

ZH_OBERGERICHT SB180164 vom 5. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180164

FR: ZH_OBERGERICHT SB180164 du 5 octobre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180164 del 5 ottobre 2018

Erwägungen

E. 1

a) Der Strafrahmen für schwere Fälle von Drogenhandel im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG reicht von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe. Damit kann eine Geldstrafe verbunden werden. b) Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei dessen Vorleben und persönliche Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden bemisst sich nach der Schwere der Rechtsgutverletzung, der Verwerflichkeit der Tathandlungen, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, inwiefern er nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

E. 2

Der Beschuldigte beteiligte sich an der gemeinschaftlichen Beschaffung von insgesamt ca. 600 Gramm Kokain von sehr guter Qualität aus Holland und wollte einen Drittel davon verkaufen. Dass das Kokain nicht zu den Konsumenten gelangte, war nur dem raschen Eingreifen der Polizei zu verdanken. Kokain ist eine gefährliche Droge mit hohem Suchtpotenzial. Die Verfehlungen des Beschuldigten bezogen sich auf ein Vielfaches der Menge von 18 Gramm reinem Kokain, ab welcher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG vorliegt (BGE 109 IV 145). Er stand zwar am Ende der Verkaufskette, verfügte aber zusammen mit seinen Komplizen immerhin über internationale Kontakte zur Beschaffung von Drogen. Damit befand sich der Beschuldigte im Gefüge des Kokainhandels zwar noch auf einer unteren Stufe. Er war aber doch mehr als nur ein mit Kleinstmengen handelnder Gassendealer. Zu seinen Gunsten kann berücksichtigt werden, dass er sich nur einmal für kurze Zeit im Drogenhandel betätigte. Der Beschuldigte konsumiert selber keine illegalen

- 9 - Drogen (Urk. 5 S. 6). Er war auch nicht in einer finanziellen Notlage, sondern verfügte über mehrere tausend Franken, mit denen er zu einem sehr günstigen Preis Kokain einkaufte (Urk. 5 S. 4/6), um hernach einen entsprechend hohen Gewinn erzielen zu können. Die von der Verteidigung vorgebrachte angespannte wirtschaftliche Situation in Spanien (Urk. 45 S. 9 und Urk. 46/1) vermag daran nichts zu ändern. Im Rahmen des qualifizierten Tatbestandes von Art. 19 Abs. 2 BetmG wiegt seine Tat gleichwohl in objektiver und subjektiver Hinsicht noch leicht. Die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 26 Monaten erscheint als angemessen.

E. 3

a) A._____ wurde 1985 in ... (Dominikanische Republik) geboren. Er wuchs dort zusammen mit einem Bruder und zwei Schwestern auf, besuchte insgesamt zwölf Jahre die Schule und absolvierte auch eine Ausbildung als Elektriker. Mit 18 Jahren emigrierte er nach Spanien. Er wurde inzwischen auch spanischer Staatsbürger. Der Beschuldigte

arbeitete teils als Elektriker, teils als Kellner. Etwa seit 2013 war er jedoch zumindest vorwiegend arbeitslos. Er lebt alleine, hat aber einen Sohn im Alter von fünf Jahren, für den er monatliche Unterhaltsbeiträge von € 300.– bis 400.– bezahlen muss. Die Mutter, die Geschwister und der Sohn des Beschuldigten leben in Spanien, der Vater ist 2011 verstorben. Der Beschuldigte lebt gemäss Angaben seiner Verteidigung derzeit bei Verwandten in der Schweiz und sucht eine Arbeit. Er hat weder Vermögen noch Schulden (Urk. 2/3 S. 5, Urk. 14/1, Urk. 26 S. 17, Prot. II S. 7). b) Aus den dargelegten persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafferhöhend oder strafmindernd zu berücksichtigenden Faktoren. c) Der Beschuldigte ist im schweizerischen Strafregister mit einer Verurteilung verzeichnet. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl verhängte gegen ihn am 10. April 2016 wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Verkauf von 2 Gramm und versuchter Verkauf von 7 Gramm Kokain; Bezugsakten Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Unt.Nr. 2016/10012404, Urk. 12) eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 40.–, bedingt vollziehbar mit zwei Jahren Probezeit (Urk. 14/1-2, Urk. 35). Im Ausland ist er gemäss eigenen Angaben nicht vorbestraft (Urk. 2/3 S. 5).

- 10 -

E. 4

a) Mässig strafferhöhend sind die noch eher geringfügige, aber einschlägige Vorstrafe und die Tatbegehung während einer laufenden Probezeit in Betracht zu ziehen. b) Deutlich strafmindernd kann das vollumfängliche Geständnis des Beschuldigten berücksichtigt werden, welches er allerdings erst nach einigen Wochen Untersuchungshaft und angesichts einer Beweislage ablegte, die ihm wenig Raum für ein erfolgversprechendes Bestreiten der Tat liess. c) Die Verteidigung machte verschiedene Verfahrensfehler geltend, die nach ihrer Ansicht ebenfalls zu einer Strafminderung führen müssen. Mit diesen Vorbringen setzte sich die III. Strafkammer des Obergerichts im Zusammenhang mit einer Beschwerde gegen die Anordnung der Untersuchungshaft auseinander. Sie stellte als einzige Mängel eine geringfügige Verspätung des Haftantrags (um 35 Minuten) und eine Verzögerung bei der Bestellung des amtlichen Verteidigers fest, die sich aber nicht auf die Verteidigungsrechte des Beschuldigten auswirkten und letztlich auch keine Verzögerung des Verfahrens zur Folge hatten (Urk. 13/19 S. 3-9). Darauf kann verwiesen werden. Bei dieser Sachlage gewährte die Vorinstanz dem Beschuldigten unter diesem Titel zu Recht keine Strafminderung. Gleiches gilt für die angebliche Verwendung nicht verwertbarer Beweismittel zu Lasten des Beschuldigten. Die erste polizeiliche Befragung wurde schon von der Staatsanwaltschaft als nicht verwertbar erkannt (Urk. 3/1). In der anschliessenden Hafteinvernahme machte der Beschuldigte durchwegs von seinem Recht zur Aussageverweigerung Gebrauch (Urk. 3/2), so dass sich allfällige auf nicht verwertbare Aussagen gestützte Vorhalte nicht zu seinem Nachteil auswirken konnten. In der Konfrontationseinvernahme vom 30. Juni 2017 legten sodann alle drei Beschuldigten nacheinander ein vollumfängliches Geständnis ab. Dass dabei C._____ als Erster befragt wurde (und dabei auch den Beschuldigten belastete), bildet keinen Verfahrensfehler und beeinträchtigt die uneingeschränkte Verwertbarkeit dieser Einvernahme nicht, denn der einvernehmende Staatsanwalt musste mit der Befragung zwangsläufig bei einem der drei Beschuldigten beginnen.

- 11 - d) Die Vorinstanz gewichtete das Geständnis zu Recht etwas stärker als die Straferhöhungsgründe. Die von ihr letztlich ausgefallten 24 Monate Freiheitsstrafe erscheinen als angemessene Sanktion. e) Wie von der Verteidigung vorgebracht, ist bei

Mittätern ein Strafmassver- gleich vorzunehmen (vgl. Urk. 45 S. 13 f.). Der Mittäter C._____ wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 11. Oktober 2017 rechtskräftig zu 19 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt (Urk. 46/1 S. 26). Nach Würdigung der Tat- komponenten erachtete das Bezirksgericht Zürich eine Einsatzstrafe von 24 Monaten als angemessen (a.a.O. S. 12). Hinsichtlich der Tatkomponenten sind die Fälle der beiden Mittäter fast gleich gelagert, mit dem Unterschied, dass C._____ eine Menge von 8 Gramm Kokaingemisch an eine nicht weiter bekannte Drogen- abnehmerin verkauft hat (a.a.O. S. 10). Dies fällt bei der Strafzumessung aber kaum ins Gewicht, hatte doch auch der Beschuldigte vor, das Kokain zu verkau- fen und wurde er lediglich aufgrund seiner Verhaftung davon abgehalten. Selbst wenn die Tatkomponenten damit praktisch identisch sind, ist eine Abweichung der festgesetzten Einsatzstrafen von gerade einmal 2 Monaten hinzunehmen. Der Grundsatz der Individualisierung und der dem Sachrichter vom Gesetz bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessensspielraum führen nach der Recht- sprechung notwendigerweise zu einer gewissen, vom Gesetzgeber in Kauf ge- nommenen Ungleichheit. Dies gilt umso mehr, als C._____ von einer anderen In- stanz verurteilt wurde und es mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar wäre, müsste sich das Obergericht des Kantons Zürich gegen seine Überzeugung einem anderen Urteil anpassen (BGE135 IV 191 E. 3.1 ff.). Beim Vergleich der Täterkomponenten halten sich das Handeln während einer laufenden Probezeit (Beschuldigter) und das Handeln während laufender Strafuntersuchung (C._____) die Waage. Allerdings ist der Beschuldigte im Gegensatz zu C._____ einschlägig vorbestraft. Insgesamt erscheint eine Abweichung der schlussendlich ausgefallenen Strafen von 5 Monaten ohne Weiteres gerechtfertigt. f) Auf diese Strafe sind dem Beschuldigten 49 Tage bereits erstandene Haft anzurechnen (Urk. 13/1-21, Art. 51 StGB).

- 12 -

E. 5

Der Beschuldigte hat sich, nachdem er schon einmal wegen des Verkaufs einer kleinen Menge Kokain bestraft werden musste, noch während der Probezeit wiederum und diesmal in einem wesentlich grösseren Mass auf den Drogenhan- del eingelassen. Der Entscheid der Vorinstanz, ihm unter Ansetzung einer vierjäh- rigen Probezeit nochmals den bedingten Strafvollzug zu gewähren, ist als wohl- wollend zu bezeichnen, aber unter Berücksichtigung des zugleich angeordneten Widerrufs vertretbar. Im Übrigen muss es auch aufgrund des Verbots der reforma- tio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) dabei bleiben.

E. 6

Der Beschuldigte wurde am 10. April 2016 von der Staatsanwaltschaft Zü- rich-Sihl wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 40.– verur- teilt. Der von der Vorinstanz angeordnete Widerruf des bedingten Vollzugs dieser Vorstrafe (Art. 46 Abs. 1 StGB) erscheint insbesondere in Verbindung mit dem Vollzugaufschub für die heute auszufällende Freiheitsstrafe als zwingend gebo- ten. V. 1. Die Verteidigung beantragt, den Entscheid über die Anordnung einer Lan- desverweisung zu sistieren. Sie bringt dazu vor, dass das Migrationsamt des Kan- tons Zürich eine Ausgrenzung des Beschuldigten aus dem Kantonsgebiet ange- ordnet, das Zwangsmassnahmengericht am Bezirksgericht Zürich diesen Ent- scheid jedoch aufgehoben habe. Eine vom Staatssekretariat für Migration (SEM) dagegen erhobene Beschwerde sei beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

hängig. Dieses verwaltungsrechtliche Verfahren könne auch noch an die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts weitergezogen werden. Weil der verwaltungsgerichtliche Entscheid "konstitutive Wirkung" habe, müsse er abgewartet werden, bevor über die Frage einer Landesverweisung entschieden werde (Urk. 36 S. 2/3, vgl. Urk. 26 S. 24-28, Urk. 45 S. 20 ff.). 2. a) Eine Sistierung des gerichtlichen Verfahrens erfolgt, wenn Verfahrenshindernisse bestehen, die nicht dauerhafter Natur sind, aber bewirken, dass

- 13 - einstweilen kein Urteil ergehen kann (Art. 329 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 379 StPO). Dies kann u.a. der Fall sein, wenn der Ausgang des Strafverfahrens von einem anderen Verfahren abhängt und es angebracht erscheint, dessen Ausgang abzuwarten (Art. 314 Abs. 1 lit. b StPO). Wegen des Beschleunigungsgebots (Art. 5 StPO) ist die Sistierung eines Strafverfahrens aber wenn möglich zu vermeiden (Schmid/Jositsch, StPO-Praxiskommentar, 3.A., Zürich/St. Gallen 2018, N 1 zu Art. 314 mit Hinweisen). b) Das Berufungsgericht fällt nach durchgeführtem Verfahren ein neues Urteil, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO) und folglich die gleichen Bestandteile enthalten muss wie dieses, namentlich den Entscheid über Schuld und Sanktion (Art. 81 Abs. 4 lit. b StPO). Die Strafprozessordnung erlaubt Nachtragsentscheide, wenn bei der Urteilsfällung über eine Frage (z.B. einen Widerruf oder eine Einziehung) versehentlich nicht entschieden wurde (Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO-Kommentar, 2.A., Zürich 2014, N 12 zu Art. 398). Sie sieht ausserdem in gewissen Fällen die Möglichkeit vor, über Zivilansprüche nachträglich zu entscheiden (Art. 126 Abs. 4 StPO). Auch lässt sie die Zweiteilung der Gerichtsverhandlung zu, wobei zunächst nur über die Tat- und die Schuldfrage entschieden und dieses Erkenntnis eröffnet wird, letztlich aber doch ein einheitliches Urteil ergeht und erst dieses angefochten werden kann (Art. 342 StPO). Im Übrigen ist nicht vorgesehen, zunächst in einem Teilurteil nur einzelne Fragen zu entscheiden und andere ad separatim zu verweisen. Eine bloss partielle, auf die Frage der Landesverweisung beschränkte Sistierung des Verfahrens ist unzulässig. In Frage kommt von vornherein einzig eine Sistierung des gesamten Strafprozesses, der damit erheblich verzögert würde. c) Die Verteidigung scheint der Auffassung zu sein, dass ein allfälliger Entscheid der letzten verwaltungsrechtlichen Instanz, die Ausgrenzung des Beschuldigten aus dem Kanton Zürich nicht zuzulassen, auch für die Strafgerichte in dem Sinne verbindlich wäre, dass sie keine Landesverweisung mehr aussprechen dürften (Urk. 26 S. 25). Eine Rechtsnorm solchen Inhalts existiert indessen nicht. Es verhält sich im Gegenteil so, dass die Zuständigkeit für die zufolge der Begehung von Straftaten erfolgende Wegweisung von Ausländern aus der Schweiz mit

- 14 - dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Landesverweisung von den Verwaltungsbehörden auf die Strafgerichte übergegangen ist. Dem Migrationsamt obliegt nur noch der Vollzug der Massnahme. Die rechtskräftige Anordnung einer Landesverweisung seitens der Strafjustiz bewirkt sogar von Gesetzes wegen und ohne weiteren Entscheid der Migrationsbehörden, dass allfällige Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligungen nach Ausländergesetz erlöschen (Art. 61 Abs. 1 lit. e AuG). Daraus erhellt, dass in diesem Bereich die Entscheidungen der Strafgerichte auch dann Bestand haben, wenn die Verwaltungsbehörden in ihrem Zuständigkeitsbereich anders entscheiden und z.B. aus ihrer Sicht eine Aufenthaltsbewilligung nicht entziehen würden oder von anderen Massnahmen wie etwa einer Aus- oder Eingrenzung absehen. d) Daran vermag nichts zu ändern, dass eine Ein-

bzw. Ausgrenzung nach Ausländergesetz u.a. angeordnet werden kann, weil der betreffende Ausländer die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG) und es dabei vorkommen kann, dass die diesbezügliche Einschätzung der Verwaltungsbehörden und -gerichte anders ausfällt als diejenige der Strafgerichte. Obwohl in beiden Prozessen letztlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung geschützt werden soll, beschlagen das verwaltungsrechtliche und das strafrechtliche Verfahren unterschiedliche Prozessgegenstände. Die strafrechtliche Landesverweisung ist eine als Massnahme ausgestaltete und vorbehaltlich der Ausnahmeklausel für schwere Härtefälle zwingende Sanktionierung von Ausländern, welche eines der in Art. 66a StGB aufgelisteten Delikte begangen haben. Solche Personen sollen vom Staatsgebiet der Schweiz ferngehalten werden. Die administrative Ein- und Ausgrenzung gemäss Art. 74 AuG bezweckt demgegenüber, innerhalb des Landes den "Aktionsradius" von Ausländern, namentlich von Drogenhändlern, zu beschränken, die – z.B. wegen Problemen mit der Beschaffung von Reisepapieren – nicht sofort aus dem Staatsgebiet der Schweiz ausgeschafft werden können. Die genannte Bestimmung macht im Übrigen deutlich, dass der Gesetzgeber den Handel mit illegalen Drogen als klassisches Beispiel einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung betrachtet. Selbstverständlich ist es zweckmässig, gegenüber Ausländern, welche mit einer Landesverweisung zu rechnen haben, im Hinblick auf die Sicherung des Vollzugs dieser Massnahme eine Ein- oder

- 15 - Ausgrenzung anzuordnen. Sehen aber die Verwaltungsbehörden und -gerichte davon ab, so präjudiziert dies den strafrichterlichen Entscheid über die Landesverweisung nicht, sondern erschwert allenfalls dessen Vollzug. Zur beantragten Sistierung besteht auch insoweit kein triftiger Grund. VI. 1. a) Wird ein Ausländer der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG) schuldig gesprochen, so verweist ihn das urteilende Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis 15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Es kann ausnahmsweise von der 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). Im Bereich der obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a StGB) steht dem Richter somit nur ein sehr beschränkter Ermessensspielraum offen. Die Anwendung der Härtefallklausel soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, in denen die Landesverweisung in krasser Weise unverhältnismässig wäre. Zu denken ist etwa an Ausländer, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind oder sich seit Jahrzehnten im Lande aufhalten, kaum noch Beziehungen zu ihrer Heimat haben und sich dort nicht mehr zurechtfinden würden. b) Der Beschuldigte hielt sich, als er das heute zu ahndende Delikt beging, als Tourist und somit offensichtlich erst seit kurzer Zeit in der Schweiz auf (Urk. 1 S. 2) und war zuvor in Spanien wohnhaft, wo auch seine Mutter, seine Geschwister und sein Sohn leben (Urk. 2/3 S. 5, Urk. 26 S. 17). In der Schweiz hatte er noch nie einen Wohnsitz oder eine Arbeitsstelle. Von einem Härtefall, in dem von der Landesverweisung abgesehen werden könnte, kann somit nicht im Geringssten die Rede sein. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Beschuldigte

- 16 - gemäss den Ausführungen seines Verteidigers vor Vorinstanz in der Schweiz während mehr als einem Jahr eine Partnerin hatte und versucht, hier auch eine Arbeitsstelle

zu finden. Beides vermag nach so kurzer Zeit keinesfalls einen Härtefall zu begründen. Offen bleiben kann deshalb die Frage, ob Umstände wie z.B. eine Eheschliessung, die Zeugung eines Kindes oder der Abschluss eines Arbeitsvertrags, welche ein Täter aktiv schafft, nachdem er das gemäss Art. 66a StGB zur Landesverweisung führende Delikt bereits begangen hat, bei der Härtefallprüfung überhaupt berücksichtigt werden dürfen.

2. a) Der Beschuldigte lässt indessen vorbringen, dass er aufgrund des zwischen der Schweiz und der Europäischen Union bestehenden Freizügigkeitsabkommens (FZA; SR 0.142.112.681) nicht des Landes verwiesen werden dürfe. Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA sei eine solche Massnahme nur zulässig, wenn vom betroffenen Ausländer eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehe. Dies sei beim Beschuldigten, der nur ganz kurz Kokain besessen habe, Reue und Einsicht zeige, nun bei Verwandten in der Schweiz lebe und intensiv Arbeit suche, nicht der Fall.

b) Der Beschuldigte ist Bürger von Spanien und kann sich, weil Spanien ein Mitgliedstaat der EU ist, auf das FZA (SR 0.142.112.681) berufen. Dieses berechtigt ihn grundsätzlich, sich zum Zwecke einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufzuhalten (Art. 4 FZA). Ausserdem gibt das FZA den Bürgern der beteiligten Staaten das Recht, sich zur Stellensuche für höchstens sechs Monate in die Schweiz zu begeben (Art. 2 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA). Mit der Anordnung einer strafrechtlichen Landesverweisung werden dem Beschuldigten die genannten Aufenthaltsrechte 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. Soweit für die Anwendung des FZA Begriffe des EU-Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, bestimmt Art. 16 Abs. 2 FZA weiter, dass dafür die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus der Zeit vor der Ratifizierung des FZA berücksichtigt wird. Art. 5 Abs. 2 des Anhangs I zum FZA nennt schliesslich verschiedene EU-Richtlinien als solche, auf die im Sinne von Art. 16 FZA Bezug genommen

- 17 - werde. Mit Blick auf die strafrechtliche Landesverweisung ist dabei die Richtlinie 64/221/EWG von Bedeutung. Diese statuiert in Art. 3 Abs. 1 und 2, dass bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Einzelpersonen ausschlaggebend sei. Strafrechtliche Verurteilungen allein könnten solche Massnahmen nicht ohne Weiteres begründen. Was dies genau bedeuten soll, ist indessen schwer zu ergründen, sind doch gerade Verhaltensweisen, die zu strafrechtlichen Sanktionen führen, in optimaler Form ein Teil des persönlichen Verhaltens, der die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden kann. Gemeint ist wohl, dass Straftaten von einer gewissen Schwere und/oder Häufigkeit sein müssen, um die Annahme einer Gefährdung von Sicherheit und Ordnung zu begründen, und dass zudem andere Umstände, die für einen Verbleib des Ausländers im Lande sprechen, nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Gefordert wird damit eine Prüfung der gesamten Umstände jedes Einzelfalls. Massgeblich für die Beurteilung, ob eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt, ist naturgemäss zunächst die Art und Schwere der in Frage stehenden Delikte und sodann in erster Linie das Ausmass der beim Täter diesbezüglich bestehenden Rückfallgefahr (BGE 136 II 5 E. 4.2 mit Hinweisen).

c) Ein Konflikt zwischen dem Staatsvertragsrecht und dem Landesrecht kann sich dabei ergeben, wenn und soweit ersteres den Begriff der "Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" enger fasst als das Strafgesetzbuch. Das FZA ist als völkerrechtlicher Vertrag nicht nach den Regeln des innerstaatlichen Rechts, sondern aus sich heraus nach Treu und Glauben und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen. Dies kann

allerdings nicht bedeuten, dass der Vertrag ohne Weiteres gleich auszulegen ist, wie dies der EuGH als Organ der EU tut, ansonsten das offensichtlich absurde Ergebnis resultierte, dass eine Vertragspartei einseitig festlegen kann, wie ein zweiseitiger Vertrag zwischen gleichberechtigten Parteien auszulegen ist. Richtigerweise kann und muss jede Vertragspartei das Abkommen nach Treu und Glauben, aber im Übrigen eigenständig anwenden. Von der Auslegung im FZA enthaltener, aus dem EU-Recht übernommener Bestimmungen seitens des EuGH ist immerhin nur aus triftigen Gründen abzuweichen (Urteil des Bundesgerichts 2C_301/2016 vom 19. Juli 2017,

- 18 - E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 139 II 393). Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Fernhaltmassnahmen gegenüber Bürgern von EU-Mitgliedsstaaten nur zulässig, wenn ihre weitere Anwesenheit im Lande die öffentliche Ordnung im konkreten Einzelfall nicht nur stört, sondern tatsächlich und in einem so erheblichen Ausmass gefährdet, dass grundlegende Interessen der Gesellschaft betroffen sind ("une menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société", Urteil des Bundesgerichts 2C_238/2012 vom 30. Juli 2012, E. 2.3). d) Das Schweizerische Strafgesetzbuch statuiert demgegenüber, dass die Begehung einer der in Art. 66a Abs. 1 aufgelisteten Straftaten in aller Regel zur Landesverweisung führt. Eine Einzelfallprüfung, wie sie insbesondere auch Art. 3 der gemäss FZA zu beachtenden Richtlinie 64/221/EWG verlangt, ist bei solchen Delikten nur im Rahmen der sog. Härtefallklausel möglich. Diese lässt indessen ein Absehen von der Landesverweisung nur ausnahmsweise zu, wenn sie für den betroffenen 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 (Art. 66a Abs. 2 StGB). Ausser Zweifel steht zwar, dass die Landesverweisung der Wahrung der öffentlichen Sicherheit dient. Der Katalog der zur obligatorischen Landesverweisung führenden Delikte umfasst indessen neben sehr schweren Delikten – wie namentlich qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz – auch leichtere Straftaten wie etwa den sog. Einschleichenstahl (Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB), bei denen nach dem Massstab der EuGH-Rechtsprechung die Voraussetzungen für eine Wegweisung häufig nicht erfüllt sein dürften. Ein grundsätzlicher und unüberbrückbarer Normkonflikt zwischen Landes- und Völkerrecht besteht damit zwar nicht ohne Weiteres, weil in solchen Fällen bei der Anwendung der Härtefallklausel gesagt werden könnte, das Interesse der Schweiz an der Fernhaltung des Täters sei vergleichsweise gering. Nicht zu übersehen ist aber, dass gleichzeitig auch das Interesse des Ausländers am Verbleib in der Schweiz schwach ausgeprägt sein kann, weil er sich beispielsweise erst seit kurzem im Lande befindet und auch sonst keine engen Verbindungen zur Schweiz hat. Zumindest in solchen Konstellationen ist eine Landesverweisung gemäss FZA unzulässig, kann aber zugleich nach Landesrecht

- 19 - kaum davon Umgang genommen werden. Es ist deshalb zu klären, ob im Falle eines solchen Konflikts zwischen FZA und Landesrecht dem Staatsvertrag oder den zwischenzeitlich erlassenen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Landesverweisung der Vorrang zukommt. 3. a) Die Bundesverfassung schreibt vor, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Sie bestimmt ferner, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (Art. 190 BV), ohne sich aber darüber zu äussern, welche Rechtsquelle vorrangig ist, wenn sich ein Bundesgesetz und ein vom Bund abgeschlossener Staatsvertrag widersprechen.

Bundesgesetze können indessen beim Bundesgericht nicht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV). Dies ist Ausfluss des grundlegenden Verfassungsprinzips der Gewaltenteilung. Auf diesem Prinzip beruht letztlich auch die 1973 begründete sog. Schubert-Praxis (BGE 99 Ib 39): Staatsverträge sind zwar einzuhalten und gehen deshalb grundsätzlich dem Landesrecht vor. Der Bundesgesetzgeber hat aber die Möglichkeit, bewusst gegen staatsvertragliche Verpflichtungen zu verstossen und die möglichen zwischenstaatlichen Folgen dieses Verhaltens wie z.B. die Kündigung des Vertrages oder Retorsionsmassnahmen seitens der anderen Vertragspartei in Kauf zu nehmen. Vorliegend wies der Bundesrat 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 – mit dem FZA nicht vereinbar sei (BBl 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte dies der Bundesrat in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BBl 2013 6059). In der Folge nahm der Nationalrat in der Sitzung vom 20. März 2014 zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative einen Gesetzesentwurf an, der keine Härtefallklausel enthielt (Amtl. Bull. 2014 N 523). Der Ständerat beschloss indessen in der Sitzung vom 10. Dezember 2014 eine Härtefallklausel einzufügen (Amtl. Bull. 2014 S 1247), welche nach einem Differenzbereinigungsverfahren schliesslich am 20. März 2015 von beiden Kammern angenommen wurde (Amtl. Bull. 2015 N 598; vgl. zum ganzen auch die Zusammenfassung des parlamentarischen Verfahrens auf [www.parlament.ch\Curia Vista\Suche\Geschäftsnummer: 13.056\Zusammenfassung Bot-](http://www.parlament.ch/CuriaVista/Suche/Geschäftsnummer:13.056/ZusammenfassungBot-)

- 20 - schaft/Bericht\Verhandlungen). Das Parlament kannte somit die völkerrechtliche Problematik, als es die nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung erliess. Dies zeigt sich umso mehr, als es den Konflikt durch die Einfügung der Härtefallklausel abschwächte. Damit ist aber davon auszugehen, dass das Parlament zumindest in den Fällen, in welchen kein Härtefall vorliegt, einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bewusst in Kauf nahm. b) Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts befasste sich in BGE 142 II 35 mit dem Verhältnis zwischen dem FZA und dem in der eidgenössischen Volksabstimmung vom 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. 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.).

- 21 - c) 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 solch offensichtlicher Normkonflikt lässt sich im Verhältnis zwischen den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Landesverweisung einerseits und dem FZA andererseits nach dem vorstehend Gesagten (Erw. IV/2d) 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. Weder das Landesrecht noch das gemäss Art. 5 Abs. 4 BV zu beachtende Staatsvertragsrecht definieren eine klare Grenzlinie, ab welcher eine Gefährdung von Sicherheit und Ordnung zu bejahen ist. Wie vorstehend erörtert wurde, tendiert allerdings der EuGH zu einer engen Auslegung (Erw. IV/2c), was insbesondere im Bereich der obligatorischen Landesverweisung zu einem Konflikt zwischen FZA und Strafgesetzbuch führen kann (Erw. IV/2d). Die Schweiz muss bei der Auslegung, was unter einer Gefährdung von Sicherheit und Ordnung zu verstehen ist, 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

- 22 - einer allfälligen anderen Praxis des EuGH abzuweichen und das FZA landesrechtskonform anzuwenden. 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 handelspolitisch von 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 straffällig gewordener Ausländer 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 und die Wegweisung ausländischer Straftäter exakt übereinstimmend gehandhabt 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.

- 23 - 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 älterem Staatsvertragsrecht im Sinne der Schubert-Praxis Nachachtung zu verschaffen ist. 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 Menschenrechtsgerichtshof in Strassburg zur Verfügung. Einen weitergehenden 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

- 24 - 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 weitergehenden 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. 4. Selbst wenn man aber – der Argumentation in BGE 142 II 35 folgend – das FZA gegenüber dem Schweizerischen Strafgesetzbuch als vorrangig betrachten wollte, führte dies im vorliegenden Fall zu keinem anderen Resultat. Der Handel mit einer grösseren, die Schwelle zum "schweren Fall" im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG deutlich überschreitenden Menge von Kokain, ist eine schwerwiegende, mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe zu sanktionierende Straftat. Vorliegend wird der Beschuldigte zu 24 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Bei Personen, die ein solches Delikt begangen haben, bedarf es wegen dessen Schwere zur Begründung einer Fernhaltmassnahme keiner hohen Rückfallwahrscheinlichkeit. Vielmehr drängt sich eine Landesverweisung unter solchen Umständen unabhängig davon auf, dass dem Beschuldigten noch der bedingte Strafvollzug gewährt werden konnte. Dies gilt umso mehr, als der Beschuldigte schon im April 2016 wegen des Verkaufs von Kokain, wenn auch damals nur einer kleinen Menge, verurteilt werden musste und ihm heute deshalb nur unter Berücksichtigung des Vollzugs der damals ausgefallten Geldstrafe, mit erheblichen Bedenken und unter Ansetzung einer langen Probezeit nochmals ein Strafaufschub gewährt werden konnte (Erw. IV/5). Die Nachteile, welche die Landesverweisung für den Beschuldigten bewirkt, sind demgegenüber nicht einschneidend, hat er doch keinerlei gefestigte Beziehung zur Schweiz und steht ihm als Bürger eines EU-Staates weiterhin die Möglichkeit offen, in jedes andere europäische Land auszureisen.

- 25 - 5. Die Vorinstanz hat die Dauer der Landesverweisung auf das gesetzliche Minimum von fünf Jahren (Art. 66a Abs. 1 Ingress) beschränkt. Dabei muss es sein Bewenden haben, nachdem die Staatsanwaltschaft diesen Entscheid akzeptiert hat (Art. 391 Abs. 2 StPO). VII. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen. Da der Beschuldigte im Beschwerdeverfahren (UB170080) teilweise obsiegt hat, sind ihm diejenigen Kosten nur zu drei Vierteln aufzuerlegen und im Übrigen (ein Viertel) auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von 9/10 vorzubehalten ist. b) Da der Beschuldigte mit seiner Berufung - mit Ausnahme einer geringfügigen Änderung in der rechtlichen Würdigung, welche praktisch ohne Auswirkung auf den Prozessausgang blieb - unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung im Betrag von pauschal Fr. 4'000.- inklusive Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 44), die einstweilen von der Gerichtskasse zu tragen sind (Art. 135 Abs. 1 und 4 StPO), aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). c) Zutreffen mag, dass die dem Beschuldigten auferlegten Kosten in den nächsten Jahren nicht erhältlich sein werden. Durchaus denkbar ist aber, dass der Beschuldigte irgendwann in der Zukunft in die Lage kommt, diese Kosten doch noch zu bezahlen. Dies könnte schon in wenigen Jahren der Fall sein, da der Beschuldigte nach Ablauf der Landesverweisung gemäss FZA grundsätzlich wieder das Recht hat, zu Erwerbszwecken in die Schweiz zu kommen. Zur beantragten Abschreibung der Kosten bzw. definitiven Übernahme der Verteidigungskosten auf die Gerichtskasse besteht deshalb kein Anlass.

- 26 - Es wird beschlossen:

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