine «gegenwärtige und hinreichend schwere, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die Öffentlichkeit», was hier nicht gegeben ist. Eine Ausweisung, die sich einzig auf den «ordre public» oder auf generalpräventive Gründe stützt, lässt sich mit dem FZA nicht vereinbaren (6B_235/2018 E. 4.4). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Umsetzung der durch Volk und Stände angenommenen Ausschaffungsinitiative zwar zu einer klaren Verschärfung der Praxis mittels der strafrechtlichen Landesverweisung führen (6B_235/2018 E. 4.3). Die vorliegenden besonderen Umstände ■ geringes Rückfallrisiko sowie ein versöhntes Opfer ■ sprechen aber gegen das Vorliegen von erheblichen öffentlichen Interessen an einer Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz.

8.4 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass angesichts der vom Beschuldigten verübten Straftaten durchaus öffentliche Interessen an dessen Wegweisung aus der Schweiz bestehen. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gemäss Art. 5 Anhang I FZA können diese öffentlichen Interessen angesichts des unbelasteten strafrechtlichen Leumunds des Beschuldigten, der geringen Rückfallgefahr und der Tatsache, dass das Opfer dem Beschuldigten verziehen hat, gegenüber den privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz aber nicht als überwiegend bezeichnet werden. Eine Landesverweisung des Beschuldigten, der in der Schweiz über ein Aufenthaltsrecht verfügt, erweist sich deshalb als unverhältnismässig und ist nicht anzuordnen.

8.5 Diese Lösung entspricht auch der EMRK. Der Beschuldigte kann sich als Ehemann und Vater auf Art. 8 EMRK (Recht auf Familienleben) bzw. Art. 13 BV berufen. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass bei einem Eingriff in die Rechte gemäss Art. 8 EMRK zwingend von einem Härtefall i.S. von Art. 66a Abs. 2 StGB auszugehen sei und eine Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen vorgenommen werden

müsse. Das Bundesgericht hat diese Meinung in dieser apodiktischen Form bisher zwar nicht bestätigt, immerhin aber festgehalten, dass die Kriterien der EMRK regelmässig bereits bei der Härtefallbeurteilung zu prüfen seien (6B_907/2018 vom 23. November 2018). Unabhängig von einer Härtefallprüfung i.S. von Art. 66a StGB muss aber bei einer Einschränkung des Rechts auf das Familienleben gestützt auf Art. 8 Abs. 2 EMRK und Art. 36 BV eine Prüfung der Verhältnismässigkeit vorgenommen werden. Und diese Prüfung führt, wie dargelegt, zu einer Verneinung der Voraussetzungen für eine Landesverweisung.

8.6 Damit hat auch keine Ausschreibung im SIS zu erfolgen.

VIII. Sicherheitshaft

Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung von Sicherheitshaft ist bei diesem Ausgang des Verfahrens abzuweisen. Es ist keine Fluchtgefahr ersichtlich.

IX. Kosten

1. Bei diesem Verfahrensausgang ist der Kosten- und Entschädigungsentscheid der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren zu bestätigen.

Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.____, Rechtsanwalt Dominik Schnyder, [...], ist auf CHF 14'266.15 (Honorar CHF 12'450.00, Auslagen CHF 772.80 und 8% MwSt. auf CHF 8'416.80 bzw. 7.7% auf CHF 4'806.00) festgesetzt und zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu zahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse von A.____ erlauben.

A.____ hat die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 8'000.00, total CHF 25'000.00, zu bezahlen.

2. Der Beschuldigte war mit seiner Berufung erfolgreich. Die Staatsanwaltschaft ist nur hinsichtlich des Schuldspruchs wegen mehrfacher sexueller Nötigung durchgedrungen. Nachdem der Beschuldigte vor Vorinstanz ebenfalls einen Schuldspruch wegen sexueller Nötigung beantragt hatte, rechtfertigt es sich, ihm für das Berufungsverfahren keine Kosten aufzuerlegen. Die Kosten gehen zu Lasten des Staates.

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt Dominik Schnyder, macht für das obergerichtliche Verfahren einen Aufwand von 2■090 Minuten resp. 34,83 Stunden (inkl. Hauptverhandlung und Urteilsöffnung) geltend. Die Hauptverhandlung hat eine Stunde weniger gedauert als geschätzt und an der mündlichen Urteilsöffnung konnte der amtliche Verteidiger nicht teilnehmen. Dies führt zu einer Kürzung von zwei Stunden. Der amtliche Verteidiger macht für die Vorbereitung des Plädoyers 19,33 Stunden geltend. Dies erscheint trotz des zwar wichtigen und rechtlich komplexen Themas der Landesverweisung als zu hoch. Es rechtfertigt sich eine Kürzung um 4 Stunden. Zusätzlich sind Kanzleiaufwendungen von insgesamt 40 Minuten (vom 22. Juli 2018, 3. Oktober 2018 und 15. April 2019) und Korrespondenzaufwand von 75 Minuten (vom 16. Juli 2018, 17. April 2019 und 3. Mai 2019) zu streichen. Insgesamt sind somit Kürzungen von 475 Minuten vorzunehmen, was zu einem zu entschädigenden Aufwand von 1'615 Minuten resp. 26,91 Stunden führt. Bei einem Stundenansatz von CHF 180.00, Auslagen von CHF 171.00 und der Mehrwertsteuer von 7,7 % ergibt dies eine Entschädigung von CHF 5'402.25. Diese ist zahlbar durch den Staat Solothurn, auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse. Ohne Rückforderung.

Demnach wird in Anwendung der Art. 181, Art. 189 Abs. 1, 190 Abs. 1 i.V.m. 22 Abs. 1 StGB; Art. 19a Ziff. 1 BetmG; Art. 90 Abs. 1, Art. 91 Abs. 1 lit. a, Art. 91 Abs. 2 lit. b, Art. 91a Abs. 1, Art. 92 Abs. 1, Art. 94 Abs. 1 lit. a, Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG; § 23 Abs. 1 und Abs. 2, § 31 EG StGB; Art. 19 Abs. 2, Art. 34, Art. 40, Art. 42 Abs. 1, Art. 43, Art. 44 Abs. 1 und 2, Art. 47, Art. 49 Abs. 1, Art. 51, Art. 69, Art. 106 StGB; Art. 135, Art. 379 ff., Art. 398 ff. und Art. 416 ff. StPO

erkannt:

Das erstinstanzliche Gericht hat weiter rechtskräftig festgestellt, dass ohne ein solches Begehren die Gegenstände 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vernichtet werden.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) und der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft im Rechtsmittelverfahren (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innert 10 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona).

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Der Präsident
Kiefer

Die Gerichtsschreiberin
Ramseier

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