

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2020.210 vom 20. November 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2020.210](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2020.210)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2020.210 du 20 novembre 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2020.210 del 20 novembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Beschwerde das gegen nicht materielle Verfügungen und Beschlüsse der erstinstanzlichen Gerichte vorgesehene Rechtsmittel.

1.2 In den in § 92 Abs. 1 Ziff. 4 lit. a-j des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) aufgezählten Fällen ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen selbständige nachträgliche Entscheide des Strafgerichts das Dreiergericht des Appellationsgericht zuständig. Vorliegend handelt es sich jedoch um einen Nichteintretensbeschluss des Strafgerichts, der zudem keinen der in § 92 Abs. 1 Ziff. 4 GOG erwähnten Fällen betrifft. Zuständiges Beschwerdegericht ist deshalb grundsätzlich das Appellationsgericht als Einzelgericht (§§ 88 Abs. 1 und 93 Abs. 1 Ziff. 1 GOG). In Fällen von besonderer Tragweite kann die Verfahrensleitung allerdings anordnen, dass das Dreiergericht entscheidet (§ 93 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 GOG). Ein solcher Fall liegt hier vor.

1.3 Auf die rechtzeitig und formgültig eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 396 Abs. 1 StPO) wird eingetreten. Das Beschwerdegericht überprüft den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition (Art. 393 Abs. 2 StPO).

### **E. 2**

2.1 Das Strafgericht begründete seinen Nichteintretensbeschluss damit, dass das Strafgericht zwar grundsätzlich zuständig sei für die einer gerichtlichen Behörde übertragenen selbständigen nachträglichen Entscheide gemäss Art. 363 ff. StPO. Allerdings sei eine Ergänzung oder Abänderung rechtskräftiger Urteile im Rahmen von selbständigen nachträglichen Entscheiden gemäss den Art. 363 ff. StPO nur in Ausnahmefällen vorgesehen und erfordere eine gesetzliche Grundlage von Bund oder Kantonen. In den die Landesverweisung betreffenden gesetzlichen Bestimmungen von Art. 66a ff. StGB finde sich keine entsprechende Spezialregelung und auch der Beschwerdeführer stütze seinen Antrag nicht auf eine solche gesetzliche Grundlage.

2.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, das Strafgericht verkenne, dass eine Zuweisung gemäss Art. 363 Abs. 1 StPO nicht zwingend im Strafgesetzbuch erfolgen müsse, sondern sich auch aus anderen Rechtsquellen ergeben könne. Den vom Strafgericht aufgezählten Rechtsnormen sei gemein, dass ein ursprünglich getroffener Entscheid an veränderte Verhältnisse angepasst werden müsse. Hinsichtlich der Landesverweisung sei eine Anpassung an neue Verhältnisse in mindestens drei Konstellationen vorgesehen (Beschwerde, Ziff. II.11). So sehe zunächst das Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681) in Art. 11 vor, dass eine unter dieses Abkommen fallende Person das Recht

habe, ihre aus dem Abkommen fliessenden Ansprüche gerichtlich überprüfen zu lassen. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA sehe vor, dass eine Landesverweisung nur zulässig sei, wenn vom Beschwerdeführer eine aktuelle Störung der öffentlichen Ordnung ausgehe. Dies impliziere, dass eine gerichtliche Überprüfung vorgenommen werden müsse, anlässlich welcher zu prüfen sei, ob aufgrund der aktuellen Umstände eine Rückfallgefahr vorliege. Das Strafgericht habe deshalb gestützt auf Art. 11 FZA auf das Gesuch eintreten müssen. Dies umso mehr, als dass dem Beschwerdeführer bereits beim ursprünglichen Urteil des Appellationsgerichts, mit welchem die Landesverweisung verfügt worden sei, kein Gericht im Sinne von Art. 11 FZA zur Verfügung gestanden sei, welches die ausgesprochene Landesverweisung mit voller Kognition habe überprüfen können (Beschwerde, Ziff II.12 ff.). Sodann leite sich ein Eintretensanspruch aus Art. 6 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) ab. Die Gerichte seien verpflichtet, die seit der Straftat abgelaufene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit sowie das Kindeswohl bei der Beurteilung einer Landesverweisung zu berücksichtigen. Dies erfordere eine sorgfältige Interessenabwägung (Beschwerde, Ziff. II.19 ff.). Schliesslich ergebe sich der Anspruch auf richterliche Überprüfung der veränderten Umstände auch aus der Bundesverfassung (BV, SR 101). Würden, wie vorliegend, positivrechtliche Bestimmungen über die Möglichkeit einer Abänderung einer Verfügung fehlen, müsse eine solche über eine Interessenabwägung über Art. 8 BV geschehen (Beschwerde, Ziff. II.28 ff.).

### **E. 3**

3.1 Zunächst ist festzuhalten, dass das Urteil des Appellationsgerichts SB.2017.106, mit welchem die in Frage stehende Landesverweisung des Beschwerdeführers angeordnet worden war, rechtskräftig ist. Sofern der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde geltend macht, seine verfassungs- oder konventionsrechtlichen Rechte seien in diesem Verfahren verletzt worden (vgl. Beschwerde, Ziff. II.17), so sind diese Rügen verspätet und können im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden.

3.2 Der Beschwerdeführer stellte vorliegend sodann zu Recht kein Revisionsgesuch.

Gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO kann die Revision verlangen, wer neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel geltend macht, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen. Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO sind neu, wenn das Gericht im Zeitpunkt der Urteilsfällung keine Kenntnis von ihnen hatte, das heisst, wenn sie ihm nicht in irgendeiner Form unterbreitet worden sind (BGE 137 IV 59 E. 5.1.2 S. 66 f., 130 IV 72 E. 1 S. 73, 116 IV 353 E. 3a S. 357). Neue Tatsachen und Beweismittel sind erheblich, wenn sie geeignet sind, die tatsächlichen Feststellungen, auf die sich die Verurteilung stützt, zu erschüttern und wenn die so veränderten Tatsachen einen deutlich günstigeren Entscheid zugunsten des Verurteilten ermöglichen (BGE 137 IV 59 E. 5.1.4 S. 68, 130 IV 72 E. 1 S. 73). Nach lit. b und c der Vorschrift ist die Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Gunsten der verurteilten Person ausserdem gestützt auf Erkenntnisse aus anderen Strafverfahren zu gestatten. Schliesslich sieht Abs. 2 der Bestimmung eine Verletzung der EMRK als Revisionsgrund vor, sofern namentlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind (lit. b).

In seiner Beschwerde bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, im Gegensatz zur Situation, wie sie sich beim ursprünglichen Urteil des Appellationsgerichts dargestellt habe, stehe heute fest, dass eine besonders affektive und wirtschaftlich enge Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter bestehe. Die Aufrechterhaltung der Landesverweisung sei nicht im Interesse der Tochter, sondern führe im Gegenteil zu einer erneuten Traumatisierung. Auch die eheliche Beziehung habe sich in der Zwischenzeit vertieft und gefestigt. Sodann müsse hinsichtlich der wirtschaftlichen Situation des Beschwerdeführers eine Neuurteilung vorgenommen werden (Beschwerde, Ziff. II.5 ff. sowie II.22 ff.). Er macht damit nicht geltend, dass aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel das ursprüngliche Urteil des Appellationsgerichts fehlerhaft sei, sondern dass dieses aufgrund neu eingetretener Umstände abgeändert werden müsse. Dies sind keine Revisionsgründe im obengenannten Sinne. Solche sind auch nicht ersichtlich, weshalb eine Revision des Urteils vom 12. September 2018 ausser Betracht fällt.

#### **E. 4**

4.1 Als Entscheide im Nachverfahren gemäss den Art. 363 ff. StPO gelten solche, in denen sich ein Gericht im Nachgang an ein in Rechtskraft erwachsenes Strafurteil hauptsächlich in Bezug auf die Massnahme oder den Vollzug der Strafe nochmals mit der Sache zu befassen hat. Das ursprüngliche Verfahren wird fortgesetzt. Es geht mithin um die nachträgliche Abänderung oder Ergänzung der Sanktionsfolgen von rechtskräftigen Strafurteilen. Es soll damit einer späteren Entwicklung Rechnung getragen werden. Die Grundlage dafür findet sich im materiellen Recht. Eine solche stellt beispielsweise die Verlängerung oder nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 Abs. 4 StGB bzw. Art. 62c Abs. 3 StGB dar (BGE 141 IV 396 E. 3.1 S. 398).

4.2 Das Strafgericht führte im angefochtenen Zirkulationsbeschluss die Fall-konstellationen auf, für welche im Strafgesetzbuch eine gesetzliche Grundlage für die Einleitung eines Nachverfahrens nach den Art. 363 ff. StPO vorliegt. Es stellte ebenso fest, dass in den die Landesverweisung betreffenden gesetzlichen Bestimmungen der Art. 66a ff. StGB keine Spezialregelung vorgesehen sei, die einen nachträglichen richterlichen Entscheid zur Modifikation oder Aufhebung einer Landesverweisung vorsehen würde (angefochtener Zirkulationsbeschluss, S. 3). Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden und werden vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerde auch nicht in Abrede gestellt (vgl. Beschwerde, Ziff. II.10 f.).

#### **E. 4.3**

4.3.1 Wie dargelegt (vgl. E. 2.2 oben), macht der Beschwerdeführer vielmehr geltend, dass sich nicht aus einer Bestimmung des Strafgesetzbuches, sondern aus dem FZA, der EMRK und der BV ein Anspruch auf Überprüfung der Landesverweisung und damit ein Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens zum selbständigen nachträglichen Entscheid herleiten lasse.

4.3.2 Die Bestimmungen betreffend die Landesverweisung gemäss den Art. 66a ff. StGB sind auf die Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» vom 26. Juni 2007 zurückzuführen. Diese forderte durch den Erlass der neuen Art. 121 Abs. 3 - 6 BV im Sinne eines Automatismus den Verlust sämtlicher Aufenthaltsrechte in der Schweiz in Kombination mit einem Einreiseverbot bei einer rechtskräftigen Verurteilung eines Ausländers wegen bestimmter Straftatbestände (Zurbrügg/Hruschka, in: Basler Kommentar, 4. Auflage 2019, Vor Art. 66a-66d StGB N 29 f.). Die Initianten zielten mit

ihrer Initiative darauf ab, den «Missbrauch des Gastrechts» zusätzlich zu bestrafen (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Vor Art. 66a-66d StGB N 56, mit Hinweisen). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Landesverweisung ein Institut des Strafrechts und primär als sichernde Massnahme zu verstehen (BGer 6B\_1031/2019 vom 1. September 2020 E. 3.7 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen). Der strafrechtlichen Landesverweisung nach Art. 66a StGB kommt dabei keinerlei migrationsrechtliche Komponente zu (BGE 145 IV 364 E. 3.9 S. 375; BGer 6B\_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.5, 6B\_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.5). Dementsprechend wurde auch auf einen Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf verzichtet. Ein ausländerrechtlicher Widerruf ist demnach unzulässig, wenn er allein gestützt auf ein Delikt erfolgt, für welches ein Strafgericht bereits eine Strafe ausgesprochen und auf eine Landesverweisung verzichtet hat (BGE 146 II 49 E. 5.1 S. 51 f.). Den Strafgerichten kommt damit eine umfassende Kompetenz zur Anordnung einer Landesverweisung bei delinquenten Ausländern zu und die Migrationsbehörden sind insofern an deren Entscheide gebunden (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Vor Art. 66a-66d StGB N 120). Die Einführung der strafrechtlichen Landesverweisung gemäss den Art. 66a ff. StGB führte zu einer klaren Verschärfung der ausländerrechtlichen Ausweisungspraxis (BGE 145 IV 55 E. 4.3 S. 62; BGer 6B\_929/2018 vom 27. September 2019 E. 1.3.5). Bei der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB hat das Strafgericht jedoch die Vereinbarkeit mit höherrangigem Völkerrecht zu gewährleisten sowie eine Härtefallprüfung vorzunehmen (zum Ganzen: Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Art. 66a StGB N 38 ff.).

Nachdem eine Landesverweisung ausgesprochen und diese in Rechtskraft erwachsen ist, ist die betroffene Person gemäss Art. 66c StGB gehalten, die Schweiz dauerhaft zu verlassen (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Vor Art. 66a-66d StGB N 59). Lediglich aus Gründen der Rechtsgleichheit und der staatlichen Pflicht zur Rechtsdurchsetzung wird der Vollzug einer unbedingten Strafe bzw. der unbedingte Teil teilbedingter Strafen gemäss Art. 66c Abs. 2 StGB vor dem Vollzug der Landesverweisung vollzogen (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Art. 66c StGB N 3). Dies kann ■ wie vorliegend ■ zu einem zeitlichen Auseinanderfallen zwischen der Rechtskraft der ausgesprochenen Landesverweisung und deren Vollzug führen. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass bereits mit der Rechtskraft der obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB sämtliche Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen erlöschen (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Vor Art. 66a-66d StGB N 59 und 88; Art. 66a StGB N 25; Spescha, Migrationsrecht Kommentar, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 63 Ausländer- und Integrationsgesetz [AIG, SR 142.20] N 21). Da von der Rechtsfolge des Erlöschens der Bewilligungen keine Ausnahme besteht, muss die Wirkung der Landesverweisung auf die betroffene Person bereits bei der Entscheidung über die Anordnung der Landesverweisung berücksichtigt werden (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Vor Art. 66a-66d StGB N 89). Dies ist vorliegend geschehen (vgl. AGE SB.2017.106 vom 12. September 2018 E. 4.2), was vom Beschwerdeführer denn auch gar nicht abgestritten wird (vgl. insbesondere Beschwerde, Ziff. II.21 ff.). Konsequenz daraus ist, dass persönliche oder familiäre Gründe, die sich erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, aber vor dem Vollzug der Landesverweisung ergeben, nicht mehr berücksichtigt werden können, und zwar selbst dann nicht, wenn das Gericht im Vollzugszeitpunkt von einer Landesverweisung aufgrund von Art. 66a Abs. 2 StGB absehen würde (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 2013, in: BBI 2013 S. 5975, 6006). Im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung kann von den

Vollzugsbehörden gemäss der gesetzlichen Regelung von Art. 66d Abs. 1 StGB lediglich noch geprüft werden, ob der Landesverweisung das Rückschiebungsverbot (lit. a) oder andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts (lit. b) entgegenstehen und der Vollzug deshalb aufzuschieben ist (Brändli, Landesverweisung: Viele offene Fragen ■ erste Urteile, in: Plädoyer 5/2020, S. 38, 40). Damit soll dem völkerrechtlichen Non-refoulement-Gebot Rechnung getragen werden (Schlegel, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 4. Auflage, Bern 2020, Art. 66d StGB N 1 ff).

4.3.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es klar dem Willen des Gesetzgebers entspricht, eine angeordnete und in Rechtskraft erwachsene Landesverweisung nach Art. 66a StGB grundsätzlich zu vollziehen. Vorbehältlich einer Revision des die Landesverweisung anordnenden Strafurteils, im Rahmen derer beispielsweise die Strafbarkeit wegen der Katalogstraftat nach Art. 66a Abs. 1 StGB entfällt, ist eine einmal angeordnete und in Rechtskraft erwachsene Landesverweisung demnach nicht mehr zu überprüfen, auch nicht unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten (vgl. auch Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 2013, in: BBI 2013 S. 5975, 5996). Auch ein Aufschub des Vollzugs ist nur unter den sehr eingeschränkten Möglichkeiten nach Art. 66d StGB möglich. Das Strafgericht zog demnach den richtigen Schluss, dass eine nachträgliche Änderung oder Aufhebung einer rechtskräftigen Landesverweisung gemäss Art. 66a ff. StGB nicht auf dem Wege eines selbständigen nachträglichen gerichtlichen Entscheids nach Art. 363 ff. StPO erfolgen kann und ist zu Recht nicht auf den dahingehenden Antrag des Beschwerdeführers eingetreten.

## **E. 5**

Aufgrund der vorgehenden Ausführungen ist die Beschwerde vom 5. November 2020 damit abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, das Migrationsamt Basel-Stadt mit prozessleitender Verfügung anzuweisen, bis zum rechtskräftigen Entscheid sämtliche Bemühungen zum Vollzug der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 12. September 2018 angeordneten Landesverweisung einzustellen (vgl. Rechtsbegehren 3).

## **E. 6**

6.1 Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten mit einer Gebühr von CHF 500.■ zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO; § 21 Abs. 2 des Gerichtgebührenreglements [GGR, SG 154.810]).

6.2 Der Beschwerdeführer beantragt für das vorliegende Beschwerdeverfahren die Bewilligung der amtlichen Verteidigung. Die Mittellosigkeit kann beim Beschwerdeführer als erstellt erachtet werden (vgl. Beschwerde, Ziff. II.36). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren stellten sich zudem rechtliche Fragen hinsichtlich der Eintretensvoraussetzungen für das Verfahren nach den Art. 363 ff. StPO, welchen der Beschwerdeführer als juristischer Laie nicht gewachsen sein dürfte. Für die Erhebung der vorliegenden Beschwerde war der Beschwerdeführer somit auf juristische Hilfe angewiesen. Das Gesuch um amtliche Verteidigung mit Advokat [...] ist demnach gutzuheissen. Der amtliche Verteidiger ist für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Mangels Einreichung einer Honorarnote ist der diesbezügliche Aufwand der Verteidigung zu schätzen, wobei aufgrund der Komplexität des Falles 6 Stunden für die Beschwerdeschrift als angemessen erscheinen. Diese sind praxisgemäss zu einem Stundenansatz von CHF 200.■, einschliesslich Auslagen, zuzüglich 7,7 % MWST, zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO verpflichtet, dem

Gericht das entrichtete Honorar zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

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