

# **BGE 150 IV 417**

Bundesgericht (BGE), 2024-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_150 IV 417](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_150_IV_417)

FR: ATF 150 IV 417

IT: DTF 150 IV 417

## **Regeste**

Regeste Art. 406 Abs. 1 StPO; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 66a StGB; Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens zur Beurteilung einer Landesverweisung. Die Frage der Zulässigkeit des schriftlichen Berufungsverfahrens zur Beurteilung einer Landesverweisung entscheidet sich im Einzelfall und unter Beachtung der konventionsrechtlichen Grundsätze (E. 2.3). Ist die Situation des Beschwerdeführers bei einer Rückkehr in das Heimatland unklar und die Würdigung sowie Abwägung tatsächlicher Umstände erforderlich, muss die Vorinstanz zwingend eine mündliche Berufungsverhandlung durchführen (E. 2.4.3 und 2.4.4).

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Das Berufungsverfahren ist grundsätzlich mündlich. Es kann nur schriftlich durchgeführt werden, wenn einer der in Art. 406 StPO abschliessend umschriebenen Ausnahmefälle gegeben ist BGE 150 IV 417 S. 419 ( BGE 143 IV 483 E. 2.1.1; BGE 139 IV 290 E. 1.1; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO kann das Berufungsgericht die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden sind. Art. 406 Abs. 1 lit. e StPO sieht die Möglichkeit des schriftlichen Verfahrens vor, wenn ausschliesslich Massnahmen im Sinne von Art. 66-73 StGB angefochten sind. Ob die Voraussetzungen für die Durchführung des schriftlichen Verfahrens vorliegen, ist von der Berufungsinstanz von Amtes wegen zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen des schriftlichen Verfahrens nicht vor, kann darauf nicht gültig verzichtet werden ( BGE 147 IV 127 E. 2.2.3; Urteil 7B\_186/2022 vom 14. August 2023 E. 4.1; je mit Hinweis). Im Übrigen hat das Berufungsgericht im Einzelfall zu prüfen, ob der Verzicht auf die öffentliche Verhandlung auch mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist. Diese Bestimmung gibt der beschuldigten Person im Strafverfahren als Teilgehalt der umfassenden Garantie auf ein faires Verfahren Anspruch auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung. Ob vor einer Berufungsinstanz eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden muss, ist insbesondere unter Beachtung des Verfahrens als Ganzem und der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) muss selbst ein Berufungsgericht mit freier Kognition hinsichtlich Tat- und Rechtsfragen nicht in allen Fällen eine Verhandlung durchführen, da auch andere Gesichtspunkte, wie die Beurteilung der Sache innert angemessener Frist, mitberücksichtigt werden dürfen. Von einer Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz kann etwa abgesehen werden, soweit die erste Instanz tatsächlich öffentlich verhandelt hat, wenn allein die Zulassung eines Rechtsmittels, nur Rechtsfragen oder aber Tatfragen zur Diskussion stehen, die sich leicht nach den Akten beurteilen lassen, ferner, wenn eine reformatio in peius ausgeschlossen oder die Sache von geringer

Tragweite ist und sich etwa keine Fragen zur Person und deren Charakter stellen. Für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung kann aber der Umstand sprechen, dass die vorgetragenen Rügen die eigentliche Substanz des streitigen Verfahrens betreffen. Sodann soll der Beschuldigte grundsätzlich erneut angehört werden, wenn in der Berufungsinstanz das erstinstanzliche Urteil aufgehoben wird und der Aufhebung eine andere Würdigung des Sachverhalts zugrunde liegt. Der EGMR hat zudem wiederholt festgehalten, dass die beschuldigte Person grundsätzlich von jenem BGE 150 IV 417 S. 420 Gericht anzuhören ist, das sie verurteilt. Gesamthaft kommt es entscheidend darauf an, ob die Angelegenheit unter Beachtung all dieser Gesichtspunkte sachgerecht und angemessen beurteilt werden kann (zum Ganzen: BGE 147 IV 127 E. 2.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR; ferner BGE 143 IV 483 E. 2.1.2; Urteil 7B\_186/2022 vom 14. August 2023 E. 4.1; je mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Gemäss Wortlaut des Art. 406 StPO ist fraglich, wer für die Anordnung des schriftlichen Verfahrens gemäss Abs. 1 zuständig ist (das Berufungsgericht oder die Verfahrensleitung). Auf den ersten Blick könnte der Wortlaut, der in Abs. 1 das Berufungsgericht und in Abs. 2 die Verfahrensleitung erwähnt, darauf hindeuten, dass zur Anordnung des schriftlichen Verfahrens nach Abs. 1 lediglich das Gerichtskollegium zuständig ist. Allerdings spricht Abs. 1 nicht von der Anordnung des schriftlichen Verfahrens, sondern von der Behandlung der Berufung. Der Umstand, dass Abs. 2 die Verfahrensleitung in den diesbezüglichen Konstellationen für "zudem" zuständig zur Anordnung des schriftlichen Verfahrens erklärt, deutet darauf hin, dass Abs. 2 schlicht die Liste der Fälle von Abs. 1 fortsetzt und sie der zusätzlichen Voraussetzung des Einverständnisses der Parteien unterwirft, ohne gleichzeitig eine abweichende Anordnungscompetenz zu begründen (vgl. SVEN ZIMMERLIN, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Andreas Donatsch und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2020, N. 3 zu Art. 406 StPO ; a.M. STEFAN KELLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Bd. II, 3. Aufl. 2023, N. 2 und 8 zu Art. 406 StPO ; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, Rz. 1571; MARLÈNE KISTLER VIANIN, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 406 StPO ). Vorliegend kann die Frage, ob der Präsident der Vorinstanz das schriftliche Verfahren in eigener Kompetenz anordnen konnte, offengelassen werden, da dessen Anordnung im konkreten Fall gemäss den nachfolgenden Erwägungen ohnehin nicht zulässig war.

### **E. 2.3**

Art. 406 Abs. 1 lit. e StPO wurde im Rahmen der Einführung der Landesverweisung nicht geändert. Dies im Gegensatz zu anderen Bestimmungen, wie etwa Art. 130 lit. b StPO , der die notwendige Verteidigung auch bei drohender Landesverweisung vorschreibt. Daraus folgt, dass grundsätzlich das Berufungsverfahren auch dann schriftlich geführt werden kann, wenn ausschliesslich die Landesverweisung angefochten ist. Die herrschende Lehre wendet jedoch BGE 150 IV 417 S. 421 zu Recht ein, dass sich das Gericht zur Beurteilung der Landesverweisung einen persönlichen Eindruck von der beschuldigten Person verschaffen sollte (KELLER, a.a.O., N. 5 zu Art. 406 StPO ; ZIMMERLIN, a.a.O., N. 7a zu Art. 406 StPO ). Da es sich bei Art. 406 Abs. 1 StPO um eine Kann-Bestimmung handelt, bei deren Anwendung immer auch zu prüfen ist, ob der Verzicht auf die öffentliche Verhandlung auch mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist, entscheidet sich die Frage der Zulässigkeit des schriftlichen Berufungsverfahrens zur Beurteilung einer Landesverweisung

im Einzelfall und unter Beachtung der konventionsrechtlichen Grundsätze.

#### **E. 2.4**

Der Präsident der Vorinstanz ordnete das schriftliche Berufungsverfahren mit Verfügung vom 3. März 2022 gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO an. Der darin enthaltenen Ausführung, die "ergänzende Urteilsbegründung" ergehe im schriftlichen Verfahren, ist ein unzutreffendes Verständnis des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides zu entnehmen.

##### **E. 2.4.1**

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seinem Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids ( BGE 143 IV 214 E. 5.2.1; Urteil 6B\_618/2021 vom 25. August 2021 E. 1.1; je mit Hinweisen). Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen ( BGE 143 IV 214 E. 5.2.1; BGE 123 IV 1 E. 1; BGE 117 IV 97 E. 4; Urteil 6B\_618/2021 vom 25. August 2021 E. 1.1; je mit Hinweisen). Nichtsdestotrotz unterliegt auch das neue Berufungsverfahren nach Rückweisung durch das Bundesgericht denselben Regeln wie das ursprüngliche Verfahren, weshalb es grundsätzlich mündlich zu führen, unter den gegebenen Voraussetzungen des Art. 406 StPO jedoch schriftlich geführt werden kann. Es ist somit ein neues, thematisch auf die im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren gutgeheissenen Rügen beschränktes, Berufungsverfahren durchzuführen BGE 150 IV 417 S. 422 und nicht einfach der ursprüngliche Berufungsentscheid neu zu begründen.

##### **E. 2.4.2**

Die Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide ergibt sich aus ungeschriebenem Bundesrecht ( BGE 143 IV 214 E. 5.3.3 mit Hinweisen; BGE 135 III 334 E. 2.1). Im Falle eines Rückweisungsentscheids hat die mit der Neubeurteilung befasste kantonale Instanz nach ständiger Rechtsprechung die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es diesen, wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind ( BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; Urteile 7B\_270/2022 vom 23. Oktober 2023 E. 2.2.3; 7B\_241/2022 vom 20. September 2023 E. 3.2; je mit Hinweisen). Die zitierte Rechtsprechung kommt zum Tragen, wenn das Bundesgericht eine Angelegenheit lediglich zur neuen rechtlichen Würdigung an die Vorinstanz zurückweist. Dies ist der Fall, wenn die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung vor Bundesgericht nicht angefochten war, wenn die Sachverhaltsrügen vom Bundesgericht als unbegründet abgewiesen und daher definitiv entschieden wurden, oder wenn auf Rügen betreffend die

Beweiswürdigung nicht eingetreten wurde, da sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügten. Steht im Rückweisungsverfahren nur noch die rechtliche Würdigung zur Diskussion, muss die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz keine neue mündliche Berufungsverhandlung durchführen und sie darf, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, auch keine neue Beweiswürdigung vornehmen. Wegen der Bindungswirkung von bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheiden ist es dem Gericht in solchen Fällen in der Regel daher verwehrt, auf ihre Sachverhaltsfeststellungen zurückzukommen ( BGE 143 IV 214 E. 5.3.3 mit Hinweis).

#### **E. 2.4.3**

Im Urteil 6B\_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.5 hielt das Bundesgericht fest, die Vorinstanz hätte sich mit den vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 8. Mai 2018 angerufenen Vollzugshinderungsgründen auseinandersetzen müssen. Sie hätte prüfen müssen, ob und wie sich die tatsächlichen BGE 150 IV 417 S. 423 Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die nach Art. 66a Abs. 2 StGB vorzunehmende Prüfung des Härtefalles und eine allfällige Interessenabwägung auswirken. Dies gelte umso mehr, als sie das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seinem Heimatland selbst als unklar bezeichnet habe. Die Vorinstanz habe daher die Amtsermittlungspflicht und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt (Urteil 6B\_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.5). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz könne im bundesgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden, da nicht ausschliesslich Rechtsfragen strittig seien. Bei der Frage, wie sich die Situation des Beschwerdeführers bei einer Rückkehr in den Kosovo präsentieren würde und wie sich diese auf die Zulässigkeit einer Landesverweisung auswirke, handle es sich nicht um eine reine Rechtsfrage. Ihre Beantwortung erfordere die Würdigung und Abwägung tatsächlicher Umstände (Urteil 6B\_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.6).

#### **E. 2.4.4**

Indem die Vorinstanz die Frage der Landesverweisung des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO in einem schriftlichen Berufungsverfahren beurteilte, verletzt sie Bundesrecht. Da im neuen Berufungsverfahren nicht nur Rechtsfragen zu entscheiden waren, sondern die Situation des Beschwerdeführers bei einer Rückkehr in den Kosovo zu erörtern war, hätte die Vorinstanz zwingend eine mündliche Berufungsverhandlung durchführen müssen. Im Hinblick auf die neue Berufungsverhandlung hätte dem Beschwerdeführer auch die Gelegenheit gegeben werden müssen, allfällige neue Beweismittel zu beantragen, zumal der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Mai 2018 datiert und sich die Verhältnisse seither massgebend verändert haben könnten.

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