

# **BGer 6B\_50/2021 vom 8. September 2021**

Bundesgericht, 2021-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_50\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_50_2021)

FR: TF 6B\_50/2021 du 8 septembre 2021

IT: TF 6B\_50/2021 del 8 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wies das Bundesgericht mit Verfügung vom 21. Januar 2021 ab.

### **E. 2**

Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat

und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat ( Art. 81 Abs. 1 lit. a und b BGG ). Das Bundesgerichtsgesetz bestimmt die Berechtigung zur Beschwerde in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG nicht abschliessend und verleiht nicht selbst das rechtlich geschützte Interesse, das es voraussetzt ( BGE 139 IV 121 E. 4.2). Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen Interesses ( BGE 140 IV 74 E. 1.3.3; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B\_1456/2020 vom 10. März 2021 E. 1; Urteil 2C\_844/2020 vom 30. Oktober 2020 E. 1.2.1).

Der Beschwerdeführer beantragt substantiiert (vgl. Urteil 6B\_16/2021 vom 22. Februar 2021 E. 1.2) die Aufhebung seiner rechtskräftig angeordneten Landesverweisung im Nachverfahren gestützt auf Art. 363 StPO ausserhalb eines Vollzugsverfahrens. Die Fragestellung bedarf einer gewissen Klärung (vgl. BGE 140 IV 74 E. 1.3.3). Die Vorinstanz wies seine Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Nichteintretensentscheid ab, sodass insoweit (unten E. 4.7) einzutreten ist.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer bringt vor, aufgrund der nachträglichen Änderung der Sachlage, nämlich der positiven Entwicklung der familiären Situation, habe er das Gesuch um Aufhebung der Landesverweisung gemäss Art. 363 Abs. 1 StPO gestellt. Die Erstinstanz hätte gestützt auf Art. 11 i.V.m. Art. 5 FZA , Art. 6 i.V.m. Art. 8 EMRK und Art. 8 BV auf das Gesuch eintreten müssen. Nach BGE 125 II 417 sei direkt gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK die zuständige Gerichtsinstanz zu bezeichnen. Die Vorinstanz äussere sich weder zu einer völkerrechtskonformen Auslegung noch zu einer Normenkollision.

Die Anlasstat sei am 29. November 2016 begangen und die seit dem 12. September 2018 rechtskräftige Abschiebung sei nicht vollzogen worden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte berücksichtige das zwischenzeitliche Verhalten. Innerstaatliche Bestimmungen seien nicht massgebend.

### **E. 3.2**

Die Erstinstanz führte aus, in den Art. 66a ff. StGB fehle es an einer Rechtsgrundlage für die beantragte Aufhebung der Landesverweisung auf dem Wege der "einer gerichtlichen

Behörde

übertragenen selbständigen nachträglichen Entscheide" ( Art. 363 Abs. 1 StPO ).

Die Vorinstanz geht von der Rechtskraft der Landesverweisung aus. Verletzungen von Verfassungs- und Konventionsrecht könnten nicht mehr gerügt werden. Der Beschwerdeführer mache geltend, die Landesverweisung würde zu einer erneuten Traumatisierung seiner Tochter führen. Die eheliche Beziehung habe sich in der Zwischenzeit vertieft und gefestigt. Seine wirtschaftliche Situation müsse neu beurteilt werden. Das seien keine Revisionsgründe im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO . Er stelle zu Recht kein Revisionsgesuch.

Die Gesetzesgrundlage für nachträgliche Massnahmenentscheide ( Art. 363 StPO ) finde sich im materiellen Recht. Dies sei für die Landesverweisung gesetzlich nicht vorgesehen. Die Migrationsbehörden seien an die diesbezüglichen strafrechtlichen Entscheide gebunden (ZURBRÜGG/HRUSCHKA, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 120 vor Art. 66a-66d StGB ). Aus Gründen der Rechtsgleichheit erfolge der Straf- und Massnahmenvollzug vor dem Vollzug der Landesverweisung, was zu einem zeitlichen Auseinanderfallen führen könne. Persönliche und familiäre Gründe, die nach Rechtskraft des Strafurteils eintreten, könnten nicht mehr berücksichtigt werden (

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 121 Abs. 2-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer] vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975, 6006). Zum Zeitpunkt des Vollzugs könnten die Vollzugsbehörden die Landesverweisung nur nach Art. 66d StGB und nicht unter weiteren völkerrechtlichen Gesichtspunkten prüfen (Botschaft, S. 5996). Sie könne nicht gestützt auf Art. 363 StPO aufgehoben werden.

#### **E. 4.1**

Die vom Appellationsgericht am 12. September 2018 gestützt auf Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB für 5 Jahre angeordnete Landesverweisung war ab dem Urteilstag mangels Anfechtung rechtskräftig (vgl. Art. 437 Abs. 2 StPO ) und vollstreckbar. Die rechtskräftige Entscheidung bindet neben den Strafgerichten auch die Vollzugsbehörden. Diese sind zum Vollzug der Strafen und Massnahmen und damit auch der Landesverweisung verpflichtet ( Art. 372 StGB ).

#### **E. 4.2**

Kohärent mit dieser Normierung gilt die Landesverweisung ab Rechtskraft des Urteils ( Art. 66c Abs. 1 StGB ). Vor dem Vollzug sind die unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die freiheitsentziehenden Massnahmen zu vollziehen ( Art. 66c Abs. 2 StGB ). Sind diese Sanktionen vollzogen, ist die Landesverweisung zu vollziehen ( Art. 66c Abs. 3 StGB ). Dabei ist zu beachten, dass die Art. 66a ff. StGB den tatsächlichen Vollzug der Landesverweisung nicht regeln, sondern insoweit zur obligatorischen Landesverweisung in Art. 66d StGB auf die "zuständige kantonale Behörde" weiterverweisen (Urteil 6B\_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.5). Der Bundesgesetzgeber hat die zuständige kantonale Behörde bewusst nicht bezeichnet und diese Bezeichnung der Organisationshoheit der Kantone zugewiesen (Urteil 6B\_1313/2019 vom 29. November 2019 E. 4.2, publiziert in: SJ 2020 I 141).

Im Kanton Basel-Stadt ist das Migrationsamt für den Vollzug der Landesverweisung zuständig (§ 9 der Verordnung über den Justizvollzug vom 23. Juni 2020 [JV; SG

258.210]). Die zuständigen Behörden und die Gerichtsstanz (vgl. § 2 Abs. 1 und § 5 des Gesetzes über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht [SG 122.300]) sind im Kanton Basel-Stadt gesetzlich bestimmt und institutionalisiert. Es bestehen insoweit weder eine Lücke im Gesetz, die vom Gericht zu füllen wäre ( BGE 145 IV 252 E. 1.6.1), noch ein negativer Kompetenzkonflikt (Urteil 6B\_1313/2019 vom 29. November 2019 E. 4.3, e contrario).

### **E. 4.3**

Der Gesetzgeber hat die Landesverweisung als sichernde strafrechtliche Massnahme (Urteile 6B\_780/2020 vom 2. Juni 2021 E. 1.3.4; 6B\_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.2) mit allerdings migrationsrechtlicher Wirkung ( BGE 146 II 321 E. 4.4 mit Hinweisen) nicht dem Ausländerrecht nachgebildet (Urteil 6B\_607/2018 vom 10. Oktober 2018 E. 1.3). Insbesondere sollte mit Art. 62 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG; SR 142.20) der gemäss aArt. 55 Abs. 1 StGB bestehende Dualismus vermieden werden: der ausländerrechtliche Widerruf ist unzulässig, wenn er allein gestützt auf ein Delikt erfolgt, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat ( BGE 146 II 49 E. 5.1). Indessen erlöschen mit der rechtskräftigen Landesverweisung nach Art. 66a StGB bzw. mit dem Vollzug der nicht obligatorischen Landesverweisung ausländerrechtliche Bewilligungen ( Art. 61 Abs. 1 lit. e und lit. f AIG ). Auch das Asyl in der Schweiz erlischt, wenn eine strafrechtliche Landesverweisung rechtskräftig geworden ist ( Art. 64 Abs. 1 lit. e AsylG ; SR 142.31).

Nach dem Strafgesetzbuch kann der Vollzug der obligatorischen Landesverweisung unter den Voraussetzungen von Art. 66d StGB durch die zuständige kantonale Behörde aufgeschoben werden, und zwar im Wesentlichen nach Massgabe der Asylrechtsgesetzgebung oder des Non-Refoulement-Prinzips (Abs. 1 lit. a) oder wenn andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen (Abs. 1 lit. b). Dabei gilt die gesetzliche Vermutung, dass die Ausweisung in einen vom Bundesrat als sicher bezeichneten Staat nicht gegen Art. 25 Abs. 2 und 3 BV verstösst.

### **E. 4.4**

Die angerufenen kantonalen Strafgerichte verneinen zutreffend eine Rechtsgrundlage für die beantragte Aufhebung der Landesverweisung auf dem Wege der "einer gerichtlichen Behörde

übertragenen selbständigen nachträglichen Entscheide" ( Art. 363 Abs. 1 StPO ). Der Beschwerdeführer rügt zu Unrecht eine Gehörsrechtsverletzung (oben E. 3.1). Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet, dass die Behörde die Vorbringen der von einem Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigt ( BGE 141 IV 249 E. 1.3.1). Die Vorinstanz begründet, weshalb das rechtskräftige Strafurteil nicht nachträglich gemäss Art. 363 StPO aufgehoben werden kann (oben E. 3.2). Dass der Beschwerdeführer mit der vorinstanzlichen Auslegung des Bundesrechts nicht einverstanden ist, begründet keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Im Nachverfahren gemäss Art. 363 StPO geht es um die nachträgliche Abänderung oder Ergänzung der Sanktionsfolgen von rechtskräftigen Strafurteilen. Es soll damit einer späteren Entwicklung Rechnung getragen werden können. Die Grundlage dafür findet sich im materiellen Recht ( BGE 141 IV 396 E. 3.1). Die Einführung der Landesverweisung führte zu keiner diesbezüglichen Änderung der StPO (vgl. Botschaft, a.a.O. [oben E. 3.2],

S. 6049). Daher fehlt für die Landesverweisung eine solche Kompetenznorm, sodass Art. 363 StPO nicht anwendbar ist und der gegenteiligen Ansicht in der Literatur nicht gefolgt werden kann (vgl. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 1 f. zu Art. 363 StPO ; SCHNEIDER/GFELLER, Landesverweisung und Schengener Informationssystem, in: Sicherheit & Recht, 1/2019). Es kann nicht

per analogiam auf Art. 363 StPO gestützt auf eine rechtskräftig angeordnete Landesverweisung mit freier Kognition nachträglich zurückgekommen werden.

#### **E. 4.5**

Das Gericht, das die Landesverweisung anordnet, hat deren Verhältnismässigkeit zum Zeitpunkt der Anordnung zu prüfen ( Art. 5 Abs. 2 BV ; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 145 IV 364 E. 3.3 und 3.9 betr. FZA; 144 IV 332 E. 3.1.2; Urteil 6B\_568/2020 vom 13. April 2021 E. 5.3.5). Das entbindet die vollziehende Behörde jedoch nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Rückkehr (etwa in medizinischer Hinsicht) weiterhin erfüllt sind ( BGE 145 IV 455 E. 9.4).

Der Beschwerdeführer behauptet nach dem strafrechtlichen Urteilszeitpunkt sowie nach dem Strafvollzug und der Aufhebung der Ausschaffungshaft eingetretene Umstände, nämlich eine "positive Entwicklung der familiären Situation" und ein inzwischen gegen die Landesverweisung stehendes Interesse der Tochter.

Solche nachträglich eingetretenen Umstände können anlässlich des Vollzugs gegen das Strafurteil grundsätzlich nicht mehr eingewendet werden (auch nicht revisionsrechtlich, vgl. Urteil 6B\_1353/2020 vom 22. Dezember 2020).

Auftreten kann allerdings in seltenen Konstellationen ein gewisses Spannungsverhältnis hinsichtlich des dritten der zehn

Boultif/Üner -Kriterien (Urteile des EGMR

Boultif gegen Schweiz vom 2. August 2001, Verfahren 54273/00, § 48;

Üner gegen Niederlande vom 18. Oktober 2006, Verfahren 46410/99, § 57: "le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période"; Urteil 6B\_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.5; in der Übersetzung von MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 3. Aufl. 2020, N. 697:

"die seit der Begehung der Straftat verstrichene Zeit sowie das Verhalten des Beschwerdeführers" ).

Die aufgeworfene Frage betrifft Entwicklungen nach der rechtskräftigen Anordnung der Landesverweisung (vgl. Urteil

I.M. gegen Schweiz vom 9. April 2019, Verfahren 23887/16, § 61: "La Cour [...] doit tenir compte des développements qui se sont produits depuis la décision interne ordonnant le renvoi du requérant"). Entsprechend prüft der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gemäss seiner Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK nicht nur die ausländerrechtliche Ausweisung sondern ebenso die strafrechtliche Landesverweisung nach diesem dritten Kriterium ("laps de temps écoulé depuis l'infraction et la conduite du requérant pendant cette période"; Urteil des EGMR

M.M. gegen Schweiz vom 8. Dezember 2020, Verfahren 59006/18, §§ 49, 61).

#### **E. 4.6**

Das Bundesgericht sieht sich im Rahmen des demokratisch legitimierten gewaltenteiligen Verfassungsverständnisses zu einer völkerrechtsfreundlichen und konventionskonformen Auslegung und Anwendung des Bundesrechts verpflichtet. Der EGMR stellt in seinem jüngsten Urteil zur strafrechtlichen Landesverweisung fest, dass die bundesgerichtliche Auslegung der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB

a priori eine konventionskonforme Anwendung erlaubt (Urteil des EGMR

M.M. gegen Schweiz , § 54).

Der Bundesgesetzgeber hat sich bewusst, und für das Bundesgericht "massgebend" ( Art. 190 BV ), für die in Art. 66c und 66d StGB kodifizierte Rechtslage entschieden. Nach der gesetzlichen Konzeption der strafrechtlichen Landesverweisung hat daher stets erstens das anordnende Strafgericht eine in Betracht fallende Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 2 StGB

und

Art. 66d StGB zu beurteilen. Zweitens hat die Vollzugsbehörde im Vollzugsentscheid die Sache gemäss Art. 66d StGB

aktuell zu prüfen, so etwa auch unter dem Gesichtspunkt, ob die Voraussetzungen für eine Rückkehr in medizinischer Hinsicht weiterhin erfüllt sind ( BGE 145 IV 455 E. 9.1 und 9.4; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B\_422/2021 vom 1. September 2021; Urteile 6B\_1270/2020 vom 10. März 2021 E. 9.4; 6B\_747/2019 vom 24. Juni 2020 E. 2.1.2 und 2.2.3; 6B\_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.5 f.).

Diese zweimalige Prüfung im Rahmen der gesetzlichen Anordnungs- und Vollzugskompetenz gewährleistet den Rechtsschutz der betroffenen Person sowie die Prüfung einer weiterhin bestehenden Konventionskonformität der angeordneten Landesverweisung zum Zeitpunkt der Vollstreckung gemäss Art. 66d StGB . Die verfahrensrechtliche Bestimmung von Art. 363 StPO räumt Behörden und Gerichten dagegen nicht die Sachkompetenz ein, nachträglich auf eine rechtskräftige strafrechtliche Landesverweisung bei fehlender anspruchsbegründender materieller Sachnorm

prozessualiter zurückzukommen.

#### **E. 4.7**

Da kein Vollzugsverfahren im Sinne von Art. 66d StGB vorliegt, fehlt es diesbezüglich an einem anfechtbaren Entscheid gemäss Art. 78 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 80 Abs. 1 BGG (Urteil 6B\_1313/2019 vom 29. November 2019 E. 3.2). Gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG besteht kein rechtlich geschütztes, aktuelles praktisches Interesse an der bundesgerichtlichen Beurteilung von (in casu) bloss theoretischen Fragestellungen (vgl. BGE 144 IV 81 E. 2.3.1; 140 IV 74 E. 1.3.1 ; 136 I 274 E. 1.3; Urteil 6B\_130/2014 vom 12. Juni 2014 E. 1.9). Die Bestimmung von Art. 66d StGB bringt ähnlich wie die Härtefallklausel in Art. 66a Abs. 2 StGB die Landesverweisung in Einklang mit dem (konventionsrechtlichen und zwingenden) Völkerrecht (STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch u.a., StGB/JStG, Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 66d StGB ). Diese vollzugsrechtliche Fragestellung kann mangels Anfechtungsobjekt nicht Beschwerdegegenstand bilden. Das "Gesuch" ist daher entgegen dem Antrag nicht der

Vollzugsbehörde zum Entscheid zu überweisen (Urteil 6B\_1313/2019 vom 29. November 2019 E. 4.3, e contrario).

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) kann gutgeheissen werden. Es sind keine Kosten zu erheben. Der Anwalt des Beschwerdeführers ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

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