

ZH_OBERGERICHT SB170509 vom 6. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170509

FR: ZH_OBERGERICHT SB170509 du 6 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB170509 del 6 aprile 2018

Erwägungen

E. 2

Am 29. Dezember 2017 (Datum des Poststempels) reichte der Beschuldigte der erkennenden Kammer rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 61; Urk. 58/2; Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 90 StPO). Die Staatsanwaltschaft beantragte unter dem 16. Januar 2018 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 65). Der Privatkläger äusserte sich innert der ihm mit Präsidialverfügung vom 9. Januar 2018 (Urk. 63; Urk. 64/1) angesetzten Frist nicht und verzichtete damit auf eine Anschlussberufung.

E. 2.1

Gemäss Art. 66a lit. o StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt (Busslinger/Übersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 101). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat (Busslinger/Übersax, a.a.O., S. 101; Fiolka/Vetterli, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16 S. 85) sowie die Tatschuld (Fiolka/Vetterli, a.a.O., S. 87). Ein Härtefall ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da der Strafrichter bei Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise von der Landesverweisung absehen darf (Busslinger/Übersax, a.a.O., S. 97). Steht fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (Busslinger/Übersax, a.a.O. S. 102 ff.). 2.2.1 Der Beschuldigte hat sich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht und ist Ausländer (Urk. 45 S. 1 f.). Die Voraussetzungen für eine Landesverweisung sind damit grundsätzlich erfüllt. Die Vorinstanz verweist sodann zu Recht darauf, dass der heute 25-jährige Beschuldigte seine Kindheit und Jugend in der Dominikanischen Republik verbrachte bis

- 11 - er im Alter von 16 oder 17 Jahren zu seiner Mutter nach Spanien zog. Dort arbeitete er bis zu seinem Wegzug in die Schweiz während zwei Jahren als Kellner. In die Schweiz kam er erst gegen Ende 2014 (Urk. 6/1 S. 2; Urk. 45 S. 2 f.; Prot. II S. 6 ff.). Er ist zwar beruflich insofern integriert, als er bis zu seiner Verhaftung als selbständiger Coiffeur in einem Salon in Zürich ... arbeitete (Urk. 6/1 S. 9; Urk. 20.6 S. 2; act. 45 S. 5 f.) und heute sowohl als angestellter Hilfsarbeiter ... als auch nebenbei als selbständiger Coiffeur einer regelmässigen Arbeit nachgeht (Prot. II S. 12 f.). Mit seinem derzeitigen Einkommen von durchschnittlich zwischen Fr. 5'000.– und Fr. 6'000.– ist er dabei wirtschaftlich unabhängig (Prot. II S. 13). Eigentliche Wurzeln hat er in der Schweiz bis heute jedoch nicht geschlagen. Er selber bezeichnet als einzige Bindung zur Schweiz seine Freundin, mit welcher er sich verlobt habe (Urk. 45 S. 8; Prot. II S. 10, 14), wobei die Beziehung gemäss dem Beschuldigten erst seit etwas über zwei Jahren bestehe (Prot. II S. 10) und seine Freundin zwar hier erwerbstätig, aber ebenfalls dominikanische Staatsbürgerin und gemäss vorliegendem Ausweis erst seit Ende August 2016 in der Schweiz ist (Urk. 45 S. 4, 8; Urk. 19/2/10). Seine Verwandten leben entweder in der Dominikanischen Republik oder in Spanien (Urk. 20/6 S. 3; Urk. 45 S. 3 ff.; Urk. 47 S. 5; Prot. II S. 7, 9). Auch sein einjähriger Sohn lebt mit dessen Mutter in ... [Stadt in der Dominikanischen Republik] (Prot. II S. 11). Ferner spricht er keine Landessprache. Zwar gab er im Rahmen der Berufungsverhandlung an, sich in deutscher Sprache verständigen zu können, der Besuch eines Sprachkurses steht jedoch noch aus (Prot. II S. 12) und anlässlich der Berufungsverhandlung machte er nicht den Eindruck, auch nur ein Wort in Deutsch (wie z.B. die Frage nach seinem Namen) zu verstehen. Der Beschuldigte verfügt folglich nicht über nennenswerte Bindungen zur Schweiz, während er in Spanien (und der Dominikanischen Republik) kulturell und sozial integriert ist. Die Vergangenheit zeigt zudem, dass der Aufbau einer beruflichen Existenz dem Beschuldigten auch in Spanien möglich ist. Dass er bei einer Reintegration in seinem Heimatland, das er erst vor nicht einmal vier Jahren verlassen hat, auf unüberwindbare Hindernisse stossen wird, ist folglich nicht anzunehmen. Die mit der Ausweisung aus der Schweiz für den Beschuldigten verbundenen Nachteile halten sich damit in engen bzw. zumutbaren Grenzen. Ein grobes Missverhältnis zwischen den mit der Aus-

- 12 - weisung für den Beschuldigten verbundenen Nachteilen und seiner Tatschuld besteht ebenfalls nicht. Zwar sind beim Beschuldigten angesichts des bestehenden unbefristeten Anstellungsverhältnisses, der Heiratspläne sowie des Vorhabens, Sprachkurse zu besuchen, wovon er im Rahmen der Berufungsverhandlung berichtete (Prot. II S. 10, 15 f.), durchaus Integrationsabsichten zu erkennen. Eine Landesverweisung bewirkt für ihn vor diesem Hintergrund dennoch keinen schweren persönlichen Härtefall. Eine Abwägung der privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und der öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung erübrigt sich. Es besteht von vornherein kein Raum, um in Anwendung der Kannvorschrift von Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzusehen. 2.2.2 Dass die Voraussetzungen gemäss Art. 66a StGB für eine Landesverweisung im konkreten Fall gegeben sind, stellt denn auch die Verteidigung nicht in Frage (Urk. 69 S. 2 ff.). Sie macht aber geltend, dass sich der Beschuldigte als spanischer Staatsangehöriger und selbständiger Coiffeur bzw. als angestellter ... auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit der Europäischen Union (EU) berufen könne, welches eine Landesverweisung nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulasse. Das FZA gehe dem Landesrecht vor. Die Vorinstanz wende die vom Bundesgericht statuierte Gegenausnahme zur Schubert-Praxis

zu Unrecht nicht an. Da das FZA zur Anwendung gelange, fielen die Voraussetzungen von Art. 66a StGB ausser Betracht. Insbesondere sei nicht zu prüfen, ob ein Härtefall nach Abs. 2 der genannten Bestimmung vorliege. Zu prüfen sei dagegen, ob die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA gegeben seien. Lediglich bei Erfüllung dieser Voraussetzungen dürfte eine Landesverweisung angeordnet werden. Gemäss dieser Bestimmung dürfe die Freizügigkeit nur eingeschränkt werden, wenn die öffentliche Ordnung, die Sicherheit oder die Gesundheit konkret und anhaltend schwer gefährdet seien, wobei eine Einzelfallprüfung zu erfolgen habe. Die Vorinstanz stelle dem Beschuldigten eine günstige Legalprognose. Der Beschuldigte weise zudem keine Vorstrafen auf und aus dem zurückgezogenen Anklagesachverhalt dürfe nichts zu dessen Ungunsten abgeleitet werden. Im vorliegenden Fall sei eine Landesverweisung daher nicht mit Art. 5 Anhang I FZA vereinbar (Urk. 61; Urk. 69 S. 2 ff.).

- 13 -

E. 3

Die Berufungsverhandlung fand heute in Anwesenheit des Beschuldigten statt. Die mit Verfügung vom 25. Januar 2018 dispensierte Anklägerin (Urk. 65) verzichtete auf eine Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 3 ff.). II. 1. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen die Anordnung der Landesverweisung (Dispositiv-Ziffer 5; Urk. 61). Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen ist der vorinstanzliche Entscheid damit hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Teilrückzug der Anklage), 3 und 4 (Strafe und Strafvollzug),

E. 3.1

Das FZA (SR 0.142.112.681) berechtigt den als selbständiger Coiffeur bzw. als angestellter ... tätigen Beschuldigten als Bürger eines Mitgliedstaates der EU (Spanien) grundsätzlich zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 1 lit. a und Art. 4 FZA, Art. 12 ff. Anh. I FZA). Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen diese Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen finden sich vor allem in der Richtlinie 64/221/EWG. Durch den Vorbehalt soll den Vertragsstaaten erlaubt werden, zum Schutz anerkannter Rechtsgüter Massnahmen gegenüber Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten zu treffen, die sie bei ihren eigenen Staatsangehörigen nicht anwenden können, da sie nicht befugt sind, diese aus dem nationalen Hoheitsgebiet zu entfernen oder ihnen die Einreise dorthin zu untersagen (BGE 130 II 176 E. 3.1). Eine Landesverweisung stellt eine solche Massnahme dar.

E. 3.2

Ob eine Beschränkung des freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs zulässig ist, bestimmt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Anhang I FZA, welche im Grundsatz derjenigen des EuGH folgt (BGE 136 II 5 E. 3.4), wesentlich nach einer Prognose künftigen Wohlverhaltens. Verlangt ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die ausländische Person künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, wobei u.a. Drogenhandel als schwerwiegende Rechtsgutverletzung gilt (BGE 2C_831/2016 E. 3.2.1; BGE 2C.406/2014 E. 2.3 und 4.2; BGE 139 II 121 E. 6.3; BGE 2C_238/2012 E. 2.3; BGE 2A.749/2004 E. 4.1; BGE 130 II 176 E. 3.4.1; BGE 129 II 215 E. 7.4). Die Vorinstanz bringt mit der unangefochtenen Gewährung des bedingten Vollzugs der

Freiheitsstrafe zum Ausdruck, dass sich der Beschuldigte aller Voraussicht nach bewähren wird (Urk. 60 S. 14 ff.). In Anbetracht dessen, dass sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten in der Zwischenzeit eher noch weiter stabilisiert haben, ist diese Prognose nicht in Zweifel zu ziehen. Die Verteidigung weist vor diesem Hintergrund zu Recht daraufhin, dass die dem Beschuldigten von der Vorinstanz zutreffend gestellte günstige Legalprognose einer Ausweisung gemäss FZA entgegensteht.

- 14 - 4.1 Das Ergebnis des Verfahrens hängt damit von der Klärung der Frage des Verhältnisses von Art. 66a StGB und dem FZA ab, zumal eine Koordination mit- tels völkerrechtskonformer Handhabung des Landesverweisungsrechts ausser Betracht fällt. Zwar wäre es grundsätzlich denkbar, die Härtefallprüfung so auszu- gestalten, dass die vom FZA geforderte Betonung der von der straffälligen Person ausgehenden künftigen Gefährdung für Beschuldigte, die gemäss FZA in der Schweiz leben und arbeiten dürfen, Berücksichtigung finden könnte. Dies würde jedoch der Grundidee von Art. 66a StGB zuwider laufen. Die Bestimmung postu- liert beim Vorliegen einer Katalogtat die Erforderlichkeit einer Landesverweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit für alle Ausländer ohne weiteres und lässt nur eine beschränkte Prüfung der Verhältnismässigkeit unter Berücksichti- gung tatsächlicher enger Bindungen zur Schweiz zu. 4.2.1 Das Verhältnis von Art. 66a StGB und dem FZA wurde von der strafrechtli- chen Abteilung des Bundesgerichts noch nicht geklärt. Ob die Erwägungen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zum Vorrang des FZA in BGE 142 II 35 mehr als ein obiter dictum darstellen, ist umstritten (Burri/Priuli, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017 S. 886, S. 891 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1010 ff.). 4.2.2 Gemäss der mit BGE 99 Ib 39 begründeten Schubert-Praxis geht das Völ- kerrecht Bundesgesetzen im Konfliktfall vor, seien diese jünger oder älter. Hat sich aber die Bundesversammlung mit den völkerrechtswidrigen Auswirkungen eines Bundesgesetzes auseinandergesetzt, ist dieses für das Bundesgericht auf- grund von Art. 190 BV verbindlich. Es hat das Bundesgesetz anzuwenden. Die Schubert-Praxis wurde vom Bundesgericht bis heute nicht aufgegeben. Sie wurde in der Doktrin unterschiedlich aufgenommen. Während sie bei einem Teil der Leh- re auf Kritik stiess, erfuhr sie von anderer Seite im Grundsatz Zustimmung. Zu- gunsten der Schubert-Praxis wurde einerseits argumentiert, das Völkerrecht schreibe zwar vor, dass die Staaten die sie bindenden völkerrechtlichen Verträge nicht verletzen dürften, dies aber unter Inkaufnahme der entsprechenden Conse- quenzen tun könnten oder zur Weiterentwicklung der völkerrechtlichen Beziehun-

- 15 - gen u. U. gar tun müssten. Andererseits wurde die «Schubert-Praxis» als Aus- fluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes im Sinne einer Political-Question-Doktrin befürwortet, wonach das Bundesgericht seine Kognition bei Fragen von vorwie- gend politischem Charakter zurückzunehmen habe (Schindler/ Tschumi, in: Eh- renzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesver- fassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 5 N. 80 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1016; Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter 14. März 2016, S. 14). Der Lehre, welche der Schubert-Praxis zustimmt, ist zu folgen. 4.2.3 Die Gesetzgebung zur Landesverweisung ist das Ergebnis heftiger politi- scher Auseinandersetzungen im Rahmen des Abstimmungskampfes über die Ausschaffungsinitiative und des darauf folgenden 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 drehen. Der Bundesrat wies schon in seiner Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" vom 24. Juni 2009 darauf hin, dass das Volksbegehren – welches allerdings noch keine Härtefallklausel enthielt – insbesondere mit dem FZA nicht vereinbar sei (BB1 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte der Bundesrat dies in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BB1 2013 6059). Im Parlament blieb sowohl ein Vorbehalt zugunsten internationaler Verpflichtungen betreffend Personenfreizügigkeit als auch ein solcher zugunsten innerstaatlichen Rechts chancenlos. Die Härtefallklausel sollte stattdessen dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip zum Durchbruch verhelfen bzw. grösste Verletzungen rechtsstaatlicher Prinzipien oder des Völkerrechts und stossende Entscheide in Ausnahmefällen verhindern (vgl. Protokoll der Ratsdebatten). Dass auch mit der Härtefallklausel die Verpflichtungen gemäss FZA nicht in jedem Fall würden eingehalten werden können, war dabei stets ein offenes Geheimnis. Mit den nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung nahm der Gesetzgeber (Volk und Stände/Bundesversammlung) somit einen

- 16 - allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bzw. die Verletzung der daraus resultierenden Ansprüchen von EU-Ausländern im Einzelfall bewusst in Kauf. Der Schubert-Praxis folgend gehen sie dem FZA daher vor. 4.2.4 In BGE 142 II 35 stellte das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 133 V 367 in Aussicht, dass es dem FZA im Fall eines durch die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV bewirkten tatsächlichen Normenkonflikts Vorrang vor innerstaatlichen Regelungen geben werde. Es argumentiert, dass das FZA durch Annahme in einer Volksabstimmung 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 einerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben. Beim FZA gehe es über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheiten um eine Angleichung der Rechtsordnung, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar sei und für welche kraft Unionsrecht der Vorrang der Rechtsordnung ebenfalls Geltung habe (BGE 142 II 35 E. 3.2). Das ist alles richtig. Ausserdem haben die Bilateralen Abkommen für die Schweiz eine grosse wirtschaftliche Bedeutung. Das hebt das FZA aber (auch wertungsmässig) nicht auf die Ebene zwingenden Völkerrechts, dessen unbedingte Geltung sich auch aus der Bundesverfassung ergibt (Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV), und der Menschenrechtsgarantien der EMRK, denen als zentrale Grundwerte der Rechtsordnung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen werden muss. 4.3 Der Schubert-Praxis folgend bleibt es im konkreten Fall folglich bei der Anwendung von Art. 66a StGB. 5. Was die Dauer der Landesverweisung betrifft, ist mit der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass das Verschulden des Beschuldigten im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zwar nicht besonders schwer wiegt, es sich aber auch nicht im untersten Bereich bewegt. Bei dieser Ausgangslage erscheint die von der Vorinstanz auf sieben Jahre angesetzte Verweisung vom Gebiet der Schweiz als angemessen.

E. 6

bis 17 (Verwendung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte) so- wie 18 und 19 (Kostendispositiv), was vorab festzustellen ist.

- 10 -

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