

13.056

**Botschaft
zur Änderung des Strafgesetzbuchs und
des Militärstrafgesetzes**

**(Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung
krimineller Ausländerinnen und Ausländer)**

vom 26. Juni 2013

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf einer Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer (Art. 121 Abs. 3–6 BV).

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

26. Juni 2013

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Ueli Maurer

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

Übersicht

Zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer schlägt der Bundesrat vor, im Strafgesetzbuch und im Militärstrafgesetz eine neue Form der Landesverweisung einzuführen. Mit ihr soll dem verfassungsrechtlichen Ausweisungsautomatismus unter weitgehender Beachtung bestehender Verfassungsgrundsätze und Menschenrechtsgarantien nachgekommen werden.

Ausgangslage

Volk und Stände haben am 28. November 2010 die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» angenommen. Artikel 121 der Bundesverfassung wurde damit um die Absätze 3–6 ergänzt, wonach ausländische Personen ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren, wenn sie wegen bestimmter Straftaten verurteilt worden sind oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Die verurteilten Personen sind mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen. Gemäss der Übergangsbestimmung hat der Gesetzgeber innert fünf Jahren seit Annahme der neuen Verfassungsbestimmungen die Straftatbestände nach Absatz 3 zu definieren und zu ergänzen und Strafbestimmungen gegen Personen zu erlassen, die das Einreiseverbot missachten.

Inhalt der Vorlage

Die vorgeschlagene Regelung sucht eine vermittelnde Lösung zwischen dem mit den neuen Verfassungsbestimmungen anvisierten Ausweisungsautomatismus und der Beachtung bestehender Verfassungsgrundsätze, Menschenrechtsgarantien und völkerrechtlicher Abkommen.

Die neuen Verfassungsbestimmungen stehen im Konflikt mit bestehenden rechtsstaatlichen Garantien der Bundesverfassung (insbesondere dem Verhältnismässigkeitsprinzip) und nicht zwingendem Völkerrecht, wie es in der Europäischen Menschenrechtskonvention oder dem Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union verankert ist. Der Entwurf berücksichtigt, dass eine im Vergleich zum bestehenden Ausweisungsregime strengere Praxis gelten soll. Allerdings werden Abstriche vom Wortlaut des Verfassungstextes in Kauf genommen, um so weit wie möglich dem Verhältnismässigkeitsprinzip und den Menschenrechtsgarantien (etwa dem Recht auf Privat- und Familienleben) Rechnung tragen zu können. Reibungsflächen bestehen aufgrund der vorgeschlagenen Lösung aber insbesondere mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens – wobei diese so weit wie möglich reduziert werden.

Die Grundzüge der vorgesehenen Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes können wie folgt beschrieben werden: Die strafrechtliche Landesverweisung wird vom Strafgericht ausgesprochen, das eine ausländische Person wegen bestimmter Delikte verurteilt. Die Dauer der Landesverweisung wird vom Richter oder der Richterin auf 5–15 Jahre festgesetzt, im Wiederholungsfall auf 20 Jahre. Die in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Delikte und Deliktgruppen wurden

um weitere, in erster Linie schwere Straftaten ergänzt. Zur Ahndung des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe wird ein neuer Straftatbestand vorgeschlagen. Eine Landesverweisung greift in der Regel erst, wenn das Gericht eine Strafe von über sechs Monaten ausspricht. Ausnahmsweise kann jedoch von dieser Rechtsfolge abgesehen werden, wenn die Person mit ausländischer Nationalität dadurch in persönlichen, von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützten Rechten in schwerwiegender Weise verletzt würde. Zudem ist der Vollzug der Landesverweisung im Falle eines drohenden Verstosses gegen das Non-Refoulement-Gebot aufzuschieben.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	5976
1 Grundzüge der Vorlage	5981
1.1 Ausgangslage	5981
1.1.1 Die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»	5981
1.1.2 Grundsätze zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen	5983
1.1.3 Elemente von Artikel 121 Absätze 3–6 BV	5986
1.1.4 Gesetzgebungsauftrag	5989
1.1.5 Die untersuchten Lösungsmöglichkeiten	5990
1.1.6 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens	5992
1.2 Die beantragte Regelung	5993
1.2.1 Einleitung	5993
1.2.2 Verhältnis zum Völker- und Verfassungsrecht	5994
1.2.3 Regelungsort	5997
1.2.4 Landesverweisung	5997
1.2.5 Deliktskatalog	5997
1.2.6 Konkretisierung des Begriffs «Verurteilung»	5999
1.2.7 Mindeststrafe	6001
1.2.8 Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe	6004
1.2.9 Anordnung und Vollzug	6006
1.2.10 Umgang mit Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann	6007
1.2.11 Strafbefehlsverfahren	6009
1.2.12 Rechtsweggarantien	6010
1.2.13 Zeitliche Geltung und Übergangsrecht	6011
1.2.14 Örtliche Geltung	6012
1.2.15 Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots und illegaler Einreise (Art. 121 Abs. 6 BV)	6012
1.2.16 Abstimmung auf die fakultative Landesverweisung	6012
1.2.17 Parallele Regelung im Militärstrafgesetz	6013
1.2.18 Verzicht auf Landesverweisung im Jugendstrafrecht	6013
1.2.19 Anpassung des AuG und des AsylG	6014
1.3 Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	6014
1.4 Rechtsvergleich	6015
1.4.1 Deutschland	6016
1.4.2 Österreich	6017
1.4.3 Frankreich	6018
1.4.4 Italien	6019
2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen	6020
2.1 Änderung des Strafgesetzbuchs	6020
2.1.1 Artikel 66a (1a. Landesverweisung. a. Voraussetzungen)	6020
2.1.2 Artikel 66b (b. Wiederholungsfall)	6031
2.1.3 Artikel 66c (c. Zeitpunkt des Vollzugs)	6031
2.1.4 Artikel 66d (d. Aufschub des Vollzugs)	6034

2.1.5 Artikel 105 Absatz 1	6036
2.1.6 Artikel 148a (Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe)	6036
2.1.7 Artikel 367 Absätze 2 ^{ter} , 2 ^{quater} , 2 ^{quinquies} , 2 ^{sexies} und 2 ^{septies}	6041
2.1.8 Artikel 369 Absatz 5 ^{bis}	6042
2.1.9 Artikel 371 Absätze 3, 4, 4 ^{bis} und 5	6043
2.2 Änderung des Militärstrafgesetzes	6044
2.2.1 Artikel 49a (Landesverweisung)	6044
2.2.2 Artikel 49b (Wiederholungsfall)	6044
2.2.3 Artikel 49c (Vollzug)	6044
2.2.4 Artikel 60b Absatz 1	6045
2.3 Änderungen bisherigen Rechts	6045
2.3.1 Ausländergesetz	6045
2.3.2 Asylgesetz	6047
2.3.3 Asylgesetz in der Fassung vom 14. Dezember 2012	6048
2.3.4 Strafbehördenorganisationsgesetz vom 19. März 2010 (StBOG)	6049
2.3.5 Strafprozessordnung	6049
2.3.6 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht	6050
2.3.7 Militärstrafprozess	6051
2.3.8 Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI)	6051
2.3.9 DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003	6051
3 Auswirkungen	6052
3.1 Annahmen über die künftige Zahl der Landesverweisungen	6052
3.2 Auswirkungen auf den Bund	6053
3.3 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	6054
3.4 Auswirkungen auf die Abkommen mit der EU und dem EFTA-Übereinkommen	6056
3.4.1 Beachtung der Vorgaben des FZA und des EFTA-Übereinkommens	6056
3.4.2 Folgen für das FZA	6057
4 Verhältnis zur Legislaturplanung	6057
5 Rechtliche Aspekte	6057
5.1 Verfassungsmässigkeit	6057
5.1.1 Gesetzgebungskompetenz	6057
5.1.2 Grundrechtskonformität	6058
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	6058
5.2.1 EMRK, UNO-Pakt II, KRK und FK	6058
5.2.2 FZA und EFTA-Übereinkommen	6059

Literaturverzeichnis	6060
Verzeichnis mehrfach verwendeter Materialien	6062
Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) (<i>Entwurf</i>)	6063

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»

Am 19. Juni 2007 wurde eine Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» bei der Bundeskanzlei eingereicht und von dieser vorgeprüft.¹ Die Initiative wurde am 15. Februar 2008 mit der notwendigen Anzahl Unterschriften eingereicht. Mit Verfügung vom 7. März 2008 stellte die Bundeskanzlei fest, dass die Initiative mit 210 919 gültigen Unterschriften zustande gekommen war.² Die Initiative sah im Kern vor, dass Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt worden sind, alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren und zwingend mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen sind.

Der Bundesrat beantragte den eidgenössischen Räten mit Botschaft vom 24. Juni 2009³, die Ausschaffungsinitiative Volk und Ständen mit der Empfehlung auf Ablehnung zu unterbreiten. Gleichzeitig unterbreitete er dem Parlament einen indirekten Gegenvorschlag. Dieser sah Änderungen im Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005⁴ (AuG) vor, die insbesondere auf einen konsequenten Widerruf von ausländerrechtlichen Bewilligungen bei schweren Straftaten zielten. Dabei sollten der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Bestimmungen des Völkerrechts beachtet werden.⁵

Die Staatspolitische Kommission des Ständerats entschied sich für einen direkten Gegenentwurf, der von beiden Räten unterstützt wurde.⁶ Dieser sah einen sehr weiten Anlasstaten-katalog vor, verlangte jedoch im vorgeschlagenen Artikel 121b Absatz 3 der Bundesverfassung⁷ (BV), dass beim Entscheid über die Aus- und Wegweisung sowie den Entzug des Aufenthaltsrechts «die Grundrechte und Grundprinzipien der Bundesverfassung und des Völkerrechts, insbesondere der Grundsatz

1 Verfügung der Bundeskanzlei vom 26. Juni 2007 über die Vorprüfung der Eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)», BBl 2007 4969.

2 Verfügung der Bundeskanzlei vom 7. März 2008 über das Zustandekommen der Eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)», BBl 2008 1927.

3 Botschaft vom 24. Juni 2009 zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2009 5097.

4 SR 142.20

5 Vgl. Botschaft zur Ausschaffungsinitiative, Ziff. 5 (Grundzüge des indirekten Gegenvorschlags) und Anhang (Entwurf einer Änderung des AuG).

6 Für eine Zusammenfassung des parlamentarischen Verfahrens: www.parlament.ch > Curia Vista > Suche > Geschäftsnummer: 09.060 > «Zusammenfassung Botschaft/Bericht und Beratungen».

7 SR 101

der Verhältnismässigkeit zu beachten» sind.⁸ Der Gegenentwurf wurde mit einem eigenen Verfassungsartikel über die Integration ergänzt (Art. 121a BV). Am 18. Juni 2010 erklärte die Bundesversammlung die Ausschaffungsinitiative für gültig und beschloss, diese Volk und Ständen zusammen mit dem direkten Gegenentwurf zur Abstimmung zu unterbreiten.⁹

In der Abstimmung vom 28. November 2010 wurde die Ausschaffungsinitiative vom Volk mit 1 397 923 Ja gegen 1 243 942 Nein und von den Ständen mit 17½ gegen 5½ angenommen. Der direkte Gegenentwurf hingegen wurde vom Volk mit 1 407 830 Nein gegen 1 189 269 Ja und von allen Ständen abgelehnt.¹⁰

Artikel 121 der BV, der im 9. Abschnitt «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» eingeordnet ist, wurde mit der Annahme der Ausschaffungsinitiative um die Absätze 3–6 ergänzt und lautet neu wie folgt:¹¹

Art. 121

¹ Die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl ist Sache des Bundes.

² Ausländerinnen und Ausländer können aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden.

³ Sie verlieren unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie:

- a. wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind; oder
- b. missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.

⁴ Der Gesetzgeber umschreibt die Tatbestände nach Absatz 3 näher. Er kann sie um weitere Tatbestände ergänzen.

⁵ Ausländerinnen und Ausländer, die nach den Absätzen 3 und 4 ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren, sind von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen. Im Wiederholungsfall ist das Einreiseverbot auf 20 Jahre anzusetzen.

⁶ Wer das Einreiseverbot missachtet oder sonstwie illegal in die Schweiz einreist, macht sich strafbar. Der Gesetzgeber erlässt die entsprechenden Bestimmungen.

Die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung wurden wie folgt geändert:¹²

Art. 197 Ziff. 8

8. Übergangsbestimmung zu Art. 121 (Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern)

⁸ Bundesbeschluss vom 10. Juni 2010 über die Aus- und Wegweisung krimineller Ausländerinnen und Ausländer im Rahmen der Bundesverfassung (Gegenentwurf zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer [Ausschaffungsinitiative]»), BBl **2010** 4243.

⁹ Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 über die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)», BBl **2010** 4241.

¹⁰ Bundesratsbeschluss vom 17. März 2011 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. Nov. 2010 («Ausschaffungsinitiative» und Gegenentwurf der Bundesversammlung; «Steuergerechtigkeits-Initiative»), BBl **2011** 2771.

¹¹ AS **2011** 1199

¹² AS **2011** 1199, hier 1200

Der Gesetzgeber hat innert fünf Jahren seit Annahme von Artikel 121 Absätze 3–6 durch Volk und Stände die Tatbestände nach Artikel 121 Absatz 3 zu definieren und zu ergänzen und die Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise nach Artikel 121 Absatz 6 zu erlassen.

1.1.2 Grundsätze zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen

Auslegungselemente

Grundsätzlich ist bei der Auslegung der Verfassung – nicht anders als bei der Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsnormen – vom Wortlaut einer Norm auszugehen (grammatikalisches Auslegungselement). Ist der Text unklar oder lässt er verschiedene Deutungen zu, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei sind weitere Auslegungselemente zu berücksichtigen, wie namentlich die Entstehungsgeschichte der Norm (historisches Auslegungselement) und ihr Zweck (teleologisches Auslegungselement). Wichtig ist zudem die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (systematisches Auslegungselement). Bei der Gesetzes- wie bei der Verfassungsauslegung findet nicht ein bestimmtes Auslegungselement vorrangig oder sogar ausschliesslich Anwendung. Vielmehr werden die Auslegungselemente nebeneinander berücksichtigt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode (oder Methodenkombination) geeignet ist, den Normsinn der auszulegenden Verfassungsbestimmung korrekt wiederzugeben (sog. Methodenpluralismus).¹³ Der Wille der Initiantinnen und Initianten einer neuen Verfassungsnorm ist nicht ausschlaggebend. Er kann aber etwa im Rahmen der historischen Auslegung berücksichtigt werden.¹⁴

Eine Besonderheit der Verfassungsauslegung besteht in der Offenheit der Rechtsnormen. So sind Gesetzgebungsaufträge in Aufgabennormen in ihrem Aussagegehalt oft relativ unbestimmt und halten nur einen ersten Konsens über Notwendigkeit, Bereich und Zweck einer Staatsaufgabe fest. Bei der Interpretation solcher Normen geht es denn häufig auch weniger um die Auslegung als um eine Konkretisierung.

Solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen eine ausdrückliche Werthierarchie zuordnet, gilt zudem der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen.¹⁵ Zwei Einschränkungen sind zu berücksichtigen: Soweit die Bundesverfassung zwingende Bestimmungen des Völkerrechts ausdrücklich wiedergibt, gehen diese Normen den «gewöhnlichen» Verfassungsnormen vor.¹⁶ Zudem kann sich nach Abwägung aller im Einzelfall relevanten Elemente der Vorrang einer Verfassungsnorm ergeben. Die für die Auslegung des Gesetzesrechts entwickelten Prinzipien, wonach das spätere Recht dem früheren («lex posterior derogat legi priori») und die speziellere der allgemeinen Norm vorgehe («lex specialis derogat legi generali»), dürfen bei der Verfassungsinterpretation jedoch nicht schematisch angewendet werden;¹⁷ dies ergibt sich wiederum aus dem

¹³ Häfelin/Haller/Keller 2012, N. 130.

¹⁴ Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Okt. 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. Nov. 2008, BBl 2010 2263, Ziff. 8.7.1.2.

¹⁵ Tschannen 2011, § 4 N. 13, § 9 N. 5; Müller 2010 N. 7; Vgl. auch BGE 105 Ia 330 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E. 4.2.1.

¹⁶ Tschannen 2011, § 4 N. 16.

¹⁷ Tschannen 2011, § 4 N. 16.

oben erwähnten Grundsatz, wonach Verfassungsnormen grundsätzlich gleichrangig sind.

Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen hängt wesentlich davon ab, inwieweit zusätzlich zu den allgemeinen Auslegungselementen zwei verfassungsspezifische Auslegungselemente berücksichtigt werden:

- Die «harmonisierende Auslegung»¹⁸ (oder die Herstellung praktischer Konkordanz), wonach der Gesetzgeber gehalten ist, alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mit zu bedenken. Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden.
- Die völkerrechtskonforme Auslegung: Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts stehen über der Verfassung; die Normen des übrigen Völkerrechts sind zu «beachten» (Art. 5 Abs. 4 BV). Darauf basiert die Verpflichtung aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer rechtsetzenden oder rechtsanwendenden Tätigkeit die Verfassungsnormen (soweit nötig und möglich) völkerrechtskonform auszulegen.

Verhältnismässigkeit

Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt bei der Auslegung von Verfassungsnormen eine besondere Bedeutung zu. Er ist durch die Bundesverfassung ausdrücklich in Artikel 5 Absatz 2 als «Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns» und in Artikel 36 Absatz 3 als eine der Voraussetzungen der «Einschränkung von Grundrechten» verankert. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen durchzieht als Leitgedanke die gesamte Rechtsordnung; im Strafrecht ist er insbesondere bei der Anordnung von Massnahmen zu beachten, und bei der Verhängung von Strafen ist er im Verschuldensprinzip angelegt.

In Übereinstimmung mit der Lehre erblickt das Bundesgericht im Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Grundprinzip, das in allen Gebieten des öffentlichen Rechts massgebend sein soll, das also das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht und sowohl in der Rechtsanwendung als auch in der Rechtsetzung gilt.¹⁹ Einig sind sich Lehre und Praxis auch in der Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips. «Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist zum Schutz der Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates aufgestellt, [...]»²⁰ Da der Grundsatz das gesamte Staatshandeln leitet, kommt er auch bei der Verfassungsinterpretation zur Anwendung (im Rahmen der harmonisierenden und der völkerrechtskonformen Auslegung).

¹⁸ Rhinow/Schefer 2009, N. 524, 529; Hangartner 2011, S. 473. Urteil des Bundesgerichts 2C 828/2011 vom 12.10.2012, E. 4.2.2.

¹⁹ BGE 96 I 234 E. 5

²⁰ BGE 102 Ia 234 E. 5c. Vgl. auch Botschaft vom 20. Nov. 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 131.

Verhältnis zwischen Völkerrecht und Volksinitiativen²¹

Nach geltendem Verfassungsrecht tritt eine Volksinitiative mit ihrer Annahme durch Volk und Stände in Kraft (Art. 195 BV). Sie wird mit ihrer Annahme zu gültigem Verfassungsrecht, das von den Behörden nach seinem wahren Sinn umzusetzen ist. Einzig Initiativen, die gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verstossen, sind von der Bundesversammlung ungültig zu erklären und Volk und Ständen nicht zur Abstimmung zu unterbreiten. Volksinitiativen, die gegen übriges Völkerrecht verstossen, sind gültig und müssen von den Behörden umgesetzt werden, wenn sie von Volk und Ständen angenommen worden sind (Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV).

Nach Artikel 5 Absatz 4 BV hat die Schweiz das Völkerrecht zu beachten. Das Bundesgericht hat die Bindung an das Völkerrecht in konstanter Rechtsprechung bestätigt.²² Völkerrechtswidriges Verfassungsrecht sollte eine zeitlich begrenzte Ausnahme darstellen; Neben der Verfassung gebieten dies auch die aussenpolitischen Interessen der Schweiz und die Bedeutung des Völkerrechts für ein friedliches Zusammenleben der Staaten. Das bedeutet, dass im Falle der Annahme einer völkerrechtswidrigen Volksinitiative widersprechende völkerrechtliche Verpflichtungen wenn immer möglich neu auszuhandeln oder allenfalls zu kündigen sind. Probleme ergeben sich bei unkündbaren Verträgen oder Verpflichtungen, welche die Schweiz aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht auflösen will. In diesen Fällen könnte es zu einer Verletzung des Völkerrechts kommen. Wenn der betreffende Vertrag einen Kontrollmechanismus vorsieht, setzt sich die Schweiz der Gefahr aus, durch ein internationales Organ verurteilt zu werden. Im Falle der Konvention vom 4. November 1950²³ zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) muss ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), das eine Verletzung der EMRK feststellt, umgesetzt werden; die Umsetzung wird durch das Ministerkomitee des Europarats überwacht. Nach der ständigen Praxis des Ministerkomitees hat sich die Umsetzung nicht auf die Lösung des Einzelfalls zu beschränken. Der Staat muss auch allgemeine Massnahmen ergreifen, um eine gleichartige Verletzung der EMRK zu vermeiden.

Wird eine gegen die nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verstossende Initiative angenommen, so werden sich die Behörden bemühen, diese völkerrechtskonform umzusetzen. Dabei ist der Entscheid nicht immer leicht, wann eine völkerrechtskonforme Umsetzung nicht mehr gerechtfertigt ist und gegebenenfalls eine Neuaushandlung oder Kündigung des Vertrags oder eine Verletzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz in Betracht zu ziehen ist. Wenn sich die Behörden für eine völkerrechtskonforme Umsetzung entscheiden, können sie vielleicht nicht alle von der Initiative verfolgten Ziele konkretisieren, und sie riskieren, die Erwartungen der Bürgerinnen und Bürger zu enttäuschen, die der Initiative zugestimmt haben.

²¹ Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, Ziff. 9.6, sowie BBl 2011 3613, Zusatzbericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Ziff. 2.1.

²² Urteile des Bundesgerichts 2C 828/2011 vom 12.10.2012, E. 5.1 und 2C 743/2011 vom 19.09.2012, E. 5.1; BGE 135 II 243 E. 3.1; 125 II 417 E. 4d; 136 II 241 E. 16.1; 122 II 485 E. 3a.

²³ SR 0.101

1.1.3

Elemente von Artikel 121 Absätze 3–6 BV

Voraussetzungen

Die Voraussetzungen, die zu den im Verfassungstext vorgesehenen Rechtsfolgen führen, sind:

- die rechtskräftige Verurteilung wegen bestimmter Straftaten (Abs. 3 Bst. a);
- der missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe (Abs. 3 Bst. b).

Anlasstaten:

Die in Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV aufgeführten Straftaten lassen sich wie folgt gruppieren:²⁴

- Delikte mit einer direkten Entsprechung im Strafgesetzbuch²⁵ (StGB):
 - vorsätzliche Tötungsdelikte (Art. 111 ff. StGB);
 - Vergewaltigung (Art. 190 StGB);
 - Raub (Art. 140 StGB);
 - Menschenhandel (Art. 182 StGB).
- Straftatbestände, die an (mehrere) bestehende Strafbestimmungen anknüpfen:
 - Drogenhandel: vgl. die Artikel 19 ff. des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951²⁶ (BetmG);
 - Einbruchsdelikt: vgl. insbesondere die Artikel 139 StGB (Diebstahl), 144 StGB (Sachbeschädigung) und 186 StGB (Hausfriedensbruch).
- Relativ offen gehaltene Deliktskategorien:
 - andere schwere Sexualdelikte;
 - andere Gewaltdelikte.

Die Gruppe von Delikten mit einer direkten Entsprechung im StGB ist in das Gesetzesrecht zu überführen und dabei näher zu umschreiben. Als vorsätzliche Tötungsdelikte dürften namentlich die Tatbestände der vorsätzlichen Tötung, des Mords und des Totschlags erfasst sein (vgl. die Art. 111–113 StGB).

Die Deliktsgruppe, die an (mehrere) bestehende Strafbestimmungen anknüpft, muss ebenfalls näher umschrieben werden: Zur Konkretisierung des Drogenhandels als Ausweisungsgrund könnten die bestehenden Strafnormen des BetmG herangezogen werden. Für die Bestimmung des Einbruchdiebstahls könnte auf bestehende Strafnormen des StGB Bezug genommen werden.

²⁴ Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer vom 21. Juni 2011 zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements; abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch > Themen > Kriminalität > Umsetzung der Ausschaffungsinitiative > Bericht, S. 30.

²⁵ SR 311.0

²⁶ SR 812.121

Ferner muss vom Gesetzgeber die Gruppe mit den relativ offen gehaltenen Delikt-kategorien konkretisiert werden:

Gemäss Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV sind nur solche strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität als Ausweisungsgrund im Gesetzesrecht aufzuführen, die eine vergleichbare Schwere wie der Straftatbestand der Vergewaltigung aufweisen. Ausgangspunkt für die nähere Umschreibung der «anderen schweren Sexualdelikte» ist der Fünfte Titel des Zweiten Buchs des StGB (Art. 187–200 StGB).

Der Begriff «Gewaltdelikt» ist nur schwer zu fassen. Er lässt sich über die gesetzlichen Straftatbestände kaum eingrenzen, weil das Strafgesetzbuch keine eigentlichen «Gewaltstraftaten» kennt. Der vergleichende Bezug des Verfassungstextes auf den Raub lässt darauf schliessen, dass primär Delikte mit Gewalt gegen Leib und Leben gemeint sind, die vom Unrechtsgehalt und der Schwere her mit Artikel 140 StGB vergleichbar sind.

Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe:

Der Verfassungstext lässt offen, ob es zur Erfüllung der Voraussetzung einer rechtskräftigen Verurteilung bedarf, und überlässt es somit dem Gesetzgeber, ob er den Missbrauchstatbestand als verwaltungsrechtliche oder als strafrechtliche Sanktion ausgestalten will. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass bereits ein behördlich zwar festgestellter, aber noch nicht rechtskräftig entschiedener missbräuchlicher Leistungsbezug den Ausweisungstatbestand erfüllt. Wäre ein solcher Ausschluss des Rechtsschutzes beabsichtigt gewesen, so hätte er ausdrücklich im Verfassungstext erwähnt werden müssen.

Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen, die bei erfüllttem Tatbestand eintreten, sind:

- der Verlust des Aufenthaltsrechts (Abs. 3 Einleitungssatz);
- der Verlust aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt (Abs. 3 Einleitungssatz);
- die Ausweisung aus der Schweiz (Abs. 5);
- ein Einreiseverbot von 5–15 Jahren, im Wiederholungsfall von 20 Jahren (Abs. 5);
- die Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz (Abs. 6).

«Aufenthaltsrecht»:

Das «Aufenthaltsrecht» ist das gemäss den Artikeln 32 ff. AuG an Ausländerinnen und Ausländer verliehene Recht, sich in der Schweiz aufzuhalten. Der «Verlust des Aufenthaltsrechts» meint entsprechend den Verlust der folgenden Aufenthaltstitel:

- Aufenthaltsbewilligung (B-Ausweis; Art. 33 AuG);
- Niederlassungsbewilligung (C-Ausweis; Art. 34 AuG);
- Kurzaufenthaltsbewilligung (L-Ausweis; Art. 32 AuG);
- Grenzgäμβewilligung (G-Ausweis; Art. 35 AuG);

- Status von vorläufig aufgenommenen Personen (F-Ausweis; Art. 41 Abs. 2 und die Art. 83 ff. AuG);
- Asylsuchende (N-Ausweis; die Art. 42 f. des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998²⁷ [AsylG]).

Die Ausweise F und N stellen keine ausländerrechtlichen Bewilligungen dar, sondern bescheinigen lediglich ein Recht auf Anwesenheit.²⁸

Ferner hält der Verfassungstext fest, dass Ausländerinnen und Ausländer bei gegebenen Voraussetzungen auch «alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren». Damit sind auch Konstellationen erfasst, in denen eine ausländische Person die staatsvertraglichen oder gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung des Aufenthaltsrechts – oder für dessen Verlängerung bzw. Umwandlung in einen stärker gefestigten Status – zwar erfüllen würde, das Aufenthaltsrecht indessen noch nicht formell verfügt worden ist. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, dass eine Person die Voraussetzungen gemäss Artikel 42 Absatz 2 AuG erfüllen würde (Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern), das Aufenthaltsrecht jedoch noch nicht verfügt worden ist. Falls eine solche Person beispielsweise wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts rechtskräftig verurteilt würde, verlöre sie den Rechtsanspruch auf Aufenthalt gemäss Artikel 42 Absatz 2 AuG.

«Ausweisung»:

Auf Verfassungsebene stellen die Artikel 25 Absatz 1 und 121 Absatz 2 BV auf den Begriff der «Ausweisung» ab. Er bedeutet, dass der Staat eine bestimmte Person (unter Androhung des zwangsweisen Vollzugs) verbindlich verpflichtet, das Staatsgebiet zu verlassen. Die Ausweisung ist regelmässig mit einem Rückkehrverbot verbunden.²⁹

Das bis zum 31. Dezember 2007 geltende Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) sah neben dem Widerruf von Bewilligungen auch ausdrücklich die Ausweisung von Ausländern (Art. 10 ANAG) vor. Diese Ausweisung bezog sich auf niedergelassene Ausländerinnen und Ausländer. Im Interesse einer systematischen Vereinfachung wurde mit dem AuG diese Ausweisung durch den in Artikel 63 AuG vorgesehenen Widerruf der Niederlassungsbewilligung ersetzt. Auf Gesetzesebene wird der Begriff der Ausweisung heute nur mehr für Ausweisungen aus Gründen der inneren und äusseren Sicherheit gebraucht (vgl. Art. 68 AuG).

Eine «Ausweisung», die wegen fehlenden Aufenthaltsrechts erfolgt, bezeichnet das Ausländergesetz demgegenüber konsequent als «Wegweisung» (vgl. Art. 64 Abs. 1 AuG). In der verfassungsrechtlichen Terminologie ist die Wegweisung im Sinne des Gesetzes eine Form der Ausweisung. Befolgt die ausgewiesene Person die Verpflichtung zur Ausreise nicht freiwillig, so erfolgt der zwangsweise Vollzug, d.h. die Person wird ausgeschafft.³⁰ Ausschaffung (bzw. «Rückschiebung», «refoulement») meint somit den zwangsweisen Vollzug einer Ausweisung. Auf Gesetzesebene ist die Ausschaffung in den Artikeln 69 ff. AuG geregelt.

²⁷ SR 142.31

²⁸ Spescha/Kerland/Bolzli 2010, S. 117, 310.

²⁹ Vgl. BBl 1997 I 1 131, Neue Bundesverfassung, S. 171; Reich 2008, S. 513.

³⁰ Rhinow/Schefer 2009, N. 1766; Reich 2008, S. 513.

Ausgehend von diesen Begriffen betrifft die Frage, ob eine ausländische Person die Schweiz verlassen muss, drei Ebenen:

- Auf der ersten Ebene geht es um den Verlust des (in Bewilligungsform zugestandenen) Aufenthaltsrechts.
- Auf der zweiten Ebene geht es um die materielle Verpflichtung zum Verlassen des Landes (Ausweisung).
- Auf der dritten Ebene schliesslich geht es um den Vollzug oder die Vollstreckung der Ausweisung (Ausschaffung).

«Einreiseverbot»:

Das geltende Recht sieht in Artikel 67 AuG die Möglichkeit der Behörden vor, unter bestimmten Voraussetzungen ein Einreiseverbot zu verfügen. Ferner verknüpft Artikel 68 Absatz 3 AuG die Ausweisung aus Gründen der inneren oder äusseren Sicherheit mit einem Einreiseverbot. Das Einreiseverbot hat keinen Strafcharakter, sondern gilt als verwaltungsrechtliche Massnahme, welche die unerwünschte ausländische Person von der Schweiz fernhalten will; ihr ist die rechtmässige Einreise in die Schweiz untersagt. Einreiseverbote des Bundesamtes für Migration (BFM) gestützt auf Artikel 67 Absätze 1 und 2 AuG werden nach geltendem Recht in der Regel für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt; bei einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung können sie auch für eine «längere Dauer» verfügt werden (Art. 67 Abs. 3 AuG). Einreiseverbote des Bundesamtes für Polizei aufgrund einer Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz können für eine Dauer von mehr als fünf Jahren und in besonderen Fällen auch unbefristet verhängt werden (vgl. die Art. 67 Abs. 4 und 68 Abs. 3 AuG).

Artikel 121 Absatz 5 BV sieht als Rechtsfolge ein «Einreiseverbot» von 5–15 Jahren vor, das im Wiederholungsfall auf 20 Jahre anzusetzen ist. Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit, in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Kriterien zur Festlegung der Dauer von 5–15 Jahren im Einzelfall zu verankern. Das Ausführungsgesetz kann die Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots aber auch der rechtsanwendenden Behörde überlassen, die bei dieser Entscheidung nach pflichtgemässen Ermessen vorzugehen hat.

1.1.4 Gesetzgebungsauftrag

Der Gesetzgeber hat den Auftrag, innerhalb von fünf Jahren seit der Annahme des Verfassungsartikels, konkretisierendes und ergänzendes Ausführungsrecht zu erlassen (Art. 197 Ziff. 8 BV). Dieser Auftrag umfasst folgende Aufgaben:

- Die «nähere» Umschreibung der Tatbestände nach Absatz 3 (Abs. 4 erster Satz). Es gilt auf Gesetzesebene insbesondere festzulegen, welche Formen von Drogenhandel und Einbruchsdelikten und welche «anderen schweren Sexualdelikte» neben der Vergewaltigung und welche «anderen Gewaltdelikte wie Raub» die in der Verfassung vorgesehenen Rechtsfolgen nach sich ziehen. Ferner sind Verhaltensweisen zu bezeichnen, die den missbräuchlichen Bezug von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen im Sinne von Absatz 3 Buchstabe b begründen.
- Eine Ergänzung der Tatbestände nach Absatz 3 mit weiteren Tatbeständen; die Ergänzung liegt im Ermessen des Gesetzgebers (Abs. 4 zweiter Satz).

- Den Erlass von Strafbestimmungen bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz (Abs. 6 zweiter Satz).

1.1.5 Die untersuchten Lösungsmöglichkeiten

Lösungsvorschläge der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe

Mit Verfügung vom 22. Dezember 2010 setzte die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) eine Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern ein. Diese Arbeitsgruppe aus Vertretern der Initianten, externen Fachleuten und Mitarbeitenden der Bundesverwaltung³¹ hatte namentlich die Aufgabe, in einem Bericht Vorschläge zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen auf Gesetzesstufe zu erarbeiten und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzuzeigen. In ihrem Bericht vom 21. Juni 2011 zuhanden des EJPD präsentierte die Arbeitsgruppe vier Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen.

Eine Variante (Variante 1) wurde von den Vertretern des Initiativkomitees eingebracht (vgl. dazu nachfolgend). Die Mehrheit der Arbeitsgruppe vertrat die Auffassung, diese Variante verstosse gegen die Grundprinzipien des Verfassungsrechts und sei zudem mit der herkömmlichen Praxis der Schweiz unvereinbar, wonach Verfassungsbestimmungen völkerrechtskonform auszulegen sind.

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe schlug ihrerseits drei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen vor: Zwei Varianten sahen eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im StGB vor (Varianten 2 und 3)³², in einer dritten Variante wurde eine Umsetzung im AuG vorgeschlagen (Variante 4)³³.

Neben einem Deliktskatalog, der sich so weit als möglich auf schwere Straftaten beschränkte, sahen alle drei Varianten der Arbeitsgruppenmehrheit als Voraussetzung für die Landesverweisung (resp. den Entzug von Bewilligungen) eine Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe vor. Hervorzuheben ist, dass die Anordnung der Landesverweisung respektive der zwingende Widerruf von Bewilligungen zudem ausdrücklich ausgeschlossen war, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Abkommens vom 21. Juni 1999³⁴ zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) und des Über-

³¹ Vorsitz: Heinrich Koller; Vertreter des Initiativkomitees: Manuel Brandenburg und Gregor Rutz; Vertreter der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD): Roger Schneeberger; Vertreterin der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK): Margrith Hanselmann; Vertreter des Bundesamtes für Migration (BFM): Albrecht Dieffenbacher; Vertreter des Bundesamtes für Justiz (BJ): Ridha Fraoua.

³² Variante 2: Art. 73a ff. VE-StGB; Variante 3: Art. 67c ff. VE-StGB; Bericht der Arbeitsgruppe, S. 123 ff.

³³ Art. 62 ff. VE-AuG, Bericht der Arbeitsgruppe, S. 129 ff.

³⁴ SR **0.142.112.681**

einkommens vom 4. Januar 1960³⁵ zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen) vorliegt.³⁶

Ein zentraler Punkt in den Varianten der Mehrheit der Arbeitsgruppe betraf schliesslich die Möglichkeiten, den Vollzug einer angeordneten Landesverweisung aufzuschieben (resp. eine vorläufige Aufnahme anzuordnen). Zusätzlich zum Rückschiebungsverbot nach Artikel 25 Absätze 2 und 3 BV waren auch die Unmöglichkeit (aus Gründen, welche die betroffene Person nicht beeinflussen kann, wie z.B. die Weigerung der Heimatbehörden, Reisepapiere auszustellen) und die Unzumutbarkeit (infolge Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe) als Aufschiebungsgründe vorgesehen. Im Rahmen der Unzumutbarkeit aufgrund «schwerwiegender persönlicher Gründe» wurde die Vollzugsbehörde angehalten, den Anforderungen der EMRK, des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966³⁷ über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) und des Übereinkommens vom 20. November 1989³⁸ über die Rechte des Kindes (KRK) Rechnung zu tragen.

Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates

Am 23. Mai 2012 beauftragte der Bundesrat das EJPD, ein Vernehmlassungsverfahren über zwei Vorentwürfe und einen erläuternden Bericht zur Änderung des StGB und des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927³⁹ (MStG) (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV) durchzuführen.⁴⁰ Die Vernehmlassung dauerte bis zum 30. September 2012.

Die beiden Vorentwürfe (Varianten 1 und 2) basierten auf den Vorschlägen der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe. Beide sahen die Einführung einer neuen Form der Landesverweisung im StGB vor.

Die vom Bundesrat favorisierte Variante 1 ging von den Vorschlägen aus, die von einer Mehrheit der Arbeitsgruppe unterstützt wurden. Sie versuchte, den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung zu tragen. Mit Blick auf den anvisierten Ausweisungsautomatismus wurden in diesen Bereichen jedoch gewisse Einschränkungen in Kauf genommen. Der Katalog der Straftaten, die grundsätzlich zu einer Landesverweisung führen müssen (Deliktskatalog), umfasste neben den in der Verfassung ausdrücklich genannten Straftaten nur schwere Sexual-, Gewalt- und Vermögensdelikte. Ausnahmen waren nur möglich, wenn die Landesverweisung für die betroffene Person unzumutbar ist, weil dadurch ihre Rechte, die durch internationale Menschenrechtsgarantien geschützt sind, schwerwiegend verletzt würden. Bei Strafen von höchstens sechs Monaten durfte eine Landesverweisung nur verhängt werden, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung höher sind als die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz.

³⁵ SR **0.632.31**

³⁶ Art. 73c VE-StGB (Variante 2), Art. 67d Abs. 1 VE-StGB (Variante 3), Art. 63b VE-AuG (Variante 4), Bericht der Arbeitsgruppe, S. 124 ff.

³⁷ SR **0.103.2**

³⁸ SR **0.107**

³⁹ SR **321.0**

⁴⁰ Die Vorentwürfe (wie auch der erläuternde Bericht) sind abrufbar unter: www.admin.ch > Aktuell > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Verfahren > 2012 > Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement.

Dem Völkerrecht, insbesondere der EMRK und der KRK, trug Variante 1 so weit als möglich Rechnung. Eine vollständige Berücksichtigung der Vorgaben des FZA war jedoch mit den neuen Verfassungsbestimmungen, die für bestimmte Delikte eine zwingende Ausweisung verlangen, nicht vereinbar. Im Ergebnis wurden jedoch die Konflikte mit dem FZA in Variante 1 insbesondere durch eine relativ enge Umschreibung des Deliktskatalogs und durch das Erfordernis einer Mindeststrafe minimiert.

Variante 2 entsprach dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees im Rahmen der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe eingebracht worden ist. Sie sah einen relativ weiten Deliktskatalog vor. Dieser enthielt nebst den schweren Verbrechen auch leichtere Verbrechen und Vergehen, sodass kriminelle Ausländer und Ausländerinnen auch bei Bagatelldelikten ausgeschafft werden müssten. Im Vordergrund stand die Art des begangenen Delikts und nicht die Schwere der Tat. Dementsprechend war keine Mindeststrafe vorgesehen.

Variante 2 ging im Ergebnis davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen als jüngeres Recht Vorrang haben vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht – insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien sowie dem FZA. Deshalb trug Variante 2 mit Ausnahme des Non-Refoulement-Gebots weder der EMRK noch der KRK Rechnung. Dem FZA trug sie zudem weniger Rechnung als Variante 1.

1.1.6 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Im Rahmen der Vernehmlassung sind 85 Stellungnahmen eingegangen.⁴¹ Von den 127 zur Stellungnahme eingeladenen Adressaten und Adressatinnen sind 74 Antworten eingegangen, worunter 6 ausdrückliche Verzichte auf eine inhaltliche Vernehmlassung. 11 Vernehmlassungsteilnehmer und -teilnehmerinnen (nachfolgend Teilnehmende) haben von sich aus die Möglichkeit wahrgenommen, sich am Vernehmlassungsverfahren zu beteiligen.

Generelle Einschätzung

Variante 1 wird – wenn auch zum Teil mit gewichtigen Vorbehalten – von einer Mehrheit der Teilnehmenden unterstützt (20 Kantone, 4 Parteien sowie 24 Organisationen und Institutionen). Für viele stellt Variante 1 eine vermittelnde Lösung zwischen dem mit den neuen Verfassungsbestimmungen anvisierten Ausweisungsautomatismus, den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und dem internationalen Recht dar. Variante 1 wird allerdings von verschiedenen Teilnehmenden nur widerstrebend und nur deshalb unterstützt, weil Variante 2 für sie keine Alternative darstellt.

Variante 2 wird nur von einer Minderheit der Teilnehmenden (4 Kantone, 2 Parteien und 1 Organisation) unterstützt. Für diese steht die Umsetzung des Volkswillens und des Wortlauts der neuen Verfassungsbestimmungen im Vordergrund. Sie gehen davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen den bisherigen Verfassungsnormen und dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgehen.

⁴¹ Es haben 25 Kantone, 9 politische Parteien, 2 gesamtschweizerische Dachverbände der Gemeinden und Städte, 6 gesamtschweizerische Dachverbände der Wirtschaft, die Bundesanwaltschaft, 40 interessierte Organisationen und Institutionen sowie 2 Privatpersonen Stellung genommen.

Sowohl Variante 1 als auch Variante 2 werden von einer starken Minderheit der Teilnehmenden (1 Kanton, 1 Partei und 16 Organisationen und Institutionen) abgelehnt. Im Vordergrund für die Ablehnung steht die Kritik, wonach beide Varianten keine verfassungskonforme und keine völkerrechtskonforme Umsetzung darstellten. Sie würden insbesondere gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit verstossen. Zudem seien sie nicht oder nicht vollumfänglich kompatibel mit der EMRK, dem UNO-Pakt II, der KRK und dem FZA. Bedenken werden zudem in Bezug auf das Abkommen vom 28. Juli 1951⁴² über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK) und die Einhaltung des Non-Refoulement-Gebots geäussert.

Grundsätzliche Ausrichtung der Vorlage

Eine Mehrheit der Teilnehmenden kann sich eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen auf der Grundlage von Variante 1 vorstellen. Kontrovers bleibt, ob sich die Gesetzesvorlage eher am Wortlaut der neuen Verfassungsnorm oder eher an den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns und am Völkerrecht orientieren soll:

Eine knappe Mehrheit der Teilnehmenden würde Variante 1 in Bezug auf die Berücksichtigung der verfassungsmässigen Prinzipien und des Völkerrechts nicht grundlegend verändern (16 Kantone, 2 Parteien und 14 Organisationen). Sie geht davon aus, dass mit der Variante 1 keine wichtigen verfassungsmässigen und völkerrechtlichen Bestimmungen verletzt werden, oder akzeptiert, dass diesen im Sinne eines Kompromisses nur bis zu einem gewissen Grad Rechnung getragen werden kann.

Eine praktisch gleich grosse Gruppe von Teilnehmenden verlangt, dass die verfassungsrechtlichen Prinzipien sowie das Völkerrecht (Menschenrechtsgarantien oder das FZA) besser berücksichtigt (2 Kantone, 1 Partei und 10 Organisationen) respektive vollumfänglich berücksichtigt (1 Kanton, 1 Partei und 16 Organisationen) werden.

Eine politisch bedeutende Minderheit der Teilnehmenden würde Variante 1 verschärfen (3 Kantone und 1 Partei) oder Variante 2 umsetzen (4 Kantone, 2 Parteien und 1 Organisation), um dem Wortlaut der neuen Verfassungsnorm stärkere Nachachtung zu verschaffen.

Für die detaillierte Kritik zu den beiden Varianten wird auf den Vernehmlassungsbericht verwiesen.⁴³

1.2 Die beantragte Regelung

1.2.1 Einleitung

Aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens beantragt der Bundesrat eine Regelung, die im Wesentlichen auf Variante 1 der Vernehmlassungsvorlage basiert und eine vermittelnde Lösung zwischen einem Ausweisungsautomatismus

⁴² SR **0.142.30**

⁴³ Zusammenfassung vom 19. Nov. 2012 der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und die Vorentwürfe zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer); abrufbar unter: www.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen.

und dem bisherigen Verfassungsrecht und dem Völkerrecht darstellt. Auf eine im Vergleich zu Variante 1 weiter gehende Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grundsätze und des Völkerrechts wird gestützt auf die Vernehmlassungsergebnisse verzichtet. Ebenso wenig sollen die verfassungsrechtlichen Grundsätze und das Völkerrecht im Sinne der Variante 2 der Vernehmlassungsvorlage weiter eingeschränkt werden.

Hingegen wurde der Deliktskatalog um Straftaten im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben ergänzt, und es wurde geprüft, wie mit Personen umzugehen ist, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann (vgl. unten, Ziff. 1.2.5 und 1.2.10).

1.2.2 Verhältnis zum Völker- und Verfassungsrecht

In der Botschaft zur Ausschaffungsinitiative hat der Bundesrat festgehalten, dass bei Annahme der Initiative neben erheblichen Kollisionen mit rechtsstaatlichen Garantien der Bundesverfassung «auch wichtige Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts, zum Beispiel der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EU, nicht mehr eingehalten werden [könnten].» Diese Feststellung wurde in der Botschaft ausführlich begründet und mit einer Prüfung unter dem Gesichtspunkt der EMRK, des UNO-Pakts II, der KRK und des FZA veranschaulicht.⁴⁴ Diese Sichtweise geht von der Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen aus und anerkennt keinen Vorrang jüngerer Verfassungsrechts.

Zahlreiche Teilnehmende bringen im Rahmen der Vernehmlassung zum Ausdruck, dass es nicht möglich sei, sowohl den Volkswillen gemäss dem Wortlaut der neuen Bestimmungen umzusetzen als auch die verfassungsmässigen Grundprinzipien sowie die völkerrechtlichen Verpflichtungen vollumfänglich einzuhalten.⁴⁵

Einzelne gehen ausdrücklich von der Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen aus. Auch wenn die neuen Verfassungsbestimmungen vom Volk angenommen worden seien, müssten diese soweit möglich unter Berücksichtigung des internationalen Rechts und des Verhältnismässigkeitsprinzips umgesetzt werden. Für viele Teilnehmende sind bei der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen die bestehenden Grundprinzipien der Verfassung sowie die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vollumfänglich zu berücksichtigen. Artikel 5 Absatz 4 BV sehe vor, dass Bund und Kantone das internationale Recht beachten. Zudem habe das Bundesgericht den Vorrang des internationalen Rechts vor dem Landesrecht bestätigt, jedenfalls soweit internationale Menschenrechtsgarantien betroffen seien.⁴⁶

Nur ganz wenige Teilnehmende vertreten eine andere Auffassung: Für nicht direkt anwendbare Verfassungsnormen gelte, dass die Ausführungsgesetzgebung Vorrang vor dem älteren Völkerrecht habe. Dieses Prinzip dürfe nicht mit dem Hinweis auf Artikel 5 Absatz 4 BV umgangen werden. Die Legitimation einer Verfassungsbestimmung sei wesentlich höher als jene von Verträgen, die nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts enthalten. Einem Staat sei grundsätzlich erlaubt, gegen die nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu verstossen. Die

⁴⁴ Botschaft zur Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 5106 ff.

⁴⁵ Vernehmlassungsbericht, S. 9.

⁴⁶ Vernehmlassungsbericht, S. 9.

Folge sei lediglich, dass er sich gegenüber den völkerrechtlichen Vertragspartnern verantwortlich macht und diese entsprechend reagieren.⁴⁷

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen geht von folgenden Leitlinien aus:

Die neuen Verfassungsbestimmungen sind nicht eindeutig abgefasst; es kann nicht einzig auf den Wortlaut von Artikel 121 Absatz 3 BV abgestellt werden. So war gerade auch die Tragweite der neuen Verfassungsbestimmungen bereits vor der Volksabstimmung umstritten. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass Artikel 121 Absatz 4 BV (sowie Art. 197 Ziff. 8 der Übergangsbestimmungen) den Gesetzgeber beauftragt, die Tatbestände nach Artikel 121 Absatz 3 BV näher zu umschreiben. Der Verfassungsgeber übertrug folglich dem Gesetzgeber bewusst einen Gestaltungsspielraum.

Der Umsetzungsvorschlag des Bundesrats berücksichtigt die Entstehungsgeschichte und den Zweck der neuen Bestimmungen und sieht eine im Vergleich zum geltenden Aus- und Wegweisungsregime deutlich strengere Praxis bei der Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer vor. Unter Inkaufnahme von Abstrichen am anvisierten «Ausweisungsautomatismus» wird jedoch eine Regelung vorgeschlagen, die den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien soweit als möglich Rechnung trägt.⁴⁸

Gemäss Artikel 5 Absatz 2 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein. Der Entwurf geht davon aus, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip in den neuen Verfassungsbestimmungen bereits weitgehend wertend konkretisiert ist, insbesondere hinsichtlich der Teilaspekte der Geeignetheit und der Notwendigkeit. Hingegen fehlt der Aspekt der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Zweck-Mittel-Relation). Darunter ist das Verhältnis zwischen konkretem Eingriffszweck (öffentlichem Nutzen) und konkreter Eingriffswirkung (privater Last) zu verstehen. Eine Massnahme ist dann nicht verhältnismässig i. e. S., wenn der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen unvertretbar schwer wiegt.⁴⁹ Artikel 121 Absätze 3–6 BV schliessen es nicht ausdrücklich aus und die harmonisierende Auslegung gebietet es, diesem Aspekt bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung Rechnung zu tragen.

Wo es das zwingende Völkerrecht (Non-Refoulement-Gebot) oder die rein praktische Unmöglichkeit (beispielsweise aufgrund fehlender Papiere) gebieten, steht es mit Artikel 121 Absätze 3–6 BV im Einklang, in der Vollzugsphase die Wegweisung vorübergehend aufzuschieben.

⁴⁷ Vernehmlassungsbericht, S. 9 f.

⁴⁸ Vgl. dazu Hangartner 2011, S. 473 ff., der von den Initianten bei schwerwiegenden Abweichungen von einem verfassungsrechtlichen Grundprinzip und einschlägigen völkerrechtlichen Verpflichtungen (wie etwa dem Verhältnismässigkeitsprinzip und daraus folgend der Einzelfallbeurteilung) einen ausdrücklichen Vorbehalt im Initiativ- bzw. Verfassungstext verlangt.

⁴⁹ Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller 2009, § 21 N. 16.

Der Normenkonflikt zwischen neuem Verfassungsrecht und dem nicht zwingenden Völkerrecht soll in analoger Anwendung der vom Bundesgericht entwickelten «Schubert-Praxis» resp. «PKK-Rechtsprechung» gelöst werden.⁵⁰ Die Rechtsprechung geht grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus. Vorbehalten bleibt gemäss «Schubert-Praxis» einzig der Fall, dass die Bundesversammlung beim Erlass eines Bundesgesetzes einen Verstoß gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts ausdrücklich in Kauf genommen hat.⁵¹ Dies gilt allerdings nicht im Falle eines Widerspruchs zu internationalen Menschenrechtsgarantien.⁵²

Auf die vorliegende Situation angewendet heisst das: Die ausführende Gesetzgebung muss die internationalen Menschenrechtsgarantien einhalten. Sie ist namentlich so auszugestalten, dass die zuständigen Behörden bei allen Ausweisungsfällen, die vom Schutzbereich von Artikel 8 EMRK, Artikel 17 UNO-Pakt II oder den Artikeln 3, 9 und 10 Absatz 2 KRK erfasst werden, eine Einzelfall- bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung vornehmen. Bei Straftaten einer bestimmten Schwere soll allerdings nur von einer Landesverweisung abgesehen werden können, wenn die betroffene Person dadurch in schwerwiegender Weise in ihren persönlichen Rechten verletzt würde. Diese Einschränkung wurde in der Vernehmlassung von verschiedener Seite mit Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR kritisiert.⁵³ An ihr wird jedoch festgehalten, weil sie einen wesentlichen Teil der vermittelnden Lösung zwischen verfassungsrechtlichem Ausweisungsautomatismus und internationalem Recht darstellt.

Im Übrigen soll jedoch gemäss dem vorliegenden Vorschlag das jüngere Verfassungsrecht entgegenstehendem Völkerrecht vorgehen. Dieser Vorrang kommt insbesondere im Verhältnis zum FZA und zum EFTA-Übereinkommen zum Tragen. Diese beiden völkerrechtlichen Verträge verlangen zwar im Wesentlichen eine Verhältnismässigkeitsprüfung, wie sie auch im Anwendungsbereich von Artikel 8 EMRK erforderlich ist. Zusätzlich setzen sie jedoch voraus, dass im Einzelfall – und zwar sowohl im Zeitpunkt des Strafurteils als auch im Vollzugszeitpunkt – eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit besteht. Dieses Erfordernis kann nicht berücksichtigt werden, ohne dass die neuen Verfassungsbestimmungen – eine Verschärfung der heutigen Regelungen – verletzt werden.

Im Ergebnis kann die vorgeschlagene Regelung somit zu Konflikten mit der EMRK, dem UNO-Pakt II, der KRK, dem FZA oder dem EFTA-Übereinkommen führen. In diesem Zusammenhang ist allerdings noch einmal darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts ausgeht.⁵⁴ Daran hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid vom 12. Oktober 2012 ausdrücklich festgehalten. Es hat in diesem Urteil unter Hinweis auf Artikel 190 BV ausgeführt, das Bundesgericht sei auch mit Blick auf Artikel 121

⁵⁰ Vgl. Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011 3613, Ziff. 5.2 und 5.3.

⁵¹ Vgl. dazu Bericht der Arbeitsgruppe, S. 113.

⁵² Vgl. dazu die Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E. 5.1.

⁵³ Vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 7 ff.

⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_743/2011 vom 19.09.2012, E. 5.1; BGE 135 II 243 E. 3.1; 125 II 417 E. 4d; 136 II 241 E. 16.1; 122 II 485 E. 3a.

Absätze 3–6 BV an die sich aus der Rechtsprechung des EGMR ergebenden Vorgaben gebunden.⁵⁵

1.2.3 Regelungsort

Zwar tritt eine Mehrheit der Teilnehmenden, die sich zum Regelungsort äussern, für eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im AuG ein und macht dafür zahlreiche Vorteile geltend.⁵⁶ Allerdings sieht die Botschaft des Bundesrates vom 4. April 2012⁵⁷ zur Änderung des Sanktionenrechts die Wiedereinführung einer fakultativen Landesverweisung im StGB und im MStG vor. Aus Kohärenzgründen ist es folglich angezeigt, die in Artikel 121 Absätze 3–6 BV vorgesehene zwingende Landesverweisung, die ebenfalls bei Straftätern zur Anwendung kommt, im StGB zu regeln.

1.2.4 Landesverweisung

Zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen wird die Einführung einer Landesverweisung im StGB (und im MStG) vorgeschlagen. Sie wird unter «andere Massnahmen» eingereiht. Die Landesverweisung umfasst den Verlust des Aufenthaltsrechts und den Verlust aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt (Art. 121 Abs. 3 Einleitungssatz BV), die Verpflichtung zum Verlassen des Landes (Ausweisung) sowie ein Einreiseverbot von 5–15 Jahren, im Wiederholungsfall von 20 Jahren (Art. 121 Abs. 5 BV).

1.2.5 Deliktskatalog

In Artikel 66a Absatz 1 Buchstaben a–e E-StGB sind die Delikte aufgelistet, die zu einer Landesverweisung führen (sog. Deliktskatalog). Dabei werden in erster Linie die Delikte und Deliktgruppen nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV konkretisiert. Einige Begriffe, welche die neue Verfassungsbestimmung verwendet, sind bisher in der strafrechtlichen Terminologie unbekannt und müssen daher definiert werden (so etwa «Gewaltdelikt», «Drogenhandel», «Einbruchsdelikt»; vgl. dazu vorne, Ziff. 1.1.3). Von der Möglichkeit, die Tatbestände zu ergänzen (Art. 121 Abs. 4 BV) wird mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Wo aber eine Ergänzung erfolgt, basiert dies auf Gründen der Kohärenz. Neben den in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Straftaten enthält der Deliktskatalog in erster Linie schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter (eine Ausnahme bilden Straftaten im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben, vgl. unten). Damit wird auch den Anliegen des Initiativkomitees Rechnung getragen,

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E. 5.3.

⁵⁶ Vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 11 ff. Vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV); abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch > Themen > Kriminalität > Gesetzgebung > Ausschaffung, Ziff. 1.4.3.

⁵⁷ Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts), BBl 2012 4721.

das in den Abstimmungsunterlagen zur Ausschaffungsinitiative mehrmals betont, die Initiative habe zum Ziel, dass Ausländer, die «schwere Verbrechen» begehen, konsequent ausgewiesen werden.⁵⁸ Als Massstab für die Schwere gelten die in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnten Tatbestände der Vergewaltigung und des Raubs. Gemäss Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV soll der missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe zu einer Ausschaffung führen. Entsprechend scheint es angezeigt, auch Straftaten im Bereich des Bezugs von anderen Leistungen des Staates oder von Leistungen zugunsten des Staates in den Deliktskatalog aufzunehmen. Wie der missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe handelt es sich im Einzelnen auch hier um Delikte, die aufgrund des angedrohten Strafmasses als leicht einzustufen sind (vgl. unten, Ziff. 2.1.1).

Die zurückhaltende Ergänzung des Deliktskatalogs ist in der Vernehmlassung positiv aufgenommen worden. Dass sich dieser auf schwere Verbrechen konzentrierte und eng gefasst sei, wurde unter anderem mit Blick auf die schwere Rechtsfolge begrüsst. Dagegen kritisierte eine grosse Gruppe von Teilnehmenden, dass die Straftaten hinsichtlich ihrer Schwere unterschiedlich seien und in Bezug auf die Rechtsfolge nicht gleich gewichtet werden dürften; dies insbesondere aus Gründen der Verhältnismässigkeit.⁵⁹ Es besteht allerdings praktisch kein Spielraum, um dieser Kritik Rechnung zu tragen, da bereits Artikel 121 Absatz 3 BV vorgibt, dass leichte und schwere Delikte zu einer Landesverweisung führen müssen. Im Übrigen waren für die Ausgestaltung des Deliktskatalogs die folgenden Überlegungen massgebend:

- Als *vorsätzliche Tötungsdelikte* werden nur diejenigen in den Deliktskatalog aufgenommen, die als Verbrechen eingestuft sind: vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB) und Totschlag (Art. 113 StGB).
- Neben der in der Verfassung ausdrücklich erwähnten *Vergewaltigung* (Art. 190 StGB) werden die folgenden «anderen schweren Sexualdelikte» aufgenommen: Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Schändung (Art. 191 StGB) und Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB). Sie drohen im Grundtatbestand entweder eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder eine Maximalstrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe an.
- Als «*andere Gewaltdelikte*» werden neben dem in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Raub (Art. 140 StGB) schwere Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit und gemeingefährliche Verbrechen aufgenommen, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind.
- Gestützt auf Artikel 121 Absatz 4 BV wird der Deliktskatalog um *schwere Vermögensdelikte* ergänzt. Als Schwelle wird auch hier vorausgesetzt, dass diese mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind. Delikte wie die qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB), der gewerbsmässige oder

⁵⁸ Vgl. Volksabstimmung vom 28. Nov. 2010, Erläuterungen des Bundesrates, «Ausschaffungsinitiative» und Gegenentwurf der Bundesversammlung, «Steuergerechtigkeits-Initiative»; abrufbar unter: www.parlament.ch > Wahlen und Abstimmungen > Volksabstimmungen 2010 > 28.11.2010 > Erläuterungen des Bundesrates, S. 12 (Argumente des Initiativkomitees).

⁵⁹ Vernehmlassungsbericht, S. 14 f.

bandenmässige Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB), qualifizierte Formen der Erpressung (Art. 156 Ziff. 2–4 StGB) oder die gewerbmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB) werden auch von ausländischen Personen begangen und können eine Landesverweisung ebenso rechtfertigen wie zum Beispiel der Raub, die Vergewaltigung oder der Betrug im Sozialbereich. Die Ausweitung des Deliktskatalogs auf schwere Vermögensdelikte wurde in der Vernehmlassung begrüsst.⁶⁰

- Der *missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe* (Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV) wird über den Betrug nach Artikel 146 StGB und einen neuen Straftatbestand (Art. 148a E-StGB) erfasst. In der Vernehmlassung hielten viele Teilnehmende diesen neuen Tatbestand für unnötig (vgl. unten, Ziff. 2.1.6). Eine Landesverweisung soll nach einzelnen Vernehmlassungsteilnehmenden nur bei einem Betrug im Sozialversicherungs- oder Sozialhilfebereich greifen.⁶¹ Der Bundesrat hält aber mit Blick auf den Verfassungsauftrag in Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV daran fest, für eine Landesverweisung auch einen unrechtmässigen Leistungsbezug unter der Betrugsschwelle genügen zu lassen.
- Wenn Straftaten im Bereich des Bezugs von Leistungen der Sozialversicherungen und Sozialhilfe zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen, so erscheint es folgerichtig, wenn auch *Straftaten im Bereich der Abgaben an den Staat* diese Rechtsfolge haben. Gestützt auf Artikel 121 Absatz 4 BV werden daher Betrugshandlungen und andere Straftaten im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben in den Deliktskatalog aufgenommen, sofern sie (aufgrund der Strafdrohung) eine bestimmte Schwere aufweisen. Der Vorentwurf enthielt diese Abgabedelikte nicht. In der Vernehmlassung wurde aber die Aufnahme insbesondere des Steuerbetrugs angeregt.⁶²
- Der *Drogenhandel* wird von der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG) erfasst. Anlässlich der Vernehmlassung kritisierten wenige Teilnehmende diese Begriffsbestimmung des Drogenhandels, während gleich viele Teilnehmende sie für gerechtfertigt hielten.⁶³
- Das *Einbruchsdelikt* soll als Verbindung von Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) und Diebstahl (Art. 139 StGB) definiert werden. Vereinzelt wurde dies in der Vernehmlassung begrüsst, vereinzelt aber auch eine andere Definition für treffender gehalten (vgl. auch unten, Ziff. 2.1.1).⁶⁴

1.2.6 Konkretisierung des Begriffs «Verurteilung»

Nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV muss eine ausländische Person ausgewiesen werden, wenn diese wegen eines bestimmten Delikts «rechtskräftig verurteilt» (im Französischen «condamnés par un jugement entré en force», im Italienischen «condannati con sentenza passata in giudicato») worden ist. Der Begriff

⁶⁰ Vernehmlassungsbericht, S. 15.

⁶¹ Vernehmlassungsbericht, S. 24.

⁶² Vernehmlassungsbericht, S. 16.

⁶³ Vernehmlassungsbericht, S. 16.

⁶⁴ Vernehmlassungsbericht, S. 15.

«Verurteilung» steht im Gegensatz zum Begriff «Freispruch» und setzt voraus, dass ein Straftatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllt worden ist. Der Täter wird in diesem Fall «schuldig gesprochen».

Nach juristischer Terminologie ist eine Verurteilung unabhängig von der Ausfällung einer Sanktion.⁶⁵ So gibt es Konstellationen, in denen das Gericht trotz Verurteilung von einer Strafe absehen kann (vgl. etwa die Art. 23 und 52–54 StGB). In der Regel wird der Täter aber zu einer bestimmten Strafe «verurteilt» bzw. mit einer bestimmten Strafe «bestraft». Auch im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff «Verurteilung» an eine Bestrafung geknüpft.⁶⁶ Entsprechend setzt dieser sowohl die Anerkennung einer Schuld als auch die Ausfällung einer Strafe voraus.⁶⁷

Der Entwurf verlangt daher, dass die ausländische Person zu einer Strafe verurteilt worden ist; bei Absehen von einer Strafe kommt die Landesverweisung nicht zum Tragen. Dies entspricht nicht nur dem oben beschriebenen Verständnis des Begriffs «Verurteilung», sondern wird auch durch das Verhältnismässigkeitsprinzip nahegelegt. Die Verhängung einer schweren Sanktion wie einer Landesverweisung von 5–15 Jahren soll nur greifen, wo der Richter die Straftat als so schwer einstuft, dass er den Täter überhaupt bestraft. Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV lässt sich so auslegen, dass die Voraussetzungen einer «Verurteilung» bzw. der Aussprechung einer Strafe in dieser Bestimmung nicht vollständig geregelt sind. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, diese Voraussetzungen zu umschreiben und insbesondere eine Mindeststrafe vorzusehen. Deshalb soll eine Landesverweisung nur zwingend sein, wo der ausländische Täter zu eine Strafe von mindestens sechs Monaten verurteilt worden ist (dazu unten, Ziff. 1.2.7).

Handelt der Täter nicht schuldhaft, so wird er freigesprochen. Bei Schuldunfähigkeit (Art. 19 Abs. 1 StGB) kann allerdings eine Massnahme verhängt werden. Es kann offen gelassen werden, ob eine sehr weite verfassungsrechtliche Auslegung des Begriffs «Verurteilung» eine Landesverweisung auch bei schuldunfähigen Tätern zuliesse (also aufgrund eines Freispruchs), sofern diese Täter aufgrund ihrer Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit mit einer Massnahme belegt worden sind. Bei Tätern, die für ihre Handlungen strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden können, würde eine Landesverweisung im Sinne dieser Vorlage, deren Notwendigkeit und Geeignetheit nicht überprüft werden kann, zu weit führen. Für diese Personen scheint eine Fernhaltungsmassnahme nach AuG (z.B. ein Einreiseverbot) adäquater,

⁶⁵ Gruber 2007, Art. 366 N. 15 mit Verweis auf die Botschaft vom 21. Sept. 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979.

⁶⁶ Das Deutsche Universalwörterbuch, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2001, definiert «verurteilen» als «durch Gerichtsbeschluss mit einer bestimmten Strafe belegen». Für die weiteren Amtssprachen vgl. Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris 2008 und Dizionario della Lingua Italiana, Milano 2003.

⁶⁷ Zum Ganzen Botschaft vom 10. Okt. 2012 zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirektem Gegenvorschlag, BBl 2012 8819, hier 8838 f.

in deren Rahmen umfassend auf die konkret bestehende Gefährlichkeit abgestellt werden kann.⁶⁸

1.2.7 Mindeststrafe

Die Schwere einer Straftat ergibt sich einerseits aus der für diese Tat *angedrohten Strafe*. Im schweizerischen Strafrecht werden die Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt (Art. 10 und 103 StGB). Diese Einteilung erfolgt aufgrund der abstrakten Strafdrohung in den einzelnen Straftatbeständen. Sie stellt das Element dar, das dem Gesetzgeber zur «Klassifizierung des Schweregrads» und grundsätzlichen Unrechtsgehalts einer Tat zur Verfügung steht.⁶⁹

Diese grundsätzliche Gewichtung wird andererseits durch das Gericht konkretisiert, das die Strafe im Einzelfall nach dem *Verschulden des Täters* zu bemessen hat. Das schweizerische Strafrecht stellt ein Schuldstrafrecht dar. Das heisst, die im Einzelfall verhängte Strafe wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, sich rechtskonform zu verhalten (Art. 47 StGB). So kann z.B. die schwere Körperverletzung nach Artikel 122 StGB als schweres Delikt bezeichnet werden, wenn darauf abgestellt wird, dass für diese Tat eine Strafe von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe angedroht wird. Im konkreten Einzelfall kann indessen ein Täter, der eine schwere Körperverletzung begangen hat, z.B. wegen Schuldunfähigkeit nach Artikel 19 Absatz 1 StGB freigesprochen werden und daher straflos ausgehen oder mit einer Massnahme (z.B. einer Verwahrung) belegt werden. Die schwere Körperverletzung könnte auch in einer entschuldbaren Notwehrsituation begangen worden sein und gestützt auf Artikel 16 Absatz 1 StGB milder – z.B. mit einer bedingten Freiheitsstrafe von wenigen Wochen – bestraft werden.

Die Schwere einer Straftat ergibt sich daher aus der für diese Tat angedrohten Strafe und aus der im Einzelfall aufgrund des Verschuldens verhängten Strafe. Dabei soll nicht vergessen werden, dass bei der Strafzumessung neben dem Verschulden des Täters auch sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein zukünftiges Leben berücksichtigt werden (Art. 47 Abs. 1 StGB). Wenn die neuen Verfassungsbestimmungen auf die Ausweisung von ausländischen Personen abzielen, die «schwere Verbrechen» begangen haben, kann dies nicht ohne Berücksichtigung der im Einzelfall verhängten Strafe geschehen.⁷⁰

Die Landesverweisung stellt eine einschneidende Massnahme dar, bei deren Anordnung die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns wie das *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 BV) von grosser Bedeutung sind. Gerade im Massnahmenrecht (Art. 56 ff. StGB) kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip grundsätzlich besonderes Gewicht zu.⁷¹ So statuiert das StGB für die therapeutischen Massnahmen und die

⁶⁸ Für gewisse Massnahmen (nach Art. 61 und 64 StGB) sieht die Botschaft Änderung Sanktionenrecht, BBl 2012 4721 4759, zudem die Möglichkeit einer fakultativen Landesverweisung vor. Siehe dazu auch unten, Ziff. 1.2.16.

⁶⁹ Dieser Voraussetzung wird beim Delikskatalog so weit als möglich Rechnung getragen (vgl. oben, Ziff. 1.2.5).

⁷⁰ Vgl. Erläuterungen zur Volksabstimmung, S. 12.

⁷¹ Vgl. Stratenwerth 2006, § 8 N. 12 ff.

Verwahrung etwa den Grundsatz, dass der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein darf (Art. 56 Abs. 2 StGB). Würde die Landesverweisung wie im alten Recht (Art. 55 aStGB) als Nebenstrafe ausgestaltet werden, so müsste dagegen dem Schuldprinzip Rechnung getragen werden.

Die Landesverweisung wird zwar in den meisten Fällen geeignet sein, das anvisierte Ziel zu erreichen, das heisst, Ausländer an der weiteren Begehung von Straftaten in der Schweiz zu hindern. Probleme stellen sich aber bei der Notwendigkeit der Massnahme: In bestimmten Fällen kann eine weniger einschneidende Massnahme (z.B. eine ambulante Massnahme oder ein Berufsverbot) das genannte öffentliche Interesse ebenso wahren. Die Landesverweisung wird insbesondere bei bestimmten Tätern mit einer günstigen Zukunftsprognose nicht notwendig sein. Diesem Aspekt kann das Gericht bei der Festlegung der Dauer der Landesverweisung bis zu einem gewissen Grad, jedoch nur unzureichend, Rechnung tragen. Schliesslich wird die Landesverweisung bei geringfügigen Straftaten (aufgrund der abstrakten Strafdrohung und/oder der im Einzelfall ausgefallten Strafe) nicht verhältnismässig im engeren Sinn sein. Indem für die Anordnung einer Landesverweisung eine *Mindeststrafe* (aufgrund eines minimalen Verschuldens) vorausgesetzt wird, kann das Verhältnismässigkeitsprinzip im engeren Sinn bis zu einem gewissen Grad gewahrt werden.

Es wurde geprüft, ob anstelle einer Mindeststrafe Strafmilderungsgründe berücksichtigt werden sollen, um dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen. Diese können jedoch den Unrechtsgehalt einer Tat unterschiedlich beeinflussen; auch mit einem Strafmilderungsgrund kann die Strafe immer noch schwer sein. Es würden zudem Täter benachteiligt, die aufgrund der Geringfügigkeit der Tat oder des niedrigen Verschuldens eine sehr leichte Strafe verwirken. Bei der Auslegung von Artikel 62 Buchstabe b AuG (wonach eine «längerfristige Freiheitsstrafe» zum Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen führen kann) setzte das Bundesgericht eine Grenze von einem Jahr fest.⁷² Diese Grenze, die nicht absolut gilt,⁷³ bezieht sich auf den Widerruf einer Bewilligung, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Kann der Ausländer einen Bewilligungsanspruch geltend machen, so liegt die Grenze bei zwei Jahren. Die Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Sanktionenrechts sieht daher in Artikel 67c Absatz 1 E-StGB für die fakultative Landesverweisung (die alle Verbrechen und Vergehen erfassen kann) gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Mindeststrafe von mehr als einem Jahr vor.⁷⁴

Im Entwurf wird diese Grenze mit Blick auf das Ziel der Initiative deutlich herabgesetzt. Das geltende Recht nimmt vielerorts bei einem Strafmass von *sechs Monaten*

⁷² BGE 135 II 377

⁷³ Ist die verhängte Freiheitsstrafe von geringerer Dauer, kann ein Bewilligungswiderruf nur gestützt auf die subsidiär anzuwendenden Widerrufsgründe von Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG bzw. Art. 62 Bst. c AuG erfolgen (Erheblicher oder wiederholter Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung bzw. deren Gefährdung/Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit).

⁷⁴ Botschaft Änderung Sanktionenrecht, BBl 2012 4721 4746.

eine Abgrenzung zwischen eher leichten und eher schweren Straftaten vor.⁷⁵ Diese Grenze wird für die Mindeststrafe übernommen (Art. 66a Abs. 2 E-StGB): Fällt der Richter eine Strafe von höchstens sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe aus, so soll eine Landesverweisung nur möglich sein, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Dies führt zu einer fakultativen Landesverweisung bei Freiheitsstrafen von höchstens sechs Monaten, Geldstrafen von höchstens 180 Tagessätzen oder gemeinnütziger Arbeit (welche in Fällen, in denen eine Landesverweisung ausgefällt wird, die Ausnahme sein sollte, vgl. Ziff. 2.1.3). Das öffentliche Interesse an der Landesverweisung wird gerade bei Kriminaltouristen regelmässig überwiegen. Kriminaltouristen können zwar bereits aufgrund des fehlenden Aufenthaltsrechts gestützt auf das AuG mit ausländerrechtlichen Massnahmen belegt werden. Diese dauern jedoch in der Regel weniger lang (höchstens fünf Jahre) als die neu vorgesehene strafrechtliche Landesverweisung (mindestens fünf Jahre).

Bei Strafen von mehr als sechs Monaten soll die Anordnung der Landesverweisung die Regel sein (Art. 66a Abs. 3 E-StGB). Dabei besteht die gesetzliche Vermutung, dass die Landesverweisung aufgrund einer Strafe von über sechs Monaten verhältnismässig ist. Eine Ausnahme kann nur gemacht werden, wenn die Landesverweisung für die betroffene Person unzumutbar ist, weil sie dadurch in ihren persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde. Aufgrund der Urteilsstatistik des Bundesamts für Statistik (BFS) ist davon auszugehen, dass insbesondere bei den aufgrund der angedrohten Strafe als schwer eingestuft Straftaten (wie z.B. der vorsätzlichen Tötung oder der Vergewaltigung) Strafen unter sechs Monaten ohnehin praktisch nie ausgesprochen werden.⁷⁶

Anlässlich der Vernehmlassung fiel die Mindeststrafe auf breite Zustimmung; insbesondere weil damit eine möglichst weit gehende Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angestrebt werde. Über die Hälfte der Teilnehmenden, die sich zur Mindeststrafe äusserten, wiesen aber darauf hin, dass auch eine solche Regelung dem Verhältnismässigkeitsprinzip, den internationalen Menschenrechtsgarantien oder dem FZA zuwiderlaufe. Gefordert wurde eine vollumfängliche Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips; eine Ausweisung dürfe nur nach einer Einzelfallprüfung und sorgfältigen Abwägung verschiedener Kriterien wie etwa des Aufenthaltsrechts und der Aufenthaltsdauer angeordnet werden. Von vielen Teilnehmenden wurde eine Erhöhung der Mindeststrafe verlangt.⁷⁷ Im vorliegenden Entwurf wurde die Regelung des Vorentwurfs (Variante 1) übernommen. Eine weiter gehende Einzelfallprüfung scheint nur schwer mit den neuen Verfassungsbestimmungen vereinbar, die die Ausweisung an die Verurteilung wegen bestimmter Delikte knüpfen. Insbesondere die Parteien und Kantone haben sich mehrheitlich für die hier vorgeschlagene Lösung ausgesprochen. Diese erlaubt, soweit als möglich das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Menschenrechtsgarantien zu beachten und gleich-

⁷⁵ Art. 37 StGB (gemeinnützige Arbeit), Art. 40 und 41 StGB (Beschränkung der kurzen Freiheitsstrafe), Art. 352 StPO (Strafbefehlsverfahren). Gemäss der Botschaft Änderung Sanktionenrecht, 4733 ff., soll zudem künftig die Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen möglich sein (was in der Umwandlung nach Art. 36 StGB sechs Monaten Freiheitsstrafe entspricht).

⁷⁶ Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 7.10.5, S. 107 f.

⁷⁷ Vernehmlassungsbericht, S. 17.

zeitig den Vorgaben der neuen Verfassungsbestimmungen nachzukommen.⁷⁸ Wie bereits dargelegt, ist die Voraussetzung einer Mindeststrafe mit Artikel 121 Absatz 3 BV vereinbar; es obliegt dem Gesetzgeber, zu umschreiben, welches die Voraussetzungen einer «Verurteilung» gemäss dieser Bestimmung sind (dazu oben, Ziff. 1.2.6).

1.2.8 Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe

Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV bestimmt, dass eine ausländische Person aus der Schweiz auszuweisen ist, wenn sie missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezogen hat. Die neue Verfassungsbestimmung knüpft die Ausweisung somit nicht (wie in Bst. a) an eine Verurteilung. Es bleibt grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen, ob er den entsprechenden Tatbestand als verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktion ausgestalten will.⁷⁹

Soll die Landesverweisung als strafrechtliche Massnahme ausgestaltet werden, so muss der «missbräuchliche» Bezug von Sozialleistungen allerdings in einem Straftatbestand erfasst werden. Dies ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip: Eine Massnahme (wie die Landesverweisung) darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Die hier vorgeschlagene Regelung geht daher den Weg über eine strafrechtliche Lösung. Der «missbräuchliche» Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe wird über den Betrug nach Artikel 146 StGB und einen neuen Straftatbestand (Art. 148a E-StGB, «unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe») erfasst. Ruft der Täter bei einem anderen arglistig einen Irrtum hervor (oder bestärkt diesen in einem Irrtum), um unrechtmässig Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe zu erhalten, kann der Tatbestand des Betrugs erfüllt sein (Art. 146). Der Täter wird diesfalls mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Artikel 148a E-StGB ist ein Auffangtatbestand für leichtere Fälle, in denen der Betrugstatbestand nicht Anwendung findet, weil der Täter etwa nicht arglistig gehandelt hat. Der neue Straftatbestand stützt sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Strafrechts (Art. 123 Abs. 1 BV). Er wird im Titel über strafbare Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137 ff. StGB) aufgenommen. Im Wesentlichen entspricht die Bestimmung dem Vorschlag der Arbeitsgruppe in den Varianten 2–4.⁸⁰ Demnach soll mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft werden, wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, sodass er oder ein anderer Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezieht, die ihm oder dem andern nicht zustehen (Art. 148a Abs. 1 E-StGB). In leichten Fällen ist die Strafe Busse (Art. 148a Abs. 2 E-StGB).

In der Vernehmlassung wurde ein neuer Straftatbestand von einer knappen Mehrheit als unnötig erachtet. Vorgebracht wurde, dieser entspreche weitgehend den heutigen Sonderstrafbestimmungen in den Bundeserlassen des Sozialversicherungsrechts

⁷⁸ Zum Ganzen vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 16 ff.

⁷⁹ Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 3.3.3.3, S. 33.

⁸⁰ Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 6.6.3, S. 66 ff.

bzw. dem (kantonalen) Sozialhilferecht. Die heutige Abstufung – Betrug, wenn der unrechtmässige Leistungsbezug arglistig erfolgte, in leichten Fällen (kantonale) Übertretungstatbestände – sei genügend. Gemäss Anderen soll eine Landesverweisung nur angeordnet werden können, wo die Handlung die Betrugsschwere erreicht.⁸¹ Angesichts dieses Vernehmlassungsergebnisses wurde geprüft, ob an einem neuen Tatbestand festzuhalten ist. Für eine Landesverweisung auf die Sonderstrafbestimmungen des Sozialversicherungsrechts und insbesondere des Sozialhilferechts der Kantone abzustellen, deren Regelungen mindestens im Detail divergieren, wird als nicht gangbarer Weg erachtet. Dies würde zu einer rechtungleichen Lösung führen. Demgegenüber wäre grundsätzlich denkbar, einen Betrug (Art. 146 StGB) vorauszusetzen. Mit Blick auf die neue Verfassungsbestimmung, die bei der Bekämpfung des missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen einen Schwerpunkt setzt, muss für eine Landesverweisung aber schon eine Tat unterhalb der Betrugsschwelle genügen.

In der Vernehmlassung wurde vereinzelt geltend gemacht, Artikel 148a E-StGB sei als Katalogstraftat in Artikel 269 Absatz 2 Buchstabe a (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs) beziehungsweise Artikel 281 Absatz 4 (Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten) und Artikel 286 Absatz 2 der Strafprozessordnung⁸² (StPO) (Verdeckte Ermittlung) aufzunehmen; dies, damit die für die Ermittlungen im Bereich des Sozialmissbrauchs notwendigen technischen Überwachungsmassnahmen eingesetzt werden könnten.⁸³ Beim neuen Tatbestand des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe handelt es sich aufgrund der vorgesehenen Regelung um ein relativ leichtes Vergehen. Die Straftatenkataloge der Artikel 269 Absatz 2 und 286 Absatz 2 StPO⁸⁴ beschränken sich demgegenüber bei den Vermögensdelikten auf Verbrechen und einige wenige schwere Vergehen. Es erscheint daher unverhältnismässig, den neuen Tatbestand in diese Deliktskataloge aufzunehmen. Dies umso mehr, als ein schwerer Fall des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe in der Regel vom Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) erfasst sein dürfte. Ist der Tatbestand des Betrugs erfüllt, so sind die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, der Einsatz technischer Überwachungsgeräte sowie die verdeckte Ermittlung bereits nach geltendem Recht möglich (sofern die weiteren Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind).⁸⁵ Ferner ist darauf hinzuweisen, dass nach geltendem Recht bei unrechtmässigem Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe gemäss Artikel 148a E-StGB auch die Observation und die Überwachung von Bankbeziehungen möglich wäre. Diese Massnahmen können bei allen Verbrechen und Vergehen ergriffen werden (vgl. die Art. 282 Abs. 1 Bst. a und 284 StPO), sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.⁸⁶ Dasselbe gilt schliess-

⁸¹ Vernehmlassungsbericht, S. 23 f.

⁸² SR 312.0

⁸³ Vernehmlassungsbericht, S. 24 f.

⁸⁴ Für die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten wird in Art. 281 Abs. 4 StPO in Bezug auf den Straftatenkatalog und die weiteren Voraussetzungen auf die Art. 269–279 StPO verwiesen.

⁸⁵ Art. 269 StPO verlangt einen dringenden Tatverdacht, eine Schwere der Tat, welche die Überwachung rechtfertigt, und eine besondere Notwendigkeit der Massnahme.

⁸⁶ Für die Observation müssen zudem konkrete Anhaltspunkte für die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bestehen und die Ermittlungen ohne Observation aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert sein.

lich für die verdeckte Fahndung, die gestützt auf den neu geschaffenen Artikel 298b StPO ebenfalls für Vergehen möglich ist.⁸⁷

1.2.9 Anordnung und Vollzug

Bei der Landesverweisung nach Artikel 55 des Strafgesetzbuches in der Fassung vor dem 1. Januar 2007 (aStGB) waren die Gründe, die der Anordnung oder dem Vollzug einer Landesverweisung entgegenstehen konnten, sowie die Zuständigkeiten, entsprechende Hinderungsgründe zu prüfen, im StGB nicht geregelt. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit sollen in Bezug auf die neue Landesverweisung die wichtigsten Grundsätze und Kompetenzen im StGB festgehalten werden.

Die Kompetenzaufteilung zwischen dem Gericht und den Vollzugsbehörden soll im Wesentlichen der Aufteilung entsprechen, wie sie bei der altrechtlichen Landesverweisung vorgesehen war:

- Das Gericht beachtet als Gründe, die der Anordnung einer Landesverweisung entgegenstehen können, die Vorgaben der EMRK, des UNO-Pakts II und der KRK (Art. 66a Abs. 3 E-StGB). Im Vordergrund stehen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 UNO-Pakt II, das Recht in sein eigenes Land einzureisen nach Artikel 12 Absatz 4 UNO-Pakt II sowie die Berücksichtigung des Kindeswohls nach Artikel 3 KRK, das Verbot der Trennung von den Eltern gegen deren Willen nach Artikel 9 KRK oder die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte nach Artikel 10 Absatz 2 KRK.
- Als Vollzugshindernis beachtet die Vollzugsbehörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin einzig das Non-Refoulement-Gebot (Art. 66d Abs. 1 E-StGB). Sie kann zudem gezwungen sein, eine Landesverweisung in bestimmten Fällen aufgrund technischer Hindernisse (z.B. der Weigerung der Heimatbehörde, Reisepapiere auszustellen) nicht zu vollziehen.

Mit der vorgeschlagenen Regelung soll möglichst vermieden werden, dass von den Gerichten Landesverweisungen verhängt werden, die danach nicht vollzogen werden können, weil sie gestützt auf Menschenrechtsgarantien unzumutbar sind.

Eine nachträgliche Aufhebung der rechtskräftigen Landesverweisung sieht der Entwurf nicht vor. Dies kann unter Umständen zur Folge haben, dass persönliche oder familiäre Gründe, die sich erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, aber vor dem Vollzug der Landesverweisung ergeben (z.B. wegen längerem Aufschub aufgrund des Non-Refoulement-Gebots), nicht berücksichtigt werden können. Dies selbst dann nicht, wenn das Gericht – würden diese Gründe zum Urteilszeitpunkt vorliegen – deshalb von einer Landesverweisung absehen würde (vgl. Art. 66a Abs. 3 E-StGB). Diese Konsequenz ergibt sich aus Artikel 121 Absatz 3 BV, wonach die zu einer Landesverweisung verurteilte Person nebst ihrem Aufenthaltsrecht auch alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verliert, sobald sie rechtskräftig zu einer Landesverweisung verurteilt wurde.

⁸⁷ Vgl. Bundesgesetz vom 14. Dez. 2012 über die verdeckte Ermittlung und Fahndung (Änderung der Strafprozessordnung und des Militärstrafprozesses), AS 2013 1051, in Kraft seit dem 1. Mai 2013.

Der Entwurf sieht ferner Regelungen über den Zeitpunkt des Vollzugs und die Dauer der Landesverweisung vor (Art. 66c E-StGB). Diese Bestimmungen wurden aufgrund verschiedener Hinweise in der Vernehmlassung präzisiert (vgl. dazu unten, Ziff. 2.1.3).

Der Forderung einzelner Kantone und Organisationen nach einer weitergehenden Regelung der Kompetenzen – insbesondere der Forderung, wonach in einer gesetzlichen Regelung die Migrationsbehörden für den Vollzug und den allfälligen Aufschub der Landesverweisung zuständig erklärt werden sollen⁸⁸ – kann nicht nachgekommen werden. Für den Straf- und Massnahmenvollzug sind grundsätzlich die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 123 Abs. 2 BV). Sie vollziehen die von ihren Strafgerichten auf Grund des StGB ausgefallenen Urteile und sind verpflichtet, die Urteile der Bundesstrafbehörden gegen Ersatz der Kosten zu vollziehen (Art. 372 Abs. 1 StGB). Der Bund hat daher nur gewisse Grundsätze des Straf- und Massnahmenvollzugs im Sinne einer Rahmengesetzgebung im StGB geregelt. Den Vollzug einzelner Sanktionen hat er nur insoweit geregelt, als dies für den Gehalt der Sanktion massgebend ist und insoweit als materielles Recht bezeichnet werden kann. Seit 2008 besteht zwar eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage, wonach der Bund Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen kann (Art. 123 Abs. 3 BV). Von dieser Kompetenz macht er jedoch nur sehr zurückhaltend und im Sinne der obigen Ausführungen Gebrauch.

Das StGB äussert sich denn auch nicht dazu, welche kantonale Behörde für den Vollzug der Strafen und Massnahmen zuständig sein soll. So haben die meisten Kantone Verwaltungsbehörden mit dem Straf- und Massnahmenvollzug betraut. Einzelne haben jedoch im Zuge der Revision des Allgemeinen Teils des StGB, die 2007 in Kraft getreten ist, Strafvollzugsgerichte eingeführt. Analoges gilt für den Vollzug der neuen Landesverweisung. Wie bereits bei der altrechtlichen Landesverweisung nach Artikel 55 aStGB regeln die Kantone, wie und in Zusammenarbeit mit welchen Stellen (Polizei, Ausländer- und Strafvollzugsbehörde, Justizvollzugsbehörde) sie die strafrechtliche Landesverweisung vollziehen.

Der Bund wird die Kantone schliesslich in gewissen Bereichen beim Vollzug der Landesverweisung unterstützen (vgl. unten, Ziff. 1.2.19).

1.2.10 Umgang mit Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann

Der zwangsweise Vollzug der Landesverweisung kann unter Umständen aufgeschoben werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Vollzug gegen das Non-Refoulement-Gebot verstossen würde oder aufgrund technischer Hindernisse (z.B. der Weigerung der Heimatbehörde, Reisepapiere auszustellen) unmöglich ist (Art. 66d E-StGB, vgl. unten, Ziff. 2.1.4).

Aufgrund der rechtskräftigen Landesverweisung verliert die betroffene Person ihr Aufenthaltsrecht und alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz (Art. 121 Abs. 3 BV); sie verfügt somit über keinen rechtlichen Aufenthaltsstatus (vgl. oben, Ziff. 1.1.3). Dies gilt auch für den Fall, dass die Landesverweisung aufgeschoben werden muss. In der Vernehmlassung wurde dieser Umstand von etlichen Teilneh-

⁸⁸ Vernehmlassungsbericht, S. 21.

menden kritisiert. Vorgebracht wurde insbesondere, dass der Staat selber «Sans-Papiers» schaffe. Für solche Personen sei daher ein besonderer Status vorzusehen oder zumindest zu prüfen.⁸⁹

Nach geltendem Recht wird eine ausländische Person vorläufig aufgenommen, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist (Art. 83 Abs. 1 AuG). Unter bestimmten Voraussetzungen darf bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Vollzugs allerdings keine vorläufige Aufnahme verfügt werden: So, wenn gegen die betroffene Person eine längerfristige Freiheitsstrafe oder eine bestimmte strafrechtliche Massnahme ausgesprochen worden ist, wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat beziehungsweise diese oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet, oder wenn sie die Unmöglichkeit des Vollzugs durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat (Art. 83 Abs. 7 AuG). Schon nach geltender Rechtslage kann es somit dazu kommen, dass sich Personen ohne ausländerrechtlichen Status in der Schweiz aufhalten. Der Entwurf hält aus diesem Grund daran fest, dass auch für den Fall nicht vollziehbarer Landesverweisungen kein besonderer Aufenthaltsstatus geschaffen wird. Zwar bleibt die in der Vernehmlassung dargelegte Problematik bestehen und die gesetzliche Regelung führt dazu, dass Personen ohne jegliche Rechtsansprüche in der Schweiz anwesend sind. Doch ergibt sich dies einerseits aus den neuen Verfassungsbestimmungen. Andererseits scheint es nicht gerechtfertigt, mit einer Landesverweisung belegte Personen besser zu stellen als solche, die gestützt auf Artikel 83 Absatz 7 AuG nicht vorläufig aufgenommen werden: Erstere haben sich wegen eines Delikts strafbar gemacht, das der Verfassungs- oder Gesetzgeber besonders gewichtet hat; zudem streben die neuen Verfassungsbestimmungen eine Verschärfung an.⁹⁰

Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, werden somit grundsätzlich keine weiteren Rechte zugestanden. Dies bedeutet, dass ihnen kein Recht auf Erwerbstätigkeit, Familiennachzug oder Integrationsmassnahmen zukommt. Auch besteht kein Anspruch auf Sozialhilfe; bei Bedarf wird Nothilfe ausgerichtet (Art. 12 BV). Schliesslich erhalten die betroffenen Personen keinen Ausweis, der Kanton kann aber eine Bestätigung ausstellen, dass diese mit einer nicht vollziehbaren Landesverweisung belegt sind.

Bei Flüchtlingen können sich weitergehende Rechte ergeben. So hat die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich die Behandlung zuteil werden zu lassen, die sie Ausländern im Allgemeinen gewährt. Vorbehalten bleiben jedoch günstigere Bestimmungen der FK (Art. 7 Ziff. 1 FK).

Nach Artikel 12 FK unterstehen Flüchtlinge «hinsichtlich ihrer personenrechtlichen Stellung dem Recht des Aufnahmelandes». Die Ausgestaltung der Anwesenheitsregelung wird dem nationalen Recht überlassen. Da auch die Ausländer, die nicht in den Anwendungsbereich der FK fallen, mit der rechtskräftigen Landesverweisung sämtliche aufenthaltsrechtlichen Bewilligungen verlieren, liegt keine Schlechterstellung von Flüchtlingen vor, wenn diese ihre aufenthaltsrechtlichen Bewilligungen verlieren. In Artikel 34 FK wird empfohlen, die Assimilierung und Einbürgerung der Flüchtlinge zu erleichtern. Ein verbindlicher Anspruch auf Integrationsmassnahmen für Personen mit Flüchtlingseigenschaft besteht jedoch nicht.

⁸⁹ Vernehmlassungsbericht, S. 22 f.

⁹⁰ Vgl. allerdings BGE 138 I 246.

Demgegenüber lassen die Bestimmungen der FK, die eine Gleichbehandlung mit den Inländern verlangen, den Staaten keinen Spielraum. Betroffen sind namentlich die Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 FK), der Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums (Art. 16 FK), der Zutritt zu den Gerichten (Art. 16 FK) oder die Gewährung von Fürsorge und Unterstützung (Art. 23 FK).

Eine weitere Kategorie von Bestimmungen verlangt für anerkannte Flüchtlinge eine «möglichst günstige Behandlung, die jedenfalls nicht ungünstiger sein darf als die unter den gleichen Umständen Ausländern im allgemeinen gewährte Behandlung». Die Gleichbehandlung bezieht sich hier somit auf Ausländer, gegen die eine Landesverweisung verhängt wurde. Betroffen sind namentlich der Erwerb von beweglichem und unbeweglichem Eigentum (Art. 13 FK), die Zulassung von Vereinigungen und Gewerkschaften (Art. 15 FK) oder die Regelung der unselbständigen und der selbständigen Arbeit (Art. 17–19 FK).

Im AuG und im AsylG werden entsprechende Präzisierungen vorgenommen (vgl. unten, Ziff. 2.3.1–2.3.3).

1.2.11 Strafbefehlsverfahren

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, so soll das Strafgericht im ordentlichen Verfahren zur Anordnung zuständig sein; das Strafbefehlsverfahren (resp. das Strafmandatsverfahren gemäss Militärstrafprozess vom 23. März 1979⁹¹ [MStP]) ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Diese Regelung war in der Vernehmlassung umstritten, wurde jedoch von einer knappen Mehrheit der Teilnehmenden, die sich dazu äusserten, unterstützt.⁹²

Die StPO bestimmt die Zuständigkeit zur Beurteilung von Straftaten nach Massgabe der im konkreten Fall auszufällenden Sanktion. Soweit eine Sanktion bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe (oder das Äquivalent in Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit) für ausreichend gehalten wird und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach und klar ist, kann die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlassen (Art. 352 StPO). Nur unter diesen Voraussetzungen erscheint es überhaupt gerechtfertigt, dass die beschuldigte Person auf eine Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht in einer öffentlichen Verhandlung verzichten kann, indem sie den Strafbefehl akzeptiert und keine Einsprache erhebt.

Eine Landesverweisung von fünf Jahren oder mehr stellt keine geringfügige Sanktion dar. Dies zeigt ein Vergleich mit den Kompetenzen des Einzelgerichts: Ein solches ist ausgeschlossen, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren auszusprechen ist, und zwar auch dann, wenn der bedingte Strafvollzug gewährt wird (Art. 19 Abs. 2 Bst. b StPO). Was für das Einzelgericht gilt, muss umso mehr für die den Strafbefehl erlassende Staatsanwaltschaft Gültigkeit haben.

Gemäss der vorgeschlagenen Regelung soll zudem bei Strafen von höchstens sechs Monaten eine Interessenabwägung vorgenommen werden, eine Aufgabe, für die ein rasches und im Wesentlichen schriftliches Verfahren wenig geeignet erscheint. Vielmehr sind viele dieser Fälle weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einfach und klar; eine Ausnahme sind hier gegebenenfalls die Kriminaltouristen.

⁹¹ SR 322.1

⁹² Vernehmlassungsbericht, S. 29 f.

Allerdings ist dies kein genügender Grund, um das Strafbefehlsverfahren bei Personen ohne Anwesenheitsrecht generell zuzulassen. Auch bei solchen Personen stellt die Landesverweisung eine für das Strafbefehlsverfahren unverhältnismässig schwere Sanktion dar.

Hinzu kommt, dass das Strafbefehlsverfahren gewisse rechtsstaatliche Schwachstellen aufweist: So kann mangels Öffentlichkeit des Verfahrens – anders als im ordentlichen Verfahren – keine Kontrolle der Rechtsprechung durch die Öffentlichkeit erfolgen. In der Phase des Strafbefehlsverfahrens besteht kein Anspruch auf Verteidigung, und Strafbefehle werden allein in der Verfahrenssprache ausgestellt, ohne Rücksicht darauf, ob die beschuldigte Person diese Sprache überhaupt versteht. Schliesslich brauchen Strafbefehle hinsichtlich der Sanktion nicht begründet zu werden, und eine Einvernahme der beschuldigten Person ist nicht erforderlich.

All dies führt zum Schluss, dass im Strafbefehlsverfahren nur relativ geringfügige Sanktionen ausgesprochen werden können sollen. Für eine Landesverweisung von 5–15 Jahren bzw. von 20 Jahren trifft dies nicht zu.

Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für das analog geregelte Strafmandatsverfahren nach Artikel 119 ff. MStP.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Deliktskatalog des Entwurfs zahlreiche Delikte enthält, für die eine Mindeststrafe von einem Jahr oder mehr angedroht wird.⁹³ Für die Beurteilung dieser Delikte wird daher in der Regel bereits aufgrund der angedrohten Strafe ein Strafbefehlsverfahren ausgeschlossen sein.

1.2.12 Rechtsweggarantien

Für die Anfechtung des Strafurteils mit der darin enthaltenen Landesverweisung kommt der ordentliche strafrechtliche Instanzenzug zur Anwendung. Innerkantonale ist für die Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils das Berufungsgericht zuständig (vgl. die Art. 21 und 398 ff. StPO). Dessen Urteil kann mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 78 ff. BGG⁹⁴).

Die vom Strafgericht ausgesprochene Landesverweisung kann als Sachverfügung qualifiziert werden. Der Verwaltungsakt, mit welchem die kantonale Vollzugsbehörde diese Anordnung vollzieht, regelt die Vollzugsmodalitäten, wie den Zeitpunkt und die Art und Weise der Ausschaffung. Dieser Verwaltungsakt weist die Merkmale einer anfechtbaren Vollstreckungsverfügung auf. Er muss sich insbesondere zur Vereinbarkeit mit dem Non-Refoulement-Gebot äussern (vgl. Art. 66d E-StGB). Bei einer freiwilligen Ausreise der betroffenen Person kann die kantonale Vollzugsbehörde von einer Vollstreckungsverfügung absehen. Der Instanzenzug gegen

⁹³ Z.B. vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB), Totschlag (Art. 113 StGB), strafbarer Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der Betroffenen (Art. 118 Abs. 2 StGB), qualifizierter Raub (Art. 140 Ziff. 2, 3 und 4 StGB), qualifizierte Erpressung (Art. 156 Ziff. 2, 3 und 4 StGB), qualifizierter Menschenhandel (Art. 182 Abs. 2 StGB), Freiheitsberaubung mit erschwerenden Umständen (Art. 183 und 184 StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB), grausame sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 3 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Brandstiftung (Art. 221 StGB), Verursachen einer Explosion (Art. 223 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe (Art. 224 Abs. 1 StGB) u.a.

⁹⁴ SR 173.110

Entscheide, die in Anwendung von Artikel 66d E-StGB (Aufschub des Vollzugs) ergehen, hängt von der kantonalen Behördenzuständigkeit und -organisation ab. Im Kanton Bern beispielsweise wäre vorstellbar, dass ein Entscheid des Migrationsdienstes (Amt für Migration und Personenstand) zunächst an die kantonale Polizei- und Militärdirektion und danach an das kantonale Verwaltungsgericht beziehungsweise an das Obergericht weitergezogen werden kann. Anschliessend stünde der Weg an das Bundesgericht offen (mit Einheitsbeschwerde in Strafsachen oder in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten).

1.2.13 Zeitliche Geltung und Übergangsrecht

In drei Entscheiden vom 12. Oktober 2012 hat das Bundesgericht die neuen Verfassungsbestimmungen als nicht unmittelbar anwendbar beurteilt.⁹⁵

Aufgrund des Rückwirkungsverbots nach Artikel 2 Absatz 1 StGB kann die strafrechtliche Landesverweisung durch den Strafrichter erst dann angeordnet werden, wenn der Täter nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung eine ausschaffungsrelevante Tat begangen hat. Das Rückwirkungsverbot gilt grundsätzlich auch für Massnahmen. Im vorliegenden Fall umso mehr, als die Landesverweisung auch Strafcharakter hat. Eine Ausnahme gilt, wenn das Gesetz zwischen der Tat und dem Urteil ändert. Nach Artikel 2 Absatz 2 StGB gilt in diesem Fall der Grundsatz des milderen Rechts («lex mitior»): Das neue Recht ist auf Taten anwendbar, die vor dessen Inkrafttreten begangen wurden, sofern es für den Betroffenen milder ist als das Recht zur Zeit der Tat. In der Lehre ist zwar umstritten, inwieweit der Grundsatz des milderen Rechts auch für Massnahmen gilt. Dieser Aspekt dürfte jedoch im vorliegenden Zusammenhang unerheblich sein, da die neue Landesverweisung eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht darstellt. Das Rückwirkungsverbot gilt grundsätzlich auch für partielle Revisionen des Gesetzes, wie beispielsweise die Einführung einer neuen Landesverweisung im StGB, jedoch nicht für Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften.

Es wäre zwar denkbar, dass der Gesetzgeber entgegen den oben genannten Grundsätzen besondere Bestimmungen über die Rückwirkung der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung vorsieht. So hat er im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, die rückwirkende Anwendung der neuen Bestimmungen über die Massnahmen (Art. 59–65 StGB) vorgesehen. Für die anderen Massnahmen (Art. 66 ff. StGB) galt indessen das Rückwirkungsverbot nach Artikel 2 StGB.⁹⁶ Es wird vorgeschlagen, für diese Vorlage auf die Prinzipien von Artikel 2 StGB abzustellen und auf besondere Übergangsbestimmungen zu verzichten.

⁹⁵ Urteile des Bundesgerichts 2C 828/2011, E. 4.3.2, 2C 926/2011, E. 2.3.2 und 2C 162/2012, E. 3.2.2 vom 12.10.2012.

⁹⁶ Vgl. StGB, Ziff. 2 der Schlussbestimmungen der Änderungen vom 13. Dez. 2002.

1.2.14 Örtliche Geltung

Die neuen Verfassungsbestimmungen äussern sich nicht dazu, ob die rechtskräftige Verurteilung von einem Schweizer Gericht ausgehen muss oder ob auch Ausländer teile berücksichtigt werden sollen. Die Prüfung, welche Ausländerinnen und Ausländer wegen eines relevanten Delikts im Ausland verurteilt wurden, wäre aufwändig, schwierig und im Ergebnis willkürlich, da nie alle erfasst werden könnten.

Es wird daher vorgeschlagen, dass die Verhängung einer Landesverweisung nur durch ein Strafgericht im Rahmen eines in der Schweiz ausgefallenen Strafurteils erfolgt. Der Geltungsbereich des StGB ergibt sich aus den Artikeln 3–8 StGB. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Täter die Tat im In- oder Ausland begangen hat.

Wurde ein Ausländer oder eine Ausländerin im Ausland wegen einer Tat verurteilt, die nach schweizerischem Recht eine Landesverweisung zur Folge gehabt hätte, ist es weiterhin möglich, dass gegen ihn oder sie eine ausländerrechtliche Fernhalte-massnahme, beispielsweise ein Einreiseverbot (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG), erlassen wird.

1.2.15 Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots und illegaler Einreise (Art. 121 Abs. 6 BV)

Die Missachtung einer Landes- oder Kantonsverweisung wird nach Artikel 291 StGB (Verweisungsbruch) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Diese Bestimmung hat seit der Aufhebung der strafrechtlichen Landesverweisung und der Kantonsverweisung nur mehr eine sehr eingeschränkte Bedeutung. Mit der Einführung einer Landesverweisung im StGB könnte sie ihre ursprüngliche Funktion wieder wahrnehmen. Auch die Einreise in die Schweiz trotz bestehendem ausländerrechtlichem Einreiseverbot ist unrechtmässig und wird nach Artikel 115 Absatz 1 Buchstabe a AuG in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d AuG bestraft. Es sind daher keine neuen Strafbestimmungen zu schaffen.

1.2.16 Abstimmung auf die fakultative Landesverweisung

Im Rahmen der Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Sanktionenrechts wird die Einführung einer fakultativen Landesverweisung im StGB vorgeschlagen.⁹⁷ Diese Vorlage ist zurzeit in der parlamentarischen Beratung. Der Ausgang der Beratungen steht noch nicht fest, sodass die Regelung über die zwingende Landesverweisung nicht auf die vorgeschlagene fakultative Landesverweisung abgestimmt werden kann. Zudem ist offen, welche der beiden Vorlagen zuerst verabschiedet wird. Erst wenn eine der beiden Vorlagen vom Parlament verabschiedet worden ist, werden in der zweiten Vorlage mit einer Koordinationsnorm die beiden Formen der Landesverweisung aufeinander abgestimmt werden können.

⁹⁷ Botschaft Änderung Sanktionenrecht, BBl 2012 4721 4736 ff. und 4746.

1.2.17 Parallele Regelung im Militärstrafgesetz

Gestützt auf Artikel 3 Absatz 1 Ziffern 7–9 MStG unterstehen Zivilpersonen für bestimmte Straftaten dem MStG. Auch ausländische Zivilpersonen können damit Straftaten nach MStG begehen, welche gestützt auf die Verfassung zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen (z.B. vorsätzliche Tötungsdelikte, «Einbruchsdelikte», Raub, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung usw.).

Im MStG soll daher eine dem StGB entsprechende Regelung über die Anordnung der Landesverweisung aufgenommen werden. Dabei wird der Deliktskatalog auf die dem Militärstrafrecht unterstehenden Delikte eingeschränkt. Für den Vollzug kann auf die Regelung des StGB verwiesen werden.

1.2.18 Verzicht auf Landesverweisung im Jugendstrafrecht

Mit Blick auf den Täterkreis stellt sich die Frage, ob Jugendliche ebenfalls von der Landesverweisung betroffen sind. Der Wortlaut von Artikel 121 Absatz 3 BV behandelt mündige und unmündige Täter nicht explizit verschieden. Dennoch ist eine nuancierte Lösung möglich; dies zeigt beispielsweise die Umsetzung der Unverjährbarkeitsinitiative,⁹⁸ die keine entsprechende Regelung für das Jugendstrafrecht vorsieht.

Das schweizerische Recht behandelt unmündige Täter strafrechtlich nicht gleich wie mündige. Mit Inkrafttreten des Jugendstrafgesetzes vom 20. Juni 2003⁹⁹ (JStG) auf den 1. Januar 2007 wurde das Jugendstrafrecht aus dem Strafgesetzbuch ausgegliedert. Als zentrale Bestimmung des Jugendstrafrechts werden in Artikel 2 JStG Schutz und Erziehung als programmatische Prinzipien vorangestellt. Nicht die «Sühne» steht im Vordergrund, sondern eine resozialisierende, täterbezogene Sanktion (Täterstrafrecht). In erster Linie werden daher Sanktionen im Jugendstrafrecht nicht nach der Schwere der Straftat und dem damit verbundenen Verschulden bestimmt, sondern nach den persönlichen Bedürfnissen des Kindes oder des Jugendlichen. Der Gesetzgeber liess sich dabei von der Erkenntnis leiten, dass Jugendkriminalität meist nur eine Begleiterscheinung der normalen Entwicklung junger Menschen ist und angesichts ihrer vorübergehenden Natur keine drastische Reaktion erfordert.¹⁰⁰

Wie oben erwähnt gilt im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht das Jugendstrafrecht nicht als Tatstrafrecht,¹⁰¹ sondern als Täterstrafrecht. So sind auch die ergänzenden heranzuziehenden Bestimmungen aus dem StGB nur sinngemäss, das heisst entsprechend dem besonderen Sinn und Zweck des als Täterstrafrecht ausgestalteten Jugendstrafrechts anzuwenden.¹⁰² Die Landesverweisung, die sich ausschliesslich

⁹⁸ Botschaft vom 22. Juni 2011 zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät (Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes), BBl 2011 5977, hier 6003 ff.

⁹⁹ SR 311.1

¹⁰⁰ Botschaft Änderung StGB, MStG und JStG, BBl 1999 2216 f.

¹⁰¹ Beim Tatstrafrecht stehen die Tat sowie der Ausgleich zum begangenen Unrecht im Vordergrund.

¹⁰² Botschaft Änderung StGB, MStG und JStG, BBl 1999 2220.

am Delikt orientiert, steht daher dem Grundgedanken des Jugendstrafrechts entgegen.

Die bereits bestehenden Fernhaltemassnahmen des AuG (z.B. ein Einreiseverbot) sind für Jugendliche adäquater, da in deren Rahmen umfassend auf die persönliche Situation des Jugendlichen und die konkret bestehende Gefährlichkeit abgestellt werden kann. Aus der Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 8 EMRK ergibt sich beispielsweise, dass eine Landesverweisung für Jugendliche weiter reichende Konsequenzen haben kann als für Erwachsene. Viele Jugendliche sind beispielsweise in der Schweiz aufgewachsen, noch in Ausbildung oder beherrschen kaum die Sprache ihres Heimatlandes und haben oft nur wenig Kontakt zu Landsleuten.

Der Entwurf verzichtet daher auf die Einführung einer Landesverweisung im JStG. Die allfällige Verhängung einer Einreisesperre oder Wegweisung gegenüber Jugendlichen soll weiterhin ausschliesslich den Ausländerbehörden obliegen.

1.2.19 Anpassung des AuG und des AsylG

Die Landesverweisung nach StGB und MStG kann sich mit Entfernung- und Fernhaltemassnahmen nach AuG sowie Menschenrechtsgarantien, die im AsylG geregelt sind, überschneiden. Die vorgeschlagenen Regelungen haben zum Ziel, Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Verzichtet der Strafrichter bei einer Straftat des Deliktskatalogs auf eine Landesverweisung, soll die Ausländerbehörde nicht allein aufgrund derselben Straftat des Deliktskatalogs eine ausländerrechtliche Massnahme verhängen. Vorbehalten bleiben ausländerrechtliche Massnahmen, sofern zusätzliche Voraussetzungen gemäss AuG erfüllt sind. Ausgenommen sind zudem Straftaten gemäss Deliktskatalog, die durch ein ausländisches Gericht beurteilt worden sind (vgl. oben, Ziff. 1.2.14).

Des Weiteren werden die Auswirkungen geregelt, welche die Landesverweisung auf die Rechte des Betroffenen hat, die sich aus dem AuG, dem AsylG und der FK ergeben.

In der Vernehmlassung wurde insbesondere von den Kantonen auf die Kosten hingewiesen, die mit der Umsetzung der neuen Gesetzesbestimmungen verbundenen sind. Sie verlangten eine angemessene Aufteilung auf Bund und Kantone.¹⁰³ Daher wird festgehalten, dass der Bund die mit dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung betrauten Kantone auch beim Vollzug der Landesverweisung unterstützt; so zum Beispiel bei der Beschaffung von Reisepapieren oder der Organisation der Reise (vgl. unten, Ziff. 2.3.1).

1.3 Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

Der Gesetzesentwurf zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen strebt eine vermittelnde Lösung an, die sowohl dem von Artikel 121 Absätze 3–6 BV anvisierten Ausweisungsautomatismus als auch den rechtsstaatlichen Prinzipien Rechnung trägt. Dazu müssen jedoch auf beiden Seiten Abstriche gemacht werden:

¹⁰³ Vernehmlassungsbericht, S. 13.

- Auf der einen Seite wird der Ausweisungsautomatismus durch das Verhältnismässigkeitsprinzip (i. e. S.) und durch die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien begrenzt. So sollen neben dem Rückschiebungsverbot, das absolut zu beachten ist, namentlich auch das Recht auf Privat- und Familienleben nach Artikel 8 EMRK und nach Artikel 17 UNO-Pakt II sowie die Garantien der KRK weitgehend beachtet werden.
- Auf der anderen Seite wird mit Blick auf den angestrebten Ausweisungsautomatismus in Kauf genommen, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und gewissen völkerrechtlichen Vorgaben nicht vollumfänglich Rechnung getragen wird. So wird in Bezug auf das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Regel ohne Einzelfallprüfung davon ausgegangen, dass die Landesverweisung im öffentlichen Interesse, notwendig und geeignet ist. Ferner verstösst die Neuregelung der Landesverweisung gegen die Pflicht zur Einzelfallprüfung gemäss dem FZA sowie dem EFTA-Übereinkommen. In vielen Fällen wird die Landesverweisung allerdings im Ergebnis den materiellen Garantien dieser beiden Staatsverträge Rechnung tragen können.

Der Deliktskatalog ist mit Blick auf das oben dargestellte Spannungsfeld möglichst eng gefasst. Zudem sollen so weit als möglich nur schwere Verbrechen, die mit dem in der Verfassung aufgeführten Raub oder der Vergewaltigung vergleichbar sind, zu einer Landesverweisung führen. Damit wird nicht zuletzt auch der Absicht der Initianten Rechnung getragen, wonach nur schwere Verbrechen zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen.¹⁰⁴

Gleichzeitig versucht der Entwurf eine gewisse Kohärenz herzustellen, indem neben den schweren Gewalt- und Sexualstraftaten auch schwere Vermögensdelikte im Deliktskatalog aufgeführt werden. Ferner soll nicht nur der unrechtmässige Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe zu einer Landesverweisung führen, sondern auch andere auf betrügerische Weise erhaltene Leistungen sowie das unrechtmässige Vorenthalten von Leistungen an das Gemeinwesen.

Durch die abstrakte Schwere der Taten des Deliktskatalogs und mit der vorgesehenen Mindeststrafe von sechs Monaten soll verhindert werden, dass Bagatelldelikte zu einer Landesverweisung führen. Gleichzeitig ermöglicht eine Ausnahmeregelung, dass insbesondere Kriminaltouristen unabhängig von der Höhe der im Einzelfall verhängten Strafe des Landes verwiesen werden können. Dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (i. e. S.) wird so mit einer flexiblen Regelung Rechnung getragen.

Der Entwurf ist schliesslich im Bereich des Vollzugs konsequent. Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, können nicht gestützt auf Artikel 83 AuG vorläufig aufgenommen werden. Damit wird verhindert, dass sie auf diesem Weg einen neuen Rechtsstatus erhalten, was mit den neuen Verfassungsbestimmungen nur schwer vereinbar wäre.

1.4 Rechtsvergleich

Die Ausweisung straffälliger Ausländer findet in unseren Nachbarländern Deutschland, Österreich, Frankreich und Italien ebenfalls statt. Im Folgenden werden die wichtigsten Grundsätze und Regelungen, die in diesen Ländern für die Ausweisung

¹⁰⁴ Vgl. Erläuterungen zur Volksabstimmung, S. 12.

gelten, dargestellt. Die aufgeführten Rechtsordnungen gehören alle zu Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU). Es gilt also zu beachten, dass in diesen Rechtsordnungen das EU-Recht – dazu gehören auch der EWR-Vertrag und das FZA mit der Schweiz – unmittelbaren Vorrang und Anwendbarkeit geniesst. Dieser Grundsatz des EU-Rechts entspricht der konstanten und allgemein akzeptierten Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH).

1.4.1 Deutschland

Die für die Ausweisung massgebenden Vorschriften finden sich im «Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet» (AufenthG¹⁰⁵).¹⁰⁶ Die Delikte, die zu einer Ausschaffung beziehungsweise führen können, sind nicht einzeln aufgelistet. Das Gesetz sieht in Abhängigkeit der Schwere des Delikts respektive der Höhe des Strafmasses entweder eine zwingende Ausweisung, eine Regel-Ausweisung oder eine Ermessensausweisung vor (§ 53–55 AufenthG). In jedem Fall müssen die Behörden, die einen Ausweisungsentscheid fällen, das Prinzip der Verhältnismässigkeit sowie das europäische und das internationale Recht beachten.¹⁰⁷ Gewisse ausländische Personen unterstehen einem besonderen Ausweisungsschutz und die Vorschriften über die Ausweisung sind nur eingeschränkt anwendbar (§ 56 AufenthG). Dies gilt beispielsweise für ausländische Personen, die im Besitz einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG sind, oder für Personen, die über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und seit mehr als fünf Jahren in Deutschland wohnhaft sind, oder für Minderjährige, die seit über fünf Jahren in Deutschland wohnen und über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen.

Die Ausweisung ist laut § 53 AufenthG zwingend, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe (oder Jugendstrafe) von mindestens drei Jahren oder er innerhalb von fünf Jahren zu mehreren Freiheitsstrafen (Jugendstrafen) von zusammen mindestens drei Jahren verurteilt worden ist (Ziff. 1.). Verurteilungen wegen vorsätzlichen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz oder besonders schwere Fälle von Landfriedensbruch werden ebenfalls mit einer zwingenden Ausweisung geahndet, sofern der Täter zu einer Freiheitsstrafe (Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren) ohne Bewährung verurteilt worden ist (Ziff. 2). Unter die zwingende Ausweisung fällt auch das Einschleusen von Ausländern (Ziff. 3).

Selbst wenn das Gesetz von einer zwingenden Ausweisung spricht, so erfolgt die Ausweisung nicht automatisch, sondern es wird dem Einzelfall (Verhältnismässigkeitsprinzip, Art. 8 EMRK) Rechnung getragen.¹⁰⁸

Für weniger gravierende Straftaten¹⁰⁹ sieht das Gesetz die Regel-Ausweisung gemäss § 54 AufenthG vor. Diese findet Anwendung, wenn der Täter beispielsweise

¹⁰⁵ Abrufbar unter: www.dejure.org > AufenthG.

¹⁰⁶ Dieses Gesetz findet gemäss § 1 Abs. 2 Ziff. 1 AufenthG bspw. keine Anwendung auf Ausländer, deren Rechtsstellung von dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern geregelt ist, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

¹⁰⁷ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 72.

¹⁰⁸ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 75.

wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Strafen rechtskräftig zu einer Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren oder zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und die Vollstreckung der Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist (vgl. Ziff. 1) oder wegen Einschleusens von Ausländern sowie bei gewissen Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Ziff. 2–3). Von einer Ausweisung können die Behörden nur absehen, wenn eine atypische Interessenlage vorliegt. Vergangene Delikte werden für den Ausweisungsentscheid nur berücksichtigt, wenn sie noch eine aktuelle Gefahr darstellen.¹¹⁰

Beeinträchtigt der Aufenthalt eines Ausländers die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland, so kommt die Ermessens-Ausweisung (§ 55 AufenthG) zur Anwendung.¹¹¹ Dies ist unter anderem der Fall, wenn der Täter für die Erlangung z.B. eines Aufenthaltstitels falsche oder unvollständige Angaben macht (§ 55 Abs. 2 Ziff. 1 AufenthG) oder Betäubungsmittel verbraucht und nicht zu einer erforderlichen, seiner Rehabilitation dienenden Behandlung bereit ist oder sich ihr entzieht (Ziff. 4). Bei der Entscheidung ist der Einzelfall zu berücksichtigen (z.B. die Dauer des Aufenthaltes, Folgen der Ausweisung auf das Familienleben usw.; vgl. § 55 Ziff. 3 AufenthG).

1.4.2 Österreich

In Österreich ist die Ausweisung von Drittstaatsangehörigen im «Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisiteln» (Fremdenpolizeigesetz, FPG¹¹²) geregelt. Die Delikte, die zu einer Ausschaffung führen bzw. führen können, sind – wie im deutschen Recht – nicht einzeln aufgelistet. Ob eine kriminelle ausländische Person ausgeschafft wird, hängt zum einen vom Aufenthaltstitel ab, über den sie verfügt, und zum anderen von der Dauer des Aufenthaltes. Bevor die Behörden die Ausweisung (Verwaltungsentscheid) aussprechen können, sind sie gehalten, dem Einzelfall Rechnung zu tragen sowie das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten.¹¹³

Eine ausländische Person, die sich illegal in Österreich aufhält, kann beispielsweise ausgewiesen werden, wenn sie innerhalb von drei Monaten nach der Einreise wegen einer Vorsatztat rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 53 Abs. 3 Ziff. 2 FPG).¹¹⁴

Verfügt die ausländische Person demgegenüber über eine Niederlassungsbewilligung (Aufenthaltsverfestigung) und lebt bereits seit acht Jahren in Österreich, so kann sie nur ausgewiesen werden, wenn sie von einem Gericht wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist und ihr weiterer Aufenthalt die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden würde (§ 64 Abs. 3 FPG). Eine ausländische Person, die eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis hat oder der zweiten Ausländergeneration angehört, kann nur ausgewiesen werden, wenn ihr weiterer Aufenthalt

¹⁰⁹ Oder falls die Straftat zwar die Voraussetzungen für eine zwingende Ausweisung erfüllen würde, der Ausländer aber unter dem besonderen Ausweisungsschutz steht (vgl. § 56 Ziff. 1 AufenthG).

¹¹⁰ Weitere Anwendungsfälle s. § 54 Ziff. 4–7 AufenthG; Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 77 f.

¹¹¹ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 78 f.

¹¹² Abrufbar unter: www.ris.bka.gv.at > Bundesrecht > FPG.

¹¹³ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 80 f.

¹¹⁴ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 81.

eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen würde (§ 64 Abs. 4 FPG). Dies ist der Fall, wenn die Person beispielsweise wegen eines Verbrechens oder Schlepperei rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 64 Abs. 5 Ziff. 1 FPG).¹¹⁵ Je länger also eine ausländische Person mit einem Aufenthaltstitel in Österreich lebt, desto schwerer muss das Delikt in der Regel sein, damit eine Ausweisung ausgesprochen wird.¹¹⁶ Kinder der zweiten oder dritten Generation, die in Österreich geboren und aufgewachsen sind, dürfen nicht ausgewiesen werden. Dasselbe gilt für Kinder, die vor ihrem dritten Altersjahr immigriert sind.¹¹⁷

1.4.3 Frankreich

Seit dem 1. März 2005 sind die Vorschriften zur Ausweisung im 5. Buch des «Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile» (CESEDA)¹¹⁸ geregelt. Um einen kriminellen Ausländer ausweisen zu können, stehen den Behörden verschiedene Institute zur Verfügung: «La reconduite à la frontière», «La mesure d'expulsion» und «La peine d'interdiction du territoire».¹¹⁹

Die «reconduite à la frontière» kann durch den Präfekten des Departements gegen eine ausländische Person ausgesprochen werden, die sich weniger als drei Monate auf dem Staatsgebiet aufgehalten hat und eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung darstellt oder, was häufiger der Fall ist, gegen verurteilte Straftäter.¹²⁰ Bei gewissen ausländischen Personen kommt diese Art der Ausweisung, sei es wegen ihres Alters, ihrer Familienverbindung, Aufenthaltsdauer oder ihres Gesundheitszustandes, grundsätzlich nicht in Frage (vgl. Art. L.511-4-7° CESEDA).¹²¹ Dasselbe gilt für EU-Staatsangehörige und Schweizer Bürger und Bürgerinnen. Minderjährige Ausländer können ebenfalls nicht ausgewiesen werden (Art. L. 511-4-1° CESEDA).

«La mesure d'expulsion» stellt ein polizeiliches Instrument dar, das den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezweckt. Diese Art der Ausweisung ist keine Sanktion und wird grundsätzlich durch den Präfekten des Departements ausgesprochen, sofern die Anwesenheit der ausländischen Person eine gravierende Bedrohung für die öffentliche Ordnung (unabhängig einer allfälliger Verurteilung) darstellt. Dem Einzelfall wird Rechnung getragen. Wie bei der «reconduite à la frontière» kann die «mesure d'expulsion» bei gewissen ausländischen Personen grundsätzlich nicht angewandt werden.¹²² Minderjährige Ausländer können nicht ausgewiesen werden (Art. L. 521-4 CESEDA).

Eine strafrechtliche (Haupt- oder Neben-) Sanktion stellt demgegenüber die «peine d'interdiction du territoire» (Art. L. 541-1 ff. CESEDA) dar, die es dem Strafrichter erlaubt (kann-Vorschrift), eine straffällig gewordene ausländische Person für eine

¹¹⁵ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 82 f.

¹¹⁶ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 83.

¹¹⁷ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 83.

¹¹⁸ Abrufbar unter: www.legifrance.gouv.fr.

¹¹⁹ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 85.

¹²⁰ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 86.

¹²¹ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 89. Vgl. auch unter: www.vosdroits.service-public.fr > Particuliers > Etranger-Europe > Etrangers en France > Eloignement des étrangers non européens > Arrêté de reconduite à la frontière.

¹²² Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 90; vgl. auch Art. L. 521-2 und L. 521-3 CESEDA.

gewisse Zeit (maximal 10 Jahre) oder definitiv des Landes zu verweisen, wenn das Gesetz diese Sanktion explizit vorsieht.¹²³ Eine Prüfung des Einzelfalles findet statt. Bei gewissen Kategorien von Ausländern kann die Ausweisung jedoch nicht oder nur beschränkt ausgesprochen werden. So kann ein Minderjähriger bzw. Erwachsener, der die Straftat als Minderjähriger begangen hat, nicht ausgewiesen werden. Wohnt eine ausländische Person beispielsweise seit mehr als 20 Jahren in Frankreich oder hat sie vor dem 13. Geburtstag in Frankreich Wohnsitz genommen, so ist eine Ausweisung grundsätzlich ebenfalls ausgeschlossen.¹²⁴ Gegen einen weiteren Personenkreis von Ausländern (z.B. bei Personen, die mit einer bzw. einem französischen Staatsangehörigen verheiratet sind) kann die Ausweisung nur unter Berücksichtigung der Schwere des Delikts und der persönlichen sowie familiären Situation erfolgen.¹²⁵

1.4.4 Italien

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Ausweisung einer ausländischen Person finden sich insbesondere im Dekret N° 286 vom 25. Juli 1998 «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (T. U.¹²⁶), das ergänzt wird durch spezifische strafrechtliche Bestimmungen (vgl. z.B. Art. 235, 312 Codice Penale; C. P.¹²⁷). Zur Verfügung stehen verschiedene Massnahmen:

Eine Administrativmassnahme stellt die «espulsione amministrativa» (Art. 13 T. U.) dar; diese wird durch den Präfekten ausgesprochen, sofern sich die ausländische Person irregulär in Italien aufhält oder eingereist ist und/oder die gesetzlichen Bedingungen nicht mehr erfüllt.¹²⁸

Im Bereich der gerichtlichen Ausweisung, die der Richter gegen einen kriminellen Ausländer aussprechen kann, steht einerseits die «espulsione a titolo di misura di sicurezza» (Art. 15 T. U.) zur Verfügung. Diese wird ausgesprochen, wenn der ausländische Täter beispielsweise wegen irgendeines Delikts zu einer Freiheitsstrafe von über zwei Jahren verurteilt worden ist (vgl. Art. 235 C.P.) oder – unabhängig von der Sanktionshöhe – wegen eines weniger gravierenden Delikts.¹²⁹ Nebst der Verurteilung muss der Täter eine aktuelle und reelle Bedrohung für die öffentliche Ordnung darstellen. Im Rahmen dieser Prüfung findet eine einzelfallweise Beurteilung statt.¹³⁰

¹²³ In Frage kommen bspw. rund 200 Delikte des «code pénal» (z.B. Delikte gegen Leib und Leben, das Vermögen oder den Staat) sowie des «code du travail» (z.B. Schwarzarbeit), «code du sport» oder des «code du justice militaire»; vgl. Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 92.

¹²⁴ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 93; vgl. Art. 131-30-2 code pénal. Unter Umständen kann sich eine ausländische Person jedoch nicht auf diesen Schutz berufen; dies z.B. in Fällen von häuslicher Gewalt oder bei gewissen gravierenden Delikten (Terrorismus, Spionage o. ä.).

¹²⁵ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 94; vgl. Art. 131-30-1 code pénal und unter: www.vosdroits.service-public.fr > Particuliers > Etranger-Europe > Etrangers en France > Eloignement des étrangers non européens > Interdiction judiciaire du territoire français.

¹²⁶ Abrufbar unter: www.interno.it > Legislazione > Immigrazione e Asilo.

¹²⁷ Abrufbar unter: www.testolegge.com > Codice Penale.

¹²⁸ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 97.

¹²⁹ Bspw. Delikte gegen den Staat oder Betäubungsmitteldelikte.

¹³⁰ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 98 f.

Andererseits ist die «espulsione a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione» vorgesehen, die es dem Richter grundsätzlich erlaubt, für ein nicht fahrlässig begangenes Delikt eine Freiheitsstrafe von unter zwei Jahren durch eine Ausweisung zu ersetzen (Art. 16 Ziff. 1 T. U.). Die «espulsione a titolo di sanzione alternativa» kommt nur dann zur Anwendung, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind: Die ausländische Person muss eindeutig identifiziert sein und sich in Haft befinden. Zudem muss sie irregulär eingereist sein oder sich irregulär in Italien aufhalten. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe darf zudem zwei Jahre nicht überschreiten (vgl. Art. 16 Ziff. 5, Art. 13 Ziff. 2 T. U.).¹³¹

Für den Fall, dass eine ausländische Person eine gravierende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit darstellt oder zwecks Bekämpfung des internationalen Terrorismus, kann der «Ministro dell'interno» eine Ausweisung direkt anordnen (Art. 13 Ziff. 1 T. U.).¹³²

Gegen gewisse ausländische Personen darf grundsätzlich keine Ausweisung ausgesprochen werden (Art. 19 T. U.). Dies betrifft z.B. Personen, die sich mit einer entsprechenden Aufenthaltsbewilligung schon lange in Italien aufhalten oder noch minderjährig sind. Personen, die z.B. aus Gründen der Rasse, der Sprache, der politischen Überzeugung oder der Religion verfolgt werden könnten, dürfen ebenfalls nicht ausgewiesen werden.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

2.1 Änderung des Strafgesetzbuchs

2.1.1 Artikel 66a (1a. Landesverweisung, a. Voraussetzungen)

Abs. 1

Einleitungssatz

Der Einleitungssatz setzt für eine Landesverweisung voraus, dass eine ausländische Person wegen eines der in den Buchstaben a–e aufgezählten Verbrechen oder Vergehens «zu einer Strafe verurteilt» worden ist. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Landesverweisung nur gegen einen Täter verhängt werden kann, der zum Zeitpunkt der Tat schuldfähig war (vgl. Art. 19 Abs. 1 StGB). Eine Landesverweisung kann zudem nicht angeordnet werden, wenn das Gericht von einer Strafe absieht (vgl. oben, Ziff. 1.2.6).

Entsprechend den allgemeinen Regeln des StGB greift eine Landesverweisung nicht nur bei einer Verurteilung als Allein- und Haupttäter. Mehrere Mittäter werden nach demselben Straftatbestand beurteilt. Auch Anstifter und Gehilfen werden nach der Strafdrohung bestraft, die auf den Haupttäter Anwendung findet (Art. 24 f. StGB). Mit anderen Worten muss eine Landesverweisung bei *sämtlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen* ausgesprochen werden. Hat der Täter zwar mit der Ausführung der strafbaren Tätigkeit begonnen, diese aber nicht zu Ende geführt oder bleibt der zur Tat gehörende Erfolg aus, so wird der Täter wegen *Versuchs* verurteilt, wobei

¹³¹ Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 100.

¹³² Fornale/Kurt/Sow/Stünzi 2011, S. 101 f.

das Gericht die Strafe mildern kann (Art. 22 StGB). Ist die Mindeststrafgrenze erreicht (dazu unten), so muss also auch hier eine Landesverweisung ausgesprochen werden. Schliesslich ist irrelevant, ob das Gericht den ausländischen Täter zu einer unbedingten Strafe verurteilt oder den Vollzug der Strafe *bedingt oder teilbedingt* aufschiebt (Art. 42 f. StGB).

Die *Dauer der Landesverweisung* von 5–15 Jahren wurde in der Vernehmlassung von einigen Teilnehmenden kritisiert¹³³ Artikel 121 Absatz 5 BV lässt aber keinen Spielraum: Die betroffene ausländische Person ist mit einem Einreiseverbot dieser Dauer zu belegen. Die Bemessung der Dauer im Einzelfall liegt im Ermessen des Gerichts,¹³⁴ das sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz orientiert.

Bst. a

Der Deliktskatalog enthält in Buchstabe a *schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter*. Ausdrücklich erwähnt werden die Tatbestände, die sich aus der neuen Verfassungsbestimmung (Art. 121 Abs. 3 Bst. a) ergeben und eine entsprechend schwere Strafe androhen.¹³⁵ Dies sind die vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), der Mord (Art. 112 StGB), der Totschlag (Art. 113 StGB), der Raub (Art. 140 StGB), der Menschenhandel (Art. 182 StGB) und die Vergewaltigung (Art. 190 StGB). Die übrigen Delikte werden mit einer Auffangklausel erfasst, die auf die Strafdrohung abstellt. Darunter fallen sämtliche Straftaten, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind. Es handelt sich um folgende Delikte:

- schwere Verbrechen gegen Leib und Leben: strafbarer Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der schwangeren Frau (Art. 118 Abs. 2 StGB), schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB);
- schwere Verbrechen gegen das Vermögen: qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2), gewerbsmässiger Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 StGB) und bandenmässiger Diebstahl (Art. 139 Ziff. 3 StGB), Sachbeschädigung mit grossem Schaden (Art. 144 Abs. 3 StGB), Datenbeschädigung mit grossem Schaden und gewerbsmässige Vorbereitungshandlungen (Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2 StGB), gewerbsmässiger Betrug (Art. 146 Abs. 2 StGB), gewerbsmässiger betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 2 StGB), gewerbsmässiger Check- und Kreditkartenmissbrauch (Art. 148 Abs. 2 StGB), gewerbsmässige Erpressung, Erpressung mit Gewaltanwendung und Erpressung mit Bedrohung vieler Menschen (Art. 156 Ziff. 2–4 StGB), gewerbsmässiger Wucher (Art. 157 Ziff. 2 StGB), ungetreue Geschäftsführung mit Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) und gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB);

¹³³ Vernehmlassungsbericht, S. 19

¹³⁴ Die Anordnung der Landesverweisung durch die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren ist ausgeschlossen (vgl. oben, Ziff. 1.2.11).

¹³⁵ Mit Ausnahme des Menschenhandels fallen diese unter die Auffangklausel. An der Vernehmlassung wurde deshalb angeregt, auf eine explizite Aufzählung zu verzichten und für den Menschenhandel einen separaten Buchstaben einzuführen (Vernehmlassungsbericht, S. 15). Es scheint aber angezeigt, jene Delikte ausdrücklich zu erwähnen, die laut der Gewichtung der Verfassung zu einer Landesverweisung führen müssen.

- schwere Verbrechen gegen die Freiheit: Freiheitsberaubung und Entführung mit erschwerenden Umständen (Art. 184 StGB) und Geiselnahme (Art. 185 StGB);
- schwere Verbrechen gegen die sexuelle Integrität: Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Schändung (Art. 191 StGB) und Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB);¹³⁶
- schwere gemeingefährliche Verbrechen: Brandstiftung (Art. 221 Abs. 1 und 2 StGB), Verursachen einer Explosion (Art. 223 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 Abs. 1 StGB), Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen zum verbrecherischen Gebrauch (Art. 226 Abs. 1 StGB), Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen (Art. 226^{bis} Abs. 1 StGB), Herstellen, Verschaffen usw. von radioaktiven Stoffen, Anlagen, Apparaten oder Gegenständen, die zu einem strafbaren Gebrauch bestimmt sind (Art. 226^{ter} Abs. 2 StGB), sowie Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen (Art. 228 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Bst. b

Der Begriff «*Einbruchsdelikt*» nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV hat keinen strafrechtlich vorbestimmten Inhalt. Nach allgemeinem Verständnis ist darunter folgender Sachverhalt zu verstehen: Um einen Diebstahl zu begehen, dringt der Täter in ein Haus, eine Wohnung oder einen Geschäftsraum ein, der fremdem Hausrecht untersteht. Dementsprechend wird das Einbruchsdelikt als Verbindung von Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) und Diebstahl (Art. 139 StGB) definiert.

Anlässlich der Vernehmlassung wurde vereinzelt eine andere Definition für treffender gehalten, welche kumulativ oder alternativ zum Diebstahl eine Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) verlangt.¹³⁷ In der Regel wird beim Eindringen in einen Raum unter fremdem Hausrecht auch eine Sachbeschädigung begangen. Aufgrund immer ausgefeilterer Technologien ist dies jedoch nicht zwingend. Für ein Einbruchsdelikt nebst einem Diebstahl(versuch) und einem Hausfriedensbruch auch eine Sachbeschädigung vorzusetzen, scheint somit stossend, da der Täter bessergestellt würde, dem modernere Einbruchsinstrumente zur Verfügung stehen. Die hier vorgeschlagene Definition erfasst auch den sogenannten «Einschleichdiebstahl», bei dem der Täter sich in einen fremden Raum einschleicht, ohne dass Schlösser, Türen, Fenster oder Ähnliches zerstört werden. Die Verbindung von Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung, das heisst von zwei auf Antrag zu verfolgenden Vergehen, soll ebenfalls nicht in den Deliktskatalog aufgenommen werden. Diese Form des «Einbruchs» (bei der zwar nichts gestohlen, jedoch Sachschaden angerichtet wird) kann zwar sehr schwer wiegen. In den meisten Fällen handelt es sich jedoch um die Folge eines missglückten Einbruchdiebstahls (die Täter finden nicht, was sie gesucht haben und zerstören dabei das Inventar), womit (nebst dem Hausfriedensbruch) ein versuchter Diebstahl vorliegt – und die Definition gemäss Entwurf wiederum erfüllt

¹³⁶ Vereinzelt wurde in der Vernehmlassung die Aufnahme weiterer Sexualdelikte (z.B. Sexuelle Handlungen mit Kindern, Art. 187 StGB) verlangt (vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 15, Fn. 117). Da diese Tatbestände aufgrund der Strafdrohung aber nicht als entsprechend schwer zu werten sind und auch leichte Tathandlungen darunter fallen können, wird auf eine Ergänzung verzichtet.

¹³⁷ Vernehmlassungsbericht, S. 15.

ist. Nur wo der Täter sich zumindest des Diebstahlversuchs strafbar gemacht hat, soll eine Landesverweisung zum Tragen kommen.

Ein Hauptteil der Kritik richtete sich aber darauf, dass es sich beim Hausfriedensbruch um ein Antragsdelikt handelt, und die Landesverweisung deshalb davon abhängt, ob der Verletzte einen Strafantrag stellt – letztlich also von dessen Willen. Es bestehe die Möglichkeit, dass sich der ausländische Täter den Rückzug des Strafantrags erkaufe, um der Landesverweisung zu entgehen. Aus diesen Gründen wurde gefordert, dass es für eine Landesverweisung auf die Stellung des Strafantrags nicht ankommen dürfe.¹³⁸ Als Antragsdelikte gestaltet der Gesetzgeber jene Delikte aus, bei denen die (staatlichen oder privaten) Interessen auf Strafverfolgung geringer sind als jene auf Nicht-Verfolgung – insbesondere also Bagatelldelikte. Zentral ist zudem, dass die Verfolgung eines Antragsdelikts die Persönlichkeitsrechte des Verletzten oftmals schwer tangiert.¹³⁹ Bei einem Antragsdelikt soll das Strafverfahren nicht gegen den Willen des antragsberechtigten Verletzten durchgeführt werden.¹⁴⁰ Diesen Schutz verdient dieser ebenso, wenn ein Delikt in Frage steht, das zu einer Landesverweisung führen kann. In solchen Fällen auf das Erfordernis eines Strafantrags zu verzichten, hätte zudem eine Konsequenz, die dem Rechtsgleichheitsgebot widersprechen würde: Ein ausländischer Täter würde in jedem Fall wegen eines Einbruchsdelikts verfolgt, ein Schweizer dagegen nur, wenn ein Antrag gestellt wurde. Die Situation, dass eine Landesverweisung vom Willen des Verletzten abhängt und der Antragsrückzug erkauf werden könnte, bleibt bestehen. Dies lässt sich aufgrund der neuen Verfassungsbestimmung, die das Einbruchsdelikt ausdrücklich als Ausweisungsgrund aufführt, nur schwer umgehen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Strafverfolgungsbehörden in über 90 % aller Fälle (also bei den meisten Offizialdelikten) über Hinweise der Bevölkerung von einer Straftat erfahren.¹⁴¹ Somit hängt eine Landesverweisung oder generell die Strafverfolgung von schweizerischen oder ausländischen Personen auch in den anderen Fällen zumeist vom Willen einer Person ab, Anzeige zu erstatten oder der Behörde informell Hinweise zu geben.

Bst. c

Nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV ist der Ausländer des Landes zu verweisen, der *missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen* hat. Der Betrug nach Artikel 146 StGB deckt den arglistigen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bereits ab. Er wird daher, soweit entsprechende Leistungen betroffen sind, in den Deliktskatalog aufgenommen. Ergänzend wird vorgeschlagen, einen neuen (Auffang-)Tatbestand zu schaffen, der ohne Arglist begangene Tatvarianten unter Strafe stellt (vgl. unten, Ziff. 2.1.6).

Bst. d

Gestützt auf die Möglichkeit des Gesetzgebers, den Katalog der Verfassung um weitere Tatbestände zu ergänzen (Art. 121 Abs. 4 BV), sollen auch Betrugshandlungen und andere *Straftaten im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben* zu einer Landesverweisung führen.

¹³⁸ Vernehmlassungsbericht, S. 15 f.

¹³⁹ Riedo 2007, Vor Art. 30 StGB N. 11 und 8 f.

¹⁴⁰ Vgl. Definition des Antragsrechts in Riedo 2007, Art. 30 StGB N. 4.

¹⁴¹ Riedo 2007, Vor Art. 30 StGB N. 4.

Unter öffentlich-rechtlichen Abgaben sind Geldleistungen zu verstehen, die das Gemeinwesen gestützt auf seine Finanzkompetenz den Privaten auferlegt, um damit insbesondere seine Aufgaben erfüllen zu können.¹⁴² In zahlreichen Erlassen finden sich Strafbestimmungen, die beispielsweise Verhaltensweisen sanktionieren, die zum Ziel haben, dem Staat Geldleistungen vorzuenthalten.¹⁴³

Zu einer Landesverweisung sollen jedoch nur diejenigen Abgabedelikte führen, die aufgrund ihrer abstrakten Strafdrohung eine gewisse Schwere aufweisen. Die allermeisten Abgabedelikte auf Bundes- wie auf Kantonsebene¹⁴⁴ sind mit Busse bedroht, das heisst es handelt sich um Übertretungen (Art. 103 StGB). Solche Widerhandlungen sollen nicht im Deliktskatalog figurieren. Vergehen – diese sind mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht (Art. 10 Abs. 3 StGB) – finden sich auf Bundesebene insbesondere im Bereich der Steuer-, Zoll- und Sozialversicherungsabgaben. Bei den meisten Vergehen handelt es sich angesichts der eher tiefen Strafdrohungen¹⁴⁵ um leichtere Vergehen, die ebenfalls keine Landesverweisung nach sich ziehen sollen. Schwere Vergehen beziehungsweise Verbrechen, bei denen eine Freiheitsstrafe angedroht wird, sind eher selten.

In den Deliktskatalog werden aufgrund dieser Überlegungen nur jene Tatbestände im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben aufgenommen, für die eine Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr angedroht ist. Zu den entsprechenden Abgabedelikten auf Bundesebene gehören einerseits die explizit genannten Delikte wie der Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB), der Leistungs- und Abgabebetrag des Verwaltungsstrafrechts (Art. 14 Abs. 1–2 und 4 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974¹⁴⁶ über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR]¹⁴⁷)¹⁴⁸, der Steuerbetrug und die Veruntreuung von Quellensteuern¹⁴⁹. Unter die Auffangklausel fallen aufgrund der Strafdrohung andererseits Delikte wie beispielsweise die qualifizierte Steuerhinterziehung in den Bereichen der Mehrwertsteuer (Art. 97 Abs. 2 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009¹⁵⁰ [MWSTG]), der Tabaksteuer (Art. 35 Abs. 3 des Tabaksteuergesetzes vom 21. März 1969¹⁵¹ [TStG]), der Alkoholsteuer

142 Bspw. Steuern oder Kausalabgaben (Gebühren, Beiträge, Mehrwert- oder Ersatzabgaben). Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller 2009, S. 530 f.

143 Bspw. Steuerbetrug und -hinterziehung, Steuervergünstigung, Veruntreuung von Quellensteuern, Entziehen der Beitragspflicht für Sozialversicherungen usw.

144 Die Kantone können gem. Art. 335 Abs. 1 StGB in denjenigen Bereichen, die nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sind, Übertretungsstrafrecht erlassen.

145 Angedroht wird oftmals Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen. Diese Strafdrohung findet sich vor allem im Bereich der sozialversicherungsrechtlichen Abgaben.

146 SR 313.0

147 Der Leistungsbetrug ist mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bedroht (Art. 14 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 2 StGB), der Abgabebetrag mit Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe (Art. 14 Abs. 2 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 2 StGB). Die qualifizierten Formen sind mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht (Art. 14 Abs. 4 VStrR).

148 Bspw. Zollbetrug oder Betrug in den Bereichen Mehrwertsteuer, Stempelabgaben oder Verrechnungssteuer. In diesen Bereichen ist die Verfolgung und Beurteilung den Behörden des Bundes übertragen (vgl. Art. 1 VStrR). Nicht unter Art. 14 Abs. 2 VStrR fällt hingegen der Steuerbetrug im Bereich der direkten Bundessteuer; hier obliegt die Verfolgung und Beurteilung den kantonalen Behörden.

149 Diese beiden Steuerdelikte werden mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bedroht (Art. 186 Abs. 1 bzw. Art. 187 Abs. 1 DBG [SR 642.11] i.V.m. Art. 333 Abs. 2 StGB).

150 SR 641.20

151 SR 641.31

(Art. 54 Abs. 1^{bis} des Alkoholgesetzes vom 21. Juni 1932¹⁵² [AlkG]) und der Biersteuer (Art. 35 Abs. 2 des Biersteuergesetzes vom 6. Oktober 2006¹⁵³ [BStG]) sowie die qualifizierte Zollhinterziehung und qualifizierte Zollgefährdung (Art. 118 Abs. 3 und Art. 119 Abs. 2 des Zollgesetzes vom 18. März 2005¹⁵⁴ [ZG]).¹⁵⁵

Auf kantonaler Ebene finden sich Vergehen, die aufgrund der Strafdrohung zu einer Landesverweisung führen, vor allem im Steuerrecht¹⁵⁶, das zum kantonalen Verwaltungsrecht gehört. In diesem Bereich können die Kantone – soweit sie zur Gesetzgebung befugt sind – Bestimmungen über Straftatbestände erlassen, die als Vergehen qualifiziert sind (vgl. Art. 335 Abs. 2 StGB).

Bst. e

Auch der in Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a genannte Begriff «*Drogenhandel*» entspricht keinem strafgesetzlichen Tatbestand und ist folglich konkretisierungsbedürftig. In der Fachsprache werden Drogen als Betäubungsmittel (sowie psychotrope Stoffe) bezeichnet, weshalb nachfolgend von Handel mit Betäubungsmitteln die Rede sein wird. Da die Verfassungsnorm auf Straftatbestände abstellt, steht lediglich der unbefugte Handel mit Betäubungsmitteln zur Diskussion. «Unbefugt» bedeutet, dass kein Rechtfertigungsgrund vorliegt – also für den Handel mit dem Betäubungsmittel weder eine Zulassungsbewilligung von Swissmedic noch dem Bundesamt für Gesundheit, der Kantone oder dem Eidgenössischen Departement des Innern erteilt wurde – oder, dass der Umgang mit dem Betäubungsmittel gemäss Artikel 8 Absatz 1 BetmG verboten ist.

Unter den unbefugten Handel mit Betäubungsmitteln sind grundsätzlich alle (strafbaren) eigennützigen Bemühungen zu subsumieren, die darauf gerichtet sind, den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern.¹⁵⁷ Der unbefugte Handel mit Betäubungsmitteln beschränkt sich also nicht auf den Verkauf, das entgeltliche Anbieten, Verschaffen oder Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln, sondern wird auf alle Aufgabenbereiche der Handlungskette ausgedehnt, die zu einer die öffentliche Gesundheit gefährdenden Endhandlung führen. Erfasst werden daher beispielsweise auch Tätigkeiten, die der Beschaffung, Lagerung und Lieferung des Betäubungsmittels oder der Finanzierung dienen.

Auf eine abschliessende Definition des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln wird vorliegend verzichtet. Aufgrund der Fülle an möglichen Straftatbeständen, die den Handel ermöglichen, fördern, begünstigen usw. können, ist eine abschliessende Definition nicht sinnvoll und wurde bisher auch auf internationaler Ebene nicht durchgesetzt. Die Kommission der EU wagte 2001 den Versuch, eine gemeinsame

¹⁵² SR 680

¹⁵³ SR 641.411

¹⁵⁴ SR 631.0

¹⁵⁵ Deren Strafdrohungen lauten auf Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bzw. bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe oder drei Jahren oder Geldstrafe.

¹⁵⁶ Insbesondere der Steuerbetrug oder die Veruntreuung von Quellensteuern (vgl. Art. 59 Abs. 1 StHG [SR 642.14] sowie z.B. Art. 223 Abs. 1 und 224 Abs. 1 StG Kt. BE oder § 261 und 262 StG Kt. ZH).

¹⁵⁷ Vgl. Fingerhuth/Tschurr 2007, Art. 19 N. 191, mit Verweis auf Albrecht 2007, Art. 19 N. 190; auch nach ständiger deutscher Rechtsprechung «ist unter Handelstreiben jedes eigennützige Bemühen zu verstehen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern»; in Weber 2007, S. 43 f.

Definition des illegalen Drogenhandels festzulegen, scheiterte jedoch am Widerstand einzelner Mitgliedstaaten.¹⁵⁸

Die Kriminalisierung des unbefugten Handels mit Betäubungsmitteln erfolgt generell im BetmG. Dieses will allgemein die Gefährdung der Gesundheit durch Stoffe und Präparate verhindern, die Abhängigkeit erzeugen oder eine ähnliche Wirkung haben (Art. 1 BetmG). Als Betäubungsmittel gelten gemäss Artikel 2 Buchstabe a BetmG abhängigkeiterzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain und Cannabis sowie Stoffe und Präparate, die auf deren Grundlage hergestellt werden oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben; den Betäubungsmitteln gleichgestellt sind psychotrope Stoffe, sogenannt abhängigkeiterzeugende Stoffe und Präparate, welche Amphetamine, Barbiturate, Benzodiazepine oder Halluzinogene wie Lysergid oder Mescaline enthalten oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben (Art. 2 Bst. b BetmG).

Im 4. Kapitel (Art. 19 ff.) erklärt das BetmG verschiedene Verhaltensweisen für strafbar. Die Arbeitsgruppe schlug für die Erfassung des Begriffs «Drogenhandel» den Verweis auf die Strafbestimmung nach Artikel 19 BetmG vor.¹⁵⁹ Diese umschreibt in Absatz 1 die tatbestandsmässigen Handlungen, die den weitreichenden Umgang mit Betäubungsmitteln betreffen wie den unbefugten Anbau, die unbefugte Herstellung oder Erzeugung, unbefugtes Lagern, Versenden, Einführen, Veräussern, Inverkehrbringen, Besitzen, Aufbewahren oder die Finanzierung des unbefugten Betäubungsmittelhandels sowie Vorbereitungshandlungen. Der Grundtatbestand von Artikel 19 Absatz 1 BetmG enthält abstrakte Gefährdungstatbestände. Mit Strafe bedroht wird dabei ein Verhalten, das in der Regel eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Verletzung des betreffenden Rechtsgutes schafft, unabhängig davon, ob im Einzelfall tatsächlich eine Gefahr geschaffen wurde.¹⁶⁰ Die Strafstatbestände von Artikel 19 Absatz 1 BetmG sind grundsätzlich bereits erfüllt, wenn lediglich geringe Mengen an Betäubungsmitteln oder eine kleine Anzahl Personen betroffen sind. Da in diesen Fällen eher eine minimale Gefährdung für die Volksgesundheit zu erwarten ist, rechtfertigt sich eine drastische Massnahme wie die Landesverweisung nicht.¹⁶¹

In seiner Ausgestaltung rückt Artikel 19 Absatz 2 BetmG näher an das geschützte Rechtsgut der Gesundheit heran – und insbesondere an das hier vertretene Verständnis des Betäubungsmittelhandels als Tätigkeit, die auf eine die öffentliche Gesundheit gefährdende Endhandlung ausgerichtet ist. Angewendet wird die qualifizierte Strafbestimmung nach Absatz 2, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass aufgrund der Menge, der Beschaffenheit der Betäubungsmittel oder der Anzahl betroffener Personen die Volksgesundheit ernsthaft bedroht ist. Die konkrete Gefährdung der Volksgesundheit stellt die öffentlichen Interessen in den Vordergrund und rechtfertigt eine höhere Sanktionierung.

¹⁵⁸ Weber 2007, S. 178 f.

¹⁵⁹ Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 6.4.1, S. 59 f.

¹⁶⁰ Fingerhuth/Tschurr 2007, Art. 19 N. 2; sinngemäss Albrecht 2009, S. 3.

¹⁶¹ Im Vorfeld der Abstimmung war stets von schweren Verbrechen die Rede. Vgl. die Argumente des Initiativkomitees in den Abstimmungsunterlagen: Erläuterungen zur Volksabstimmung, S. 12.

Artikel 19 Absatz 2 BetmG zählt mehrere Qualifikationsgründe auf:

Gemäss Buchstabe a liegt ein schwerer Fall vor, wenn die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die *Gesundheit vieler Menschen* in Gefahr bringen kann. Als Kriterium für die stoffinhärente Gesundheitsgefährdung darf jedoch nicht die Menge allein herangezogen werden. Weitere Risiken können sein: die Gefahr der Überdosierung, problematische Applikationsformen, Mischkonsum u.a.¹⁶² Das Bundesgericht verfolgt eine extensive Auslegung des Gefahrenbegriffes. So erachtet es eine Anzahl von mindestens zwanzig Personen als «viele Menschen».¹⁶³ Verlangt wird also eine Weitergabe von Betäubungsmitteln an einen Kreis von mindestens zwanzig Personen. Die Limiten, die das Bundesgericht bisher für die Gewichtseinheiten der verschiedenen Betäubungsmittel festgelegt hat, sind tief angesetzt, weshalb sich Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe a BetmG nicht auf Ausnahmefälle beschränkt, sondern häufig zur Anwendung gelangt.¹⁶⁴

Als weitere Qualifikationsgründe werden die Banden- und Gewerbsmässigkeit genannt (Art. 19 Abs. 2 Bst. b und c BetmG). Nach der Rechtsprechung ist *Bandenmässigkeit* gegeben, wenn zwei oder mehrere Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken.¹⁶⁵ Für die Qualifikation der *Gewerbsmässigkeit* gilt nach der Rechtsprechung ein Umsatz ab 100 000 Franken¹⁶⁶ und ein Gewinn ab 10 000 Franken¹⁶⁷ als erheblich. Seit Inkrafttreten der Teilrevision des BetmG vom 4. Mai 2006 liegt ebenfalls ein schwerer Fall vor, wenn der Täter in *Ausbildungsstätten* vorwiegend für Jugendliche oder in ihrer unmittelbaren Umgebung gewerbsmässig Betäubungsmittel anbietet, abgibt oder auf andere Weise zugänglich macht (Art. 19 Abs. 2 Bst. d BetmG). Im Gegensatz zu Buchstabe c wird zur Verwirklichung des Qualifikationsgrundes kein grosser Umsatz oder erheblicher Gewinn verlangt.

Vor der Teilrevision ergab sich aus dem Begriff «insbesondere»¹⁶⁸, dass die Aufzählung der Gründe für einen schweren Fall nicht abschliessend ist.¹⁶⁹ Das Bundesgericht hält fest, dass die Annahme eines schweren Falles bei *wiederholter Tatbegehung* nicht grundsätzlich auszuschliessen ist, wenn keine der einzelnen Widerhandlungen sich auf eine Menge bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen gefährden kann. Es ist unerheblich, ob der Täter die Betäubungsmittel in einer einzigen grossen Portion oder in vielen kleinen Teilmengen in Verkehr bringe. Ein Täter, der wiederholt mit kleinen Drogenmengen handelt, kann und muss von einem

¹⁶² Parlamentarische Initiative, Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 04.05.2006, BBl 2006 8573, hier 8612.

¹⁶³ BGE 108 IV 65 f.; 120 IV 337 f.; 121 IV 334

¹⁶⁴ Albrecht 2007, S. 104; In einem Grundsatzurteil (BGE 109 IV 144 f.) hielt das Bundesgericht fest, dass 12 g reines Heroin, 18 g reines Kokain oder 200 Trips LSD (bestätigt in BGE 121 IV 332) die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen können und somit als schweren Fall gelten. Für Amphetamin gilt ein Richtwert von 36 g (BGE 113 IV 34 ff.). Ecstasy (siehe BGE 125 IV 90 ff.) und Cannabis (siehe BGE 117 IV 314 in Änderung von BGE 109 IV 145) hingegen fallen nicht unter die schweren Fälle. Denn anders als bei Heroin und Kokain seien keine Verelendungsmechanismen zu beobachten, und es sei keine Folge- oder Beschaffungskriminalität bekannt.

¹⁶⁵ BGE 122 IV 265 E. 2 b mit Hinweisen; BGE 124 IV 86 ff.

¹⁶⁶ BGE 129 IV 188

¹⁶⁷ BGE 129 IV 253

¹⁶⁸ Art. 19 Ziff. 2 a BetmG: «Ein schwerer Fall liegt insbesondere vor, wenn der Täter [...]».

¹⁶⁹ BGE 120 IV 332 f.

gewissen Zeitpunkt an wissen, dass seine verschiedenen Handlungen zusammen eine Betäubungsmittelmenge ergeben, die die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.¹⁷⁰ Im neuen Wortlaut fehlt zwar der Begriff «insbesondere», weshalb fraglich ist, ob die Aufzählung der Qualifikationsgründe weiterhin als nicht abschliessend zu verstehen ist. Doch aufgrund der Änderung des Wortlautes in Buchstabe a¹⁷¹ (Aufgabe des Mengenbezuges) kann die wiederholte Widerhandlung mit kleinen Mengen neu durchaus unter den gesetzlich genannten Qualifikationsgrund subsumiert werden. Entscheidend sind nicht die einzelnen Mengen an sich, sondern ob der Täter durch seine wiederholten Handlungen insgesamt die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Dies kann bei sogenannten «Kügeli-Dealern» unter Umständen durchaus bejaht werden.

Abs. 2

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (i.e.S.) gebietet, für eine Landesverweisung eine Mindesttatschwere vorauszusetzen, die sich – neben der Strafdrohung des entsprechenden Tatbestands – aus der im Einzelfall nach dem Verschulden des Täters bemessenen Strafe ergibt (vgl. oben, Ziff. 1.2.7). Der Entwurf setzt daher grundsätzlich eine Strafe von mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe voraus.

Diese Mindeststrafgrenze soll jedoch nicht absolut gelten. Unter dieser Schwelle – also bei *Strafen von höchstens sechs Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit* – kann das Gericht nach Absatz 2 ausnahmsweise eine Landesverweisung aussprechen. Vorausgesetzt ist, dass die *öffentlichen Interessen* an der Landesverweisung die privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz überwiegen.

Dies kann z.B. bei Kriminaltouristen der Fall sein, die geringfügige Taten begangen haben. Diese und andere Ausländer, die sich ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz befinden, könnten zwar bereits gestützt auf das AuG weggewiesen werden. Die vorgeschlagene Regelung erlaubt jedoch dem Gericht, auch in diesen Fällen über eine Landesverweisung zu befinden, sodass alle Landesverweisungen aufgrund von Straftaten des Deliktskatalogs nach Artikel 66a E-StGB grundsätzlich Sache des Strafrichters sind. Zudem ist die neu vorgesehene Landesverweisung einschneidender als die bestehenden Massnahmen des AuG, weil die strafrechtliche Landesverweisung mit einem mindestens fünfjährigen Einreiseverbot verknüpft ist.

Abgesehen wird von einer Regelung, wonach auch Täter des Landes zu verweisen sind, die aufgrund von Straftaten des Deliktskatalogs wiederholt zu kurzen Strafen verurteilt wurden und dadurch innerhalb von zehn Jahren die Mindeststrafgrenze erreichen.¹⁷² Diese scheint nicht notwendig, da das Gericht bei Wiederholungstätern gestützt auf Absatz 2 bereits aufgrund von geringen Strafen eine Landesverweisung ausfallen kann. Gerade die wiederholte Begehung von Straftaten kann bei einem Strafmass von insgesamt höchstens sechs Monaten dazu führen, dass die öffentli-

¹⁷⁰ BGE 114 IV 164 E. 2 b; Urteil des Bundesgerichts 6S.190/2000 vom 11.07.2001.

¹⁷¹ Art. 19 Abs. 2 Bst. a: «[...] weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann; [...]».

¹⁷² Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe, Varianten 2–4, Ziff. 6.7.4, S. 72. In der Vernehmlassung wurde eine ähnliche Regelung für wiederholte Tatbegehung gefordert (Vernehmlassungsbericht, S. 19).

chen Interessen an einer Landesverweisung die privaten Interessen des Betroffenen überwiegen.

Abs. 3

Fällt das Gericht aufgrund einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat eine *Strafe von mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe* aus, so ist in der Regel eine Landesverweisung anzuordnen.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Landesverweisung unzumutbar ist, weil die betroffene Person dadurch in ihren persönlichen Rechten, die von *internationalen Menschenrechtsgarantien* geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde. Im Vordergrund stehen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 UNO-Pakt II. Zu beachten sind auch die Garantien der KRK, wie die Berücksichtigung des Kindeswohls nach Artikel 3 KRK, das Verbot der Trennung von den Eltern gegen deren Willen nach Artikel 10 KRK oder die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte nach Artikel 10 Absatz 2 KRK.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR gewährt die EMRK keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt in einen beziehungsweise einem Vertragsstaat. Ist jedoch ein Ausländer rechtmässig in einem Vertragsstaat ansässig, so stellt seine Ausweisung einen Eingriff in sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar (Art. 8 EMRK).

Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffs sind gemäss der Rechtsprechung des EGMR zahlreiche Kriterien zu prüfen.¹⁷³ Diese gelten im Wesentlichen auch bei der Prüfung im Zusammenhang mit Artikel 17 UNO-Pakt II.

Die Regelung nach Absatz 3 sieht bezüglich der zu berücksichtigenden Kriterien gewisse Einschränkungen vor. So muss davon ausgegangen werden, dass eine Strafe von über sechs Monaten, die wegen eines Delikts nach Artikel 66a Absatz 1 E-StGB verhängt wird, in der Regel eine Landesverweisung rechtfertigt. Zudem muss sich die Unzumutbarkeit der Landesverweisung aus einer *schwerwiegenden Verletzung der persönlichen Rechte* ergeben. Damit soll ausgedrückt werden, dass es nicht genügt, wenn zwar mehrere, jedoch eher leicht wiegende Einschränkungen im Privat- und Familienleben geltend gemacht werden. So wie im Rahmen von Absatz 2 die öffentlichen Interessen überwiegen müssen, damit ausnahmsweise eine Landesverweisung angeordnet werden kann, müssen nach Absatz 3 die privaten Interessen überwiegen, damit ausnahmsweise von einer Landesverweisung abgesehen werden kann. Ferner darf der Aufenthaltsstatus des Verurteilten, der heute bei der Verhängung von ausländerrechtlichen Massnahmen von Bedeutung ist, aufgrund

¹⁷³ Natur und Schwere der Straftat(en); Dauer des Aufenthalts, verstrichene Zeit seit Begehung der Straftat(en) sowie das seitherige Verhalten des Betroffenen; Dauer eines allfälligen Einreiseverbots; familiäre Situation des Betroffenen (Ehedauer, effektives Familienleben, Kenntnisstand des Partners im Zeitpunkt der Eheschliessung, Kinder und deren Alter); Schwere der Probleme, welche dem Partner im Zielstaat erwachsen könnten sowie Interesse und Wohl allfälliger Kinder, insbesondere allfällige Schwierigkeiten im Zielstaat; Vergleich zwischen Gastland und Zielstaat hinsichtlich der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen.

Bei Straftätern, die in sehr jungen Jahren zugewandert oder gar im Inland geboren sind und die ganze Schulbildung erhalten haben, berücksichtigt der EGMR zusätzlich folgende Gesichtspunkte: Sprachkenntnisse des Betroffenen; Alter bei der Ausweisung; Verwandte im Zielstaat; Vergleich der Integrationschancen im Gastland und im Zielstaat.

von Artikel 121 Absatz 3 BV nicht berücksichtigt werden. Diese Verfassungsbestimmung statuiert, dass eine ausländische Person im Falle einer Verurteilung ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt *unabhängig* von ihrem ausländerrechtlichen Status verliert. Aufgrund dieser Einschränkungen besteht die Möglichkeit, dass der EGMR (oder das Bundesgericht) im Einzelfall eine Verletzung der EMRK feststellen könnte.

In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des EGMR vom 15. November 2012 im Fall *Shala gegen die Schweiz* hinzuweisen, der allerdings noch nicht rechtskräftig ist. Der Beschwerdeführer, ein Ausländer mit Niederlassungsbewilligung (Ausweis C), war von einem Schweizer Gericht bzw. der Staatsanwaltschaft wiederholt zu Freiheitsstrafen von einem bis zu vier Monaten sowie zu Geldstrafen verurteilt worden. Die ausgefallenen Strafen ergaben insgesamt fünfeinhalb Monate Freiheitsstrafe und 120 Tagessätze Geldstrafe. Darauf wurde gegen ihn eine Ausweisung mit einer Einreisesperre von 10 Jahren angeordnet. Gemäss dem Urteil des EGMR verstösst die Ausweisung (trotz der im Einzelfall geringen Strafhöhe) unter Berücksichtigung aller Faktoren nicht gegen Artikel 8 EMRK.¹⁷⁴

Das Gericht prüft im Rahmen von Absatz 3 vor allem Gründe, die mit der *privaten und familiären Situation* des Verurteilten zusammenhängen. Hinderungsgründe, die in erster Linie mit der Situation im zukünftigen Wohnstaat des Verurteilten zusammenhängen, können dabei nicht völlig ausser Acht gelassen werden. So kann eine unmenschliche Behandlung (z.B. infolge Kriegs, Bürgerkriegs oder einer medizinischen Notlage) im Zielstaat bedeuten, dass die Landesverweisung für den Betroffenen gestützt auf Artikel 8 EMRK unzumutbar ist, weshalb nach Absatz 3 ausnahmsweise von dieser Massnahme abgesehen werden muss. Die Beachtung des eigentlichen Non-Refoulement-Gebots (Art. 33 Abs. 1 FK und Art. 3 EMRK) soll hingegen – entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur altrechtlichen Landesverweisung¹⁷⁵ – der Vollzugsbehörde obliegen. Artikel 66d E-StGB stellt eine Spezialnorm zu Artikel 66a Absatz 3 E-StGB dar (vgl. unten, Ziff. 2.1.4).

Abs. 4

In Absatz 4 drängt sich eine *präzisierende Regelung* für den Fall auf, dass eine ausländische Person im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten verurteilt wird, wovon nicht alle unter den Deliktskatalog fallen. Würde, obwohl nur eine oder einzelne Straftaten zu einer Landesverweisung führen müssen, auf die insgesamt vom Gericht ausgefallte Strafe abgestellt¹⁷⁶, hätte dies eine starke Relativierung der Mindeststrafe zur Folge. Unter Umständen hat nicht das Delikt, das für die Landesverweisung massgebend ist, zu einer Strafe von über sechs Monaten geführt, sondern die anderen gleichzeitig beurteilten Delikte.

Bei einer Verurteilung wegen mehrerer Straftaten hat das Gericht nach Absatz 4 im Urteil daher festzulegen, welcher Strafanteil auf Straftaten des Deliktskatalogs entfällt. Dieser Anteil bestimmt, ob die Mindeststrafgrenze unter- oder überschritten ist und ob daher Absatz 2 oder Absatz 3 zur Anwendung kommt. Bei der Prüfung,

¹⁷⁴ Urteil des EGMR *Shala gegen Schweiz*, N. 52873/09 vom 15.11.2012. Es ist ein Gesuch für eine Beurteilung in der Grosse Kammer des EGMR hängig. Über das Gesuch wird voraussichtlich im Verlauf des Jahres 2013 entschieden.

¹⁷⁵ BGE 116 IV 105.

¹⁷⁶ So die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Varianten 2–4, vgl. Art. 73a Abs. 2 und 3 nach Variante 2, Bericht der Arbeitsgruppe, S. 123.

ob die privaten Interessen des Betroffenen oder die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen, sind allerdings alle im Urteil enthaltenen Straftaten zu berücksichtigen.

2.1.2 Artikel 66b (b. Wiederholungsfall)

Diese Bestimmung konkretisiert Artikel 121 Absatz 5 Satz 2 BV.

Variante 1 der Vernehmlassungsvorlage sah vor, dass ein Wiederholungsfall nur möglich ist, solange eine Person mit einer strafrechtlichen Landesverweisung «belegt» ist. Mit einer Landesverweisung «belegt» war die betroffene Person ab der Rechtskraft des Urteils bis zum Ablauf der Dauer der Landesverweisung. Der Wiederholungsfall entsprach somit vom Prinzip her einer Nichtbewährung nach den Artikeln 46 oder 89 StGB. In der Vernehmlassung wurde von einzelnen Teilnehmenden kritisiert, dass diese Voraussetzungen zu eng seien und nicht aus den neuen Verfassungsbestimmungen abgeleitet werden könnten. In Artikel 66b E-StGB wird daher der Wiederholungsfall weiter gefasst. Ein Wiederholungsfall soll auch nach dem Ablauf der Dauer einer ersten Landesverweisung möglich sein.

Reist ein Täter vor Ablauf der ersten Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz ein und begeht erneut Delikte, die eine Landesverweisung zur Folge haben, werden die Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach dem Absorptionsprinzip vollzogen.¹⁷⁷ Das heisst, dass die im Zeitpunkt des neuen Urteils weniger lange dauernde Landesverweisung in der längeren Landesverweisung aufgeht. Im Wiederholungsfall dauert die Landesverweisung also stets 20 Jahre.

Die Landesverweisung von 20 Jahren wird mit dem zweiten Strafurteil ausgesprochen. Somit können nur der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterstehende neue Straftaten zu einer Landesverweisung von 20 Jahren führen, nicht aber Urteile im Ausland (vgl. oben, Ziff. 1.2.14).

2.1.3 Artikel 66c (c. Zeitpunkt des Vollzugs)

Abs. 1

Jede Landesverweisung ist grundsätzlich ab Rechtskraft des Urteils vollziehbar, unabhängig von der Art der neben der Landesverweisung ausgesprochenen Sanktion. Die Rechtskraft wird gemäss Artikel 437 Absatz 2 StPO auf den Tag zurückbezogen, an dem der Entscheid gefällt wurde.

Abs. 2

Obwohl die Landesverweisung nach Feststellung des Eintritts der Rechtskraft sofort vollzogen werden könnte, soll es nicht sein, dass der Täter bereits vor dem Vollzug einer gleichzeitig verhängten unbedingten Strafe oder Massnahme ausgewiesen wird. Dies wäre namentlich mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit und der staatlichen Pflicht der Rechtsdurchsetzung nicht vereinbar. Eine solche Lösung wäre zudem

¹⁷⁷ Vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 55 aStGB, in: Keller 2003, Art. 55 StGB N. 56 f.

insbesondere mit Blick auf die Spezial- und Generalprävention kontraproduktiv. Daher ist vor dem Vollzug der Landesverweisung grundsätzlich zuerst die gegen den Verurteilten verhängte Hauptsanktion zu vollziehen. Bereits bei der altrechtlichen Landesverweisung nach Artikel 55 aStGB ging man davon aus, dass vor dem Vollzug der Landesverweisung die freiheitsentziehende Strafe oder Massnahme ganz oder teilweise verbüsst wird.¹⁷⁸ Dies ist auch bei der vom Bundesrat neu vorgeschlagenen fakultativen Landesverweisung¹⁷⁹ so vorgesehen.

Die Landesverweisung soll bei bestimmten Verbrechen oder Vergehen verhängt werden. Als Strafen für Verbrechen und Vergehen sind die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit vorgesehen. Diese können je entweder unbedingt, bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden. Im Zusammenhang mit der Landesverweisung kommen zudem freiheitsentziehende Massnahmen in Frage, das heisst eine stationäre therapeutische Massnahme nach den Artikeln 59–61 StGB oder die Verwahrung nach Artikel 64 StGB.

- Eine unbedingte Geldstrafe ist vor der Landesverweisung zu vollziehen. Die Ausschöpfung aller Vollzugsmöglichkeiten, die das Strafgesetzbuch zur Verfügung stellt (Art. 35 f. StGB), ist nicht in jedem Falle mit dem Sinn und Zweck einer Landesverweisung vereinbar. Besteht jedoch der begründete Verdacht, der Verurteilte werde sich der Vollstreckung der Geldstrafe entziehen, kann die Vollzugsbehörde nach Artikel 35 Absatz 2 StGB deren sofortige Bezahlung oder eine Sicherheitsleistung verlangen.
- Die Strafart der gemeinnützigen Arbeit bezweckt die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft und die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sich deren Anordnung daher nur, solange die Aussicht besteht, dass der Verurteilte nach dem Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf.¹⁸⁰ Als Hauptstrafe neben einer Landesverweisung wird das Gericht somit keine gemeinnützige Arbeit ausfällen, da diese hier als unzumutbare Sanktion erscheint.
- Bei einer bedingten Strafe scheint angemessen, die Landesverweisung bereits ab Feststellung der Rechtskraft des Urteils zu vollziehen. Dass die Probezeit diesfalls nicht in der Schweiz überwacht werden kann, steht dem nicht entgegen. Schon unter altem Recht ging man davon aus, dass die Landesverweisung in diesen Fällen sogleich vollzogen wird.¹⁸¹
- Der Vollzug einer Geldstrafe, gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe zwischen einem und drei Jahren kann nach Artikel 43 StGB auch lediglich teilweise aufgeschoben werden. Im Hinblick auf den unbedingt vollziehbaren Teil der Strafe ergeben sich die bereits oben angeführten Vollzugsfragen. Was den aufgeschobenen Strafteil betrifft, kann die Probezeit wiederum nicht in der Schweiz überwacht werden, was aber auch hier hinzunehmen ist.

¹⁷⁸ Keller 2003, Art. 55 StGB N. 57.

¹⁷⁹ Botschaft Änderung Sanktionenrecht, BBl 2012 4721 4746.

¹⁸⁰ BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4

¹⁸¹ Keller 2003, Art. 55 StGB N. 57.

Abs. 3

Im Falle einer unbedingten Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme greift die Landesverweisung ab dem Zeitpunkt der Entlassung aus dem Vollzug. Die Probezeit im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung soll der Landesverweisung nicht entgegenstehen. Die Landesverweisung kann zudem vollzogen werden, wenn eine Massnahme aufgehoben wird. Ist jedoch bei Aufhebung der Massnahme eine Reststrafe zu vollziehen oder wird eine andere freiheitsentziehende Massnahme angeordnet (vgl. Art. 62c Abs. 2–4 und 6 StGB), so ist der Vollzug dieser Sanktionen abzuwarten. Massnahmen des Erwachsenenschutzes nach Artikel 62c Absatz 5 StGB sollen hingegen dem Vollzug der Landesverweisung nicht entgegenstehen.

Abs. 4

Absatz 4 stellt einen Vorbehalt zu Absatz 2 dar. Eine freiheitsentziehende Sanktion, die der Landesverweisung gemäss Absatz 2 grundsätzlich vorangehen sollte, kann auch im Heimatland der betroffenen Person vollzogen werden.¹⁸² Der Vollzug der Landesverweisung fällt in diesem Fall mit der Überstellung der betroffenen Person an ihren Heimatstaat zusammen.

Abs. 5

Die Regelung des Beginns des Laufes der Landesverweisung nach Absatz 5 wurde von der altrechtlichen Landesverweisung übernommen.¹⁸³

Theoretisch könnte die Dauer der Landesverweisung in jedem Fall nach Feststellung des Eintritts der Rechtskraft sofort zu laufen beginnen. Dies wäre indessen angesichts der freiheitsentziehenden Sanktionen, die vollzogen werden, bevor die verurteilte Person ausgewiesen wird, nicht sinnvoll. Zudem kann eine des Landes verwiesene Person zum Beispiel aus familiären oder gesundheitlichen Gründen noch eine gewisse Zeit in der Schweiz verbleiben, bevor sie das Land verlassen muss. Bei anderen Personen kann die Landesverweisung nicht vollzogen werden, weil deren Identität nicht festgestellt werden kann, oder weil sie keine Ausweispapiere besitzen. Schliesslich gibt es Personen, beispielsweise Kriminaltouristen, deren Personalien feststehen und die gültige Papiere besitzen, weshalb sie innerhalb kürzester Zeit ausgeschafft werden können.¹⁸⁴ Die Dauer der Landesverweisung soll daher an dem Tag zu laufen beginnen, an dem die verurteilte Person aus der Schweiz ausreist.

Die Landesverweisung dauert danach grundsätzlich während der im Urteil festgelegten Zeitspanne.

¹⁸² Vgl. u.a. Übereinkommen vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen, SR **0.344**.

¹⁸³ Vgl. Art. 55 Absatz 3 Satz 2 aStGB.

¹⁸⁴ Vgl. dazu die Ausreisefrist und die sofortige Vollstreckung nach Art. 64d AuG.

Abs. 1

Artikel 66d E-StGB überlässt es den Kantonen, welche Behörde für den Vollzug der Landesverweisung eingesetzt wird (vgl. dazu vorne, Ziff. 1.2.9). Vollzugshindernisse, die der zuständigen Behörde gestützt auf Hinweise der betroffenen ausländischen Person oder aus anderen Gründen bekannt werden, müssen von Amtes wegen berücksichtigt werden. Diesfalls bleiben die mit der angeordneten Landesverweisung verbundene materielle Verpflichtung zur Ausreise aus der Schweiz und damit der Entzug des Aufenthaltsrechts bestehen; nur auf die zwangsweise Vollstreckung (Ausschaffung) wird vorläufig verzichtet. Ohne diese «Offenheit» in der Vollzugsphase hätte die Ausschaffungsinitiative wegen Verstosses gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts für ungültig erklärt werden müssen.

Als Aufschiebgründe werden in Artikel 66d Absatz 1 E-StGB das relative und das absolute Non-Refoulement-Gebot aufgeführt.

Bst. a

Das relative Non-Refoulement-Gebot betrifft anerkannte Flüchtlinge, die aufgrund ihres Flüchtlingsstatus einen erhöhten Schutz geniessen (vgl. Art. 25 Abs. 2 BV). Artikel 33 Ziffer 1 FK sowie Artikel 5 Absatz 1 AsylG präzisieren, dass ein anerkannter Flüchtling nicht in ein Land ausgewiesen werden darf, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre. Dieser Schutz gilt allerdings nicht absolut (Art. 33 Ziff. 2 FK und Art. 5 Abs. 2 AsylG): Nicht darauf berufen kann sich ein Flüchtling, wenn erhebliche Gründe vorliegen, dass er als eine Gefahr für die Sicherheit der Schweiz angesehen werden muss oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist. Die Vollzugsbehörde muss folglich bei anerkannten Flüchtlingen stets eine Abwägung vornehmen, ob das Verbrechen oder Vergehen, das die Landesverweisung zur Folge hatte, ausreichend schwer ist, so dass eine Ausweisung gerechtfertigt ist. Dabei vermag lediglich ein besonders schweres Verbrechen im Zusammenhang mit einer konkreten Wiederholungsgefahr den Rückschiebeschutz aufzuheben.¹⁸⁵ Der Umstand, dass ein Delikt im Deliktskatalog nach Artikel 66a Absatz 1 E-StGB erscheint, heisst nicht, dass es damit automatisch ein schweres Delikt im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 FK oder Artikel 5 Absatz 2 AsylG darstellt. Gerade die Delikte nach Artikel 66a Absatz 1 Buchstaben b, c und d E-StGB können im konkreten Einzelfall leichte Taten darstellen, die nicht zu einer Durchbrechung des Non-Refoulement-Gebots führen können.¹⁸⁶ Die Schranken für eine Ausweisung durch das Non-Refoulement-Gebot reichen bei Flüchtlingen folglich weiter als bei den übrigen von einer Landesverweisung betroffenen ausländischen Personen.

¹⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 2A.139/1994 vom 01.07.1994, E. 6 mit Hinweisen auf die Doktrin, bestätigt im Urteil 2A.51/2006 vom 08.05.2006, E. 5.2.

¹⁸⁶ Vgl. dazu Keller 2003, Art. 55 StGB N. 15 f.

Bst. b

Artikel 25 Absatz 3 BV hält fest, dass niemand in einen Staat ausgeschafft werden darf, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Diese Bestimmung ist absolut zu verstehen und gilt für alle Personen, unabhängig ihres ausländerrechtlichen Status. So darf bspw. auch ein Terrorist, der viele Menschen getötet hat, nicht in ein Land zurückgewiesen werden, wo ihm grausame und unmenschliche Behandlung droht.

Nicht erwähnt wird die Unmöglichkeit des Vollzugs, da der daraus resultierende Aufschub des Vollzugs eine logische Konsequenz der Unmöglichkeit ist. Diese bezieht sich auf technische Hindernisse im weitesten Sinn und hat – im Gegensatz zur Unzulässigkeit – keine Schutzfunktion für die betroffene Person. Die Gründe für die Unmöglichkeit müssen ausserhalb des Einflussbereichs der betroffenen Person liegen. Wichtigster praktischer Unmöglichkeitsgrund ist die Weigerung der Heimatbehörde, Reisepapiere auszustellen. Artikel 121 Absatz 3 und 5 BV lassen Raum für eine entsprechende Prüfung durch die Strafvollzugsbehörde, was letztlich auch dem Gebot der Praktikabilität entspricht.

Ein weiterer aus dem Ausländergesetz (Art. 83 Abs. 4 AuG) bekannter Aufschiebungsgrund ist die Unzumutbarkeit des Vollzugs wegen Krieg, Bürgerkrieg oder einer medizinischen Notlage. Dieses Vollzugshindernis wird vorliegend ebenfalls nicht explizit aufgeführt. Die genannten Situationen können nämlich bereits bei der Abwägung des Gerichts im Zusammenhang mit der Prüfung von völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden (so kann ein Krieg oder Bürgerkrieg im Heimatstaat dazu führen, dass die Anordnung einer Landesverweisung aufgrund von Art. 8 EMRK nicht zumutbar ist). Ferner führt aufgrund des Non-Refoulement-Gebots nach Artikel 66d Absatz 1 Buchstabe b E-StGB Folter oder eine andere Art von grausamer und unmenschlichen Behandlung oder Bestrafung grundsätzlich zum Aufschub des Vollzugs einer Landesverweisung; dies gilt auch bei Krieg, Bürgerkrieg oder medizinischer Notlage. Ist der Vollzug der Landesverweisung z.B. in ein Land mit einer medizinischen Unterversorgung für das Entstehen einer schwerwiegenden und lebensbedrohenden Situation kausal, so kann darin ausnahmsweise eine Verletzung von Artikel 3 EMRK (unmenschliche Behandlung) liegen.¹⁸⁷ Des weiteren kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – im Sinne einer Schutzpflicht des Staates – massive häusliche Gewalt unter das Folterverbot im Sinne von Artikel 3 EMRK subsumiert werden.¹⁸⁸ Eine zusätzliche Aufzählung der Unzumutbarkeitsgründe nach Artikel 83 Absatz 4 AuG ist daher entbehrlich.

Das Folterverbot, aus dem auch das Non-Refoulement-Gebot abgeleitet wird, soll zwar, entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur altrechtlichen Landesverweisung¹⁸⁹, grundsätzlich erst bei der Vollstreckung der Landesverweisung berücksichtigt werden. Wie bereits bei der altrechtlichen Landesverweisung wird das Gericht, das neben einer bedingten Strafe oder einer Geldstrafe eine Landesverweisung verhängt, es aber kaum vermeiden können, Umstände zu beachten, die unter dem Titel des Folterverbots einer Landesverweisung entgegenstehen können.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Illes 2006/2007, S. 40 f.

¹⁸⁸ BVGer, 11.2.2009, D-5101/2006; vgl. ferner EGMR, Urteil vom 24. Juli 2012 i.S. Dordevic gegen Kroatien, Beschwerde-Nr. 41562/10.

¹⁸⁹ BGE 116 IV 105

¹⁹⁰ Keller 2003, Art. 55 StGB N. 20; Spescha/Kerland/Bolzli 2010, S. 197 f.

Zudem sind solche Umstände im Rahmen der Interessenabwägung nach Artikel 66a Absatz 2 E-StGB und im Rahmen der Prüfung der internationalen Menschenrechtsgarantien nach Artikel 66a Absatz 3 E-StGB vom Gericht zu beachten. Gerade die Unzumutbarkeit der Landesverweisung im Sinne von Artikel 66a Absatz 3 E-StGB kann die Qualität einer unmenschlichen Behandlung aufweisen, sodass die Landesverweisung vom Gericht letztlich auch aufgrund des Folterverbots nicht verhängt wird.

Abs. 2

Die für den Vollzug der Landesverweisung zuständige Behörde ist verpflichtet, regelmässig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den vorläufigen Aufschub der Landesverweisung noch gegeben sind.

2.1.5 Artikel 105 Absatz 1

Der Deliktskatalog in Artikel 66a E-StGB umfasst zwar nur Verbrechen und Vergehen. In Artikel 105 Absatz 1 wird der Vollständigkeit halber trotzdem festgehalten, dass die Bestimmungen über die Landesverweisung bei Übertretungen nicht zur Anwendung kommen sollen.

2.1.6 Artikel 148a (Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe)

Gestützt auf Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV und die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Strafrechts (Art. 123 Abs. 1 BV) wird ein neuer Straftatbestand vorgeschlagen, der den unrechtmässigen Bezug von Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen unter Strafe stellt.¹⁹¹ Dieser wird in Artikel 148a E-StGB aufgenommen und damit im Titel über strafbare Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137 ff. StGB), anschliessend an die Betrugs- und Missbrauchstatbestände nach den Artikeln 146–148 StGB eingereiht. Die Marginalie lautet «Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe». Im Gegensatz zur Verfassungsbestimmung wird der Ausdruck «missbräuchlich» nicht verwendet, da kein Recht besteht, das in missbräuchlicher Art ausgeübt werden kann. Es geht vielmehr darum, dass jemand Leistungen bezieht, die ihm nicht zustehen; er bezieht diese Leistungen somit zu Unrecht oder «unrechtmässig».

Bestraft wird derjenige, der jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, sodass er oder ein anderer Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezieht, die ihm oder dem andern nicht zustehen. Systematisch handelt es sich beim neuen Straftatbestand um einen *Auffangtatbestand zum Betrug* (Art. 146 StGB). Im Bereich des unrechtmässigen Bezugs von Sozialleistungen kann auch dieser Tatbestand erfüllt sein.¹⁹² Artikel 146 StGB setzt eine *arglistige* Irreführung bzw. Bestärkung in einem Irrtum voraus. Fehlt dieses qualifizierende Element

¹⁹¹ Der Straftatbestand entspricht im Wesentlichen dem Vorschlag der Arbeitsgruppe in den Varianten 2–4, vgl. Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 6.6.3, S. 66 ff.

¹⁹² Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_542/2012 vom 10.01.2013.

und ist damit der schwerere Betrugstatbestand nicht erfüllt, findet der Auffangtatbestand Anwendung. Dieser lässt es genügen, dass der Täter jemanden durch bestimmte Tathandlungen irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, ohne dass Arglist gegeben sein muss. Artikel 148a E-StGB formuliert damit einzig das strafbare Verhalten im Bereich des unrechtmässigen Bezugs von Sozialleistungen, das nicht bereits durch den Betrugstatbestand abgedeckt ist. Dies entspricht der Tradition im Bereich der strafrechtlichen Gesetzgebung und der dem StGB innewohnenden Logik.

Entsprechend ist die *Strafdrohung* in Artikel 148a E-StGB geringer als beim Betrug. Der Täter, der sich nach Artikel 146 Absatz 1 StGB strafbar macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Nach der Rechtsprechung und Lehre ergibt sich die Strafwürdigkeit einer Täuschung im schweizerischen Strafrecht gerade aus dem Element der Arglist. Wer einen anderen durch eine einfache Lüge in einen Irrtum versetzt, soll nicht strafbar sein.¹⁹³ Der neue Straftatbestand setzt gerade keine Arglist voraus. Dieser qualitative Unterschied muss sich auch im Strafrahmen niederschlagen. Vergleichbare Strafbestimmungen des Bundessozialversicherungsrechts und des kantonalen Sozialhilferechts drohen sehr tiefe Strafen an.¹⁹⁴ Die neuen Verfassungsbestimmungen erwähnen den «missbräuchlichen» Sozialleistungsbezug aber in einem separaten Buchstaben und setzen ihn in Bezug auf die Rechtsfolge der Ausschaffung anderen, teilweise schweren Delikten gleich. Damit wird eine neue Gewichtung vorgenommen und diesem Verhalten ein grösserer Unrechtsgehalt beigemessen. Artikel 148a E-StGB droht daher Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe an. Es handelt sich um ein Vergehen im unteren Schwerebereich (Art. 10 Abs. 3 StGB). In leichten Fällen ist die Strafe Busse – womit das Delikt zu einer Übertretung wird (Art. 103 StGB) und eine Landesverweisung gemäss Artikel 66a E-StGB ausgeschlossen ist.

Objektiver Tatbestand

Der Tatbestand erfasst jede *Irreführung beziehungsweise Bestärkung* in einem (bereits bestehenden) Irrtum – und somit jede Täuschung. Diese kann zum einen durch *unwahre oder unvollständige Angaben* erfolgen. Damit nennt der Tatbestand explizit den Hauptanwendungsfall, dass jemand seine finanziellen Verhältnisse oder seine persönliche Situation (etwa in medizinischer Hinsicht) falsch darstellt. Die Täuschung kann zum anderen auf dem *Verschweigen bestimmter Tatsachen* beruhen. Ein solches passives Verhalten ist etwa dort gegeben, wo jemand die Meldung unterlässt, dass sich seine Lage verändert beziehungsweise verbessert hat. Die kantonalen Sozialhilfegesetze auferlegen einer um Sozialhilfe ersuchenden Person die Pflicht, vollständig und wahrheitsgetreu Auskunft über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu geben. Der Betreffende muss Unterlagen vorlegen, welche zur Abklärung der Situation erforderlich sind und eine Änderung der Verhältnisse unverzüglich melden. Es stellt einen klassischen Fall des unrechtmässigen Leistungsbezugs dar, dass durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen oder Verheimlichen von Tatsachen eine in Wahrheit nicht bestehende Notsitua-

¹⁹³ BGE 135 IV 79 ff.; Arzt 2007, Art. 146 StGB N. 55 f.; Stratenwerth/Jenny/Bommer 2010, § 15 N. 17.

¹⁹⁴ Art. 87 Abs. 1 AHVG: Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen; Art. 85 SHG BE: Busse; § 48a SHG ZH: Busse.

tion vorgetäuscht wird.¹⁹⁵ Die Irreführung beziehungsweise Bestärkung in einem Irrtum kann auch «*in anderer Weise*» erfolgen. Damit werden weitere mögliche Fälle der Vortäuschung einer Notsituation als strafbar erklärt, falls diese einen Bezug von unrechtmässigen Sozialleistungen zur Folge haben (vgl. dazu unten). Nicht unter den Tatbestand fällt damit insbesondere die blosser Aufrechterhaltung einer Notlage beziehungsweise die Verletzung der Pflicht, die persönliche Situation zu verbessern oder die Notlage zu beheben (die keinen Bezug einer unrechtmässigen Leistung zur Folge hat). Nicht strafbar ist zudem die zweckwidrige Verwendung rechtmässig erlangter Leistungen. Ein solches Verhalten scheint nicht nur nicht strafwürdig; auch würde dessen Ahndung zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen.

Die täuschende Handlung oder Unterlassung kann *gegenüber jedermann* erfolgen: Neben der Verwaltung oder einer anderen (eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen) Behörde oder Institution können dies insbesondere auch Private sein. So können Privatrechtssubjekte getäuscht werden, welche unmittelbar Verwaltungsaufgaben erfüllen (z.B. privatrechtlich organisierte Krankenkassen im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung) oder ein Arzt, der daraufhin eine falsche Diagnose stellt oder einen unwahren Arztbericht verfasst.

Der Erfolg liegt im *Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, die dem Begünstigten nicht zustehen*.¹⁹⁶ Begünstigter der Leistung kann der Irreführende selbst oder auch ein anderer sein. Schon Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b verwendet den Begriff «beziehen». Damit geht sowohl aus der Verfassungsbestimmung als auch aus dem neuen Tatbestand hervor, dass der Täter (oder ein anderer) die Leistung tatsächlich erlangt respektive erwirkt haben muss. Mit anderen Worten muss ihm diese ausbezahlt worden sein. Würde zur Erfüllung des Tatbestandes schon die blosser Zuspreehung der Leistung genügen, zöge dies verschiedene Probleme nach sich: Nicht immer erfolgt die Zuspreehung einer Leistung in Form einer Verfügung oder schriftlichen Kostengutsprache. Oft lässt sich damit der Moment der Zuspreehung nicht eruieren. Damit wären einige Unsicherheiten und Beweisprobleme verbunden. Würde eine Sozialleistung zwar zugesprochen, aber nicht bezogen, macht sich Täter bei gegebenem Vorsatz des versuchten Delikts strafbar.

Subjektiver Tatbestand

Auf der subjektiven Seite setzt der neue Tatbestand *Vorsatz* voraus (Art. 12 Abs. 1 StGB). Vorsätzlich begeht eine Tat, wer diese mit Wissen und Willen ausführt. Dabei ist ausreichend, dass der Täter die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Insbesondere kann sich der Täter, der fahrlässig handelt, nicht nach Artikel 148a E-StGB strafbar machen.

¹⁹⁵ SKOS, Kontrollen und Sanktionen in der Sozialhilfe, Massnahmen zur Qualitätssicherung und zur Verhinderung von Sozialhilfemissbrauch, Bern 2010, S. 3; abrufbar unter: www.skos.ch > Positionen > Grundlagendokumente > Kontrollen und Sanktionen in der Sozialhilfe.

¹⁹⁶ Der Vorentwurf (Variante 1) formulierte den Erfolg dagegen als «unrechtmässiges Beziehen von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe». Diese Formulierung wurde aufgrund der Vernehmlassung überarbeitet, um besser zum Ausdruck zu bringen, dass nur der Bezug unberechtigter Leistungen zu bestrafen ist. Vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 24.

Der Täter muss zum Tatzeitpunkt somit wissen, dass er durch eine bestimmte Handlung einen Irrtum hervorruft bzw. bestärkt. Zusätzlich muss er den Willen haben, dass eine Sozialleistung ausgerichtet wird, auf die er selbst bzw. ein anderer Begünstigter keinen Anspruch hat.

Im Gegensatz zum Betrugstatbestand ist hier nicht erforderlich, dass der Tatbestand explizit die Absicht voraussetzt, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern (vgl. auch Art. 14 VStrR und Art. 87 AHVG). Eine solche Absicht ist gleichwohl erforderlich, indem sich der Vorsatz (und damit der Wille) des Täters darauf beziehen muss, dass die fragliche Leistung dem Begünstigten nicht zusteht.

Leichte Fälle

Artikel 148a Absatz 2 E-StGB droht in leichten Fällen des unrechtmässigen Bezugs von Sozialleistungen Busse an. Gerade mit Blick auf das geschützte Rechtsgut des Vermögens wird ein leichter Fall vor allem da gegeben sein, wo sich die Tat auf eine Sozialleistung von einem geringen Betrag bezieht. Hierin besteht eine Übereinstimmung mit Artikel 172^{ter} StGB, der geringfügige Vermögensdelikte zu Antragsdelikten erklärt und ebenfalls lediglich Busse androht. Im Übrigen sind sämtliche Elemente zu beachten, welche das Verschulden des Täters herabsetzen können (vgl. Art. 47 StGB). So kann ein leichter Fall gegeben sein, wenn das Verhalten des Täters nur eine geringe kriminelle Energie offenbart oder die Beweggründe und Ziele des Täters nachvollziehbar sind. Denkbar ist etwa, dass eine Person im Wissen um die grundsätzliche Meldepflicht eine Erhöhung des Erwerbsspensums (und damit des Lohns) nicht sofort angibt um abzuwarten, ob sie diese gesundheitlich überhaupt verkraften kann. Wo die Grenzen zwischen einem Fall nach Absatz 1 und einem leichten Fall nach Absatz 2 verlaufen, wird durch die Gerichtspraxis zu entscheiden sein.

Verhältnis zum bestehenden Recht

Das *Bundessozialversicherungsrecht* enthält strafrechtliche Bestimmungen, die unter anderem denjenigen sanktionieren, der durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen Leistungen des entsprechenden Sozialversicherungszweigs erwirkt, die ihm nicht zukommen.¹⁹⁷ Artikel 148a E-StGB ist zwar ähnlich formuliert wie diese sozialversicherungsrechtlichen Straftatbestände. Doch enthalten letztere das Tatbestandsmerkmal des Irrtums im Gegensatz zu Artikel 148a E-StGB nicht. Sie können mit anderen Worten auch erfüllt sein, wenn der Täter gegenüber der Institution (z.B. Ausgleichskasse) unwahre Angaben macht, diese die Unwahrheiten aber erkennt, das heisst sich über die Anspruchsberechtigung nicht irrt und gleichwohl Leistungen erbringt.¹⁹⁸ Die sozialversicherungsrechtlichen Straftatbestände sind demzufolge offener formuliert und erfassen Handlungen, die nach dem neuen Tatbestand des StGB nicht strafbar sind. Aus diesem Grund werden an den bestehenden Regelungen keine Änderungen vorgenommen. Eine echte Konkurrenz dieser Straftatbestände mit Artikel 148a E-StGB ist ausgeschlossen, weil in den entsprechenden Erlassen die mit schwererer Strafe

¹⁹⁷ Vgl. Art. 87 Abs. 1 AHVG (SR **831.10**), Art. 76 Abs. 1 BVG (SR **831.40**), Art. 92 Bst. b KVG (SR **832.10**), Art. 31 Abs. 1 Bst. a ELG (SR **831.30**), Art. 105 Abs. 1 AVIG (SR **837.0**); Art. 23 FamZG (SR **836.2**) i.V.m. Art. 87 Abs. 1 AHVG, Art. 25 EOG (SR **834.1**) i.V.m. Art. 87 Abs. 1 AHVG, Art. 70 IVG (SR **831.20**) i.V.m. Art. 87 Abs. 1 AHVG.

¹⁹⁸ Homberger 1993, S. 59.

bedrohten Verbrechen und Vergehen des StGB vorbehalten sind.¹⁹⁹ Erfüllt ein Verhalten sowohl den sozialversicherungsrechtlichen Tatbestand als auch den Tatbestand von Artikel 148a E-StGB, so kommt aufgrund der strengeren Strafdrohung²⁰⁰ Letzterer zur Anwendung.

Artikel 14 VStrR stellt den Leistungs- und Abgabebetrag unter Strafe. Erfasst wird nach Absatz 1 unter anderem derjenige, der die Verwaltung, eine andere Behörde oder einen Dritten durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder in einem Irrtum arglistig bestärkt und so für sich oder einen anderen unrechtmässig eine Leistung des Gemeinwesens erschleicht. Dieser Tatbestand kommt zur Anwendung, wenn die Verfolgung und Beurteilung einer Widerhandlung einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen worden ist (vgl. Art. 1 VStrR). Im Bereich der Sozialversicherungen des Bundes ist die Strafverfolgung jedoch den Kantonen übertragen worden, weshalb die Anwendung des Leistungs- und Abgabebetrugs gemäss Artikel 14 Absatz 1 VStrR ausscheidet. Massgebend ist bei einer arglistigen Täuschung auch hier der Tatbestand des Betrugs nach Artikel 146 StGB.

Die Zuständigkeit im Bereich der Unterstützung Bedürftiger liegt nach der bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung bei den Kantonen. Diese umfasst gerade auch eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz. Insoweit sind die Kantone befugt, Widerhandlung gegen die *kantonalen Sozialhilfeerlasse* mit Sanktionen zu bedrohen (Art. 335 Abs. 2 StGB). So lautet etwa § 48a Absatz 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Zürich: «Wer für sich oder andere durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von veränderten Verhältnissen oder in anderer Weise Leistungen nach diesem Gesetz unrechtmässig erwirkt, wird mit Busse bestraft.»

Der neue Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV verlangt eine Ausschaffung auch dann, wenn eine ausländische Person unrechtmässig Leistungen der Sozialhilfe bezogen hat. Da die Landesverweisung als strafrechtliche Massnahme ausgestaltet ist, scheint mit Blick auf das Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) ein Straftatbestand im StGB sinnvoll. Die Voraussetzungen der Landesverweisung werden so einheitlich vom Bundesrecht geregelt. Ein Verweis auf die kantonalen Bestimmungen würde zu uneinheitlichen Voraussetzungen für ein und dieselbe strafrechtliche Massnahme führen. Dies gilt es zu vermeiden. Auch ist für die Landesverweisung eine gewisse Mindesttatschwere der Anlasstat zu garantieren. Aus dem Sinn der neuen Verfassungsbestimmungen wie auch aus der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht (Art. 123 Abs. 1 BV) fliesst damit die Kompetenz des Bundes, im StGB eine einheitliche Strafnorm zu schaffen, welche unter anderem den unrechtmässigen Bezug kantonalen Sozialhilfeleistungen unter Strafe stellt. Wo die Voraussetzungen des Betrugs erfüllt sind, findet bei einem unrechtmässigen Bezug von Sozialleistungen heute bereits ein Tatbestand des StGB Anwendung (Art. 146 StGB). Die kantonalen Strafbestimmungen des Sozialhilfrechts werden durch den neuen Artikel 148a E-StGB nicht automatisch derogiert. Wo diese – wie § 48a des Sozialhilfegesetzes des Kantons Zürich – keinen Irrtum voraussetzen und damit einen weiteren Anwendungsbereich als der neue Tatbestand haben, können sie

¹⁹⁹ Vgl. Art. 87 Abs. 8 AHVG, Art. 76 Abs. 8 BVG, Art. 31 Abs. 1 ELG, Art. 92 KVG, Art. 105 Abs. 5 AVIG; Art. 23 FamZG i.V.m. Art. 87 Abs. 8 AHVG, Art. 25 EOG i.V.m. Art. 87 Abs. 8 AHVG, Art. 70 IVG i.V.m. Art. 87 Abs. 8 AHVG.

²⁰⁰ Die sozialversicherungsrechtlichen Vergehenstatbestände unterliegen der Strafdrohung «Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen», während Art. 148a E-StGB mit «Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe» bedroht ist.

weiterhin in Kraft bleiben. Der Anwendungsbereich dürfte allerdings neben Art. 148a E-StGB sehr beschränkt sein. Es bleibt den Kantonen überlassen, ihre Regelung zu überprüfen und diese beizubehalten, eventuell zu ändern oder aufzuheben.

Neu bestehen also im Bereich des unrechtmässigen Bezugs von Sozialleistungen *drei Stufen* von Straftatbeständen: Leichteste Delikte werden nach den Strafbestimmungen des kantonalen Sozialhilferechts und des Bundessozialversicherungsrechts geahndet. Wo der Täter bei einem anderen einen Irrtum hervorruft oder diesen in einem solchen bestärkt, findet der schwerere Artikel 148a E-StGB Anwendung. Erfolgt die Täuschung schliesslich arglistig, ist der Betrugstatbestand nach Artikel 146 StGB massgebend.

2.1.7 Artikel 367 Absätze 2^{ter}, 2^{quater}, 2^{quinquies}, 2^{sexies} und 2^{septies}

Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, sollen gemäss Artikel 369 Absatz 5^{bis} E-StGB bis zum Tod der betroffenen Person im Strafregister gespeichert werden (vgl. unten, Ziff. 2.1.8). Nach Ablauf der Landesverweisung sind diese Daten jedoch nur noch für diejenigen Behörden relevant, die Strafverfahren durchführen und von einer einmal vollzogenen Landesverweisung Kenntnis haben müssen (qualifizierte Landesverweisung). Die Daten können ferner für die Strafvollzugsbehörden dienlich sein. Schliesslich muss auch das Bundesamt für Justiz, das das Strafregister führt, und die an dessen Führung beteiligten Koordinationsstellen der Kantone noch Zugriff auf diese Daten haben. Aus diesem Grund sieht Absatz 2^{ter} vor, dass die übrigen Behörden (d.h. die Behörden nach Abs. 2 Bst. c–l und die Behörden nach Abs. 2^{septies}) nach Ablauf der Landesverweisung nicht mehr Einsicht in das entsprechende Urteil nehmen können.

In bestimmten Fällen kann allerdings eine Landesverweisung ablaufen, bevor die nach Artikel 369 Absatz 1–5 StGB berechnete, für Urteile ohne Landesverweisung übliche Frist abläuft. Der zweite Satz von Absatz 2^{ter} stellt sicher, dass das Einsichtsrecht mindestens während der für Urteile ohne Landesverweisung üblichen Dauer wahrgenommen werden kann. Die Behörden nach Artikel 367 Absatz 2 Buchstaben c–l und Absatz 2^{septies} StGB sind somit in Bezug auf die Einsichtsrechte mindestens so gut gestellt wie gemäss geltendem Recht.

Der Inhalt der Absätze 2^{quater}–2^{sexies} StGB bleibt unverändert. Lediglich deren Nummerierung und die im Text zitierten Absätze werden aufgrund des Einschubs des neuen Absatzes 2^{ter} angepasst.²⁰¹

²⁰¹ Zur ursprünglichen Nummerierung (inkl. Wortlaut) der Absätze 2^{quater}–2^{sexies} vgl. AS 2010 6015, 6027 f. Anhang Ziff. II.

2.1.8

Artikel 369 Absatz 5^{bis}

Ein Urteil, in dem eine Landesverweisung verhängt wurde, wird im Strafregister eingetragen.

Artikel 369 StGB sieht vor, dass Urteile nach Ablauf einer gewissen Frist, die sich grundsätzlich nach der Art der Sanktion richtet (vgl. Abs. 1–5 und 6), aus dem Strafregister entfernt, d.h. physisch vernichtet werden.

Bei einem Urteil, das eine Landesverweisung enthält, sieht Absatz 5^{bis} hingegen vor, dass dieses erst mit dem Tod der betroffenen ausländischen Person aus dem Strafregister entfernt wird. Die Entfernungsfristen nach den Absätzen 1–5 und 6 gelten für ein solches Urteil somit nicht.

Der Grund für eine Aufbewahrung bis zum Tod der betroffenen Person liegt darin, dass in Artikel 66b E-StGB vorgesehen ist, dass eine ausländische Person im Wiederholungsfall zu einer qualifizierten Landesverweisung (20 Jahre) verurteilt werden kann. Dies setzt voraus, dass die Strafverfolgungs- und Strafjustizbehörden auch nach Ablauf der Landesverweisung über eine solche informiert sein müssen. Da eine Wiederholungstat grundsätzlich immer möglich ist, muss das Urteil mit der Landesverweisung bis zum Tod der betroffenen Person im Strafregister verzeichnet sein. Mit einer kürzeren Aufbewahrungsfrist könnten die Vorgaben der Verfassung in Bezug auf den Wiederholungsfall (Art. 121 Abs. 5 BV) nicht umgesetzt werden.

Heute gibt es noch keine Todesfallmeldungen an das Strafregister. Diese Regelung wird daher erst mit dem geplanten neuen Strafregistergesetz umgesetzt werden können. Der Bundesrat hat den entsprechenden Vorentwurf (VE-StReG) am 31. Oktober 2012 in die Vernehmlassung geschickt.²⁰² Artikel 66 Absatz 1 VE-StReG sieht vor, dass Todesfälle über das zentrale Migrationssystem (ZEMIS) dem Strafregister gemeldet werden. Wie in der Vernehmlassung eingewendet wurde, lässt sich der Tod von Personen, die aus der Schweiz ausgewiesen worden und nach Ablauf der Landesverweisung nicht wieder in die Schweiz zurückgekehrt sind, kaum feststellen. Daher soll in diesen Fällen 100 Jahre nach der Geburt der betroffenen Person eine automatische Entfernung des Eintrags erfolgen.

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit ist vorgesehen, dass nach Ablauf der Landesverweisung der Zugriff auf solche Daten auf gewisse Behörden beschränkt wird (vgl. oben, Ziff. 2.1.7).

Gegen eine Person mit Schweizer Bürgerrecht kann keine Landesverweisung verhängt werden. Daher ist ein Wiederholungsfall nach Artikel 66b E-StGB bei einer Person, die nach Ablauf der Landesverweisung das Schweizer Bürgerrecht erwirbt, nicht mehr möglich. Somit ist es in einem solchen Fall nicht notwendig, das Urteil mit der Landesverweisung bis zum Tod der betroffenen Person im Strafregister zu verzeichnen. Die eingebürgerte Person soll daher ein Gesuch um Entfernung des Urteils gemäss den normalen Fristen nach Artikel 369 Absätze 1–5 StGB stellen können. Das Gesuch um Entfernung des Urteils kann erst 8 Jahre nach der Einbürgerung gestellt werden, weil diese innerhalb dieser Frist widerrufen werden kann.²⁰³

²⁰² Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA (Strafregistergesetz; StReG), abrufbar unter: www.admin.ch > Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Verfahren > 2012 > Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement.

²⁰³ Art. 41 des Bürgerrechtsgesetzes vom 29. September 1952 (BüG, SR 141.0).

2.1.9

Artikel 371 Absätze 3, 4, 4^{bis} und 5

In Artikel 371 StGB wird geregelt, ab welchem Zeitpunkt das Strafurteil aus Resozialisierungsgründen²⁰⁴ nicht mehr im Strafregisterauszug (Privatauszug) erscheint, obwohl dieses noch im Strafregister gespeichert ist. Diese Fristen basieren auf den Entfernungsfristen von Artikel 369 StGB, sind jedoch verkürzt.

Da die lebenslange Aufbewahrungsdauer (Art. 369 Abs. 5^{bis} E-StGB) für das Nichterscheinen von Urteilen auf dem Privatauszug nicht massgebend sein kann, wurde in den Absätzen 3 und 4 der Verweis auf Artikel 369 dahingehend präzisiert, dass die für die Fristberechnung massgebenden Absätze nun explizit genannt werden. Materiell werden keine Änderungen vorgenommen.

Für ein Urteil, das eine Landesverweisung enthält, sieht der neue Absatz 4^{bis} eine Sonderregelung vor. Diese legt fest, dass ein Urteil so lange im Strafregisterauszug erscheint, als die ausländische Person mit einer Landesverweisung «belegt» ist. Mit einer Landesverweisung belegt ist eine Person ab der Rechtskraft des Urteils bis zum Ablauf der Dauer der Landesverweisung. Das Urteil erscheint somit grundsätzlich erst zu dem Zeitpunkt nicht mehr im Strafregisterauszug, zu dem die Landesverweisung abgelaufen²⁰⁵ ist. Endet die Landesverweisung noch vor Ablauf der normalen Fristen gemäss Artikel 371 Absätze 3 oder 4 StGB,²⁰⁶ so kommt die Sonderregel des Absatz 4^{bis} nicht zur Anwendung.

Wird ein ausländischer Täter beispielsweise zu einer bedingten Geldstrafe mit einer Probezeit von 2 Jahren und zu einer Landesverweisung von 5 Jahren verurteilt, so führt die noch andauernde Landesverweisung dazu, dass das Urteil nicht bereits nach Ablauf der Probezeit nicht mehr im Auszug erscheint (vgl. Art. 371 Abs. 3^{bis}), sondern erst nachdem die Landesverweisung verbüsst wurde.

Die Sonderregelung von Absatz 4^{bis} hat vor allem bei Urteilen, die neben einer bedingten Strafe oder einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe eine lange Landesverweisung enthalten, zur Folge, dass diese Urteile wegen der noch andauernden Landesverweisung länger als bisher im Privatauszug erscheinen. Allerdings erscheint es im Falle einer Landesverweisung kaum gerechtfertigt, dem Täter bereits nach Ablauf der normalen Fristen gemäss Artikel 371 Absätze 3–5 StGB einen «blanken» Strafregisterauszug auszustellen, obwohl dieser noch mit einer Landesverweisung belegt ist, das heisst sich gar nicht in der Schweiz aufhalten dürfte. In diesen Fällen dürften auch Drittpersonen (z.B. Vermieter, Arbeitgeber), die sich auf die Informationen des Privatauszuges stützen, ein Interesse daran haben, zu wissen, ob jemand mit einer (noch andauernden) Landesverweisung belegt ist. Dasselbe gilt für die Fälle, in denen sich die verurteilte Person noch in der Schweiz aufhält, weil die Landesverweisung nicht vollzogen werden kann (aus technischen Gründen oder aufgrund des Non-Refoulement-Gebots). Die Sicherheitsinteressen gehen in diesem Fall den Resozialisierungsinteressen der betroffenen Person vor.

²⁰⁴ Nach Ablauf dieser Fristen darf sich der Täter gegenüber Privatpersonen (z.B. Vermieter einer Wohnung) als «nicht vorbestraft» bezeichnen.

²⁰⁵ Die Dauer der Landesverweisung wird ab dem Zeitpunkt berechnet, ab dem der Täter die Schweiz verlassen hat (Art. 66c Abs. 2 E-StGB).

²⁰⁶ Art. 371 Absatz 3^{bis} StGB ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, weil die Landesverweisung, deren Dauer 5–15 Jahre beträgt, immer mindestens so lange dauert wie die maximale Dauer einer Probezeit von 5 Jahren bei einer bedingten oder teilbedingten Strafe.

Schliesslich wird vorgeschlagen, dass auch ein Urteil, das eine Landesverweisung enthält (Abs. 4^{bis}), von der Regel nach Absatz 5 erfasst wird, wonach die Fristen nach Absatz 4 sich um die Dauer einer Reststrafe verlängern.

2.2 Änderung des Militärstrafgesetzes

2.2.1 Artikel 49a (Landesverweisung)

Die Bestimmung geht davon aus, dass Ausländer nur als Zivilpersonen oder ausländische Militärpersonen im Rahmen von Artikel 3 Ziffern 2 und 7–9 MStG Straftaten begehen, die aufgrund von Artikel 121 Absatz 3–6 BV eine Landesverweisung nach sich ziehen.

Die Grundsätze für die Verhängung einer Landesverweisung entsprechen denjenigen in Artikel 66a E-StGB. Einzig der Deliktskatalog in Absatz 1 ist weniger umfangreich, weil er auf die Straftaten abstellt, die gestützt auf das MStG verfolgt werden.

Der Deliktskatalog nach Absatz 1 Buchstaben a und b enthält die Delikte des MStG, die eine Entsprechung in Artikel 66a E-StGB haben.

Der Deliktskatalog führt den Betrug im Bereich der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe im Sinne von Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe c E-StGB nicht auf. Es ist schwer vorstellbar, dass ausländische Zivil- oder Militärpersonen eine solche Straftat als Angestellte oder Beauftragte der Armee oder Militärverwaltung im Zusammenwirken mit der Truppe (Art. 3 Ziff. 8 MStG) begehen. Aus diesem Grund wird auch kein Spezialtatbestand im Sinne von Artikel 148a E-StGB vorgeschlagen.

Verstösse gegen das BetmG werden von den zivilen Gerichten beurteilt, weshalb auch die Widerhandlungen gegen Artikel 19 Absatz 2 BetmG, wie sie in Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe e E-StGB vorgesehen sind, nicht im Deliktskatalog des MStG erscheinen.

Die in Artikel 3 Ziffer 7 MStG aufgeführten Straftaten werden nicht in den Deliktskatalog aufgenommen, weil sie weder in Artikel 66a E-StGB eine Entsprechung haben noch in den Bereich der Ausländerkriminalität fallen, der mit den neuen Verfassungsbestimmungen erfasst werden soll.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Ausländerinnen und Ausländer, die gestützt auf das MStG verurteilt wurden, nach Artikel 68 AuG zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz ausgewiesen werden können (vgl. oben, Ziff. 1.1.3).

2.2.2 Artikel 49b (Wiederholungsfall)

Diese Bestimmung entspricht Artikel 66b E-StGB.

2.2.3 Artikel 49c (Vollzug)

Wie für den Vollzug der Strafen (Art. 34b Abs. 1 MStG) und der Massnahmen (Art. 47 Abs. 3 MStG) wird auch für den Vollzug der Landesverweisung auf die Bestimmungen des StGB verwiesen.

2.2.4 Artikel 60b Absatz 1

Artikel 60b Absatz 1 E-MStG wurde entsprechend Artikel 105 Absatz 1 E-StGB ergänzt (vgl. oben, Ziff. 2.1.5).

2.3 Änderungen bisherigen Rechts

2.3.1 Ausländergesetz

Art. 5

In Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d E-AuG wird neben den bisherigen ausländerrechtlichen Fernhaltmassnahmen neu auch die Landesverweisung nach StGB und MStG erwähnt, die einer Einreise in die Schweiz entgegenstehen kann.

Art. 59 Abs. 3

Artikel 28 FK sieht vor, dass anerkannte Flüchtlinge Anspruch auf die Ausstellung von Reisepapieren haben, sofern keine zwingende Gründe der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung entgegenstehen. Mit der rechtskräftigen Landesverweisung ist die Voraussetzung für eine Verweigerung eines Reisepapiers erfüllt.

Art. 61

Wird eine Landesverweisung rechtskräftig, erlischt die Aufenthaltsbewilligung der Ausländerin oder des Ausländers automatisch. Eine Verfügung muss nicht ausgestellt werden. Dies betrifft jegliche ausländerrechtliche Bewilligungen (Kurzaufenthaltsbewilligung, Aufenthaltsbewilligung, Niederlassungsbewilligung, Grenzgänerbewilligung).

Art. 62 und 63

Die Änderung von Artikel 62 Absatz 1 Buchstabe b AuG steht nicht in einem direkten Zusammenhang mit der Umsetzung der neuen Verfassungsnormen. Gemäss dieser Bestimmung kann eine Bewilligung oder eine andere Verfügung nur aufgrund einer längerfristigen Freiheitsstrafe oder einer Massnahme nach den Artikeln 64 StGB (Verwahrung) oder 61 StGB (Massnahme für junge Erwachsene) widerrufen werden. Es erscheint angezeigt, dass ein Widerruf auch aufgrund einer stationären Massnahme nach Artikel 59 StGB (Behandlung von psychischen Störungen) oder Artikel 60 StGB (Suchtbehandlung) möglich sein soll. Bereits in der Botschaft vom 8. März 2002²⁰⁷ zum AuG ging man davon aus, dass generell die Anordnung einer strafrechtlichen Massnahme ein Widerrufsgrund sein könne. Eine Begründung für die Einschränkung auf bestimmte Massnahmen wird nicht angeführt.

²⁰⁷ Botschaft vom 08.03.2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709, hier 3810.

Um den bei der altrechtlichen Landesverweisung (Art. 55 aStGB) kritisierten Dualismus²⁰⁸ zu vermeiden, soll eine Ausschlussklausel in die Artikel 62 Absatz 2 und 63 Absatz 3 AuG eingeführt werden. Diese verpflichtet die Ausländerbehörde, keine Bewilligungen zu löschen oder zu widerrufen allein gestützt auf ein Delikt nach Artikel 66a E-StGB, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat. Sobald jedoch über das Delikt hinausreichende Aspekte in die Beurteilung einfließen, die beispielsweise zum Zeitpunkt des Urteils nicht bekannt waren, erst später eintraten oder rein ausländerrechtliche Gründe betreffen, steht es den Ausländerbehörden selbstverständlich zu, die Bewilligung dieser Person gestützt auf ausländerrechtliche Überlegungen zu widerrufen. In der ausländerrechtlichen Gesamtbeurteilung des Einzelfalls sind unter diesen Umständen auch Straftaten zu berücksichtigen, bei denen bereits die Verhängung einer Landesverweisung geprüft, aber nicht angeordnet wurde.

Mit der gegenüber dem Vorentwurf geänderten Formulierung wird den Einwänden von einzelnen Teilnehmenden Rechnung getragen.²⁰⁹ So soll ein Widerruf auch in Fällen möglich sein, in denen eine Tat nach Artikel 66a E-StGB begangen wurde, der Täter jedoch aufgrund seiner Schuldunfähigkeit nicht bestraft worden ist (und allenfalls gegen ihn eine stationäre Massnahme angeordnet wurde). Wurde jemand gleichzeitig wegen mehrerer Taten zu einer Strafe verurteilt, wobei nur eine der Taten eine Tat nach Artikel 66a E-StGB darstellt, so kann ein Widerruf aufgrund der übrigen Taten erfolgen. Schliesslich kann ein Widerruf auch dann erfolgen, wenn das Gericht bei einer Straftat nach Artikel 66a E-StGB von einer Strafe (und daher auch von einer Landesverweisung) abgesehen hat.

Die Verwarnung ist unter den Voraussetzungen von Artikel 96 Absatz 2 AuG weiterhin möglich. Einzelne Teilnehmende verlangen, sie sei ausdrücklich auch für die Fälle zuzulassen, in denen ein Gericht von einer möglichen Landesverweisung abgesehen hat.²¹⁰ Dies erscheint nicht angezeigt. Das Gerichtsverfahren, in dem eine Strafe verhängt und eine Landesverweisung geprüft wurde, ist Verwarnung genug.

Art. 71 Abs. 1

Absatz 1 wird dahingehend ergänzt, dass der Bund die Kantone künftig auch beim Vollzug von Landesverweisungen unterstützt; so zum Beispiel bei der Organisation der Reise oder bei der Beschaffung von Reisepapieren (vgl. Art. 71 Abs. 1 Bst. a und b AuG). Damit wird den Einwänden diverser Teilnehmenden Rechnung getragen.²¹¹

Art. 75, 76 und 78

Neben den Entfernungsmassnahmen, welche die Kantone vorsehen können, wird zusätzlich eine gesetzliche Grundlage im Ausländergesetz geschaffen. Das Bundesgericht hat sich bereits zur altrechtlichen Landesverweisung (Art. 55 aStGB) über die Administrativhaft geäussert: «Das Gesetz nennt die Landesverweisung nicht ausdrücklich als zulässige Entfernungsmassnahme, die einer Ausschaffungshaft

²⁰⁸ Siehe Keller 2003, Art. 55 StGB N. 62.

²⁰⁹ Vernehmlassungsbericht, S. 30 f.

²¹⁰ Vernehmlassungsbericht, S. 31.

²¹¹ Vernehmlassungsbericht, S. 13.

zugrunde liegen könnte.»²¹² Das Bundesgericht hat jedoch schon vor einiger Zeit – in Übereinstimmung mit dem Schrifttum – entschieden, dass grundsätzlich auch eine strafrechtliche Landesverweisung die Grundlage für eine Ausschaffungshaft bilden könne.²¹³

Es wird den Kantonen überlassen, ob sie Entfernungsmassnahmen gemäss StPO oder gemäss AuG anordnen wollen.

Art. 83 Abs. 7 Bst. a und Abs. 9

Buchstabe a wird ergänzt, sodass auch die Anordnung einer Massnahme nach Artikel 59 und Artikel 60 StGB dazu führt, dass eine vorläufige Aufnahme nicht verfügt wird (vgl. dazu oben, Art. 62 und 63 AuG).

Der neue Absatz 9 bestimmt, dass im Falle einer rechtskräftig angeordneten Landesverweisung eine vorläufige Aufnahme nicht verfügt werden darf (vgl. Art. 83 Abs. 2–4) beziehungsweise eine solche erlischt. Dessen ungeachtet kann bei Vorliegen ganz besonderer Umstände auf Grund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in seltenen Ausnahmefällen ein Anspruch auf Gewährung eines Aufenthaltstitels entstehen.²¹⁴

Art. 86 Abs. 1

Gemäss Artikel 23 FK haben Flüchtlinge Anspruch auf die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie die Einheimischen (Inländergleichbehandlung). Dies gilt auch für Flüchtlinge mit einer rechtskräftigen Landesverweisung.

2.3.2 Asylgesetz

Art. 37 und 109

Anerkannte Flüchtlinge sind durch das Non-Refoulement-Gebot weitreichender geschützt als Personen, die nicht als Flüchtlinge im Sinne von Artikel 3 AsylG gelten (vgl. oben, Ziff. 2.1.4). Vor diesem Hintergrund muss die Vollzugsbehörde, um zwingendes Völkerrecht einzuhalten, die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft durch das BFM oder das Bundesverwaltungsgericht abwarten, wenn die von einer Landesverweisung betroffene Person ein Asylgesuch eingereicht hat. Das BFM oder das Bundesverwaltungsgericht sind daher verpflichtet, prioritär über die Flüchtlingseigenschaft der betroffenen Person zu entscheiden, wenn eine Landesverweisung rechtskräftig ist.

In der Vernehmlassung wird von einem Teilnehmenden geltend gemacht, dass bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Strafverfahrens über das Asylgesuch entschieden sein sollte, weil sonst vor dem Vollzug der Landesverweisung noch das Asylverfahren abgeschlossen werden müsste. Das BFM (resp. das Bundesverwaltungsgericht) sollte daher ein Asylgesuch bereits dann beförderlich behandeln, wenn die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift eine Straftat nach Artikel 66a E-StGB

²¹² BGE 128 II 103, 105, E. 1.3

²¹³ Urteil des Bundesgerichts 2A.405/1996 vom 29.08.1996, bestätigt mit den Urteilen 2A.1/1998 vom 23.01.1998 und 2A.13/1999 vom 28.01.1999.

²¹⁴ BGE 138 I 246 ff.

mit einem Strafmass von mehr als sechs Monaten beantragt hat.²¹⁵ Diese Forderung mag zwar sinnvoll erscheinen. Sie ist jedoch mit der Unschuldsvermutung kaum vereinbar. Sie verstärkt zudem die in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken, wonach bereits die vorgeschlagene besondere Beförderlichkeit eine umfassende Prüfung und ein faires Verfahren gefährden könnte.²¹⁶

Art. 53 und 64

Eine ausländische Person, die von einer Landesverweisung betroffen ist, hat, unabhängig von ihrer Flüchtlingseigenschaft, keinen Anspruch auf Asyl oder verliert ihr Anrecht auf Asyl.

Art. 59

Mit dieser Formulierung wird klargestellt, dass die Flüchtlingskonvention auch für Personen gilt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen (Art. 3 AsylG) und zu einer Landesverweisung verurteilt wurden. Diese Personen sollen in der Regel nicht vorläufig aufgenommen werden können (vgl. Art. 83 Abs. 9 E-AuG). Die Formulierung im geltenden Recht ist daher zu eng, da sie sich nur auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge bezieht.

Art. 73 und 79

Ausländischen Personen, die zwar keine Flüchtlinge im Sinne der FK oder des AsylG sind, die aber als Schutzbedürftige oder sogenannte Gewaltflüchtlinge den Folgen von Krieg, Bürgerkrieg, Situationen allgemeiner Gewalt oder systematischen und schweren Menschenrechtsverletzungen in ihren Heimatländern entfliehen wollen, kann aus humanitären Gründen vorübergehender Schutz gewährt werden (vgl. Art. 66 ff. AsylG).²¹⁷

2.3.3 Asylgesetz in der Fassung vom 14. Dezember 2012²¹⁸

Art. 88 Abs. 3

Artikel 83 AsylG wurde in der Asylgesetzrevision, die am 14. Dezember 2012 vom Parlament verabschiedet worden ist, geändert. Das Datum der Inkraftsetzung ist zurzeit noch offen. Die Bestimmung sieht im Zusammenhang mit den anfallenden Kosten im Asylbereich vor, dass sich der Bund an diesen im Rahmen von Pauschalen beteiligt, die an die Kantone ausgerichtet werden. Dies betrifft vorab die anfallenden Kosten im Sozialhilfereich. Diese Pauschalen sollen auch künftig für anerkannte Flüchtlinge mit einer Landesverweisung ausgerichtet werden, wenn diese nicht vollzogen werden kann.

²¹⁵ Vernehmlassungsbericht, S. 31.

²¹⁶ Vernehmlassungsbericht, S. 31.

²¹⁷ Vgl. Botschaft vom 04.12.1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBl 1996 II 1, hier 11 f.

²¹⁸ BBl 2012 9685

2.3.4 **Strafbehördenorganisationsgesetz vom 19. März 2010²¹⁹ (StBOG)**

Art. 74 Abs. 1 Bst. g^{bis}

In Absatz 1 Buchstabe g^{bis} wird die Landesverweisung in die Liste der Sanktionen aufgenommen, die von Strafbehörden des Bundes verhängt werden können und von den Kantonen zu vollziehen sind. Bereits nach Artikel 372 Absatz 1 Satz 2 StGB sind die Kantone verpflichtet, die Urteile der Bundestrafbehörden gegen Ersatz der Kosten zu vollziehen.

2.3.5 **Strafprozessordnung**

Art. 130 Bst. b

Einige Teilnehmende regten an, in Anbetracht ihres einschneidenden Charakters auch die drohende Landesverweisung als ein Fall notwendiger Verteidigung in der StPO vorzusehen.²²⁰

Die notwendige Verteidigung wird mit der Fürsorgepflicht des Staates begründet; sie dient zudem der Wahrheitsfindung und der Waffengleichheit. Die Fürsorgepflicht des Staates besteht in besonderem Masse gegenüber jenen Personen, die er in die Pflicht nimmt, was angesichts der möglichen Folgen besonders auf Beschuldigte im Strafverfahren zutrifft.²²¹

Die Landesverweisung ist von der Intensität durchaus vergleichbar mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr beziehungsweise einer freiheitsentziehenden Massnahme (vgl. Art. 130 Bst. b StPO). Im Hinblick auf die gravierenden Folgen, die ein Strafverfahren mit möglicher Landesverweisung auf eine betroffene ausländische Person haben kann (Eingriff in international geschützte Menschenrechtsgarantien wie z.B. das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK), erscheint es unter dem Aspekt der Fürsorgepflicht des Staates angezeigt, die Landesverweisung als Anwendungsfall einer notwendigen Verteidigung in die StPO aufzunehmen.

Zwar ist die notwendige Verteidigung bei gewissen ausländischen Personengruppen unter Umständen nicht angezeigt, weil die Landesverweisung als solche nicht als sehr gravierend angesehen werden kann (z.B. bei Personen, die über keinerlei Bezug zur Schweiz verfügen, Kriminaltouristen oder Wirtschaftsflüchtlinge ohne Chancen auf Asyl). Eine Einschränkung der notwendigen Verteidigung ist jedoch kaum möglich. Zwar wäre eine Einschränkung auf Personen, die über eine ausländerrechtliche Bewilligung verfügen (Aufenthaltsbewilligung, Niederlassungsbewilligung, Kurzaufenthaltsbewilligung, Grenzgängerbewilligung), denkbar. Damit würden jedoch Personen ausgeschlossen, die vorläufig aufgenommen wurden oder die um Asyl nachsuchen. Gerade das Beispiel des Asylsuchenden zeigt, dass es in jeder Gruppe Personen gibt, die durch die Landesverweisung schwer betroffen wären (Asylsuchender, der in seiner Heimat politisch verfolgt wird), und andere, die von

²¹⁹ SR 173.71

²²⁰ Vernehmlassungsbericht, S. 29.

²²¹ Vgl. Keller 2011, Art. 130 StPO N. 1 ff.

der Landesverweisung weniger stark betroffen wären (Wirtschaftsflüchtlinge ohne Aussicht auf Asyl).

Art. 220 Abs. 1 und 2

Die redaktionelle Änderung in Absatz 1 betrifft nur die französische Fassung der Bestimmung.

Die geltenden Bestimmungen zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung sind grundsätzlich genügend, sofern die ausländerrechtlichen Massnahmen auch für den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung herangezogen werden. Im AuG wird daher eine entsprechende Klarstellung vorgenommen (vgl. oben, Ziff. 2.3.1).

Die Landesverweisung stellt indessen eine strafrechtliche Massnahme dar. Sie ist daher im Prinzip mit den Mitteln, die für den Vollzug von strafrechtlichen Sanktionen vorgesehen sind, zu vollziehen. Artikel 220 Absatz 2 StPO wird daher so präzisiert, dass die Sicherheitshaft ausdrücklich auch zur Sicherstellung der Landesverweisung angeordnet werden kann.

Es wird den Kantonen überlassen, ob sie den Vollzug der Landesverweisung formell mit der Sicherheitshaft nach der StPO oder mit der Ausschaffungshaft nach dem AuG sicherstellen wollen.

Art. 352 Abs. 2

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, soll das Strafgericht im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafbefehlsverfahren ist in diesen Fällen ausgeschlossen (vgl. oben, Ziff. 1.2.11). Mit der Präzisierung in Artikel 352 Absatz 2 wird diesem Grundsatz Rechnung getragen.

2.3.6 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht

Art. 21. Abs. 1

Artikel 21 Absatz 1 VStrR wird ergänzt, sodass auch eine drohende Landesverweisung dazu führt, dass das Gericht für die Beurteilung zuständig ist.

Der Grund, warum die Landesverweisung der sachlichen Kompetenz der beteiligten Verwaltungsbehörde entzogen wird, liegt zum einen darin, dass es sich bei der Landesverweisung – wie bei einer Freiheitsstrafe und einer freiheitsentziehenden Massnahme – um eine einschneidende Sanktion handelt, die nur durch ein unabhängiges Strafgericht ausgefällt werden können soll. Zum anderen soll damit auch eine gewisse Parallele zum strafprozessrechtlichen Verfahren gezogen werden. So kann die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren²²² ebenfalls nicht über eine Landesverweisung entscheiden, sondern nur das Strafgericht (vgl. Ziff. 1.2.11).

²²² Dieses kommt zur Anwendung, wenn der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach und klar ist. Ausserdem darf nur eine relativ geringe Sanktion in Betracht kommen.

Art. 73 Abs. 1

Artikel 73 Absatz 1 (erster Satz) E-VStrR sieht aufgrund des oben Gesagten neu vor, dass die Akten auch bei einer drohenden Landesverweisung von der beteiligten Verwaltung an die kantonale Staatsanwaltschaft zuhänden des zuständigen Strafgerichts weitergeleitet werden müssen.

2.3.7 Militärstrafprozess

Art. 56 Bst. a

Analog zur Anpassung in Artikel 220 Absatz 2 StPO soll mit der Ergänzung in Artikel 56 Buchstabe a MStP erreicht werden, dass die Sicherheitshaft auch mit Blick auf den Vollzug einer Landesverweisung angeordnet werden kann.

Die Änderung ist indessen allgemeiner formuliert und umfasst – in Analogie zu Artikel 221 Absatz 1 Buchstabe a StPO – alle Sanktionen.

Art. 119 Abs. 2 Bst. e

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, so soll der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafmandatsverfahren ist in diesen Fällen ausgeschlossen (vgl. oben, Ziff. 1.2.11). Mit der Präzisierung in Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe e wird diesem Grundsatz Rechnung getragen.

Im Gegensatz zur StPO (vgl. oben, Ziff. 2.3.5) muss im MStP die notwendige Verteidigung mit Blick auf eine drohende Landesverweisung nicht explizit vorgesehen werden, weil nach Artikel 127 Absatz 1 MStP der Angeklagte im Hauptverfahren immer einen Verteidiger haben muss.

2.3.8 Bundesgesetz vom 13. Juni 2008²²³ über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI)

Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe d BPI wird mit der Landesverweisung nach Artikel 66a E-StGB und Artikel 49a E-MStG ergänzt. Damit dient das automatisierte Polizeifahndungssystem den zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone auch bei der Durchführung von Fernhalte- und Zwangsmassnahmen gegenüber Ausländerinnen und Ausländern im Zusammenhang mit der Landesverweisung.

2.3.9 DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003²²⁴

Die neue Landesverweisung wird in der Regel aufgrund von schweren Verbrechen verhängt. Sie ist in ihren Auswirkungen vergleichbar mit einer freiheitsentziehenden Strafe oder Massnahme. Zur Feststellung der Identität im Zusammenhang mit einem Rückfall ist zudem eine lange Aufbewahrungsfrist gerechtfertigt. DNA-Profile, die

²²³ SR 361

²²⁴ SR 363

im Zusammenhang mit einer Verurteilung zu einer Landesverweisung erstellt wurden, sollen daher nach einer Frist von 20 Jahren gemäss Artikel 16 Absatz 4 E-DNA-Profil-Gesetz gelöscht werden.

3 Auswirkungen

3.1 Annahmen über die künftige Zahl der Landesverweisungen

Im Jahr 2010 wurde vom Schweizerischen Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien (SFM) und dem Zentrum für Migrationsrecht (ZFM) der Universität Neuenburg eine Umfrage durchgeführt, die Schlüsse auf die kantonale Praxis bei der Wegweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer erlauben sollte. 20 Kantone waren zur Mitarbeit bereit. Für das Jahr 2008 ergab sich für die entsprechenden Kantone ein Zwischentotal von 480 ausgewiesenen Straffälligen, für das Jahr 2009 eine Zwischensumme von 615 Straftätern, die nach einer strafrechtlichen Verurteilung des Landes verwiesen wurden. Gemäss Bericht der SFM und des ZFM könne man nach Hochrechnungen auf alle 26 Kantone davon ausgehen, dass 2008 mindestens 615, im Jahr 2009 mindestens 750 Verurteilte mit Aufenthaltsrecht ausgewiesen wurden.²²⁵

Zur Ermittlung der Zahl der ausländischen Personen, die aufgrund der vorgesehenen Regelung des Landes verwiesen werden müssten, kann als Richtwert von Variante 2 des Berichts der Arbeitsgruppe²²⁶ ausgegangen werden. Der Deliktskatalog dieser Variante entspricht ungefähr dem Deliktskatalog des Entwurfs.²²⁷

Gemäss den Zahlen des BFS hätte im Jahr 2009 gegen rund 2670 Ausländerinnen und Ausländer in der Regel eine Landesverweisung (Art. 66a Abs. 3 E-StGB)²²⁸ ausgesprochen werden müssen:

- Bei rund 23 % handelte es sich um EU-Bürger, auf welche grundsätzlich das FZA anwendbar ist.

²²⁵ Siehe zum Ganzen: Aktuelle Praxis der Wegweisungen, Kurzbericht, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM, Bern, 19. Oktober 2010, S. 1, 2, 3, 7.

²²⁶ Der Bericht nimmt seinerseits Bezug auf Untersuchungen des BFS, die bereits im Vorfeld zur Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative angestellt wurden. Siehe dazu Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 7.10, S. 103 ff.

²²⁷ Neben den in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Delikte sind zusätzlich schwere Verbrechen enthalten, also diejenigen Delikte gegen Leib und Leben, Freiheit und Vermögen, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren bedroht sind, sowie Sexualdelikte und gemeingefährliche Verbrechen mit ebenfalls dieser Strafdrohung. Somit entspricht dieser Katalog in etwa der von der Mehrheit der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Variante 2, welche nebst den in Verfassungsartikel festgehaltenen Delikten alle Verbrechen umfasst, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren oder mehr bedroht ist. Der Entwurf enthält allerdings zusätzlich Straftaten im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben, die in der Variante 2 der Arbeitsgruppe nicht enthalten sind (vgl. oben, Ziff. 1.2.5).

²²⁸ In den nachfolgenden Zahlen nicht enthalten sind diejenigen Landesverweisungen, die ausnahmsweise gestützt auf Art. 66a Abs. 2 E-StGB ausgesprochen werden können (Strafe unter 6 Monaten Freiheitsstrafe resp. 180 Tagessätze Geldstrafe).

- Circa 970 der betroffenen Ausländerinnen und Ausländer hatten eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung und somit ein gefestigtes Aufenthaltsrecht.
- Rund 40 ausländische Personen verfügten über eine temporäre Bewilligung (Grenzgänger, Kurzaufenthalter).
- Etwa 250 ausländische Personen stammten aus dem Asylbereich. Bei diesen hätte vorfrageweise das Asylgesuch oder die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft werden müssen.²²⁹
- Ungefähr 1070 ausländische Personen verfügten über keine Aufenthaltsbewilligung. Bei etwa 345 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben. Zumindest bei denjenigen Personen, die über keine Bewilligung verfügten, kann davon ausgegangen werden, dass diese die Schweiz aufgrund mangelnden Aufenthaltsrechts und unabhängig von einer Straftat hätten verlassen müssen. Die neuen Verfassungsbestimmungen haben auf diese Personen jedoch insofern eine Auswirkung, als sie im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung fortan mit einer Landesverweisung von mindestens 5 Jahren zu belegen sind, während nach geltendem Recht die Dauer des Einreiseverbots in der Regel maximal 5 Jahre betrug.

Zu bemerken ist, dass bei den oben erwähnten Zahlen Folgendes nicht berücksichtigt wurde: Der Richter ist gehalten, die Vorgaben der EMRK, des UNO-Pakt II und der KRK bei der Anordnung der Landesverweisung zu beachten (Art. 66a Abs. 3 E-StGB). Dies dürfte zu einer gewissen Abnahme der Anzahl auszuweisender Personen führen. Dem steht hingegen eine gewisse Zunahme der Anzahl auszuweisender Personen gegenüber: Einerseits enthält die Statistik des BFS keine Verurteilungen wegen Straftaten aus dem Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben (vgl. Art. 66a Abs. 1 Bst. d E-StGB), andererseits können auch Fälle, in denen die Mindeststrafe nicht erreicht wurde, ausnahmsweise zu einer Landesverweisung führen, wenn das öffentliche Interesse überwiegt (Art. 66a Abs. 2 E-StGB).²³⁰

3.2 Auswirkungen auf den Bund

Die Gesamtkosten im Zusammenhang mit der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen sind nur schwer abzuschätzen.

Im Migrationsbereich sind die Kompetenzen und finanziellen Verpflichtungen zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt.

Das geltende Recht sieht im Zusammenhang mit den anfallenden *Kosten im Asylbereich* vor, dass sich der Bund an diesen im Rahmen von Pauschalen beteiligt, welche an die Kantone ausgerichtet werden. Dies betrifft vorab die anfallenden Kosten im Sozialhilfebereich. Diese Pauschalen sollen auch künftig für Personen aus dem Asylbereich mit einer Landesverweisung ausgerichtet werden, wenn diese nicht vollzogen werden kann (Non-Refoulement-Gebot oder technische Unmöglichkeit des Vollzugs). Eine Kostenverlagerung auf die Kantone findet damit nicht statt, da

²²⁹ Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 7.10.3.2, S. 105 f.

²³⁰ Es dürfte sich hier aber in der Regel um Kriminaltouristen handeln, die aufgrund ihres fehlenden Aufenthaltsrechts (unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung) die Schweiz verlassen müssen.

sie auch nach geltendem Recht für diese Personen die entsprechenden Pauschalen erhalten würden. Das Gleiche gilt für die Vollzugsunterstützung durch den Bund (insbesondere bei der Papierbeschaffung und bei der Organisation der Ausreise). Für Personen aus dem Asylbereich werden bereits heute die Ausreisekosten durch den Bund übernommen. Im Bereich des Vollzugs sind dem Bund im Jahr 2012 für die Personen in dessen Zuständigkeit (Asylbereich) Kosten in der Höhe von rund 34 Millionen Franken angefallen.

Auch wenn kaum abschätzbar ist, wie viele der Personen aus dem Asylbereich künftig tatsächlich von einer Landesverweisung betroffen sein werden, ist doch davon auszugehen, dass die neue Landesverweisung nur geringfügige Auswirkungen auf die bestehende Situation im Asylbereich haben wird. Dies weil der grosse Teil der Personen, die heute ein Asylgesuch stellen, die Voraussetzungen für die Flüchtlingseigenschaft und die Gewährung von Asyl nicht erfüllt und schon heute die Schweiz wieder verlassen muss (mit allen für den Bund damit entstehenden Kosten). Zudem erfüllen Personen, die in der Schweiz straffällig werden, in aller Regel die Flüchtlingseigenschaft nicht und müssen bereits heute die Schweiz wieder verlassen.

Bei der Prüfung der Landesverweisung entsteht in erster Linie bei den zuständigen kantonalen Strafgerichten ein grösserer Aufwand. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob im Einzelfall die weiteren Voraussetzungen für eine Landesverweisung erfüllt sind (keine schwerwiegende Verletzung persönlicher Rechte aus internationalen Menschenrechtsgarantien). Aufgrund der voraussichtlich vermehrten Wegweisungen durch die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen ist zudem mit einem Mehraufwand für die zuständigen kantonalen Vollzugsorgane im Ausländerbereich zu rechnen, d.h. bei Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen (vgl. dazu unten, Ziff. 3.3).

Das Bundesamt für Migration wird daher im Rahmen der Amtshilfe voraussichtlich vermehrt dazu Stellung nehmen müssen, ob im Einzelfall bei einer Landesverweisung allfällige Wegweisungshindernisse bestehen (Non-Refoulement-Gebot). Demgegenüber ergeben sich gewisse Verfahrensvereinfachungen aus der vorgeschlagenen Regelung, wonach bei einer Landesverweisung kein Asyl gewährt wird oder eine bestehende Asylgewährung erlischt; dies gilt auch in bezug auf die vorläufige Aufnahme, die für Personen mit einer Landesverweisung nicht mehr erfolgt.

Insgesamt ist davon auszugehen, dass dem Bund infolge Einführung der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen nur geringfügige Mehrkosten entstehen werden. Die hier anfallenden Mehraufgaben beim BFM (Amtsberichte zuhanden der kantonalen Vollzugsbehörden) sollten mit dem bestehenden Stellenetat des BFM zu bewältigen sein. Würde sich aber im Rahmen der Umsetzung ein signifikanter Mehraufwand ergeben, müssten nachträglich zusätzliche Stellen beantragt werden.

3.3 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Die neue Landesverweisung wird von den Kantonen vollzogen werden müssen. Der Entwurf überlässt es den Kantonen, ob sie die Strafvollzugsbehörden, die Ausländerbehörden oder beide damit betrauen wollen. Die Kosten werden ebenfalls durch die Kantone getragen (Art. 380 Abs. 1 StGB).

In der Vernehmlassung wiesen zahlreiche Teilnehmende berechtigterweise auf die Mehrkosten hin, welche die Umsetzung der Landesverweisung für die Kantone (Gemeinden) nach sich ziehen wird.²³¹ Vom Bund wird deshalb gefordert, dass er sich generell an den Kosten des Vollzugs der Landesverweisung beteiligt.

Wie bereits erwähnt, lassen sich die künftigen Kosten nur schwer abschätzen. Es kann aufgrund der Zahlen aus dem Jahre 2009 (vgl. oben, Ziff. 3.1) einzig grob geschätzt werden, dass die Anzahl der *ausländischen Person mit Aufenthaltsrecht*, die wegen einer Straftat ausgewiesen werden müssen, auf die gesamte Schweiz gerechnet, um rund *einen Drittel zunehmen* dürfte.²³²

Allerdings wird der Bund die Kantone – wie in der Vernehmlassung gefordert wurde – auch beim Vollzug der (strafrechtlichen) Landesverweisung unterstützen. So leistet der Bund *Amtshilfe*, indem die Kantone im Falle von geltend gemachten Wegweisungshindernissen (z.B. Non-Refoulement) beim BFM eine Stellungnahme zur Durchführbarkeit des Vollzuges anfordern können (Art. 97 AuG). Sodann unterstützt der Bund die Kantone nicht nur beim Vollzug der Weg- oder Ausweisung, sondern künftig auch beim *Vollzug* der Landesverweisung (vgl. Art. 71 Abs. 1 E-AuG), indem er beispielsweise bei der Beschaffung von Reisepapieren mitwirkt oder die Reise organisiert (vgl. oben, Ziff. 2.3.1). Schliesslich übernimmt er gestützt auf Artikel 92 Absatz 2 AsylG unter anderem die *Kosten* für die *Ausreise* von Asylsuchenden oder von Personen, deren Asylgesuch abgelehnt wurde, sofern diese mittellos sind.

Zudem ist zu erwähnen, dass die Rückführung der Personen aus dem ausländerrechtlichen Bereich (AuG) in der Regel weniger kostenintensiv ist als jene von Personen aus dem Asylbereich (AsylG). Dies liegt daran, dass bei den Personen aus dem ausländerrechtlichen Bereich die Identität meist bekannt ist und dadurch die Kosten für die Papierbeschaffung, die Anerkennung durch die Botschaft und in der Regel auch die Kosten für die Ausschaffungshaft entfallen. Zudem reisen diese Personen oftmals selbständig aus, d.h. müssen nicht zwangsweise zurückgeführt werden.

Schliesslich kann eine finanzielle Mehrbelastung für die Kantone aufgrund des Nothilfe- oder Sozialhilfesystems entstehen. Mit Rechtskraft einer Landesverweisung verliert die ausländische Person jegliche Rechtsansprüche auf Aufenthalt; doch kann beispielsweise während Abklärungen bzgl. der Vollziehbarkeit der Landesverweisung oder in Fällen, in denen die Landesverweisung nicht vollziehbar ist (z.B. wegen des Non-Refoulement-Gebots) der Aufenthalt in der Schweiz für eine Weile fort dauern. Ohne Rechtsanspruch auf Aufenthalt haben die Betroffenen auch keine Arbeitsbewilligung, weshalb sie in der Regel nicht mehr selbst für ihren Unterhalt aufkommen können. Dadurch können bei den Kantonen mindestens im Rahmen des Rechts auf Hilfe in Notlagen gemäss Artikel 12 BV Mehrkosten entstehen. Hat die

²³¹ Vernehmlassungsbericht, S. 13 f.

²³² Dies ergibt sich aus der Studie des SFM und des ZFM, wonach im Jahre 2009 rund 750 Personen mit Aufenthaltsrecht die Schweiz verlassen mussten. Laut der Statistik des BFS wären im gleichen Jahr rund 1 000 ausländische Personen mit einem Niederlassungs- oder (temporären) Aufenthaltsrecht von einer Landesverweisung betroffen gewesen. Diejenigen Personen, deren Asylverfahren hängig ist oder die vorläufig aufgenommen wurden, sind in dieser Anzahl nicht berücksichtigt. Ebenfalls nicht berücksichtigt sind diejenigen Fälle, bei denen die Ausländerbehörde ebenfalls aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung (und weiteren Gründen) eine Bewilligung widerrufen kann (vgl. oben, Ziff. 1.2.19 und 2.3.1).

betroffene ausländische Person allerdings ein Asylgesuch gestellt, so richtet der Bund eine Nothilfepauschale an den Vollzugskanton aus.

3.4 Auswirkungen auf die Abkommen mit der EU und dem EFTA-Übereinkommen

Im Vordergrund steht die Frage, welche Folgen der Entwurf mit Blick auf das FZA und auf die sechs weiteren bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU haben könnte.

3.4.1 Beachtung der Vorgaben des FZA und des EFTA-Übereinkommens

Die FZA-konforme Umsetzung der Ausschaffungsinitiative verlangt, dass ohne gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung keine Landesverweisung ausgesprochen oder kein Einreiseverbot verhängt wird. Eine FZA-konforme Regelung verpflichtet zudem jede Behörde, welche eine die Freizügigkeit einschränkende Massnahme ausspricht, diese Kriterien im Einzelfall zu prüfen. Dies trifft bereits auf die erkennende Behörde im Entscheidungs- oder Anordnungsverfahren zu, sei es ein Strafgericht oder die Ausländerbehörde.

Der Entwurf reduziert das Risiko, dass es tatsächlich zu gegen das Abkommen verstossenden Fernhaltungsmassnahmen kommt, aus nachfolgenden Gründen deutlich: Die weitestgehende Beschränkung des Deliktskatalogs auf schwere Verbrechen soll sicherstellen, dass eine hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt. Zudem sollte in Bagatellfällen – wo kaum eine solche Gefährdung vorliegen dürfte – in der Regel keine Landesverweisung ausgesprochen werden. Bei Strafen bis zu höchstens sechs Monaten kann eine Landesverweisung nur angeordnet werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Art. 66a Abs. 2 E-StGB). Mit dieser Regelung und der Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsgarantien in denjenigen Fällen, wo eine Strafe über sechs Monaten ausgesprochen wurde, wird schliesslich auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip (i. e. S.) Rechnung getragen.

Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regelung wird so weit als möglich sichergestellt, dass nur Fälle für die Ausweisung erfasst werden, bei denen in der Regel eine genügend schwere Verletzung der öffentlichen Ordnung vorliegt. Damit werden im Ergebnis Konflikte mit dem FZA auf ein Minimum reduziert, und dies unter Beachtung des Volkswillens. Eine Reibungsfläche mit den Vorgaben des FZA besteht allerdings im Zusammenhang mit den Straftaten im Bereich der Abgaben an den Staat (Art. 66a Abs. 1 Bst. d E-StGB, vgl. oben, Ziff. 1.2.5 und 2.1.1). Da es sich hier aufgrund der Strafandrohungen um eher weniger schwere Vergehen handelt, ist eine Fernhaltungsmassnahme in diesem Bereich kaum mit den Vorgaben des FZA zu vereinbaren.

Da das EFTA-Übereinkommen weitgehend analoge Regelungen wie das FZA enthält, gelten die vorstehenden Überlegungen auch im Verhältnis zu den übrigen EFTA-Staaten.

3.4.2 Folgen für das FZA

Bei Anwendung der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zu Vertragsverletzungen seitens der Schweiz kommen wird. Dies dürfte dann durch die EU festgestellt und gerügt werden. Doch auch die EU hat ein grosses Interesse an der Aufrechterhaltung des FZA. Zudem versucht der Entwurf, die Fälle, in denen es tatsächlich zu Konflikten mit den Vorgaben des FZA kommen könnte, so weit als möglich zu reduzieren. Konkrete rechtliche oder politische Konsequenzen sind schwer abschätzbar.²³³ Die EU und verschiedene Mitgliedstaaten haben bereits die Annahme der Ausschaffungsinitiative aufmerksam verfolgt.

Eine Möglichkeit der Konfliktlösung wären Neuverhandlungen zwischen der Schweiz und der EU bezüglich des umstrittenen Punktes (Ausweisungsautomatismus) und die Vereinbarung einer Ausnahme zum FZA mit Blick auf Artikel 121 Absätze 3–6 BV. Die Praxis des EuGH betreffend einige EU-Mitgliedstaaten weist aber darauf hin, dass die EU nicht auf eine Sonderlösung mit der Schweiz eingehen würde. Deutschland, Spanien und die Niederlande sind alle aufgrund nationaler Regelungen²³⁴ vom EuGH für Verstösse gegen das einschlägige EU-Recht verurteilt worden. Im Falle der Niederlande z.B. hat es sich um eine ausländerrechtliche Regelung gehandelt, die ebenfalls einen automatischen Zusammenhang zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung, ohne zwingende Berücksichtigung familiärer und persönlicher Umstände, ermöglicht hätte.²³⁵

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

In der Botschaft vom 25. Januar 2012²³⁶ über die Legislaturplanung 2011–2015 wird die vorliegende Botschaft zur Umsetzung der Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative) als «weiteres Geschäft» zur Erreichung des Zieles 16 «Die Chancen der Migration werden genutzt, und ihren Risiken wird begegnet» aufgeführt.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

5.1.1 Gesetzgebungskompetenz

Nach Artikel 121 Absatz 1 BV ist die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl Sache des Bundes. Nach Artikel 123 BV besteht diese Kompetenz auch für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts.

²³³ Jaag/Priuli 2010, S. 7.

²³⁴ Regelungen betreffend Ausweisung wegen «Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der gesellschaftlichen Grundinteressen».

²³⁵ Jaag/Priuli 2010, S. 5.

²³⁶ BBl 2012 481, hier 615.

Nach den Übergangsbestimmungen zu Artikel 121 BV (Art. 197 Ziff. 8 BV) hat der Gesetzgeber innert fünf Jahren seit Annahme von Artikel 121 Absätze 3–6 BV durch Volk und Stände die Tatbestände nach Artikel 121 Absatz 3 BV zu definieren und zu ergänzen und die Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise nach Artikel 121 Absatz 6 BV zu erlassen. Die Gesetzgebungskompetenz für die hier vorgeschlagenen Gesetzesänderungen ergibt sich zudem direkt aus Artikel 121 Absätze 3–6 BV.

5.1.2 Grundrechtskonformität

Der Entwurf basiert zwar auf der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen und geht von einer harmonisierenden Auslegung aus. Den neuen Verfassungsbestimmungen nach Artikel 121 Absätze 3–6 BV wird indessen grosses Gewicht zugemessen, sodass den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns nach Artikel 5 Absätze 2 und 4 BV nur bis zu einem gewissen Grad Rechnung getragen wird. Die Anwendung der Gesetzesbestimmungen kann zu Eingriffen in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Artikel 13 Absatz 1 BV führen.

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit (i. e. S.) kommt über die Umschreibung des Deliktskatalogs (vgl. oben, Ziff. 1.2.5), über die Mindeststrafe (vgl. oben, Ziff. 1.2.7) und im Rahmen der Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsgarantien (vgl. oben, Ziff. 1.2.2) zum Tragen.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

5.2.1 EMRK, UNO-Pakt II, KRK und FK

Die vorgeschlagene Regelung berücksichtigt das zwingende Völkerrecht, indem sie ausdrücklich vorsieht, dass der Vollzug einer Landesverweisung aufzuschieben ist, solange Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen (Art. 66d Abs. 1 Bst. a und b E-StGB).

Im Bereich des nicht zwingenden Völkerrechts werden die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien bei der Anordnung der Landesverweisung berücksichtigt (Art. 66a Abs. 3 E-StGB und 49a Abs. 3 E-MStG). Im Vordergrund stehen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 UNO-Pakt II. Artikel 12 Absatz 4 UNO-Pakt-II verbietet darüber hinaus den Vertragsstaaten, jemandem willkürlich das Recht zu entziehen, in sein eigenes Land einzureisen; darauf können sich unter engen Voraussetzungen auch Ausländerinnen und Ausländer berufen.²³⁷ Zu beachten sind ferner die Garantien der KRK, wie die Beachtung des Kindeswohls nach Artikel 3 KRK, das Verbot der Trennung von den Eltern gegen deren Willen nach Artikel 9 KRK oder die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte nach Artikel 10 Absatz 2 KRK.

²³⁷ UNO-Menschenrechtsausschuss, *Nystrom gegen Australien*, Mitteilung Nr. 1557/2007, Entscheidung vom 18. Juli 2011, § 7.5 ff.

Die dabei relevanten Kriterien können weitgehend in Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls gewichtet werden. Ausnahmen bestehen in Bezug auf die Schwere der Tat und den Aufenthaltsstatus des Betroffenen. Zudem wird für die geltend gemachten persönlichen Gründe eine gewisse Schwere verlangt (vgl. oben, Ziff. 1.2.2). Hervorzuheben ist, dass nicht auf ein einziges, starres Kriterium (wie z.B. den verwirklichten Straftatbestand) abgestellt wird. Mit den oben erwähnten Einschränkungen lässt der Entwurf eine Prüfung des Einzelfalls mit ergebnisoffener Interessenabwägung zu.

Artikel 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK²³⁸ und Artikel 13 UNO-Pakt II sehen für die Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern verschiedene Verfahrensgarantien vor. Insbesondere ist den Betroffenen, soweit nicht zwingende Gründe der nationalen Sicherheit entgegenstehen, Gelegenheit zu geben, die gegen die Ausweisung sprechenden Gründe vorzubringen und die Entscheidung nachprüfen zu lassen. Die Garantien finden nur auf Personen Anwendung, die sich legal in einem Staat aufhalten. Sie beziehen sich unmittelbar nur auf das Verfahren, nicht auf die inhaltlichen Gründe der Ausweisung; Ziel der Garantien ist es jedoch, willkürliche Ausweisungen zu verhindern. Diese verfahrensrechtlichen Garantien sind gewahrt, indem der Entwurf im Zusammenhang mit der Landesverweisung keine verfahrensrechtlichen Einschränkungen vorsieht.

Im AuG und im AsylG werden Präzisierungen vorgenommen, um sicherzustellen, dass den Flüchtlingen die aus der FK fliessenden Rechte zukommen (vgl. oben, Ziff. 1.2.10 und Ziff. 2.3.1–2.3.3).

5.2.2 FZA und EFTA-Übereinkommen

Da sich der Deliktskatalog in erster Linie auf schwere Verbrechen konzentriert, wird die vorgeschlagene Umsetzungsgesetzgebung das FZA und das EFTA-Übereinkommen so weit als möglich berücksichtigen. Konflikte können sich etwa im Zusammenhang mit den eher leichten Straftaten im Bereich der Abgaben an den Staat ergeben (Art. 66a Abs. 1 Bst. d E-StGB). Ferner verstösst die Neuregelung der Landesverweisung gegen die Pflicht zur Einzelfallprüfung gemäss dem FZA sowie dem EFTA-Übereinkommen. Den materiellen Garantien wird der Entwurf aber in vielen Fällen Rechnung tragen können (vgl. oben, Ziff. 1.2.2 und Ziff. 3.4.1).²³⁹

²³⁸ Protokoll Nr. 7 vom 22. Nov. 1984 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 1988 (SR 0.101.07).

²³⁹ Vgl. dazu auch den Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 3.4.4.

Literaturverzeichnis

- Albrecht Peter, 2007, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 2007.
- Albrecht Peter, 2009, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 Bst. a BetmG, in: Jusletter 02.03.2009.
- Arzt Gunther, 2007, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2007.
- Fingerhuth Thomas/Tschurr Christof (Hrsg.), 2007, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich: Orell Füssli, 2007.
- Fornale Elisa/Kurt Stefanie Tamara/Sow Dieyla/Stünzi Robin, 2011, Les spécificités du renvoi des délinquants étrangers, in: Les renvois et leur exécution, C. Amarelle/M. Son Nguyen (Hrsg.), Bern: Stämpfli, 2011.
- Gruber Patrick, 2007, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2007.
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, 2012, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich: Schulthess, 2012.
- Hangartner Yvo, 2011, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011.
- Homberger Thomas, 1993, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Bern: Peter Lang, 1993.
- Illes Ruedi, 2006/2007, Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Ausländer- und Asylrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht, Bern: Stämpfli, 2006/2007.
- Jaag Tobias/Priuli Valerio, 2010, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in Jusletter 08.11.2010.
- Keller Beatrice, 2003, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 1. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2003.
- Müller Jörg Paul, 2010, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 01.03.2010.
- Reich Johannes, 2008, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts? Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, in: ZSR 127 Bd. 1, H. 5, 2008.
- Rhinow René/Schefer Markus, 2009, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009.
- Riedo Christof, 2007, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2007.
- Ruckstuhl Niklaus, 2011, in M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2011.

- Spescha Marc/Kerland Antonia/Bolzli Peter, 2010, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich: Orell Füssli, 2010.
- Stratenwerth Günter/Jenny Guido/Bommer Felix, 2010, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage, Bern: Stämpfli, 2010.
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- Tschannen Pierre, 2001, in: D. Thürer/J.-F. Aubert/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich: Schulthess, 2001.
- Tschannen Pierre, 2011, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Bern: Stämpfli, 2011.
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, 2009, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern: Stämpfli, 2009.
- Übersax Peter, 2011, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis, 4/2011.
- Weber Klaus, 2007, Der Begriff des Handeltreibens, Dissertation München, 2007.

Verzeichnis mehrfach verwendeter Materialien

Bericht der Arbeitsgruppe: Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 21. Juni 2011; abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch > Themen > Kriminalität > Umsetzung der Ausschaffungsinitiative > Bericht

Botschaft Änderung Sanktionenrecht: Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts), BBl 2012 4721.

Botschaft Änderung StGB, MStG und JStG: Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979.

Botschaft zur Ausschaffungsinitiative: Botschaft vom 24. Juni 2009 zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2009 5097.

Erläuterungen zur Volksabstimmung: Volksabstimmung vom 28. November 2010, Erläuterungen des Bundesrates, «Ausschaffungsinitiative» und Gegenentwurf der Bundesversammlung, «Steuergerechtigkeits-Initiative»; abrufbar unter: www.parlament.ch > Wahlen und Abstimmungen > Volksabstimmungen 2010 > 28.11.2010 > Erläuterungen des Bundesrates.

Neue Bundesverfassung: Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 131.

Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, BBl 2010 2263.

Vernehmlassungsbericht: Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und die Vorentwürfe zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) vom 19. November 2012; abrufbar unter: www.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen.