

BS_APPELLATIONSGERICHT DGS.2019.23 vom 17. Januar 2020

BS Appellationsgericht, 2020-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_DGS.2019.23

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT DGS.2019.23 du 17 janvier 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT DGS.2019.23 del 17 gennaio 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 411 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist zur Beurteilung von Revisionsgesuchen das Berufungsgericht zuständig. In Basel-Stadt hat das Appellationsgericht diese Funktion inne, wobei zum Entscheid über Revisionsgesuche betreffend Urteile eines Einzelgerichts des Strafgerichts oder des Appellationsgerichts das Dreiergericht zuständig ist (§ 92 Abs. 1 Ziff. 3 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Das Gleiche muss für Strafbefehle der Staatsanwaltschaft gelten. Das Berufungsgericht nimmt gemäss Art. 412 Abs. 1 StPO im schriftlichen Verfahren eine vorläufige Prüfung des Revisionsgesuchs vor. Ist das Gesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet oder wurde es mit den gleichen Vorbringen schon früher gestellt und abgelehnt, so tritt das Gericht nicht darauf ein (Art. 412 Abs. 2 StPO; vgl. AGE DG.2018.26 vom 23. Mai 2019 E. 1, DG.2018.33 vom 30. Januar 2019 E. 1.1).

1.2 Gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO kann, wer durch einen rechtskräftigen Strafbefehl beschwert ist, Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch oder eine wesentlich mildere Bestrafung der verurteilten Person herbeizuführen (AGE DG.2018.33 vom 30. Januar 2019 E. 1.2.1). Nach Art. 410 Abs. 1 lit. b und c StPO ist die Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Gunsten der verurteilten Person ausserdem gestützt auf Erkenntnisse aus anderen Strafverfahren zu gestatten (vgl. statt vieler AGE DG.2015.2 vom 16. November 2015 E. 1.3). Schliesslich sieht Abs. 2 dieser Bestimmung eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) als Revisionsgrund vor. In jedem Fall ist das Revisionsgesuch nach Art. 411 Abs. 1 StPO schriftlich zu begründen, zudem sind die angerufenen Revisionsgründe im Gesuch zu bezeichnen und zu belegen. Dabei ist einerseits klar anzugeben, in welchen Punkten ein Urteil angezweifelt wird, und sind andererseits die Revisionsgründe spezifiziert darzulegen sowie die Beweismittel anzuführen, welche diese belegen sollen (Heer, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 411 StPO N 6). Werden im Revisionsverfahren Noven im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO geltend gemacht, so sind diese im Gesuch zumindest glaubhaft zu machen. Die gesuchstellende Person hat im Einzelnen darzutun, inwiefern Tatsachen und Beweismittel neu und erheblich sind. In Bezug auf Beweisanträge sind die Anforderungen strenger als im Hauptverfahren: Es müssen zusätzlich Anhaltspunkte für das zu erwartende Beweisergebnis vorgebracht werden (AGE DG.2018.43 vom 20. Juni 2019 E. 1.2, DG.2016.11 vom 24. Januar 2017 E. 1.3; Heer, a.a.O., Art. 412 StPO N 1 f., 5 und Art. 413 StPO N 5).

1.3 Der Gesuchsteller lässt zur Begründung seines Revisionsgesuchs geltend machen, es würden neue Tatsachen und Beweismittel vorliegen, die geeignet seien, eine Änderung der Strafzumessung herbeizuführen. Dies behauptet der Gesuchsteller mit seinem

Revisionsgesuch und macht damit in zureichender Weise ein Novum geltend, welches zumindest im Rahmen der von Art. 412 StPO vorausgesetzten Überprüfung als tauglicher Revisionsgrund erscheint. Sein Gesuch ist damit weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet.

1.4 Der Strafbefehl vom 9. Januar 2018 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen, so dass kein ordentliches Rechtsmittel mehr dagegen erhoben werden kann. Im Weiteren ist der Gesuchsteller dadurch beschwert und damit zur Stellung eines Revisionsgesuchs legitimiert (Art. 410 Abs. 1 StPO). Dieses ist an keine Rechtsmittelfrist gebunden (Art. 411 Abs. 2 letzter Satz StPO). Auf das Revisionsgesuch ist demnach einzutreten.

E. 2

2.1 Die in Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO genannten Revisionsgründe entsprechen im Wesentlichen der Regelung von Art. 385 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0), wonach die Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Gunsten der verurteilten Person zu gestatten ist wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht bzw. der erkennenden Staatsanwaltschaft zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren (BGE 137 IV 59 E. 5.1.2 S. 66 f., 130 IV 72 E. 1 S. 73; BGer 6B_579/2012 vom 11. Januar 2013 E. 2.4.1, 6B_668/2011 vom 3. April 2012 E. 2.2). Damit gelten Beweismittel dann als **neu** im Sinne dieser Bestimmungen, wenn sie dem urteilenden Gericht bzw. der erkennenden Staatsanwaltschaft nicht zur Kenntnis gelangt sind. Keine neuen Tatsachen sind damit solche, die von der urteilenden Behörde mindestens als Hypothese in Betracht gezogen worden sind (BGE 80 IV 40 S. 42; vgl. dazu Heer, a.a.O., Art. 410 StPO N 34 ff.). Auch Tatsachen und Beweismittel, die aus den Akten oder aus den Verhandlungen hervorgehen, können neu im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO sein, wenn sie dem Gericht bzw. der erkennenden Staatsanwaltschaft unbekannt geblieben sind. Voraussetzung ist allerdings, dass die urteilende Behörde im Falle ihrer Kenntnis anders entschieden hätte und dass ihr Entscheid auf Unkenntnis und nicht auf Willkür beruht (BGE 122 IV 66 E. 2.b S. 68; BGer 6B_579/2012 vom 11. Januar 2013 E. 2.4.2; AGE DG.2018.43 vom 20. Juni 2019 E. 2.1, DG.2016.11 vom 24. Januar 2017 E. 2.1).

2.2 Artikel 410 Abs. 1 lit. a StPO präzisiert die in Art. 385 StGB vorausgesetzte Erheblichkeit, indem festgehalten wird, dass die neuen Tatsachen oder Beweismittel geeignet sein müssen, einen Freispruch, eine wesentlich mildere beziehungsweise strengere Bestrafung oder eine Verurteilung herbeizuführen. Massgeblich ist somit, ob die geltend gemachten Noven die Beweisgrundlage des früheren Entscheides so zu erschüttern vermögen, dass aufgrund des veränderten Sachverhalts ein wesentlich milderer Entscheid möglich ist oder ein zumindest teilweiser Freispruch in Betracht kommt (BGE 130 IV 72 E. 1 S. 73, mit Hinweisen; BGer 6B_579/2012 vom 11. Januar 2013 E. 2.4.2). Das Erfordernis der Erheblichkeit beinhaltet einen bestimmten Grad an Wahrscheinlichkeit: Die Revision ist zuzulassen, wenn eine Änderung des früheren Entscheides sicher oder zumindest wahrscheinlich ist (vgl. BGE 122 IV 66 E. 2.a S. 67, 116 IV 353 E. 5.a S. 362; BGer 6B_758/2015 vom 24. November 2015 E. 1.1; AGE DG.2018.43 vom 20. Juni 2019 E. 2.2, DG.2016.11 vom 24. Januar 2017 E. 2.2; Heer, a.a.O., Art. 413 StPO N 6 f.).

2.3 Ein Revisionsgesuch erscheint jedoch als rechtsmissbräuchlich und ist daher nicht zuzulassen, wenn es sich auf Tatsachen oder Beweismittel stützt, welche der Verurteilte von Anfang an kannte und ohne berechtigten Grund verschwieg bzw. zurückbehielt (vgl. BGE 130 IV 72 E. 2.2 S. 74; BGer 6B_1203/2014 vom 9. Juni 2015 E. 3.2 ff., 6B_864/2014 vom

16. Januar 2015 E. 1.3.3, je mit Hinweisen). Revisionsverfahren dienen nicht dazu, rechtskräftige Entscheide immer wieder infrage zu stellen oder gesetzliche Vorschriften über die Rechtsmittelfristen zu umgehen (vgl. BGE 130 IV 72 E. 2.2 S. 74; 127 I 133 E. 6 in fine S. 138; zum Ganzen AGE DG.2018.33 vom 30. Januar 2019 E. 1.2.1).

E. 3.1

3.1.1 Der Gesuchsteller beruft sich auf den Revisionsgrund von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO. Er bringt im Wesentlichen vor, dass es eine erhebliche Tatsache bzw. ein revisionsrechtlich zulässiges echtes Novum sei, dass er mit der Schweizer Bürgerin B____, geb. [...], seit September 2016 und mithin bereits im Zeitpunkt des Strafbefehls eine lange Beziehung führe und das Paar Ende 2017 schon beschlossen habe, die Ehe einzugehen. Am 8. Januar 2018 habe B____ der [...] Basel ■ einer Beratungsstelle für Asyl und Integration ■ geschrieben, um sich für die vorgesehene Heirat beraten zu lassen. Gemäss Strafbefehl sei dies der Staatsanwaltschaft jedoch nicht bekannt gewesen und deshalb bei der Strafzumessung nicht gewürdigt worden. Auch im Hinblick auf die seitherige Entwicklung der Beziehung, wonach die Hochzeitspläne fortgeführt und nur aufgrund der Haft des Gesuchstellers vereitelt worden seien, sei erstellt, dass hier keine Schutzbehauptungen geltend gemacht würden. Die Staatsanwaltschaft hätte im Januar 2018 angesichts der damals bestehenden konkreten Heiratsplänen nicht nur eine Geldstrafe aussprechen, sondern auch eine veränderte Legalprognose vornehmen müssen. Der Gesuchsteller habe mit der Heirat Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug seien bei den gegebenen formellen Voraussetzungen ■ der Gesuchsteller sei in den letzten fünf Jahren nicht zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten Dauer verurteilt worden ■ bereits damals erfüllt gewesen. Dem Gesuchsteller hätte mit der Heirat und der zu erwartenden Aufenthaltsbewilligung keine ungünstige Prognose mehr gestellt werden können, da er ab dann in Bezug auf die Ausländergesetzgebung nicht mehr delinquieren könne, was das Strafgericht in einem ähnlichen Fall im Urteil vom 30. November 2017 entschieden habe. Bei der anstehenden Neuurteilung müsse dem Gesuchsteller der bedingte Strafvollzug gewährt werden. Der angefochtene Strafbefehl sei an die italienische Asyladresse des Gesuchstellers zugestellt, ihm aber vom Asylheim nicht ausgehändigt worden. Weder er noch B____ hätten Kenntnis gehabt, dass in der Schweiz noch offene Strafen zu vollstrecken waren. B____ habe sich deswegen am 30. Januar 2019 bei der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt erkundigt, ob noch offene Bussen bestünden, die zu bezahlen wären. Somit könne dem Gesuchsteller nicht entgegengehalten werden, das Revisionsgesuch sei missbräuchlich. Die Rechtsprechung gemäss Urteil des Strafgerichts vom 30. November 2017 sei damals nicht bekannt gewesen. Der Gesuchsteller habe mangels persönlicher Eröffnung des Strafbefehls weder die Möglichkeit noch auch sonst die Veranlassung gehabt, die Heiratspläne mit einer allfälligen Einsprache geltend zu machen.

3.1.2 Dem hält die Staatsanwaltschaft mit Stellungnahme vom 15. April 2019 entgegen, dass die Tatsache, dass der Gesuchsteller mit der Schweizer Bürgerin B____ zumindest am 2. Juli 2017, als die Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; seit 1. Januar 2018 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [AIG]; SR 142.20) festgestellt worden seien, schon seit einiger Zeit eine Paarbeziehung geführt habe, keineswegs neu gewesen sei. Dies sei aktenkundig und somit bereits bekannt gewesen, als der Strafbefehl am 9. Januar 2018

erlassen worden ist. Ebenso stehe fest, dass bis am 9. Januar 2018 noch keine offiziellen Ehevorbereitungen getätigt worden seien. Diese seien erst nach Erlass des Strafbefehls aufgenommen worden und daher keine Nova im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO. Die blossе Heiratsabsicht könne höchstens zu einer anderen Würdigung oder Bewertung bereits bekannter Fakten führen, was aber keinen Revisionsgrund darstelle, sondern im Rahmen einer rechtzeitig erhobenen Einsprache hätte vorgebracht werden müssen. Dass dem Gesuchsteller der Strafbefehl nicht persönlich eröffnet worden sei, habe sich der Gesuchsteller selbst zuzuschreiben: Er habe seine Erreichbarkeit nicht sichergestellt, obwohl er von der Grenzwaсhe auf zu erwartende Postzustellungen durch die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt aufmerksam gemacht worden sei. Das Revisionsgesuch sei aufgrund dieser Ausführungen auch rechtsmissbräuchlich. Hinzu komme, dass die am 9. Januar 2018 erfolgte Sanktionszumessung rückblickend nicht zu beanstanden sei: Der Gesuchsteller habe sich von der wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Strafbefehl vom 3. März 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe nicht davon abhalten lassen, am 1. bzw. 2. Juli 2017 zum zweiten Mal gegen das AuG zu verstossen und überdies ein Einreiseverbot in die Schweiz zu missachten. Er habe seine persönlichen Interessen offenkundig über die angeordnete Fernhaltungsmassnahme gestellt, so dass eine unbedingte Strafe notwendig gewesen sei, um ihn von der Begehung weiterer einschlägiger Vergehen gegen das AuG abzuhalten, insbesondere da das Einreiseverbot damals noch bis am 11. Februar 2019 gültig gewesen sei. Ob und wann der Gesuchsteller eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz erhalten werde, stand im Zeitpunkt des Erlasses des Strafbefehls noch keineswegs fest. Ein Zuwarten mit dem Entscheid hätte aber dem Beschleunigungsgebot widersprochen. Schliesslich sei auch darauf zu verweisen, dass der Gesuchsteller weder damals noch heute in der Lage sei, eine Geldstrafe aus eigenen Mitteln zu bezahlen. Die Sanktion einer unbedingten Freiheitsstrafe sei daher nicht zu beanstanden.

E. 3.2

3.2.1 Der Gesuchsteller wurde mit Strafbefehl vom 9. Januar 2018 der rechtswidrigen Einreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. d, Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG und Art. 49 Abs. 1 StGB schuldig erklärt. Als Begründung wird im Strafbefehl unbestrittenermassen angeführt, dass der Gesuchsteller am 1. Juli 2017 in die Schweiz eingereist ist, obwohl gegen ihn ein bis zum 11. Februar 2019 gültiges Einreiseverbot für die Schweiz rechtskräftig verhängt worden war. Am 2. Juli 2017 wurde er am Bahnhof SBB in Basel kontrolliert. Aus den Akten erhellt zwar, dass der Polizei vom Gesuchsteller bei seiner Kontrolle am 2. Juli 2017 mitgeteilt wurde, dass er und B_____ seit einiger Zeit ein Paar seien (Vorakten, S. 7). Diese Tatsache ist gemäss Strafbefehl aber unberücksichtigt geblieben. Nicht aktenkundig ist und berücksichtigt wurde insbesondere auch der Heiratswille, welcher der Gesuchsteller für den Zeitpunkt des Strafbefehls im vorliegenden Verfahren nachgewiesen hat. So legt der Gesuchsteller namentlich eine Fotodokumentation vom Dezember 2017 der Beziehung mit B_____ sowie ein Screenshot einer SMS seiner Partnerin an C_____ der [...], welche darauf schliessen lässt, dass sich das Paar in Bezug auf den Eheschluss hat beraten lassen wollen, vor. Dass bereits damals ein Heiratswille bestand, wird durch die in der Folge vorgenommenen und dokumentierten Ehevorbereitungen bekräftigt. Der Wille zum Eheschluss ist im Zusammenhang mit den genannten ausländerrechtlichen Delikten klarerweise ein Revisionsgrund. Mit der zutreffenden Auffassung des Gesuchstellers wäre von der Staatsanwaltschaft namentlich zu berücksichtigen gewesen, dass aufgrund der Heirat des Gesuchstellers mit einer Schweizer Bürgerin ein Aufenthaltsrecht besteht, was bei der Strafzumessung ■ konkret bei der Frage

des bedingten Vollzugs (E. 3.2.2 hernach) und der Strafart (E. 3.2.3) ■ eine Rolle spielen kann.

3.2.2 Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Tatsächlich sind hinsichtlich der Delikte des rechtswidrigen Aufenthalts oder auch der rechtswidrigen Einreise Bedenken an der Notwendigkeit einer unbedingten Strafe angezeigt. Immerhin wäre damit zu rechnen gewesen, dass der Gesuchsteller mit der zu erwartenden Schlussphase der Ehevorbereitung bzw. später mit dem Eheschluss mit seiner Schweizer Verlobten einen Aufenthaltstitel erlangen wird und das Delikt, weswegen er auch vorbestraft ist, nicht mehr begehen (können) wird (BGE 134 IV 97 E. 7.4.2 S. 118; AGE SB.2018.24 vom 26. Juni 2019 E. 2.4). Damit schlägt sich die damals der Staatsanwaltschaft nicht bekannte feste Beziehung des Gesuchstellers zu einer Schweizer Bürgerin auf dessen Legalprognose nieder.

3.2.3 Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG sehen Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor. Zur Strafart ist festzuhalten, dass für Strafen von weniger als sechs Monaten bzw. bis zu 180 Tagessätzen grundsätzlich eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit auszusprechen ist (Art. 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB). «Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz, zu berücksichtigen» (BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100 ff., 134 IV 82 E. 4.1 S. 84 f.; AGE SB.2019.5 vom 2. Oktober 2019 E. 5.5.1). Nach der Konzeption des neuen Allgemeinen Teils des StGB stellt die Geldstrafe die Hauptsanktion dar. Freiheitsstrafen sollen nur verhängt werden, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und die gemeinnützige Arbeit bedarf der Zustimmung des Täters. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 97, E. 4.2.2 S. 101, 134 IV 82 E. 4.1 S. 84). Mit der Heirat und dem damit verbundenen Aufenthaltsrecht des Gesuchstellers kann sich nicht zuletzt auch die Ausgangslage verbessern, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen und damit die Geldstrafe bezahlen zu können, was hier aber nicht abschliessend erörtert werden muss.

3.2.4 Da der beschuldigte Gesuchsteller den Strafbefehl unbestritten ermassen nicht erhalten hat, konnte er die Revisionsgründe nicht bereits früher mit Einsprache geltend machen. Gründe, weshalb der Gesuchsteller den Strafbefehl treuwidrig hätte in Rechtskraft erwachsen lassen sollen, sind nicht ersichtlich.

E. 4

Nach dem Gesagten ist in Gutheissung des Revisionsgesuchs vom 28. Februar 2019 der Strafbefehl vom 9. Januar 2018 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine ordentlichen Kosten zu erheben. Dem amtlichen Verteidiger des Gesuchstellers, [...], Advokat, werden entsprechend der Honorarnote vom 12. August 2019 ein Honorar von CHF 2■976.90, zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 229.20.■ aus der Gerichtskasse zugesprochen.

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