

## **BGE 146 IV 172**

Bundesgericht (BGE), 2020-04-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_146\\_IV\\_172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_146_IV_172)

FR: ATF 146 IV 172

IT: DTF 146 IV 172

### **Regeste**

Regeste Art. 78 ff. BGG; Art. 21 und 24 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (SIS-II-Verordnung); Art. 20 f. N-SIS-Verordnung; Art. 391 Abs. 2 StPO; Ausschreibung der Landesverweisung im SIS: Voraussetzungen, Zuständigkeit, Verfahren, Verschlechterungsverbot, rechtliches Gehör. Gegen die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ist die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gegeben (E. 1.3). Voraussetzungen und Zuständigkeit für die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS (E. 3.2.1-3.2.4). Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS unterliegt - wie auch die Landesverweisung selber - nicht dem Anklageprinzip. Spricht das Gericht eine Landesverweisung aus, muss es bei Drittstaatsangehörigen unabhängig von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft zwingend auch darüber befinden, ob die Landesverweisung im SIS auszuschreiben ist. Es hat die Frage der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS materiell zu beurteilen und im Dispositiv des Strafurteils zwingend zu erwähnen, ob die Ausschreibung vorzunehmen ist oder ob darauf verzichtet wird (E. 3.2.5). Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ist vollzugs- bzw. polizeirechtlicher Natur. Im Berufungsverfahren gelangt das Verschlechterungsverbot (Verbot der "reformatio in peius") auf die Ausschreibung der Landesverweisung zumindest dann nicht zur Anwendung, wenn die Frage im erstinstanzlichen Verfahren unbehandelt blieb (E. 3.3). Anspruch auf rechtliches Gehör vor dem Entscheid über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS (E. 3.4).

Regeste Art. 78 ss LTF; art. 21 et 24 du Règlement (CE) n° 1987/2006 (Règlement-SIS-II); art. 20 s. Ordonnance N-SIS; art. 391 al. 2 CPP; signalement de l'expulsion dans le SIS: conditions, compétence, procédure, interdiction de la reformatio in pejus, droit d'être entendu. Le recours en matière pénale au Tribunal fédéral est ouvert contre le signalement de l'expulsion dans le SIS (consid. 1.3). Conditions et compétence pour le signalement de l'expulsion dans le SIS (consid. 3.2.1-3.2.4). Le signalement de l'expulsion dans le SIS - comme l'expulsion elle-même - n'est pas soumis au principe d'accusation. Si le tribunal prononce une expulsion, il doit, s'agissant de ressortissants d'Etats tiers, obligatoirement aussi décider si l'expulsion doit être signalée dans le SIS, indépendamment d'une requête en ce sens du ministère public. Il doit examiner au fond la question du signalement de l'expulsion et obligatoirement mentionner dans le dispositif du jugement pénal si le signalement doit être effectué ou s'il y est renoncé (consid. 3.2.5). Le signalement de l'expulsion dans le SIS relève du droit d'exécution, respectivement du droit de police. Dans la procédure d'appel, l'interdiction de la reformatio in pejus n'est pas applicable au signalement de l'expulsion, du moins lorsque la question n'a pas été traitée dans la procédure de première instance (consid. 3.3). Droit d'être entendu avant la décision sur le signalement de l'expulsion dans le SIS (consid. 3.4).

Regesto Art. 78 segg. LTF; art. 21 e 24 del regolamento (CE) n. 1987/2006 (regolamento SIS II); art. 20 seg. dell'ordinanza N-SIS; art. 391 cpv. 2 CPP; segnalazione dell'espulsione nel SIS: condizioni, competenza, procedura, divieto della reformatio in peius, diritto di essere sentito. La segnalazione dell'espulsione nel SIS può essere impugnata con ricorso in materia penale al Tribunale federale (consid. 1.3). Condizioni e competenza per la segnalazione dell'espulsione nel SIS (consid. 3.2.1-3.2.4). La segnalazione dell'espulsione nel SIS - come la stessa espulsione - non soggiace al principio accusatorio. Se il giudice pronuncia l'espulsione di un cittadino di uno Stato terzo, deve imperativamente decidere anche se segnalare l'espulsione nel SIS, indipendentemente da una richiesta del pubblico ministero in tal senso. Deve esaminare nel merito la questione della segnalazione dell'espulsione nel SIS e menzionare obbligatoriamente nel dispositivo della sentenza penale se la segnalazione dev'essere effettuata o meno (consid. 3.2.5). La segnalazione dell'espulsione nel SIS ha carattere esecutivo rispettivamente di diritto di polizia. In sede di appello il divieto della reformatio in peius non si applica alla segnalazione dell'espulsione, perlomeno nel caso in cui la questione non sia stata affrontata nel procedimento di primo grado (consid. 3.3). Diritto di essere sentito prima della decisione sulla segnalazione dell'espulsione nel SIS (consid. 3.4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

(...)

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ficht auch die Ausschreibung der Einreiseverweigerung im SIS an. Da darüber in einem Strafurteil als Folge einer strafrechtlichen Landesverweisung entschieden wurde, ist die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht auch insofern gegeben. Zwar sieht Art. 83 lit. c BGG für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor, dass Entscheide auf dem BGE 146 IV 172 S. 175 Gebiet des Ausländerrechts betreffend u.a. die Einreise (Ziff. 1), Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt (Ziff. 2), sowie die Ausweisung gestützt auf Art. 121 Abs. 2 BV und die Wegweisung (Ziff. 4) nicht beim Bundesgericht angefochten werden können. Gegen eine vom Staatssekretariat für Migration (SEM) im Zusammenhang mit einem ausländerrechtlichen Einreiseverbot verfügte Ausschreibung im SIS steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht daher nicht offen. Solche Entscheide können - die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG vorbehalten - einzig mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ( Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20] i.V.m. Art. 31 ff. VGG [SR 173.32]) angefochten werden. Diese Ungleichbehandlung ist hinzunehmen. Sie ist eine Konsequenz davon, dass der Verordnungsgeber die Strafgerichte für zuständig erklärte, über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS zu befinden (dazu hinten E. 3.2.4). Beim Bundesverwaltungsgericht handelt es sich um ein eidgenössisches Gericht. Ob die Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist, folgt im BGG teils anderen Regeln, je nachdem, ob es sich bei der Vorinstanz um ein Gericht des Bundes oder ein kantonales Gericht handelt. So können beispielsweise Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts betreffend die Einstellung und Nichtanhandnahme von Strafverfahren sowie selbstständige Einziehungen ( Art. 376 ff. StPO ) gemäss Art. 79 BGG nicht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden, obschon dieses Rechtsmittel gegen

Entscheide der kantonalen Beschwerdeinstanzen auf dem gleichen Gebiet offensteht (HEIMGARTNER/KESHELAVA, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 2 zu Art. 79 BGG ; BGE 143 IV 85 E. 1.5 für die selbstständige Einziehung). Aus Art. 83 lit. c BGG kann daher nicht gefolgert werden, die vorliegende Beschwerde in Strafsachen gegen die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei ausgeschlossen, zumal es zu den Aufgaben des Bundesgerichts gehört, eine möglichst einheitliche Anwendung von Bundesrecht durch die kantonalen Behörden sicherzustellen. Die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht ist daher auch zulässig, soweit sie sich gegen die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS richtet. (...) BGE 146 IV 172 S. 176

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich weiter gegen die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS. Er macht geltend, die erste Instanz habe die Ausschreibung im SIS weder angeordnet noch überhaupt erwogen bzw. je thematisiert. Die von der Vorinstanz zweitinstanzlich angeordnete Ausschreibung der Landesverweisung im SIS verstosse daher gegen das Verbot der reformatio in peius. Da die Vorinstanz die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS an der mündlichen Berufungsverhandlung nicht thematisiert und keine individuelle Bewertung mit entsprechender Begründung vorgenommen habe, habe sie überdies seinen Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet.

#### **E. 3.2.1**

Die Zulässigkeit der Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS beurteilt sich vorliegend nach den Bestimmungen von Art. 20 ff. der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (nachfolgend: SIS-II-Verordnung, ABl. L 381 vom 28. Dezember 2006 S. 4; vgl. Art. 2 Abs. 1 SIS-II-Verordnung), die per 9. April 2013 die teils gleichlautenden Bestimmungen von Art. 92 ff. des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 14. Juni 1985 (SDÜ; ABl. L 239 vom 22. September 2000 S. 19) grösstenteils abgelöst haben (vgl. Art. 52 Abs. 1 SIS-II-Verordnung; Beschluss des Rates 2013/158/EU vom 7. März 2013 zur Festlegung des Beginns der Anwendung der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006, ABl. L 87 vom 27. März 2013 S. 10). Die Schweiz hat als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands in einem Notenaustausch vom 20. Dezember 2018 auch die Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (ABl. L 312 vom 7. Dezember 2018 S. 14) akzeptiert (Notenaustausch vom 20. Dezember 2018 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] 2018/1861; SR 0.362.380.085; vgl. zur derzeit laufenden Genehmigung und Umsetzung der Verordnung [EU] 2018/1861: Die BGE 146 IV 172 S. 177 vom Bundesrat am 6. März 2020 ans Parlament übermittelte Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Rechtsgrundlagen über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS] [Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands] und zur Änderung des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich; Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der

Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Rechtsgrundlagen über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS]).

### **E. 3.2.2**

Eine Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen im Sinne von Art. 3 Bst. d SIS-II-Verordnung im SIS darf gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Voraussetzung der Ausschreibung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die auf einer Entscheidung der zuständigen nationalen Instanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) beruht (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Die Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 SIS-II-Verordnung). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die betreffende Person in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt wurde, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung), oder wenn gegen sie der begründete Verdacht besteht, dass sie schwere Straftaten begangen hat, oder wenn konkrete Hinweise bestehen, dass sie solche Straftaten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates plant (Art. 24 Abs. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung). Eine Ausschreibung kann gemäss Art. 24 Abs. 3 SIS-II-Verordnung auch eingegeben werden, wenn die Entscheidung nach Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung darauf beruht, dass der Drittstaatsangehörige ausgewiesen, zurückgewiesen oder abgeschoben worden ist, wobei die Massnahme nicht aufgehoben oder ausgesetzt worden sein darf, ein Verbot der Einreise oder gegebenenfalls ein Verbot des Aufenthalts enthalten oder davon begleitet sein muss und auf der Nichtbeachtung der nationalen Rechtsvorschriften über die Einreise oder BGE 146 IV 172 S. 178 den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen beruhen muss. Art. 24 Abs. 3 SIS-II-Verordnung ist anders als Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung als "Kann-Bestimmung" formuliert (SCHNEIDER/GFELLER, Landesverweisung und das Schengener Informationssystem, Sicherheit & Recht 1/2019 S. 10). Art. 25 Abs. 1 SIS-II-Verordnung verlangt zudem, dass die Ausschreibung des Drittstaatsangehörigen mit einem allfälligen Freizügigkeitsrecht in der Gemeinschaft vereinbar ist. Eine Ausschreibung im SIS setzt voraus, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind (Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz [BJ] vom 20. Dezember 2016 zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, S. 11 [nachfolgend: Erläuterungen BJ]). Eine Ausschreibung im SIS darf gemäss Art. 21 und Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ergehen (SCHNEIDER/ GFELLER, a.a.O., S. 9; ZURBRÜGG/HRUSCHKA, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 96 vor Art. 66a-66d StGB ; PROGIN-THEUERKAUF/ZOETEWELJ-TURHAN/TURHAN, Interoperabilität der Informationssysteme im Migrationsbereich - digitale Grenzkontrollen 2019, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, S. 13). Im Rahmen dieser Bewertung ist bei der Ausschreibung gestützt auf Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung insbesondere zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Verhältnismässig ist eine Ausschreibung im SIS immer dann, wenn eine solche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gegeben ist (ZURBRÜGG/HRUSCHKA, a.a.O., N. 97 vor Art. 66a-66d StGB ; a.M.

SCHNEIDER/GFELLER, a.a.O., S. 11, wonach eine Ausschreibung trotz Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 und 2 SIS-II-Verordnung unverhältnismässig sein kann). Sind die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 Abs. 1 und 2 SIS-II-Verordnung erfüllt, besteht eine Pflicht zur Ausschreibung im SIS (vgl. SCHNEIDER/GFELLER, a.a.O., S. 10 f.).

### **E. 3.2.3**

Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS bewirkt, dass der betroffenen Person die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Mitgliedstaaten grundsätzlich untersagt ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex], ABl. L 77 vom 23. März BGE 146 IV 172 S. 179 2016 S. 1; vgl. auch Art. 32 Abs. 1 Bst. a Ziff. v der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex], ABl. L 243 vom 15. September 2009 S. 1). Die übrigen Schengen-Staaten können die Einreise in ihr Hoheitsgebiet im Einzelfall aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen indes dennoch bewilligen (Art. 6 Abs. 5 Bst. c Schengener Grenzkodex; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 Bst. a Visakodex). Die Souveränität der übrigen Schengen-Staaten wird insofern durch die in der Schweiz ausgesprochene Landesverweisung, welche ausschliesslich für das Hoheitsgebiet der Schweiz gilt (vgl. Art. 66a StGB ), nicht berührt (Urteil 6B\_509/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3).

### **E. 3.2.4**

Das N-SIS (nationaler Teil des Schengener Informationssystems) gehört zu den polizeilichen Informationssystemen des Bundes (vgl. Art. 1 und Art. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes [BPI; SR 361] ). Art. 21 und 24 ff. SIS-II-Verordnung bestimmen die Voraussetzungen für die Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung. Die verfahrensrechtliche Umsetzung wird jedoch weitgehend dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen (vgl. Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Gemäss Art. 16 Abs. 8 BPI regelt der Bundesrat gestützt auf die Schengen-Assoziierungsabkommen u.a. die Zugriffsberechtigung für die Bearbeitung der verschiedenen Datenkategorien des N-SIS (lit. a) sowie die Behörden nach Art. 16 Abs. 4 BPI , die Datenkategorien direkt in den N-SIS eingeben dürfen (lit. c). Art. 16 Abs. 4 BPI erwähnt u.a. die Bundesanwaltschaft (lit. b), die Polizei- und Strafverfolgungsbehörden der Kantone (lit. d) sowie die Strafvollzugsbehörden (lit. e). Art. 19 lit. a BPI sieht zudem vor, dass der Bundesrat in den Ausführungsbestimmungen u.a. die Verantwortlichkeit bei der Datenbearbeitung festlegt. Gemäss Art. 20 Satz 1 der bundesrätlichen Verordnung vom 8. März 2013 über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung; SR 362.0) können Drittstaatsangehörige nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS wird gemäss Art. 20 Satz 2 N-SIS-Verordnung vom urteilenden Gericht angeordnet. Die Zuständigkeit BGE 146 IV 172 S. 180 des urteilenden Gerichts zur Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS wird in den Erläuterungen des BJ vom 20. Dezember 2016 zur N-SIS-Verordnung damit begründet, dass bei einer entsprechenden Kompetenz des SEM ein zusätzlicher, anfechtbarer Entscheid ergehen müsste und die

Kantone damit zudem nicht gänzlich entlastet würden, weil sie dem SEM alle notwendigen Informationen (Gerichtsentscheid, Vollzugsentscheid, erkennungsdienstliche Hinweise) zur Verfügung stellen müssten (Erläuterungen BJ, a.a.O., S. 11). Weiter wurde berücksichtigt, dass die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS trotz ihres Vollzugscharakters weitreichende Konsequenzen hat und den ursprünglichen Inhalt der Landesverweisung massiv verändert. Da sich das Gericht bei der Anordnung einer Landesverweisung mit ausländerrechtlichen Aspekten befassen müsse, verfüge es zudem über die notwendigen Informationen, um auch über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS zu entscheiden (Erläuterungen BJ, a.a.O., S. 11). Art. 20 Satz 2 N-SIS-Verordnung beruht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, da der Bundesrat in Art. 16 Abs. 8 und Art. 19 BPI ermächtigt bzw. verpflichtet wird, eine Ausführungsverordnung zu erlassen, welche u.a. die Verantwortung für das N-SIS sowie die Zugriffsrechte und die Zuständigkeiten der Behörden in Bezug auf das N-SIS zu regeln hat. Die Strafgerichte (kantonale Gerichte und Bundesstrafgericht) werden in Art. 16 Abs. 4 BPI zwar nicht erwähnt, sondern lediglich die Strafverfolgungs- (Bundesanwaltschaft und Strafverfolgungsbehörden der Kantone) sowie die Strafvollzugsbehörden. Erstere haben anders als die Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden auch keinen Zugriff auf das N-SIS ( Art. 16 Abs. 5 BPI ; Art. 7 N-SIS-Verordnung). Die in Art. 20 Satz 2 N-SIS-Verordnung vorgesehene Zuständigkeit der Strafgerichte für die Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS verstösst dennoch nicht gegen übergeordnetes Recht. Die Strafgerichte haben gemäss Art. 20 Satz 2 N-SIS-Verordnung zwar darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine Ausschreibung der Landesverweisung im SIS erfüllt sind. Die eigentliche Ausschreibung hat gemäss Art. 21 N-SIS-Verordnung im Einklang mit Art. 16 Abs. 4 und 8 lit. c BPI jedoch durch die für den Vollzug der Landesverweisung zuständige Behörde zu erfolgen. Dass der Bundesrat in der Ausführungsverordnung befugt ist, die Strafgerichte für zuständig zu erklären, über die Voraussetzungen der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS zu befinden, entsprach auch der BGE 146 IV 172 S. 181 Auffassung des Bundesgerichts in seiner Vernehmlassung zur Anpassung der N-SIS-Verordnung an die strafrechtliche Landesverweisung. Das Bundesgericht hätte eine Zuständigkeit des SEM zwar vorgezogen, es schloss eine Zuständigkeit der Strafgerichte jedoch nicht aus (Erläuterungen BJ, a.a.O., S. 7).

### **E. 3.2.5**

Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS unterliegt - wie auch die Landesverweisung selber - nicht dem Anklageprinzip (vgl. zur Nichtanwendbarkeit des Anklageprinzips auf Sanktionen: HEIMGARTNER/NIGGLI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 326 StPO ). Spricht das Gericht eine Landesverweisung aus, muss es bei Drittstaatsangehörigen - unabhängig von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft - daher zwingend auch darüber befinden, ob die Landesverweisung im SIS auszuschreiben ist. Es hat die Frage der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS materiell zu beurteilen und im Dispositiv des Strafurteils zwingend zu erwähnen, ob die Ausschreibung vorzunehmen ist oder ob darauf verzichtet wird. Aus dem Dispositiv des Strafurteils muss hervorgehen, ob ein Strafgericht bereits über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS materiell entschieden hat.

### **E. 3.3**

Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS anordnen durfte, obschon das erstinstanzliche Urteil keine entsprechende Anordnung enthielt und

einzig der Beschwerdeführer Berufung erhob.

### **E. 3.3.1**

Der Beschwerdeführer legt dar, die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei vor dem Amtsgericht Dorneck-Thierstein nirgends thematisiert worden. Damit ist von einem Versehen des Amtsgerichts auszugehen, das zu Unrecht nicht über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS entschied, dies obschon es dazu von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen wäre. Das Schweigen des Amtsgerichts zu dieser Frage kann unter den konkreten Umständen auf jeden Fall nicht als Verzicht auf die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS verstanden werden.

### **E. 3.3.2**

Der Beschwerdeführer focht das erstinstanzliche Urteil in seiner Berufungserklärung vollumfänglich an. Seine Berufung richtete sich damit auch gegen die erstinstanzlich ausgesprochene Landesverweisung. Die Tragweite der Berufung kann nach der Berufungserklärung durch einen teilweisen Rückzug der Berufung eingeschränkt werden (Urteil 6B\_492/2018 vom 13. November 2018 E. 2.3; Botschaft BGE 146 IV 172 S. 182 vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1314 in fine). Der Beschwerdeführer behauptet nicht, er habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Er argumentiert jedoch, er habe im Rahmen seines Plädoyers im Berufungsverfahren wie bereits vor der ersten Instanz erklärt, sich der Landesverweisung nicht zu widersetzen. Die Vorinstanz hält dem in ihrer Stellungnahme vor Bundesgericht entgegen, der Beschwerdeführer habe im Berufungsverfahren den Antrag gestellt, die Landesverweisung sei auf fünf Jahre zu beschränken. Nachdem der Beschwerdeführer dies nicht widerlegt, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die erstinstanzlich ausgesprochene Landesverweisung von zehn Jahren im Berufungsverfahren angefochten war. Die Vorinstanz entschied im angefochtenen Entscheid daher zu Recht auch über die Landesverweisung.

### **E. 3.3.3**

Das Verbot der reformatio in peius zählt nicht zu den verfassungsmässigen Rechten und lässt sich nicht aus der EMRK herleiten ( BGE 144 IV 198 E. 5.4.3 S. 201 f.; BGE 139 IV 282 E. 2.3.1 S. 284). Der Grundsatz war jedoch bereits vor Inkrafttreten der StPO in den meisten kantonalen Strafprozessordnungen verankert. Die Wirkung des Verschlechterungsverbots war allerdings von unterschiedlicher Tragweite. Die kantonalen Gesetzesbestimmungen sahen zum Teil ausdrücklich vor, dass sich das Verbot nur auf die Strafe, nicht jedoch auf den Schuldspruch bezog ( BGE 139 IV 282 E. 2.3.1 S. 284 f.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht insofern von einer weiten Auslegung des in der StPO verankerten Verschlechterungsverbots aus. Danach ist Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO nicht nur bei einer Verschärfung der Sanktion, sondern auch bei einer härteren rechtlichen Qualifikation der Tat verletzt ( BGE 139 IV 282 E. 2.5 S. 288 f.). Das Verschlechterungsverbot gilt indes nicht absolut. Vorbehalten bleibt eine strengere Bestrafung aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten ( Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO ). Solche Tatsachen können beispielsweise die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Bemessung der Höhe des Tagessatzes nach Art. 34 Abs. 2 Satz 3 StGB betreffen. Das Berufungsgericht darf nach der Rechtsprechung bei einer Verbesserung der finanziellen Verhältnisse nach dem erstinstanzlichen Urteil einen höheren Tagessatz festlegen, auch wenn ausschliesslich die beschuldigte Person Berufung erhoben

hat ( BGE 144 IV 198 E. 5.4.3 S. 201 f.). Das in Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO verankerte Verbot der reformatio in peius soll eine strengere Bestrafung verhindern, was durch die an Art. 391 BGE 146 IV 172 S. 183 Abs. 2 Satz 1 StPO anknüpfende Ausnahme von Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO bestätigt wird, die ebenfalls nur eine strengere Bestrafung erwähnt (vgl. ZIEGLER/KELLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 391 StPO ).

#### **E. 3.3.4**

Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ist vollzugs- bzw. polizeirechtlicher Natur (vgl. Erläuterungen BJ, a.a.O., S. 7). Sie hat unbestritten insofern weitreichende Konsequenzen, als den betroffenen Personen ohne einen vorgängigen Entscheid die Einreise in die Schengen-Staaten verwehrt ist (oben E. 3.2.3). Dessen ungeachtet ist die Ausschreibung im SIS - anders als die Anordnung der Landesverweisung nach Art. 66a f. StGB selber (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e bis der Verordnung vom 29. September 2006 über das Strafregister [VOSTRA-Verordnung; SR 331]) - keine Sanktion. Beim Erlass der Verordnung zur Einführung der Landesverweisung bestanddaher weitgehend Einigkeit, dass die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS aus gesetzgeberischer Sicht nicht zwingend dem urteilenden Strafgericht vorbehalten ist, sondern die entsprechende Kompetenz vom Ordnungsgeber in der N-SIS-Verordnung auch dem SEM als Vollzugsbehörde hätte übertragen werden können, das bereits über die Ausschreibung der ausländerrechtlichen Einreiseverbote im SIS entscheidet (Erläuterungen BJ, a.a.O., S. 6 f. und 11). Wie den Erläuterungen des BJ zu entnehmen ist, sprachen letztlich praktische bzw. prozessökonomische Gründe für die Zuständigkeit des urteilenden Gerichts (Erläuterungen BJ, a.a.O., S. 11; oben E. 3.2.4). Diese Zuständigkeit ändert jedoch nichts am Vollzugscharakter der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS.

#### **E. 3.3.5**

Die Vorinstanz bestätigte die erstinstanzlich ausgesprochene Landesverweisung. Damit stellte sich im Berufungsverfahren zwingend auch die im erstinstanzlichen Verfahren unbeurteilt gebliebene Frage der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS. Spricht das Berufungsgericht gegenüber einem Drittstaatsangehörigen eine Landesverweisung aus, muss es auch über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS befinden (oben E. 3.2.2 und 3.2.4), dies auch dann, wenn die erste Instanz diese Frage zu Unrecht unbeurteilt liess. Die Vorinstanz war daher verpflichtet, sich auch dazu zu äussern. Vorliegend blieb die zwingend zu beantwortende Vollzugsfrage der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS im erstinstanzlichen BGE 146 IV 172 S. 184 Verfahren unbehandelt. Das erstinstanzliche Urteil war angesichts der unbeantwortet gebliebenen Frage der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS unvollständig. Das Verschlechterungsverbot gelangt zumindest in dieser Konstellation nicht zur Anwendung. Eine Ausdehnung des Verbots der reformatio in peius, das eine härtere Bestrafung im Berufungsverfahren verhindern soll, auf die rein vollzugs- bzw. polizeirechtliche Frage der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS rechtfertigt sich nicht. Der Beschwerdeführer beruft sich daher zu Unrecht auf das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verschlechterungsverbot.

#### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör.

##### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz kam dem Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör insofern nach, als sie ihn zu seinen Zukunftsplänen und seinem Bezug zu den Schengen-Staaten befragte. Darüber hinaus ist das Gericht grundsätzlich nicht verpflichtet, eine anwaltlich vertretene beschuldigte Person (vgl. zur notwendigen Verteidigung bei Landesverweisungen, Art. 130 lit. b StPO ) ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass es eine Ausschreibung der Landesverweisung im SIS in Betracht zieht, da es sich dabei unter den zuvor erwähnten Voraussetzungen (vgl. oben E. 3.2.2) um eine gesetzliche Folge der Landesverweisung handelt, was dem Verteidiger bekannt sein muss.

#### **E. 3.4.2**

Vorliegend entschied allerdings erstmals das Berufungsgericht über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS. Mit dem angefochtenen Entscheid ging für den Beschwerdeführer eine - wenn auch zulässige (vgl. oben E. 3.3) - Verschlechterung einher, da die Vorinstanz neu die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS anordnete. Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung, wonach die betroffene Person auf eine im Rechtsmittelverfahren drohende Verschlechterung hinzuweisen ist ( BGE 131 V 414 E. 1 S. 416 f.; BGE 129 II 395 E. 4.4.3 S. 395 f.; BGE 122 V 166 ), gelangt auch im Strafrecht zur Anwendung, wenn zum Beispiel eine reformatio in peius ausnahmsweise zulässig ist (Urteil 6B\_630/2018 vom 8. März 2019 E. 3.3 und 3.4; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2017, N. 7a zu Art. 391 StPO ; VIKTOR LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 22 zu Art. 391 StPO ; THOMAS MAURER, in: Kommentierte Textausgabe zur BGE 146 IV 172 S. 185 Schweizerischen Strafprozessordnung, Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], 2008, S. 384 f.; ZIEGLER/KELLER, a.a.O., N. 5 zu Art. 391 StPO ; für die Rechtslage vor Inkrafttreten der StPO zudem Urteil 6B\_858/2009 vom 31. Mai 2010 E. 3). Die von der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung entwickelte Hinweispflicht ist direkter Ausfluss des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ( BGE 131 V 414 E. 1 S. 416 f.; BGE 129 II 395 E. 4.4.3 S. 395 f.; BGE 122 V 166 E. 2a S. 167). Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführer - wie von diesem gerügt - vor ihrem Entscheid folglich explizit darauf hinweisen müssen, dass sie auch über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS befinden wird. Da sie dies nicht tat, hat sie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Beschwerde ist bezüglich der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher infolge Missachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gutzuheissen und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

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