

BGer 6B_743/2019 vom 23. September 2019

Bundesgericht, 2019-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_743_2019

FR: TF 6B_743/2019 du 23 septembre 2019

IT: TF 6B_743/2019 del 23 settembre 2019

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz anerkenne, dass er als niederländischer Staatsbürger ein Aufenthaltsrecht gemäss dem FZA habe. Von der Vorinstanz werde unter Ziff. 2.2.3 ausgeführt, aufgrund der Akten sei anzunehmen, dass er spätestens im September 2018 in Frankreich Wohnsitz genommen habe und sich sein Lebensmittelpunkt dort befinde. Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz beziehe sich auf act. 52, dort befinde sich einzig ein Schreiben der Staatsanwaltschaft/Kriminalpolizei an die Bevölkerungsdienste vom 9. September 2016. Es sei weder die Rede vom Jahr 2018 noch handle es sich um eine Anmeldebescheinigung oder ein verbindliches Papier für den Lebensmittelpunkt. Das Aktorium beweise lediglich eine Mitteilung der Kriminalpolizei an die Bevölkerungsdienste über das hängige Strafverfahren. Nach der Vorinstanz sei nicht anzunehmen, dass er seinen Lebensmittelpunkt vor Ablauf von sechs Monaten wieder dauerhaft in die Schweiz verlegt habe. Da er sich nicht rechtmässig in der Schweiz aufhalte, könne er sich nicht auf das FZA berufen. Diese Ausführungen seien falsch und willkürlich, denn:

- nach der Bescheinigung des Einwohneramts Basel vom 7. Mai 2018 sei er am 5. März 2018 in die Schweiz zugezogen;
- er verfüge seither über eine Aufenthaltsbewilligung B;
- es sei ihm ein schweizerischer Führerausweis ausgestellt worden;
- er arbeite seit Mai 2018 bei einer Firma;
- überdies lebe er mit seiner Lebensgefährtin in Basel eheähnlich zusammen, weswegen Art. 8 EMRK verletzt worden sei; er verfüge deswegen nicht über einen Mietvertrag, weil dieser auf den Namen der Lebensgefährtin laute.

Entgegen der Vorinstanz könne von einem Wohnsitz in Frankreich keine Rede sein. Die Aufenthaltsbewilligung sei gültig und nicht erloschen. Er halte sich rechtmässig im Sinne des FZA in der Schweiz auf.

Die Vorinstanz habe ein schriftliches Verfahren durchgeführt und somit offenbar keine Kenntnis über sein ordentliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz gehabt. Es könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass das Verfahren wider Erwarten weit über ein Jahr gedauert habe. Überdies sei das Recht, insbesondere der Aufenthaltsstatus, von Amtes wegen anzuwenden. Aus diesen Gründen sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er könne als hier legal wohnhafter Unionsbürger aufgrund des FZA nicht mit einer Landesverweisung belegt werden. Willkürlich gehe die Vorinstanz von falschen Tatsachen aus.

E. 1.2

Die Vorinstanz hält verfahrensrechtlich fest, gemäss Art. 406 Abs. 1 StPO könne das Berufungsgericht die Berufung im schriftlichen Verfahren behandeln, wenn unter anderm ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden (lit. a) oder Massnahmen im Sinne der Art. 66-73 StGB angefochten seien (lit. e).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei einzig die Frage, ob und gegebenenfalls für wie lange der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 66a StGB des Landes zu verweisen sei. Die Staatsanwaltschaft wie auch der Beschwerdeführer hielten zu Recht dafür, dass die Voraussetzung von Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO erfüllt sei. Das Urteil könne in Anwendung von Art. 406 Abs. 4 i.V.m. Art. 390 Abs. 2-4 StPO auf dem Zirkulationsweg ergehen.

Der Beschwerdeführer war vor der Vorinstanz und der Erstinstanz durch den heutigen Rechtsvertreter amtlich verteidigt. Er bestreitet die vorinstanzliche Erwägung nicht.

E. 1.3

Für Abklärungen hinsichtlich des FZA gilt wie bei der strafrechtlichen Landesverweisung der Untersuchungsgrundsatz. Bundesgerichtliche Vorinstanzen sind gehalten, den Sachverhalt so festzustellen, wie er sich zum Zeitpunkt ihres Urteils tatsächlich präsentiert (Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 1.3.1

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Echte Noven, d.h. Tatsachen, die sich zugetragen haben, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen mehr vorgetragen werden durften, sind vor Bundesgericht unbeachtlich; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, Beweise abzunehmen und Tatsachen festzustellen, über die sich die Vorinstanz nicht ausgesprochen hat (Urteil 6B_79/2019 vom 5. August 2019 E. 2.3.4). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was in der Beschwerde näher darzulegen ist. Der vorinstanzliche Verfahrensausgang allein bildet noch keinen hinreichenden Anlass im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG für die Zulässigkeit von unechten Noven, die bereits im kantonalen Verfahren ohne weiteres hätten vorgebracht werden können (BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 22 f.).

E. 1.3.2

Das erstinstanzliche Urteil erging am 17. August 2017. Mit Berufungsbegründung vom 13. Februar 2018 beantragte die Staatsanwaltschaft, den Beschwerdeführer für 10 Jahre des Landes zu verweisen. Der Beschwerdeführer beantragte mit Berufungsantwort vom 15. März 2018, die Berufung abzuweisen, das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen und ihm die amtliche Verteidigung zu gewähren (Urteil S. 2).

Der Beschwerdeführer erwähnte in seiner Berufungsantwort vom 15. März 2018 weder den behaupteten Zuzug in die Schweiz am 5. März 2018 noch die weiteren Umstände (oben E. 1.1). Die von ihm der Beschwerde in Kopie beigelegte Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA datiert vom 5. März 2018 und ist gültig bis zum 20. März 2023. Er teilte der Vorinstanz diesen nach dem erstinstanzlichen Urteil und vor der Einreichung der Berufungsantwort angeblich erfolgten Zuzug in die Schweiz nicht mit und erklärte sich in der Folge sogar mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden, in welchem "ausschliesslich"

Rechtsfragen zu entscheiden sind (Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO). Angesichts des Ausnahmecharakters des schriftlichen Berufungsverfahrens ist das Berufungsgericht zwar verpflichtet, im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Durchführung des schriftlichen Verfahrens gegeben sind (Urteil 6B_606/2018 vom 12. Juli 2019 E. 3.5.3). In casu ordnete die Vorinstanz das schriftliche Verfahren indes nicht gestützt auf Art. 406 Abs. 2 StPO an, und der Beschwerdeführer bringt weder vor, dass die Vorinstanz zur Befragung des Beschwerdeführers veranlasst gewesen wäre noch legt er dar, warum er der Vorinstanz die vor Bundesgericht vorgebrachten unechten Noven nicht vorgetragen hatte.

Der Grundsatz von Treu und Glauben, aus welchem sich das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ergibt, verbietet es, bekannte rechtserhebliche Einwände der Vorinstanz vorzuenthalten und diese erst nach einer ungünstigen Entscheidung im anschliessenden Rechtsmittelverfahren zu erheben (BGE 143 IV 397 E. 3.4.2 S. 406), sie also vor Bundesgericht erstmals geltend zu machen (vgl. Urteile 6B_205/2018 vom 5. März 2019 E. 1, 6B_1168/2017 vom 10. September 2018 E. 1, 6B_228/2018 vom 22. August 2018 E. 1.3), und zwar umso mehr, als der durch einen Strafverteidiger vor der Erst- und der Vorinstanz verbeiständete Beschwerdeführer mit der Zustimmung zum schriftlichen Berufungsverfahren auf die Geltendmachung neuer Tatsachen bzw. auf ein Beweisverfahren gerade ausdrücklich gültig verzichtet hatte.

E. 1.3.3

Zu diesem widersprüchlichen Verhalten hält er vor Bundesgericht lediglich fest, es könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass das Verfahren wider Erwarten über ein Jahr gedauert hatte; überdies sei "das Recht, insbesondere der Aufenthaltsstatus, von Amtes wegen anzuwenden" (Beschwerde Ziff. 7). Der Aufenthaltsstatus ist zunächst eine beweisbedürftige Tatsache. Der Beschwerdeführer legt mit keinem Wort dar, inwiefern die Vorinstanz veranlasst gewesen sein sollte, angesichts der unbestritten gültigen Anordnung des schriftlichen Verfahrens weitere Beweismassnahmen vorzunehmen.

E. 1.4

Der Beschwerdeführer setzt sich mit dem vorinstanzlichen Urteil nicht auseinander (zu act. 52 unten E. 1.4.1). Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, in den Akten nach Tatsachen zu forschen. Indes ist festzustellen:

E. 1.4.1

Das Rubrum des erstinstanzlichen Urteils nennt eine Wohnadresse in Frankreich. Das vorinstanzliche Urteil führt die identische Wohnadresse in Frankreich im Rubrum auf. Nach der Vorinstanz ergibt sich aus den Akten, dass dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zwecks Erwerbstätigkeit in der Schweiz erteilt worden war, zuletzt befristet bis 30. November 2019 (act. 586). Bei diesem Aktorum handelt es sich um ein Dokument des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt, Bevölkerungsdienste und Migration. Darin werden u.a. seine Wohnadresse seit dem 19. August 2016 in Santo Domingo, Dominikanische Republik, angegeben, ferner ein Zuzugsdatum vom 1. April 2012 und der Zuzugsort Zürich sowie als Ablaufdatum der Aufenthaltsbewilligung der 30. November 2019.

Die Vorinstanz stellt weiter fest, aufgrund der Akten sei anzunehmen, dass der Beschwerdeführer spätestens im September 2018 in Frankreich Wohnsitz genommen habe (mit Hinweis auf act. 52) und sich sein Lebensmittelpunkt seither dort befinde. Bei diesem

Aktorum handelt es sich um ein Schreiben der Staatsanwaltschaft (Kriminalpolizei) an das Amt Bevölkerungsdienste und Migration, Basel, vom 9. September 2016. Darin teilt die Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 82 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) dem Migrationsamt mit, dass gegen den Beschwerdeführer, wohnhaft an der in den beiden Urteilen zitierten Wohnadresse in Frankreich, ein Strafverfahren hängig sei. Art. 82 Abs. 1 VZAE enthält in Ausführung von Art. 97 Abs. 3 lit. a und b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG; SR 142.20) die Vollzugsvorschriften im Zusammenhang mit Strafuntersuchungen sowie mit zivil- und strafrechtlichen Urteilen. Mithin ist act. 52 ein Dokument betreffend die amtliche Abklärung des Wohnsitzes des Beschwerdeführers und damit eine beweiskräftige öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 110 Abs. 5 StGB .

Die Vorinstanz führt anschliessend aus, selbst unter Berücksichtigung der Haftverbüsung sei nicht anzunehmen, dass der Beschwerdeführer seinen Lebensmittelpunkt vor Ablauf von sechs Monaten wieder (dauerhaft) in die Schweiz verlegt hätte. Entsprechendes werde von ihm auch nicht geltend gemacht (Urteil S. 5). Folglich sei davon auszugehen, dass seine ursprünglich bis 30. November 2019 befristete Aufenthaltsbewilligung im April 2017 erloschen sei (mit Verweisung auf Art. 61 Abs. 2 AIG [SR 142.20] und Urteil 2C_531/2011 vom 19. Dezember 2011 E. 2.2). Gemäss dieser Bestimmung erlischt die Kurzaufenthaltsbewilligung nach drei Monaten, die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten, wenn der Ausländer die Schweiz verlässt, ohne sich abzumelden. Die Vorinstanz schliesst, der Beschwerdeführer verfüge über kein freizügigkeitsrechtliches Aufenthaltsrecht mehr.

Die Vorinstanz prüft, ob ausnahmsweise gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzusehen sei (Urteil S. 5 ff.). Dabei kommt sie unter dem Titel von Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK zum Ergebnis, aus den Akten ergäben sich keinerlei Hinweise darauf, dass der heute 33-jährige Beschwerdeführer zu einer hier gefestigt aufenthaltsberechtigten Person in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stünde, das über die normalen affektiven familiären Bindungen hinausginge. Er mache denn auch nichts dergleichen geltend (Urteil S. 7). Er sei am 1. Dezember 2009 im Alter von 24 Jahren in die Schweiz eingereist und habe das Land im Herbst 2016 aus freien Stücken verlassen. Er habe sich knapp 7 Jahre hier aufgehalten. Es sei auch nicht ersichtlich, dass er in der Schweiz während seines Aufenthalts besonders intensive, über die normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur unterhalten hätte. Er habe im Verfahren keinerlei private Interessen geltend gemacht. Angesichts des Umstands, dass er seit rund zweieinhalb Jahren im Ausland wohne, seien keine solchen ersichtlich. Ein Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB sei zu verneinen (Urteil S. 8).

E. 1.4.2

Zur Prozessgeschichte lässt sich feststellen:

- 17. August 2017: erstinstanzliches Urteil; gleichentags Haftentlassungsverfügung (act. 729);
- 31. Oktober 2017: Zustellung des begründeten Urteils an den Verteidiger;
- 13. November 2017: Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO betreffend Landesverweisung mit der Erklärung: "Beweisanträge werden keine gestellt" (act. 758);

- 15. November 2017: Zustellung der Berufungserklärung an den Verteidiger mit Rechtsmittelbelehrung betreffend Anschlussberufung;
- 8. Dezember 2017: Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer innert Frist weder Anschlussberufung erklärt noch Nichteintreten auf die Berufung beantragt hatte, sowie Fristsetzung an die Staatsanwaltschaft zur Berufungsbegründung bis 10. Januar 2018;
- 10. Januar 2018: Fristerstreckung bis 14. Februar 2018;
- 13. Februar 2018: Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft u.a. mit der Erklärung: " Da es sich um rein rechtliche Fragen handelt, wäre die Staatsanwaltschaft mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens einverstanden" (act. 770); die Berufungsbegründung wird dem Verteidiger am 15. Februar 2018 zugestellt;
- 15. März 2018: in der Berufungsantwort erklärt der Verteidiger: Die Staatsanwaltschaft versuche, Stimmung für die Landesverweisung zu erzeugen, übersehe jedoch, dass dies eine reine Rechtsfrage sei; das Urteil könne, wie von der Staatsanwaltschaft beantragt, schriftlich ergehen (act. 775).

(Zunächst erfolgen keine weiteren Verfahrenshandlungen)

-

15. Februar 2019: Verfügung des Appellationsgerichts: "Das Urteil ergeht schriftlich. Allfällige ergänzende Eingaben der Parteien müssten bis zum 29. März 2019 erfolgen" (act. 779);

- 18. Februar 2019: Zustellung dieser Verfügung an den Verteidiger und die Staatsanwaltschaft (act. 780);

-

E. 1.4.3

Somit stimmte der Verteidiger in der Berufungsantwort dem schriftlichen Verfahren ausdrücklich zu. Es erfolgte ein elfmonatiger Unterbruch. Bei der Fortsetzung des Verfahrens stellte die Vorinstanz Frist zu allfälligen ergänzenden Eingaben und stellte bei Fristablauf fest, dass sich die Parteien nicht geäußert hatten. Der Beschwerdeführer bzw. sein Verteidiger teilten die vor Bundesgericht als relevant behaupteten Tatsachen vom Mai 2018 (oben E. 1.1) der Vorinstanz trotz Fristansetzung zu ergänzenden Eingaben nicht mit. Insbesondere opponierte der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt gegen die von beiden kantonalen Gerichten festgestellte Wohnadresse in Frankreich. Dass der Beschwerdeführer unter dem Titel von Art. 8 EMRK keine sachdienlichen Tatsachen mitteilte (oben E. 1.4.1), wird von diesem nicht bestritten. Das vor Bundesgericht behauptete "eheähnliche" Zusammenleben (oben E. 1.1) begründete, selbst wenn damit ein Konkubinat gemeint sein sollte, im Übrigen nicht schon einen Anspruch aus Art. 8 EMRK (Urteile 6B_704/2019 vom 28. Juni 2019 E. 1.3.2, 6B_143/2019 vom 6. März 2019 E. 3.3.2, 6B_1329/2018 vom 14. Februar 2019 E. 2.3.2).

E. 1.5

In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG).

E. 1.5.1

Es ist unerlässlich, auf den angefochtenen Entscheid einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen, worin die Verletzung von Bundesrecht liegen soll (BGE 140 III 115 E. 2 S.116). Das Bundesgericht befasst sich nur mit den Rechtswidrigkeiten, die in der Beschwerde konkret geltend gemacht werden (Urteil 5A_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 6.3.5 mit Hinweis auf BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 ff.). Wird die BV oder die EMRK als verletzt behauptet, besteht eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144). Auf die blosser Anrufung einer EMRK-Bestimmung ohne substantiierte Begründung tritt das Bundesgericht nicht ein (Urteil 6B_272/2018 vom 15. Mai 2018 E. 3.4). Für das Bundesgericht ist der vorinstanzlich verbindlich festgestellte Sachverhalt massgebend (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es ist kein Appellationsgericht und tritt auf appellatorische Kritik nicht ein (BGE 145 IV 154 E. 1.1 S. 155 f.).

Die Rüge des fehlerhaft festgestellten Sachverhalts bedarf daher einer qualifizierten Begründung. Es reicht nicht aus, in allgemeiner Form Kritik daran zu üben oder einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten oder seine eigene Beweiswürdigung zu erläutern. Die Rüge und ihre qualifizierte Begründung müssen in der Beschwerdeschrift selber enthalten sein. Die blosser Verweisung auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten genügt nicht (BGE 143 V 19 E. 2.2 S. 23).

Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die vorgebrachten Rügen, sofern eine Rechtsverletzung nicht geradezu offensichtlich ist. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 143 V 19 E. 2.3 S. 23 f.).

E. 1.5.2

Der Beschwerdeführer bringt lediglich unechte Noven vor, die er der Vorinstanz während rund eines Jahres hätte vortragen können. Er verzichtete auf ein mündliches Verfahren und auf ergänzende Eingaben (Fristsetzung vom

15. Februar 2019 ; oben E. 1.4.2). Das prozessuale Vorgehen mit der behaupteten zwischenzeitlichen Begründung eines Aufenthaltsrechts erscheint als undurchsichtig. Der Verteidiger verfügte bei Zustellung des angefochtenen Urteils "über keinerlei Kontaktdaten mehr" (oben E. 1.4.2). Eine Wohnsitzbestätigung etwa legt er nicht ins Recht.

E. 1.5.3

Im Strafverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 StPO ; oben E. 1.3). Der Grundsatz gilt auch im ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahren: Die Parteien unterliegen im Bewilligungsverfahren bei der Sachverhaltsermittlung einer spezialgesetzlichen Mitwirkungspflicht gemäss Art. 90 lit. a AIG (Urteil 2C_27/2018 vom 10. September 2018 E. 2.2). Die Migrationsbehörden müssen den Sachverhalt von Amtes wegen möglichst zuverlässig abklären. Indessen wird der Untersuchungsgrundsatz durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Diese Pflicht kommt naturgemäss bei Tatsachen zum Tragen, die eine Partei besser kennt als die Behörde und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden könnten (Urteil 2C_296/2019 vom 31. Juli 2019 E. 3.4).

Im Strafverfahren gilt keine Mitwirkungspflicht; verweigert die beschuldigte Person ihre Mitwirkung, so wird das Verfahren gleichwohl fortgeführt (Art. 113 Abs. 1 und 2 StPO). Der Beschwerdeführer setzt sich vor Bundesgericht in eklatanten Widerspruch zum kantonalen Prozessverhalten (contra facta propria) und prozessiert unter Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO ; oben E. 1.3.2).

E. 1.6

Die unechten Noven sind unbeachtlich. Im Übrigen setzt sich der Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Urteil nicht auseinander.

E. 2

Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

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