

ZH_OBERGERICHT SB180093 vom 28. September 2018

ZH Obergericht, 2018-09-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180093

FR: ZH_OBERGERICHT SB180093 du 28 septembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180093 del 28 settembre 2018

Erwägungen

E. 1

Untersuchungs- und erstinstanzliches Verfahren

E. 1.1

Die Verteidigung beantragt demgegenüber die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, in welchem gemäss Ziffer 6 von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abgesehen wurde (Urk. 52 S. 1). Sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren brachte sie vor, der Beschuldigte könne sich als polnischer Staatsangehöriger auf das Freizügigkeitsabkommen berufen. Dabei verwies die Verteidigung auf den Entscheid der I. Strafkammer des Obergerichtes vom 22. August 2017 (SB170250), welche gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zum Schluss gelangt sei, es sei von einem Vorrang des FZA gegenüber den Art. 66a ff. StGB auszugehen. Dies habe zur Folge, dass bei Verneinung der Voraussetzungen für einen zulässigen Eingriff in die Freizügigkeitsrechte eine Landesverweisung nach StGB überhaupt ausgeschlossen sei, ohne dass ein Härtefall zu prüfen wäre. Eine strafrechtliche Verurteilung vermöge die Verweigerung der Freizügigkeitsrechte bzw. die Wegweisung nur dann zu rechtfertigen, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen liessen. Die im Zusammenhang mit der Frage des bedingten Strafvollzugs gerade noch einmal zu stellende günstige Legalprognose spreche entschieden gegen das Vorliegen einer hinreichend grossen Rückfallgefahr, die eine Einschränkung der Freizügigkeitsrechte seines Mandanten rechtfertigen könnte (Urk. 30 S. 12 f.; Urk. 52 S. 1). Da der erwähnte Obergerichtsentscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei, legte die Verteidigung sodann noch die Umstände dar, die für die Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB und somit gegen die Anordnung einer Landesverweisung sprächen (Urk. 30 S. 14 f.; Urk. 52 S. 1 ff.).

- 22 -

E. 1.2

Der Beschuldigte ist polnischer Staatsangehöriger mit Aufenthaltsbewilligung B. Er kann sich, da Polen ein Mitgliedstaat ist, auf das FZA berufen. Somit stehen dem Beschuldigten grundsätzlich verschiedene Einreise-, Aufenthalts- und Verbleiberechte nach Massgabe seines Anhangs I zu, und ist insbesondere zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz berechtigt (Art. 1, Art. 4ff. und Art. 7 lit. d FZA). Mit der Anordnung einer Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 StGB würde ihm das Aufenthaltsrecht für die Dauer dieser Massnahme entzogen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA ist dies nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig. Art. 16 Abs. 2 FZA bestimmt weiter, dass die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Ge-

richtshofs (EuGH) bis zur Ratifizierung zu berücksichtigen ist. Gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 der massgebenden EU-Richtlinie 64/221/EWG (Art. 5 Abs. 2 Anhang I zum FZA in Verbindung mit Art. 16 FZA) ist bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, und es ist ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Einzelperson massgebend. Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben ist, ist naturgemäss zunächst die Art und Schwere der im Raum stehenden Delikte und sodann in erster Linie das Ausmass der beim Täter diesbezüglich bestehenden (aktuellen) Rückfallgefahr (BGE 136 II

E. 1.3

Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse anbelangt, kann vorab auf die Befragungen zur Person und auf die Vorakten sowie die Akten des Migrationsamts verwiesen werden. Die Zusammenfassung des Werdegangs durch die Vorinstanz enthält die wichtigen Stationen aus dem Leben des Beschuldigten (Urk. 40 S. 15f. Ziff. 3.1. mit Verweisen auf Urk. 3 S. 5.; Urk. 4 S. 5; Urk. 28 S. 1 f. sowie Urk. 7). Die persönlichen Verhältnisse enthalten nichts direkt für die Strafzumessung Relevantes und werden bei der Frage der Legalprognose und bei der Landesverweisung näher zu beleuchten sein. Strafzumessungsrelevant unter dem Titel Täterkomponenten sind die drei teils einschlägigen, jedoch eher geringfügigen Vorstrafen, die merklich ins Gewicht fallen und zusammen mit der Delinquenz während laufender Probezeit zu einer spürbaren Straferhöhung führen (Urk. 40 S. 16 Ziff. 3.2. und Urk. 48). Unter dem Titel Nachtatverhalten fallen sodann das Geständnis des Beschuldigten und seine weitgehende Einsicht und Reue - wie die Vorinstanz richtig festhält - wieder deutlich und jedenfalls stärker

- 14 - strafmindernd als die strafe erhöhenden Umstände ins Gewicht (Urk. 40 S. 16f. Ziff. 3.3.).

E. 1.4

Die vom erstinstanzlichen Gericht nach sorgfältiger Würdigung der relevanten Strafzumessungsgründe festgesetzte Freiheitsstrafe von 15 Monaten ist folglich zu bestätigen.

E. 1.5

Im Sinne eines Eventualantrags für den Fall, dass das Gericht - wie vorliegend - entgegen seinem Hauptantrag zu einem Schuldspruch gelangen würde, liess der Beschuldigte beantragen, es seien ihm nicht wie durch die Vorinstanz zwei, sondern drei erstandene Tage Haft an die Strafe anzurechnen (Urk. 51 S. 12 f.). Zur Begründung liess er diesbezüglich ausführen, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Freiheitsentzug auch im Falle einer vorläufigen polizeilichen Festnahme ab einer Dauer von drei Stunden mit einem Tag an die Freiheitsstrafe anzurechnen sei (Urk. 51 S. 13; BGE 124 IV 269 E. 4). Da er am 8. November 2016 um ca. 20.00 Uhr verhaftet und erst am 10. November 2016 um ca. 13.45 Uhr wieder aus der Haft entlassen worden sei, müssten ihm gemäss der Verteidigung im Sinne von Art. 51 StGB entsprechend drei verbüsste Hafttage an die Freiheitsstrafe angerechnet werden (Urk. 51 S. 13). Zwar ist der Verteidigung insofern zuzustimmen, dass bereits eine polizeiliche Festnahme ab einer Dauer von drei Stunden als anrechnungsfähige Haft von einem Tag zu qualifizieren ist. Hingegen ist zu berücksichtigen, dass für den Fall, dass sich die Untersuchungshaft über zwei aufeinanderfolgende Kalendertage erstreckt, praxisgemäss nur dann für beide

angebrochenen Tage je ein ganzer Tag angerechnet wird, wenn die gesamte Haftdauer an diesen zwei Daten 24 Stunden überschreitet (BSK StGB I - Mettler / Spichtin, 3. Aufl. 2013, Art. 51 N 35). Da der Beschuldigte am 8. November um 20.00 Uhr verhaftet und am 10. November 2016 um 13.45 Uhr entlassen wurde (Urk. 9/1; Urk. 9/5), betrug die Haftdauer an diesen zwei Daten insgesamt weniger als 24 Stunden. Somit sind an die Freiheitsstrafe von 15 Monaten praxisgemäss lediglich zwei Tage erstandene Haft anzurechnen.

- 15 - 2. Bedingter Strafvollzug

E. 2

Berufungsverfahren

E. 2.1

Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt im Schuldpunkt vollumfänglich und auch die Sanktion ist zu bestätigen. Da aber auch die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf Anordnung einer Landesverweisung unterliegt, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen. Indessen ist eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO in der Höhe der Hälfte der Kosten der amtlichen Verteidigung vorzubehalten.

- 35 -

E. 2.2

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'800.– anzusetzen. Es wird beschlossen:

E. 2.3

Soweit bekannt, hat das Bundesgericht diese Frage noch nicht rechtskräftig entschieden und es bleibt mit Spannung zu erwarten, zu welchem Schluss das höchste nationale Gericht kommen wird. Da wie nachfolgend unter Ziff. 3 ausgeführt wird - vorliegend von einem Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB auszugehen ist, muss vorliegend keine abschliessende Stellungnahme erfolgen. Festzuhalten ist allerdings, dass zur Zeit kein Anlass besteht, von den früheren Entscheiden der erkennenden II. Strafkammer abzuweichen. 3. Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB

E. 2.4

Würdigung der Prognosefaktoren Vorab ist zu erwähnen, dass heute wegen des Verbots der reformatio in peius keine unbedingte Strafe ausgesprochen werden kann, weil die Vorinstanz dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug gewährt hat und dies von der Staatsanwaltschaft nicht angefochten wurde. Desweiteren ist festzuhalten, dass das erstinstanzliche Gericht zutreffend die Prognose begünstigenden und die belastenden Faktoren aufgezeigt und sorgfältig abgewogen hat (Urk. 40 S. 18f.): Die Vorstrafen wirken sich sicher negativ auf die Prognose aus, indessen handelt es sich um vergleichsweise geringfügige Taten. Weiter ist als prognosebelastend zu werten, dass der Beschuldigte sich - obwohl gegen ihn im Jahr 2014 bereits einmal wegen Drogenhandel ermittelt worden war, welche Untersuchung jedoch eingestellt wurde - gerade von C._____, der damals in seiner

Wohnung Drogen aufbewahrt und ihn dadurch in Schwierigkeiten gebracht hatte, überzeugen liess, zwei Drogentransporte auszuführen. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte – soweit bekannt – über familiären Halt und feste soziale Bindungen verfügte. Er wohnte im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bei seiner Mutter und führte seit mehreren Jahren eine Beziehung mit einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten Thai-Länderin. Seine Freundin hatte vor kurzem eine Bar gekauft und renoviert, welche in Kürze eröffnet werden sollte. Diesbezüglich war dem Beschuldigten in Aussicht gestellt worden, dass er dort als Barkeeper arbeiten könnte, sofern sein Gesundheitszustand dies zulasse. Finanzielle Unterstützung erhielt der Beschuldigte zur Zeit der erstinstanzlichen Verhandlung ebenfalls von seiner Freundin sowie von seiner Mutter (Urk. 28 S. 2, S. 6 ff.). Bezüglich seiner Krankheit, seiner ungewissen Arbeitsfähigkeit sowie seiner finanziellen Abhängigkeit von seinen Bezugspersonen erwog die Vorinstanz in zutreffender Weise, dass sich diese Umstände ebenfalls nicht gerade positiv auf die Prognose des Beschuldigten auswirkten (Urk. 40 S. 19). In der Zwischenzeit hat sich, wie oben dargestellt, ergeben, dass das Barprojekt der Freundin des Beschuldigten keinen Erfolg hatte und dieses daher nicht weitergeführt werden konnte. Da sich der Beschuldigte mittlerweile gesundheitlich

- 19 - wieder besser fühlt, war er aber in der Lage, eine Stelle im Cateringbereich anzutreten. Demgegenüber blieb seine Wohnsituation unverändert. Er lebt nach wie vor bei seiner Mutter und er wird noch immer sowohl von dieser als auch von seiner Freundin finanziell unterstützt. Da er nun aber wieder arbeiten kann, ist er in der Lage, seinen Lebensunterhalt grösstenteils mit dem Einkommen aus seiner Teilzeiterwerbstätigkeit zu bestreiten (Prot. II S. 6 ff.). Die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Beschuldigte insgesamt sowohl Faktoren besitzt, die sich positiv auf seine Legalprognose auswirken, als auch solche, die seine Prognose negativ beeinflussen, trifft nach wie vor zu. Wie zu zeigen sein wird, ist die mit Strafbefehl vom 16. Dezember 2014 bedingt ausgefallene Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu widerrufen (vgl. E. IV.2). Aufgrund der zu erwartenden abschreckenden Wirkung dieses Widerrufs sowie insbesondere in Anbetracht dessen, dass sich der Beschuldigte seit der letzten Verurteilung wohlverhalten hat und ihm mittlerweile auch klar geworden sein dürfte, dass er bei erneuter Delinquenz ernsthaft mit der Anordnung einer Landesverweisung rechnen müsste, kann insgesamt eine vorsichtig positive Prognose gestellt werden. Es ist ihm folglich der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren. Die Ansetzung einer vierjährigen Probezeit erweist sich vorliegend aufgrund der verbleibenden Bedenken als angemessen. IV. Widerruf 1. Voraussetzungen Zu den Voraussetzungen für den Widerruf einer bedingt ausgefallenen Strafe kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 20). 2. Würdigung Mit zutreffender Begründung gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass in Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte die vorliegend zu beurteilenden Delikte

- 20 - beging, obwohl er zuvor bereits mehrmals verurteilt wurde, nicht zu erwarten sei, dass ihn die bedingte Freiheitsstrafe alleine von weiterer Delinquenz abzuhalten vermögen würde (Urk. 40 S. 20 f.). Der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Dezember 2014 ausgefallenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– ist daher zu widerrufen. V. Landesverweisung 1. Anträge der Parteien Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Berufung die Anordnung einer Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren. Die Vorinstanz verzichtete auf die Anordnung einer Landesverweisung, weil sie aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten sein

persönliches Interesse gegenüber dem eher leichten öffentlichen Interesse an der Wegweisung als höher erachtete und das Vorliegen eines Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB bejahte (Urk. 40 S. 25f.). Die Staatsanwaltschaft hält die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls und damit für das Absehen von einer Landesverweisung für nicht erfüllt. Zur Begründung führt sie im Rahmen der Berufungsverhandlung aus, dass es dem Beschuldigten als EU-Bürger beispielsweise auch offen stehe, sich in Deutschland oder in Österreich, wo sein Vater wohne, niederzulassen. Ausserdem erachtet die Staatsanwaltschaft auch eine Rückkehr des Beschuldigten nach Polen ohne Weiteres als zumutbar, da es sich bei Polen nicht - wie es die Vorinstanz suggeriere - um ein Entwicklungsland, sondern um einen wirtschaftlich aufstrebenden Mitgliedsstaat der EU handle. So verfüge auch Polen über ein Sozial- und Gesundheitssystem, welches sich um den Beschuldigten als polnischen Staatsbürger kümmern würde. Zudem stehe auch das angeblich fehlende soziale Netzwerk einer Reintegration nicht entgegen, da es dem Beschuldigten angesichts seines jungen Alters leichtfallen werde, ein Beziehungsnetz aufzubauen (Urk. 50 S. 2 f.). Weiter bringt sie vor, dass es sich beim Beschuldigten, der nur etwa die Hälfte seines Lebens in der Schweiz verbracht habe, nicht um einen Secondo handle, auf welche die Härtefallklausel gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB aber primär ausgerichtet sei. Ausserdem liege es in der Natur der Sache, dass strafrechtliche Mass-

- 21 - nahmen wie die Landesverweisung für die Betroffenen unangenehm sein könnten, alleine aus diesem Grund aber kein Härtefall vorliegen würde. Schliesslich macht die Staatsanwaltschaft geltend, es bestehe angesichts der vorliegend zu beurteilenden Verbrechen sowie unter Berücksichtigung der Vorstrafen des Beschuldigten und der realen Rückfallgefahr ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschuldigten von der Schweiz. Dieses überwiege denn auch seine privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz bei weitem. Entsprechend könne nicht von einem Härtefall ausgegangen werden (Urk. 50 S. 3).

E. 3

Rechtliche Würdigung Die rechtliche Würdigung durch die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz ist zutreffend (Urk. 17 und 40 S. 10) und wird auch von der Verteidigung anerkannt (Urk. 30 S. 6). Der Beschuldigte ist somit in Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs des mehrfachen Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG) schuldig zu sprechen. III. Sanktion 1. Strafzumessung

E. 3.1

a) In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter lit. a - o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 - 15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB). b) Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer 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. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB). Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu

verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuld bare Notwehr oder entschuldbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung (Marc Busslinger/Peter Uebersax, Härtefallklausel und

- 30 - migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 96 ff., S. 97 f.). c) Bei der Prüfung, ob im konkreten Einzelfall ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, sind insbesondere die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: Die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Bei sämtlichen Aspekten ist der Fokus einerseits auf die Situation in der Schweiz und andererseits auf die Situation im Heimatland zu legen. Ein schwerer persönlicher Härtefall liegt dann vor, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu eruieren. Dabei sind sämtliche härtefallbegründenden Aspekte zu berücksichtigen und zu bewerten (Marcel Brun/Alberto Fabri, die Landesverweisung - neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017 S. 231ff. VI. 1.c.aa. mit Verweis u.a. auf Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 101 f.). Alle gegen den Vollzug der Landesverweisung sprechenden Umstände (vgl. Art. 66d StGB) sind bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu beachten. Zudem sind die verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen einzuhalten (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 99).

E. 3.2

a) Der Beschuldigte ist des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen. Dabei handelt es sich um eine Katalogtat, deren Begehung grundsätzlich die obligatorische Landesverweisung zur Folge hat (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). b) Der Beschuldigte kam mit 13 Jahren in die Schweiz und besuchte hier die Sekundarschule C d.h. die Oberstufe. Er spricht akzentfrei Schweizerdeutsch. Im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung wohnte der Beschuldigte noch im gleichen Haushalt mit seiner Mutter, mit der ihn - gemäss eigenen Angaben vor Vorinstanz - eine intensive Beziehung verbindet. Von dieser wurde er auch teilweise für den Lebensunterhalt unterstützt, soweit es ihr möglich war, war sie doch

- 31 - selber auf Stellensuche und erhielt Unterstützung vom Sozialamt. Der Beschuldigte absolvierte eine Ausbildung zum Barkeeper und war verschiedenenorts im Service und zuletzt als Logistiker tätig. Mit seiner Freundin war der Beschuldigte - zur Zeit der vorinstanzlichen Verhandlung - schon mehrere Jahre zusammen und es bestanden Heiratspläne; auch wollten sie zusammenziehen. Der Beschuldigte hatte sodann vor, in der Bar zu arbeiten, welche seine Freundin zu eröffnen plante. Es ist zusammengefasst festzuhalten, dass der Beschuldigte in der Schweiz den Grossteil seiner Jugend und damit lebensprägende Jahre verbrachte. Inso weit ist er sehr gut integriert, auch wenn es ihm bisher nicht gelang, beruflich richtig Tritt zu fassen. Dies dürfte indessen mit seinen psychischen Problemen zusammenhängen, sein Verteidiger sprach vor Vorinstanz von einer eigentlichen psychischen Erkrankung (Prot. VI S. 8ff. und Urk. 30 S. 9). Deshalb stellte der Beschuldigte auch einen Antrag auf Ausrichtung einer IV-Rente. Die Ausführungen der Verteidigung und die Befragung des Beschuldigten in der

Berufungsverhandlung ergaben, dass in der Zwischenzeit insbesondere in gesundheitlicher Hinsicht eine erfreuliche Entwicklung stattgefunden hat. Der Beschuldigte erklärte, sich besser zu fühlen und derzeit auch nicht mehr auf medizinische Hilfe angewiesen zu sein. Zwar blieb in beruflicher Hinsicht der mit der Eröffnung der Bar seiner Freundin erhoffte Erfolg aus, dennoch war der Beschuldigte in der Lage nach seinen Klinikaufhalten erste wichtige Schritte zurück in die Erwerbstätigkeit zu gehen. So leistete er während der Dauer, in der sie geöffnet war, Einsätze in der Bar seiner Freundin. Anschliessend begann er, auf Abruf im Cateringbereich zu arbeiten. Dass er sein angestrebtes Ziel, wieder einer 100 % Tätigkeit nachzugehen, bis heute trotz seinen Bemühungen noch nicht erreichen konnte, erscheint angesichts der ernstzunehmenden Erkrankung, mit der er sich im vergangenen Jahr konfrontiert sah, nachvollziehbar. Da seine derzeitigen Einkünfte jedoch nicht ausreichen, um seinen Lebensunterhalt gänzlich eigenständig bestreiten zu können, ist er nach wie vor darauf angewiesen, bei seiner Mutter wohnen zu können. Von ihr und seiner Freundin wird er denn auch nach wie vor finanziell unterstützt (Urk. 50 S. 3 f.; Prot. II S. 6 ff.).

- 32 - Wie die Prognosebeurteilung bei der Frage des Strafvollzugs zeigte, hat sich der Beschuldigte in letzter Zeit wohl verhalten und es besteht berechtigte Hoffnung, dass er künftig in seinem gewohnten Umfeld und mit der Unterstützung seiner Mutter und seiner Freundin deliktsfrei leben wird. Seine näheren Bezugspersonen leben ausschliesslich hier in der Schweiz. Demgegenüber hat er zu seinem polnischen Vater, mit dem der Beschuldigte in der Kindheit nie zusammenlebte und der aktuell in H._____ wohnt, keine nähere Beziehung und pflegt nur losen Kontakt. In Polen wohnt nur noch die Grossmutter väterlicherseits, zu welcher der Beschuldigte gemäss seinen eigenen Angaben jedoch kaum Kontakt pflegt. Seine Grossmutter mütterlicherseits, bei welcher er aufwuchs, ist im März dieses Jahres verstorben (Prot. II S. 11). Mithin verfügt er über kein tragfähiges Netz in Polen. In Anbetracht dessen, dass er aufgrund seiner knappen finanziellen Verhältnisse, dem Umstand, dass er ausser dem absolvierten Barkurs keine Ausbildung vorweisen kann, und insbesondere angesichts seiner verletzlichen gesundheitlichen Situation in besonderem Masse auf die Stütze eines stabilen Umfelds angewiesen ist, erscheint eine Reintegration in seinem Ursprungsland als unrealistisch und damit praktisch ausgeschlossen. c) Mit der Vorinstanz ist somit festzuhalten, dass vor allem die sozialen Verhältnisse des Beschuldigten, wie er sie in der Schweiz vorfindet, und welche ihm angesichts seiner gesundheitlichen und finanziellen Situation eine unverzichtbare Stütze bieten, für die Annahme eines Härtefalls sprechen.

E. 3.3

Abwägen des öffentlichen und des privaten Interesses a) Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 102). Das private Interesse ist umso höher zu gewichten, je länger der Betroffene in der Schweiz wohnhaft ist, je schwerwiegender die Auswirkungen der Ausweisung auf

- 33 - sein Familienleben sind, je komplizierter sich die Reintegration im Heimatstaat gestaltet und je wahrscheinlicher es zum Scheitern einer Resozialisierung im Heimatland kommen wird. Zweck der Landesverweisung ist indessen die Vermeidung weiterer Delikte

durch den Betroffenen in der Schweiz. Ausschlaggebende Kriterien zur Ermittlung der Höhe dieses öffentlichen Interesses sind insbesondere die ausgefallene Strafe, die Art der begangenen Straftaten, eine erhebliche Rückfallgefahr sowie wiederholte respektive erneute Straffälligkeit (Marcel Brun/ Alberto Fabri, a.a.O., VI. 1.c.bb.). b) Mit der Vorinstanz ist zwar angesichts der Verurteilung des Beschuldigten zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten wegen eines qualifizierten Falls eines Betäubungsmitteldelikts das öffentliche Interesse als nicht mehr gering zu bewerten. Indessen ist zu gewichten, dass den Beschuldigten ein nur leichtes Verschulden trifft und er insgesamt nur zwei Mal Drogen transportierte. Sodann handelt es sich bei den Vorstrafen um geringfügige Delikte mit leichtem Verschulden, die nicht die nationale Sicherheit oder den Schutz der Gesundheit betrafen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Beschuldigte mit seinem Geständnis, bereits vor seiner Anhaltung am 8. November 2016 einmal eine Portion Heroin an eine unbekannt Person übergeben zu haben (Urk. 2 S. 2), von sich aus etwas zugegeben hat, was ihm nicht hätte nachgewiesen werden können. Auch dieses Eingeständnis weist darauf hin, dass der Beschuldigte willens war, reinen Tisch zu machen und einen Schlussstrich unter seine deliktische Tätigkeit zu ziehen. Somit ist vorliegend kein hohes öffentliches Interesse des Staates erkennbar, den Beschuldigten aus der Schweiz zu verweisen. Beizupflichten ist dem erstinstanzlichen Gericht sodann darin, dass zu erwarten ist, der Beschuldigte werde durch die Verhängung der bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten und den Umstand, dass er sich bei neuerlicher Delinquenz kaum mehr auf einen Härtefall würde berufen können, von weiteren Straftaten abgehalten. Die Rückfallgefahr ist deshalb als gering zu gewichten. Demgegenüber ist das private Interesse des Beschuldigten, in der Schweiz verbleiben zu können - wie schon zuvor bei der Begründung des Härtefalles dargelegt - als sehr hoch einzustufen. Insbesondere scheint eine Reintegration im Heimatland sehr schwierig und die Resozialisierung dürfte dort gefährdet sein, wenn der Beschuldigte ohne nähere persönliche Bezugspersonen und in finanziell äusserst unsicheren Verhältnissen ganz auf sich allein gestellt ist. Das Interesse, des Beschuldigten, in seinem sozialen und integrierten Umfeld verbleiben zu können, wiegt somit höher als das öffentliche Interesse, da dieser keine erhebliche Belastung für die Gesellschaft darstellt.

E. 3.4

Ergebnis In Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB ist der Beschuldigte in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nicht aus dem Gebiet der Schweiz zu verweisen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten der ersten Instanz Nachdem es auch im Rahmen des Berufungsverfahrens bei einem Schuldspruch bleibt, ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 11) zu bestätigen (Art. 426 StPO). 2. Kosten der Berufungsinstanz

E. 5

E. 4.2. mit Hinweisen, vgl. zum Ganzen auch Nina Burri/Valerio Priuli, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017 S. 886ff.). Die Vorinstanz ging nicht näher auf die Vorbringen der Verteidigung betreffend Vorrang des Freizügigkeitsabkommens FZA ein, bejahte sie doch wie erwähnt das Vorliegen eines Härtefalls. Soweit nötig ist vorliegend das Verhältnis des FZA zur strafrechtlichen Landesverweisung zu beleuchten. 2. Frage des Vorrangs des Freizügigkeitsabkommens FZA

E. 9

Februar 2014 gutgeheissenen Art. 121a BV. Sie erwog dazu vorab, dass das Ziel des FZA darin bestehe, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen. Die Vertragsstaaten seien übereingekommen, alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit diesbezüglich eine möglichst parallele Rechtslage bestehe. Das Bundesgericht weiche deshalb in mittlerweile ständiger Rechtsprechung von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nur bei Vorliegen triftiger Gründe von der Praxis des EuGH ab. Art. 121a BV könne nicht direkt angewendet werden. Erwägen liesse sich allenfalls, im Lichte der neuen Verfassungsbestimmung das FZA restriktiv auszulegen oder triftige Gründe zum Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH anzunehmen (BGE 142 II 38). Diese Möglichkeit wurde aber vom Bundesgericht verworfen, weil sich die Schweiz gestützt auf das FZA und weitere Abkommen sektoriell am EU-Binnenmarkt beteilige, was nur möglich sei, wenn die einschlägigen Normen des FZA in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits gleich verstanden würden. Völkerrechtliche Normen gingen widersprechendem Landesrecht vor. Dieser Grundsatz habe lediglich insofern eine Ausnahme erfahren, als im Rahmen der sog. "Schubert-Praxis" der Gesetzgeber bewusst eine völkerrechtliche Verpflichtung missachten könne. Diese Ausnahme gelte aber im Falle des FZA nicht, weil dieses durch die Annahme in einer Volksabstimmung demokratisch legitimiert sei, weil den unter das Abkommen fallenden Personen ansonsten der gerichtliche Rechtsschutz entzogen werde, und weil schliesslich auch die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet seien, dem FZA den Vorrang gegenüber ihrem Landesrecht zu geben (a.a.O., S. 39 f.). Sollte bei der Umsetzung von Art. 121a BV ein tatsächlicher Normkonflikt entstehen, so ginge das FZA der Verfassungsbestimmung vor. Daraus erhelle zugleich, dass sich aus dieser auch kein triftiger Grund ergeben könne, von der Praxis des EuGH abzuweichen (a.a.O., S. 40). b) aa) Der vorstehend zitierte Bundesgerichtsentscheid bezieht sich auf Art. 121a BV, wo in Abs. 1 statuiert wird, dass die Schweiz die Zuwanderung von Ausländern eigenständig regelt. Zwischen dieser am 9. Februar 2014 in die Bundesverfassung eingefügten Bestimmung und dem Grundgedanken des FZA besteht ein unauflöslicher Widerspruch. Ein solcher offensichtlicher Normkonflikt lässt sich im Verhältnis zwischen den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Landesver-

- 25 - weisung einerseits und dem FZA andererseits nach dem vorstehend Gesagten (Erw. IV/2c) nicht ausmachen. Das FZA lässt Einschränkungen der Personenfreizügigkeit, mit denen einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begegnet werden soll, ausdrücklich zu, und das materielle Strafrecht dient insbesondere bei Straftaten von einer gewissen Schwere nicht zuletzt genau diesem Zweck. bb) Bei der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der Konkretisierung und Auslegung bedarf. Sowohl das Landesrecht als auch das gemäss Art. 5 Abs. 4 BV zu beachtende Staatsvertragsrecht definieren im Übrigen keine klare Grenzlinie, ab welcher eine Gefährdung von Sicherheit und Ordnung zu bejahen ist. Wie vorstehend erörtert wurde, tendiert allerdings der EuGH dazu, bei der Anwendung des FZA den Begriff der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit eng auszulegen (Erw. IV/2b). Dies kann insbesondere im Bereich der obligatorischen, seltener aber auch in jenem der fakultativen Landesverweisung zu einem Konflikt zwischen FZA und Strafgesetzbuch führen (Erw. IV/2c). Die Schweiz muss bei der Auslegung dieses Begriffs, soweit es um die Anwendung des FZA geht, die Rechtsprechung des EuGH "berücksichtigen", zumindest diejenige aus der Zeit vor dem Abschluss des FZA (Art. 16 Abs. 2 FZA). Letzteres bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass sie diese Rechtsprechung als gewichtiges

Auslegungselement mit in Betracht zieht und davon nicht ohne triftige Gründe abweicht. Eine Pflicht zur strikten Befolgung der EuGH-Praxis ergibt sich aus dem FZA nicht. Der schweizerische Gesetzgeber hat mit dem Erlass der Bestimmungen über die Landesverweisung zum Ausdruck gebracht, dass er bei Delikten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB in aller Regel von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgeht, der mit der Wegweisung des Täters aus der Schweiz zu begegnen ist. Damit liegt ein triftiger Grund vor, in solchen Fällen von einer allfällig abweichenden Praxis des EuGH abzuweichen und das FZA landesrechtskonform anzuwenden. Gleiches gilt bei anderen Verbrechen oder Vergehen, bei denen zwar die Landesverweisung nicht obligatorisch, sondern eine uneingeschränkte Einzelfallprüfung vorgesehen ist (Art. 66abis StGB), die aber von ihrer Schwere und Gefährlichkeit her einem Katalogdelikt gemäss Art. 66 Abs. 1 StGB nahekommen. cc) Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass sich aus dem FZA die Verpflichtung ergebe, dieses Abkommen durchwegs gemäss der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, stellte sich noch immer die Frage, ob nicht im Falle eines Konflikts zwischen FZA und Strafgesetzbuch aufgrund der Schubert-Praxis gleichwohl Letzteres den Vorrang habe. Die Schweiz hat unzählige Staatsverträge abgeschlossen, darunter auch zahlreiche Abkommen mit der EU. Weshalb von all diesen Verträgen gerade dem FZA eine mit den Abkommen über Menschenrechte vergleichbare erhöhte Bedeutung zukommen soll, welche sowohl eine eigenständige Auslegung des FZA als auch die Anwendung der Schubert-Praxis ausschliesst, ist nicht ersichtlich. Die diesbezügliche Argumentation in BGE 142 II 35 vermag nicht zu überzeugen. Die sektorielle Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt, die dabei an erster Stelle genannt wurde, mag wirtschaftlich von

- 26 - Bedeutung sein, ist aber im Gegensatz zur Garantie der Menschenrechte kein tragender Pfeiler von Demokratie und Rechtsstaat. Bekannt ist, dass die EU ihrerseits dieser Freizügigkeit eine besondere Bedeutung zumisst und deshalb darauf drängt, dass Staaten, die Zugang zu ihrem Binnenmarkt wollen, auch dieses Prinzip anerkennen. Die Schweiz hat sich im Rahmen der "Bilateralen Verträge I" dazu verpflichtet. Die Wegweisung von straffällig gewordenen Ausländern aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tangiert indessen den Kerngehalt der Freizügigkeit in keiner Weise und wird vom FZA sogar ausdrücklich zugelassen (Art. 5 Anhang I FZA). Sie betrifft zudem nur einen ganz geringen Teil der aus EU-Staaten zugewanderten Personen und hat mit dem Handel zwischen den FZA-Vertragsstaaten sachlich nichts zu tun. Das Funktionieren des Binnenmarkts hängt offensichtlich nicht davon ab, dass der Begriff der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" in der EU und in der Schweiz genau gleich verstanden wird. Die sektorielle Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt spricht deshalb nicht dagegen, im Falle eines Konflikts zwischen FZA und Strafgesetzbuch entsprechend der Schubert-Praxis Letzteres anzuwenden. dd) Zutreffend ist, dass die Personenfreizügigkeit am 21. Mai 2000 in einer eidgenössischen Volksabstimmung von Volk und Ständen gutgeheissen wurde und insofern in einem besonderen Masse demokratisch legitimiert ist. Dies gilt aber auch für die zwischenzeitlich erlassenen Bestimmungen über die Landesverweisung straffällig gewordener Ausländer. Volk und Stände ergänzten in der Volksabstimmung vom 28. November 2010 die Bundesverfassung dahingehend, dass Ausländer, welche gewisse Delikte begehen, jegliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren. Das Parlament beschloss in der Folge eine entsprechende Ergänzung des Strafgesetzbuchs, wobei einerseits der Katalog der Straftaten, die zur Landesverweisung führen, ergänzt und präzisiert, andererseits aber auch – entgegen dem erwähnten Volksentscheid – eine Ausnahmeklausel für Härtefälle eingefügt wurde. Letztere wurde vom Verfassungsgeber

nachträglich sanktioniert, indem Volk und Stände am 28. Februar 2016 eine dagegen gerichtete Volksinitiative ablehnten. Volk und Parlament haben damit im Bereich der Landesverweisung ausländischer Straftäter einen klaren Entscheid gefällt, dem im Falle eines Konflikts mit Staatsvertragsrecht im Sinne der Schubert-Praxis Nachachtung zu verschaffen ist. Dies gilt umso mehr, als er dem (ebenfalls direkt-demokratisch legitimierten) FZA als *lex posterior* gegenübersteht. ee) Fehl geht sodann die Argumentation, dass damit den in der Schweiz lebenden Bürgern von EU-Mitgliedsstaaten der vom FZA garantierte gerichtliche Rechtsschutz entzogen werde. Wenn die schweizerische Gerichtspraxis bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf die entsprechenden Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs abstellt, schmälert dies die Möglichkeiten der betroffenen Straftäter, sich vor Gericht gegen die Anordnung einer Landesverweisung zu wehren, in keiner Weise. Es stehen dazu weiterhin zwei kantonale Gerichtsinstanzen mit voller Kognition, die bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen und schliesslich auch noch die Überprüfung der letztinstanzlichen Entscheide auf EMRK-Konformität vor dem Menschenrechts-Gerichtshof in Strassburg zur Verfügung. Einen weitergehenden

- 27 - Rechtsschutz – etwa in Form einer Weiterzugsmöglichkeit an den EuGH – gewährt auch das FZA nicht. Ebenso wenig bildet das Argument, dass die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits bei der Auslegung des FZA der Rechtsprechung des EuGH unterworfen seien, einen Grund, dieser gegenüber den Bestimmungen der Bundesverfassung und des Strafgesetzbuchs über die Landesverweisung den Vorrang zu geben. Die Verpflichtung der EU-Staaten, EU-Vorschriften zu befolgen und den EuGH als Oberinstanz anzuerkennen, ergibt sich aus ihrer Mitgliedschaft bei der EU. Die Schweiz hingegen ist nicht Mitglied der EU und hat im Bereich der Personenfreizügigkeit gegenüber den EU-Staaten und deren Bürgern keine weitergehende Pflichten als diejenigen, die sich aus dem FZA ergeben. Dieses schreibt aber, wie bereits dargelegt wurde, nur die Berücksichtigung, nicht aber die strikte Befolgung der EuGH-Gerichtspraxis vor, und darf im Übrigen aufgrund der Schubert-Praxis nicht entgegen den Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Landesverweisung angewendet werden. c) (...)" Ebenso im Urteil SB170509 vom 6. April 2018: "4.2.1 Das Verhältnis von Art. 66a StGB und dem FZA wurde von der strafrechtlichen 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 Völkerrecht 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 aufgrund 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 Lehre auf Kritik stiess, erfuhr sie von anderer Seite im Grundsatz Zustimmung. Zugunsten 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 Konsequenzen tun könnten oder zur Weiterentwicklung der völkerrechtlichen Beziehungen u. U. gar tun müssten. Andererseits wurde die «Schubert-Praxis» als Ausfluss des

Gewaltenteilungs- grundsatzes im Sinne einer Political-Question-Doktrin befürwortet, wonach das Bundesgericht sei- ne Kognition bei Fragen von vorwiegend politischem Charakter zurückzunehmen habe (Schindler/ Tschumi, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 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, Ausle-

- 28 - gung 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 politischer Auseinander- setzungen 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 drehten. Der Bundesrat wies schon in seiner Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Aus- länder (Ausschaffungsinitiative)" vom 24. Juni 2009 darauf hin, dass das Volksbegehren – welches allerdings noch keine Härtefallklausel enthielt – insbesondere mit dem FZA nicht vereinbar sei (BBl 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte der Bundesrat dies in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BBl 2013 6059). Im Parla- ment blieb sowohl ein Vorbehalt zugunsten internationaler Verpflichtungen betreffend Personen- freizügigkeit als auch ein solcher zugunsten innerstaatlichen Rechts chancenlos. Die Härtefall- klausel sollte stattdessen dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip zum Durchbruch verhelfen bzw. grösste Verletzungen rechtsstaatlicher Prinzipien oder des Völ- kerrechts und stossende Entscheide in Ausnahmefällen verhindern (vgl. Protokoll der Ratsdebat- ten). Dass auch mit der Härtefallklausel die Verpflichtungen gemäss FZA nicht in jedem Fall wür- den eingehalten werden können, war dabei stets ein offenes Geheimnis. Mit den nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung nahm der Gesetzgeber (Volk und Stände/ Bundesver- sammlung) somit einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bzw. die Verletzung der dar- aus 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 argu- mentiert, 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

- 29 - (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."

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