

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.67 vom 20. März 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-03-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2019.67](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2019.67)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.67 du 20 mars 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.67 del 20 marzo 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erhebung der Berufung legitimiert ist. Sowohl die Berufungsanmeldung als auch die Berufungserklärung sind innert den gesetzlichen Fristen gemäss Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO eingereicht worden. Auf das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel ist daher einzutreten.

1.2 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden.

### **E. 1.3**

1.3.1 Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann demgemäss auf die Anfechtung von Teilen des Urteils beschränkt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Teilrechtskraft.

1.3.2 Die Schuldsprüche wegen mehrfachen versuchtem Diebstahl, geringfügigem Vermögensdelikt (Diebstahl) und Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes, der Freispruch von der Anklage des versuchten Diebstahles im Anklagepunkt 1 ([...]) sowie die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren sind nicht angefochten worden und daher in Rechtskraft erwachsen. Diese Punkte des erstinstanzlichen Urteils sind demzufolge im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen.

1.4 Die Staatsanwaltschaft hat innert Frist keine Anschlussberufung erhoben. Sie beantragt mit Eingabe vom 5. August 2019 unter Hinweis auf Art. 391 Abs. 2 StPO jedoch neu, dass die Landesverweisung in das SIS einzutragen sei (Akten S. 509 f.). Im vorinstanzlichen Verfahren musste diese Frage nicht beantwortet werden, da davon auszugehen war, dass der Berufungskläger kroatischer Staatsbürger und damit kein Drittstaatsangehöriger sei. Ob vorliegend auf den Antrag der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 391 Abs. 2 StPO eingetreten werden kann, kann offenbleiben. Der Berufungskläger ist zwar Drittstaatsangehöriger und gefährdet mit seinem Verhalten wohl auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Er hat jedoch kein Delikt begangen, das (abstrakt) mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (vgl. Art. 24 Ziff. 2 lit. a der

Verordnung 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 [SIS-II]; vgl. auch Art. 24 Ziff. 2 lit. a der Verordnung Nr. 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 sowie den Notenaustausch vom 20. Dezember 2018 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] 2018/1861 [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.380.085]). Auch wurde er nicht (konkret) mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder länger bestraft. Selbst wenn der Antrag der Staatsanwaltschaft in formeller Hinsicht zulässig wäre, käme eine Eintragung im SIS folglich aus materiellrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

## **E. 2**

2.1 Angefochten ist vorliegend nur die von der Vorinstanz gegen den Berufungskläger ausgesprochene 4-jährige Landesverweisung. Der Berufungskläger hält die Landesverweisung für unverhältnismässig (vgl. Akten S. 482). Mit seiner Berufungsbegründung bringt er vor, in den Migrationsakten befinde sich u.a. auch das rechtskräftige Urteil SG.2017.163 vom 19. September 2017 des Strafgerichts Basel-Stadt, mit dem eine 5-jährige Landesverweisung ausgesprochen, aber auch klar festgestellt worden sei, dass ein Vollzug mangels Papieren nicht möglich sei. Die nämliche Landesverweisung sei zwischenzeitlich vollzogen und der Beschuldigte sei ausgeschafft worden, was sich ebenfalls aus den Akten des Migrationsamts und hier der E-Mail-Nachricht vom 24. Juli 2019 (vgl. Akten S. 510) ergebe (zum Ganzen, Akten S. 521). Damit das Novum der Anerkennung des Berufungsklägers als kosovarischer Staatsangehöriger nicht nur vollzugsrechtlich, sondern auch im vorliegenden Verfahren zum Tragen kommen könne, hätte dieses entsprechend dem Anklagegrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör in eine ergänzende Anklageschrift einfließen müssen. Neben dem Anklagegrundsatz sei auch der Untersuchungsgrundsatz verletzt worden. Die Vorinstanz habe die Migrationsakten nicht berücksichtigt, weshalb in der Urteilsbegründung Auseinandersetzungen mit der Vorgeschichte des Beschuldigten, welche Auskunft über die fehlenden Papiere hätte geben können, wie auch mit der im Urteil SG.2017.163 vom 19. September 2017 ausgesprochenen Landesverweisung von 5 Jahren fehlten. Wären die Migrationsakten vorgelegen, hätte sich die erste Instanz die Frage stellen müssen, ob die nunmehr zu beurteilende fakultative Landesverweisung mit Blick auf die bereits ausgesprochene (und nunmehr vollzogene) Landesverweisung von 5 Jahren nötig und verhältnismässig sei (zum Ganzen: Akten S. 522).

2.2 Die Staatsanwaltschaft wendet ein, das Strafgericht Basel-Stadt habe sich mit sämtlichen sich aus den Akten ergebenden Aspekten sowie den vom Berufungskläger vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt und sei somit dem Untersuchungsgrundsatz, dem Anspruch auf rechtliches Gehör und seiner Begründungspflicht nachgekommen (Akten S. 535). Aus den zwischenzeitlich beigezogenen Migrationsakten ergäben sich keine neuen entscheiderelevanten Fakten. Die Staatsangehörigkeit müsse sodann in der Anklageschrift nicht genannt werden, zumal diese je nachdem gar nicht bekannt sei oder erst zu einem späteren Zeitpunkt bekannt werde. Auch wenn sich im Nachhinein herausstelle, dass die in

der Anklageschrift aufgeführte Nationalität falsch sei, bleibe die Anklageschrift gültig. Diesfalls müsse die Tatsache der geänderten Staatsangehörigkeit auch nicht in eine ergänzende Anklageschrift einfließen. Das Strafgericht habe im Übrigen über die Landesverweisung befinden können, ohne gesicherte Kenntnis der Nationalität zu haben (vgl. zum Ganzen: Akten S. 536).

### **E. 3**

3.1 Die Anklageschrift hat gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO in tatsächlicher Hinsicht möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung zu bezeichnen. Sie muss sich demnach in erster Linie zu den belastenden objektiven und subjektiven Tat Umständen äussern, nicht jedoch zum Strafmass (vgl. Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO) bzw. zu allfälligen Strafminderungs- oder -milderungsgründen. Nichts anderes ergibt sich aus dem in Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR. 101), Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) sowie Art. 9 Abs. 1 StPO verankerten Anklagegrundsatz. Danach bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 144 I 234 E. 5.6.1 S. 239, 143 IV 63 E. 2.2 S. 65, 141 IV 132 E. 3.4.1 S. 142 f., je mit Hinweisen).

3.2 Inwiefern der Umstand, dass der Berufungskläger kosovarischer Staatsangehöriger ist, in die Anklageschrift hätte einfließen sollen, leuchtet nach dem Gesagten nicht ein. Nähere Angaben zur Staatsangehörigkeit wären in der Anklageschrift höchstens dann sinnvoll gewesen, wenn sie der Umgrenzungsfunktion oder der Informationsfunktion tatsächlich gedient hätten. Inwieweit dies vorliegend der Fall gewesen sein könnte, ist nicht ersichtlich und wird vom Berufungskläger auch nicht substantiiert dargetan. Der Staatsanwaltschaft ist in diesem Punkt Recht zu geben (vgl. Akten S. 536). Aus den einschlägigen Bestimmungen ist im Übrigen zu schliessen, dass der Berufungskläger verpflichtet gewesen wäre, über seine Staatsangehörigkeit wahrheitsgetreue Angaben zu machen bzw. das Aussageverweigerungsrecht nach Art. 113 Abs. 1 StPO diesbezüglich gerade nicht zum Tragen kommt (vgl. Art. 215 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a und b StPO; § 34 Abs. 2 des Polizeigesetzes [PG, SG 510.100]). Die Angaben des Berufungsklägers zu seiner Staatszugehörigkeit waren indessen nachweislich falsch: Aus den Akten geht hervor, dass der Berufungskläger bisher mehr als zehn verschiedene Identitäten (verschiedene Vor- und Nachnamen mit jeweils anderem Geburtsdatum und anderer Staatsangehörigkeit) verwendet (vgl. u.a. Akten S. 3 und 8) und damit (auch) seine Staatszugehörigkeit bewusst verschleiert hat. Soweit er in diesem Zusammenhang formelle Mängel der Anklageschrift behauptet, könnte ihm nach dem Gesagten ohnehin nur gefolgt werden, wenn er zu seiner Staatsangehörigkeit auch tatsächlich wahre Angaben gemacht hätte. Die Rügen des Berufungsklägers betreffend die Gültigkeit der Anklageschrift muten geradezu rechtsmissbräuchlich an und wären auch aus diesem Grund nicht zu hören.

### **E. 4**

4.1 Zu prüfen bleibt, ob die vorliegend zu beurteilende Landesverweisung unverhältnismässig ist, weil mit rechtskräftigem Urteil SG.2017.163 vom 19. September 2017 des Strafgerichts Basel-Stadt bereits eine 5-jährige Landesverweisung ausgesprochen worden ist.

4.2 Gemäss Art. 66abis StGB kann das Gericht einen Ausländer für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Art. 66a StGB erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59 bis 61 oder 64 angeordnet wird. Die dem Berufungskläger mit dem vorliegenden Schuldspruch angelasteten Delikte fallen nicht unter die in Art. 66a StGB normierten Deliktskatalog, stellen jedoch mit Ausnahme der Widerhandlung gegen Art. 19a BetrMG sowie des geringfügigen Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 172ter Abs. 1 StGB (Übertretungen) Vergehen dar (Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB). Somit stellt sich die Frage, ob die vom Berufungskläger vorgebrachten Rügen einer fakultativen Landesverweisung entgegenstehen.

Die Landesverweisung gemäss Art. 66abis StGB ist wie die obligatorische Landesverweisung rechtsdogmatisch als Massnahme mit pönalem Charakter einzustufen. Die Landesverweisung ist insofern keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwehr künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Der historische Wille des Gesetzgebers zielt bei der Anwendung der Sanktion darauf ab, auch bei weniger gravierenden nicht im Deliktskatalog von Art. 121 Abs. 3 Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 66a StGB aufgeführten Delikten als Anlasstaten, namentlich im Wiederholungsfall oder bei Kriminaltouristen, die Landesverweisung auszusprechen. Aus diesem Grund steht für diese Kann-Bestimmung die pflichtgemässe Ermessensausübung, wie namentlich die Prüfung der Verhältnismässigkeit im Vordergrund, während das Verschulden nur als eines von mehreren weiteren Kriterien herangezogen werden kann, keinesfalls aber ausschlaggebend ist (Brun/Fabbri, Die Landesverweisung neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, in: recht 2017, S. 231 ff., 237; AGE SB.2018.103 vom 18. Februar 2019 E. 7.2, SB. 2017.124 E. 2.5.1). Zu berücksichtigen sind dabei Art und Schwere der Straftat, Dauer des Aufenthalts im Land, aus dem der Ausländer ausgewiesen werden soll, zwischen Straftat und der strittigen Massnahme vergangene Zeit, das Verhalten der Person in dieser Zeitspanne und Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen im Gast- und Zielland (AGE SB.2018.105 vom 26. März 2019 vom 2. Juli 2018 E. 3.3.2).

4.3 Die Landesverweisung gilt ab Rechtskraft des Urteils (Art. 66c Abs. 1 StGB). Ihre Dauer wird von dem Tag an berechnet, an dem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat (Art. 66c Abs. 5 StGB). Die mit Urteil SG.2017.163 vom 19. September 2017 ausgesprochene, 5-jährige Landesverweisung ist rechtskräftig. Gemäss den Angaben des Migrationsamts konnte sie am 26. Juli 2019 vollstreckt werden (vgl. Akten S. 544 f.). Daraus folgt, dass die Dauer der ersten, 5-jährigen Landesverweisung am 26. Juli 2019 begonnen hat (vgl. Art. 110 Abs. 6 StGB). In Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Landesverweisung ergibt sich aus diesen Umständen weiter, dass sich deren Vollstreckung solange erübrigt, als sich der Berufungskläger nicht in der Schweiz aufhält. Hielte er sich noch immer bzw. wieder in der Schweiz auf, könnte die kürzere, 4-jährige Landesverweisung frühestens an jenem Tag vollstreckt werden bzw. beginnen, in welchem die vorliegend zu beurteilende Landesverweisung rechtskräftig wird. Es ist denkbar, dass dies noch vor dem 26. Juli 2020 möglich wäre. Träfe dieses Szenario ein, würde die längere

Landesverweisung die kürzere absorbieren ■ sie gingen für die Dauer, in der sie gleichzeitig vollzogen werden, ineinander auf (Art. 12a Abs. 1 der Verordnung zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz [V-StGB-MStG, SR 311.01]). Damit erwiese sich die Landesverweisung aus den vom Berufungskläger geltend gemachten Gründen jedenfalls dann nicht als unverhältnismässig, wenn die kürzere, 4-jährige Landesverweisung vor dem 26. Juli 2020 rechtskräftig und damit vollstreckbar würde.

Solange der Berufungskläger die behauptete Unverhältnismässigkeit der zweiten Landesverweisung damit begründet, dass bereits rechtskräftig eine Landesverweisung ausgesprochen worden sei, stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob ihm im vorliegenden Verfahren überhaupt noch ein schutzwürdiges Interesse (als Sachurteilsvoraussetzung) zukommen kann: Denn je früher die zweite, kürzere Landesverweisung in Rechtskraft erwächst, desto eher kann sie in der bereits vollzogenen, längeren Landesverweisung aufgehen. Ferner ist anzumerken, dass die Vorinstanz die Verhältnismässigkeit der Landesverweisung im angefochtenen Urteil ausreichend geprüft hat. Aus dem Umstand, dass sie die Migrationsakten nicht bezog, kann der Berufungskläger nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn auch aus diesen ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die zweite Landesverweisung unverhältnismässig oder gar unzulässig sein könnte (bspw. keine Gefahr für öffentliche Sicherheit und Ordnung; über das normale Mass hinausgehende sprachliche, soziale und wirtschaftliche Integration; Familienangehörige mit gefestigtem Aufenthaltsrecht in der Schweiz; Wohlverhalten nach Strafverbüsung etc.). Die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 66abisStGB sind erfüllt. Damit gilt vorliegend, was bereits im Urteil SG.2017.163 vom 19. September 2017 des Einzelgerichts in Strafsachen sowie dem angefochtenen Urteil (Akten S. 417■419) ausgeführt worden ist und erweist sich die streitbetroffene Landesverweisung als recht- und verhältnismässig. Anzumerken bleibt, dass der Berufungskläger spätestens nachdem bekannt geworden ist, dass er kosovarischer Staatsbürger ist, auch aus dem UNO Übereinkommen vom 28. September 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen nichts mehr zu seinen Gunsten ableiten kann.

## **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Berufungskläger dessen Kosten unter Einschluss einer Urteilsgebühr (Art. 428 Abs. 1 StPO), welche auf CHF 900.■ festzusetzen ist. Die amtliche Verteidigerin ist für ihre Bemühungen gemäss Kostennote aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei praxisgemäss ein Stundenansatz von CHF 200.■ zur Anwendung gelangt.

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