



6B_942/2022

Urteil vom 13. Mai 2024

I. strafrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin, Bundesrichter Denys,
Bundesrichter Muschietti,
Bundesrichterin van de Graaf,
Bundesrichter von Felten,
Gerichtsschreiberin Bianchi.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Fürsprecher Sararard Arquint,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, 4051 Basel,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Mehrfache, teilweise versuchte Vergewaltigung, Raufhandel etc.; Durchführung eines mündlichen
Berufungsverfahrens; Landesverweisung; Willkür, rechtliches Gehör,

Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, vom 25. Mai
2022 (SB.2019.74).

Sachverhalt:

A.

Am 28. Februar 2019 verurteilte das Strafdreiergericht des Kantons Basel-Stadt A. _____ u.a. wegen
mehrfacher, teilweise versuchter Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von 3 $\frac{3}{4}$ Jahren und verwies ihn für
zehn Jahre des Landes. Es ordnete die Eintragung der Landesverweisung im Schengener
Informationssystem (SIS) an.

B.

Auf Berufung von A. _____ und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt bestätigte das
Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 14. August 2020 das erstinstanzliche Urteil grundsätzlich in
sämtlichen Punkten, würdigte die versuchte Vergewaltigung jedoch als sexuelle Nötigung.

C.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde von A. _____ hob das Bundesgericht am 29. November 2021
das Urteil des Appellationsgerichts vom 14. August 2020 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung
über die Landesverweisung an die Vorinstanz zurück (Urteil 6B_105/2021 vom 29. November 2021).

D.

Am 3. März 2022 erliess der Präsident des Appellationsgerichts eine Verfügung mit folgendem Inhalt: "Die ergänzende Urteilsbegründung ergeht im schriftlichen Verfahren (Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO)".

E.

Am 18. März 2022 stellte A. _____ ein Ausstandsgesuch gegen den Präsidenten des Appellationsgerichts.

F.

Am 25. Mai 2022 bestätigte das Appellationsgericht sein Urteil vom 14. August 2020. Es ordnete erneut eine Landesverweisung für 10 Jahre mit Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) an.

G.

A. _____ führt Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil des Appellationsgerichts vom 25. Mai 2022. Gleichzeitig beantragt er, das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht sei bis zum Abschluss des Ausstandsverfahrens gegen den Präsidenten des Appellationsgerichts zu sistieren. Am 17. August 2022 wurde der Sistierungsantrag gutgeheissen.

H.

Am 2. September 2022 wies das Appellationsgericht das Ausstandsbegehren von A. _____ gegen dessen Präsidenten ab. Die gegen diesen Entscheid von A. _____ erhobene Beschwerde in Strafsachen wies das Bundesgericht ab (Urteil 7B_175/2022 vom 11. Januar 2024).

I.

Am 29. Februar 2024 verfügte das Bundesgericht die Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer rügt hinsichtlich der erneuten Anordnung der Landesverweisung durch die Vorinstanz in formeller Hinsicht die Verletzung von Art. 406 StPO sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

2.

2.1. Das Berufungsverfahren ist grundsätzlich mündlich. Es kann nur schriftlich durchgeführt werden, wenn einer der in Art. 406 StPO abschliessend umschriebenen Ausnahmefälle gegeben ist (**BGE 143 IV 483 E. 2.1.1;** **139 IV 290 E. 1.1;** je mit Hinweisen). Gemäss Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO kann das Berufungsgericht die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden sind. Art. 406 Abs. 1 lit. e StPO sieht die Möglichkeit des schriftlichen Verfahrens vor, wenn ausschliesslich Massnahmen im Sinne von Art. 66-73 StGB angefochten sind. Ob die Voraussetzungen für die Durchführung des schriftlichen Verfahrens vorliegen, ist von der Berufungsinstanz von Amtes wegen zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen des schriftlichen Verfahrens nicht vor, kann darauf nicht gültig verzichtet werden (**BGE 147 IV 127 E. 2.2.3;** Urteil 7B_186/2022 vom 14. August 2023 E. 4.1; je mit Hinweis).

Im Übrigen hat das Berufungsgericht im Einzelfall zu prüfen, ob der Verzicht auf die öffentliche Verhandlung auch mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist. Diese Bestimmung gibt der beschuldigten Person im Strafverfahren als Teilgehalt der umfassenden Garantie auf ein faires Verfahren Anspruch auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung. Ob vor einer Berufungsinstanz eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden muss, ist insbesondere unter Beachtung des Verfahrens als Ganzem und der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) muss selbst ein Berufungsgericht mit freier Kognition hinsichtlich Tat- und Rechtsfragen nicht in allen Fällen eine Verhandlung durchführen, da auch andere Gesichtspunkte, wie die Beurteilung der Sache innert angemessener Frist, mitberücksichtigt werden dürfen. Von einer Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz kann etwa abgesehen werden, soweit die erste Instanz tatsächlich öffentlich verhandelt hat, wenn allein die Zulassung eines Rechtsmittels, nur Rechtsfragen oder aber Tatfragen zur Diskussion stehen, die sich leicht nach den Akten beurteilen lassen, ferner, wenn eine reformatio in peius ausgeschlossen oder die Sache von geringer Tragweite ist und sich etwa keine Fragen zur Person und deren Charakter stellen. Für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung kann aber der Umstand sprechen, dass die vorgetragenen Rügen die eigentliche Substanz des streitigen Verfahrens betreffen. Sodann soll der Beschuldigte grundsätzlich erneut angehört werden, wenn in der Berufungsinstanz das erstinstanzliche Urteil aufgehoben wird und der Aufhebung eine andere Würdigung des Sachverhalts zugrunde liegt. Der EGMR hat zudem wiederholt festgehalten, dass die beschuldigte Person grundsätzlich von jenem Gericht anzuhören ist, das sie verurteilt. Gesamthaft kommt es entscheidend darauf an, ob die Angelegenheit unter Beachtung all dieser Gesichtspunkte sachgerecht und angemessen beurteilt werden kann (zum Ganzen: **BGE 147 IV 127 E. 2.3** mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR; ferner **BGE 143 IV 483 E. 2.1.2;** Urteil 7B_186/2022 vom 14. August 2023 E. 4.1; je mit Hinweisen).

2.2. Gemäss Wortlaut des Art. 406 StPO ist fraglich, wer für die Anordnung des schriftlichen Verfahrens gemäss Abs. 1 zuständig ist (das Berufungsgericht oder die Verfahrensleitung). Auf den ersten Blick könnte der Wortlaut, der in Abs. 1 das Berufungsgericht und in Abs. 2 die Verfahrensleitung erwähnt, darauf hindeuten, dass zur Anordnung des schriftlichen Verfahrens nach Abs. 1 lediglich das Gerichtskollegium zuständig ist. Allerdings spricht Abs. 1 nicht von der Anordnung des schriftlichen Verfahrens, sondern von der Behandlung der Berufung. Der Umstand, dass Abs. 2 die Verfahrensleitung in den diesbezüglichen Konstellationen für "zudem" zuständig zur Anordnung des schriftlichen Verfahrens erklärt, deutet darauf hin, dass Abs. 2 schlicht die Liste der Fälle von Abs. 1 fortsetzt und sie der zusätzlichen Voraussetzung des Einverständnisses der Parteien unterwirft, ohne gleichzeitig eine abweichende Anordnungskompetenz zu begründen (vgl. SVEN ZIMMERLIN, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Andreas Donatsch et al. [Hrsg.], 3. Aufl. 2020, N. 3 zu Art. 406 StPO, a.M. STEFAN KELLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N. 2 und 8 zu Art. 406 StPO, JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, Rz. 1571; MARLÈNE KISTLER VIANIN, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 406 StPO). Vorliegend kann die Frage, ob der Präsident der Vorinstanz das schriftliche Verfahren in eigener Kompetenz anordnen konnte, offen gelassen werden, da dessen Anordnung im konkreten Fall gemäss den nachfolgenden Erwägungen ohnehin nicht zulässig war.

2.3. Art. 406 Abs. 1 lit. e StPO wurde im Rahmen der Einführung der Landesverweisung nicht geändert. Dies im Gegensatz zu anderen Bestimmungen, wie etwa Art. 130 lit. b StPO, der die notwendige Verteidigung auch bei drohender Landesverweisung vorschreibt. Daraus folgt, dass grundsätzlich das Berufungsverfahren auch dann schriftlich geführt werden kann, wenn ausschliesslich die Landesverweisung angefochten ist. Die herrschende Lehre wendet jedoch zu Recht ein, dass sich das Gericht zur Beurteilung der Landesverweisung einen persönlichen Eindruck von der beschuldigten Person verschaffen sollte (STEFAN KELLER, a.a.O., N. 5 zu Art. 406 StPO; SVEN ZIMMERLIN, a.a.O., N. 7a zu Art. 406 StPO). Da es sich bei Art. 406 Abs. 1 StPO um eine Kann-Bestimmung handelt, bei deren Anwendung immer auch zu prüfen ist, ob der Verzicht auf die öffentliche Verhandlung auch mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist, entscheidet sich die Frage der Zulässigkeit des schriftlichen Berufungsverfahrens zur Beurteilung einer Landesverweisung im Einzelfall und unter Beachtung der konventionsrechtlichen Grundsätze.

2.4. Der Präsident der Vorinstanz ordnete das schriftliche Berufungsverfahren mit Verfügung vom 3. März 2022 gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO an. Der darin enthaltenen Ausführung, die "ergänzende Urteilsbegründung" ergehe im schriftlichen Verfahren, ist ein unzutreffendes Verständnis des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides zu entnehmen.

2.4.1. Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seinem Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids (**BGE 143 IV 214** E. 5.2.1; Urteil 6B_618/2021 vom 25. August 2021 E. 1.1; je mit Hinweisen). Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (**BGE 143 IV 214** E. 5.2.1; **123 IV 1** E. 1; **117 IV 97** E. 4; Urteil 6B_618/2021 vom 25. August 2021 E. 1.1; je mit Hinweisen). Nichtsdestotrotz unterliegt auch das neue Berufungsverfahren nach Rückweisung durch das Bundesgericht denselben Regeln wie das ursprüngliche Verfahren, weshalb es grundsätzlich mündlich zu führen, unter den gegebenen Voraussetzungen des Art. 406 StPO jedoch schriftlich geführt werden kann. Es ist somit ein neues, thematisch auf die im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren gutgeheissenen Rügen beschränktes, Berufungsverfahren durchzuführen und nicht einfach der ursprüngliche Berufungsentscheid neu zu begründen.

2.4.2. Die Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide ergibt sich aus ungeschriebenem Bundesrecht (**BGE 143 IV 214** E. 5.3.3 mit Hinweisen; **135 III 334** E. 2.1). Im Falle eines Rückweisungsentscheides hat die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz nach ständiger Rechtsprechung die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es diesen, wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind (**BGE 143 IV 214** E. 5.3.3; Urteile 7B_270/2022 vom 23. Oktober 2023 E. 2.2.3; 7B_241/2022 vom 20. September 2023 E. 3.2; je mit Hinweisen).

Die zitierte Rechtsprechung kommt zum Tragen, wenn das Bundesgericht eine Angelegenheit lediglich zur neuen rechtlichen Würdigung an die Vorinstanz zurückweist. Dies ist der Fall, wenn die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung vor Bundesgericht nicht angefochten war, wenn die Sachverhaltsrügen vom Bundesgericht als unbegründet abgewiesen und daher definitiv entschieden wurden, oder wenn auf Rügen

betreffend die Beweiswürdigung nicht eingetreten wurde, da sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügen. Steht im Rückweisungsverfahren nur noch die rechtliche Würdigung zur Diskussion, muss die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz keine neue mündliche Berufungsverhandlung durchführen und sie darf, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, auch keine neue Beweiswürdigung vornehmen. Wegen der Bindungswirkung von bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheiden ist es dem Gericht in solchen Fällen in der Regel daher verwehrt, auf ihre Sachverhaltsfeststellungen zurückzukommen (**BGE 143 IV 214** E. 5.3.3 mit Hinweis).

2.4.3. Im Urteil 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.5 hielt das Bundesgericht fest, die Vorinstanz hätte sich mit den vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 8. Mai 2018 angerufenen Vollzugshinderungsgründen auseinandersetzen müssen. Sie hätte prüfen müssen, ob und wie sich die tatsächlichen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die nach Art. 66a Abs. 2 StGB vorzunehmende Prüfung des Härtefalles und eine allfällige Interessenabwägung auswirken. Dies gelte umso mehr, als sie das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seinem Heimatland selbst als unklar bezeichnet habe. Die Vorinstanz habe daher die Amtsermittlungspflicht und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt (Urteil 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.5). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz könne im bundesgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden, da nicht ausschliesslich Rechtsfragen strittig seien. Bei der Frage, wie sich die Situation des Beschwerdeführers bei einer Rückkehr in den Kosovo präsentieren würde und wie sich diese auf die Zulässigkeit einer Landesverweisung auswirke, handle es sich nicht um eine reine Rechtsfrage. Ihre Beantwortung erfordere die Würdigung und Abwägung tatsächlicher Umstände (Urteil 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.6).

2.4.4. Indem die Vorinstanz die Frage der Landesverweisung des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO in einem schriftlichen Berufungsverfahren beurteilte, verletzt sie Bundesrecht. Da im neuen Berufungsverfahren nicht nur Rechtsfragen zu entscheiden waren, sondern die Situation des Beschwerdeführers bei einer Rückkehr in den Kosovo zu erörtern war, hätte die Vorinstanz zwingend eine mündliche Berufungsverhandlung durchführen müssen. Im Hinblick auf die neue Berufungsverhandlung hätte dem Beschwerdeführer auch die Gelegenheit gegeben werden müssen, allfällige neue Beweismittel zu beantragen, zumal der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Mai 2018 datiert und sich die Verhältnisse seither massgebend verändert haben könnten.

3.

3.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 StPO dient der Klärung des Sachverhaltes, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Er umfasst insbesondere das Recht des Betroffenen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (**BGE 147 I 433** E. 5.1; **143 V 71** E. 4.1; je mit Hinweisen).

3.2. Indem die Vorinstanz nach der Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht in einem schriftlichen Verfahren erneut über die Landesverweisung entschieden hat, ohne dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, Beweisanträge zu stellen resp. sich zu der zu klärenden Frage seiner Situation im Falle einer Rückkehr in den Kosovo zu äussern, hat sie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz konnte sich nicht lediglich mit den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung vom 8. Mai 2018 auseinandersetzen, ohne zu klären, inwiefern die vom Bundesverwaltungsgericht zum damaligen Zeitpunkt erwogenen Verhältnisse nach wie vor zutreffen oder diese sich allenfalls seither verändert haben. Die Vorinstanz konnte sich daher auch nicht einfach auf das Ergebnis der ersten Berufungsverhandlung vom 14. August 2020 abstützen, zumal es in diesem Urteil selbst festgehalten hatte, die Verhältnisse des Beschwerdeführers in seinem Heimatland seien unklar. Die Beschwerde ist daher auch unter dem Aspekt der Verletzung des rechtlichen Gehörs gutzuheissen.

4.

Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde bereits aus formellen Gründen (Verletzung von Art. 406 StPO, Verletzung des rechtlichen Gehörs) gutzuheissen. Es erübrigt sich daher, in materieller Hinsicht auf die Voraussetzungen der Landesverweisung einzugehen. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung. Da der Entscheid in materieller Hinsicht nicht präjudiziert wird, kann auf das Einholen von Vernehmlassungen verzichtet werden (Urteile 7B_794/2023 vom 9. November 2023 E. 5.2; 6B_495/2022 vom 9. Januar 2023 E. 3; je mit Hinweisen).

5.

In folge Gutheissung der Beschwerde sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Basel-Stadt hat den obsiegenden Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Da dieser um unentgeltliche Rechtspflege ersucht, ist die

Parteienschädigung praxisgemäss seinem Rechtsbeistand auszurichten. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.**
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Mai 2022 wird aufgehoben und die Sache wird zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 2.**
Es werden keine Kosten erhoben.
- 3.**
Der Kanton Basel-Stadt hat Rechtsanwalt Sararard Arquint für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.
- 4.**
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Mai 2024

Im Namen der I. strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Die Gerichtsschreiberin: Bianchi