

## **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)

14. Mai 2012

## Übersicht

*Der Bundesrat schlägt zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer die Einführung einer neuen Form der Landesverweisung im Strafgesetzbuch vor. Dabei soll bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung getragen werden. Ein Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees soll als Variante in die Vernehmlassung geschickt werden.*

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

*Mit Verfügung vom 22. Dezember 2010 setzte die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements eine Arbeitsgruppe aus externen Fachleuten und Mitarbeitenden der Bundesverwaltung ein, welche vier Vorschläge zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen auf Gesetzesstufe erarbeitete und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzeigte.*

*Die Variante 1 der Vernehmlassungsvorlage basiert zwar auf den Vorschlägen, die von der Mehrheit der Arbeitsgruppe unterstützt wurden. Den neuen Verfassungsbestimmungen wird jedoch im Verhältnis zum bisherigen Verfassungsrecht und zum Völkerrecht mehr Gewicht zugemessen. Mit Blick auf die mit den neuen Verfassungsbestimmungen beabsichtigte Verschärfung der geltenden Ausweisungspraxis werden in diesen Bereichen gewisse Einschränkungen vorgenommen. Für das Völkerrecht bedeutet dies, dass die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden. Der Bundesrat schlägt mit Variante 1 eine Lösung vor, welche zum einen den Volkswillen respektiert und zum anderen eine Kollision mit dem Freizügigkeitsabkommen weitgehend vermeidet. Dies wird insbesondere dadurch erreicht, dass der Katalog der Straftaten, die automatisch zur Ausweisung führen, auf schwere Verbrechen konzentriert wird.*

*Die Variante 2 entspricht dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees im Rahmen der Arbeitsgruppe eingebracht worden ist. Sie geht im Ergebnis davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen als jüngeres Recht absoluten Vorrang haben vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht – insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien.*



1.7.2 Österreich	37
1.7.3 Frankreich	38
1.7.4 Italien	39
<b>2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen von Variante 1</b>	<b>40</b>
2.1 Strafgesetzbuch	40
2.1.1 Artikel 66a (1a. Landesverweisung)	40
2.1.1.1 Absatz 1	40
2.1.1.2 Absatz 2	45
2.1.1.3 Absatz 3	46
2.1.1.4 Absatz 4	47
2.1.2 Artikel 66b (Wiederholungsfall)	48
2.1.3 Artikel 66c (Zeitpunkt des Vollzugs)	48
2.1.3.1 Einleitung	48
2.1.3.2 Absatz 1	49
2.1.3.3 Absatz 2	49
2.1.4 Artikel 66d (Aufschub des Vollzugs)	50
2.1.5 Artikel 148a (Missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe)	51
2.1.5.1 Standort und Marginalie	52
2.1.5.2 Verhältnis zum Betrug	52
2.1.5.3 Objektiver Tatbestand	52
2.1.5.4 Subjektiver Tatbestand	53
2.1.5.5 Strafdrohung	53
2.1.5.6 Verhältnis zum bestehenden Recht	54
2.1.6 Strafregisterrecht	55
2.1.6.1 Einleitung	55
2.1.6.2 Artikel 369 (Entfernung des Eintrags)	55
2.1.6.3 Artikel 371 (Strafregisterauszug für Privatpersonen)	56
2.1.6.4 Strafgesetzbuch in der Fassung vom 19. März 2010 Artikel 367 (Bearbeitung der Daten und Einsicht)	57
2.2 Militärstrafgesetz	58
2.2.1 Artikel 49a (Landesverweisung)	58
2.2.2 Artikel 49b (Wiederholungsfall)	58
2.2.3 Artikel 49c (Vollzug)	58
2.3 Änderung anderer Bundesgesetze	59
2.3.1 Ausländergesetz	59
2.3.1.1 Artikel 61	59
2.3.1.2 Artikel 62 und 63	59
2.3.1.3 Artikel 75, 76 und 78	59
2.3.2 Asylgesetz	60
2.3.2.1 Artikel 37 und Artikel 109	60
2.3.2.2 Artikel 53 und Artikel 64	60
2.3.3 Schweizerische Strafprozessordnung	60
2.3.3.1 Artikel 220 Absatz 2	60
2.3.3.2 Artikel 352 Absatz 2	60
2.3.4 Militärstrafprozess	61
2.3.4.1 Artikel 56 Buchstabe a	61

2.3.4.2 Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe e	61
2.3.5 Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)	61
2.3.6 Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI)	62
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>62</b>
3.1 Annahmen	62
3.1.1 Bestehende Situation	62
3.1.2 Annahmen für Variante 1	62
3.1.3 Annahmen für Variante 2	63
3.2 Mögliche Auswirkungen auf Bund und Kantone	64
3.2.1 Allgemein	64
3.2.2 Folgen für den Bund	64
3.2.2.1 Variante 1	64
3.2.2.2 Variante 2	64
3.2.3 Folgen für die Kantone und Gemeinden	65
3.2.3.1 Variante 1	65
3.2.3.2 Variante 2	65
3.3 Verhältnis zu den Abkommen mit der EU	66
3.3.1 Beachtung der Vorgaben des FZA	66
3.3.1.1 Variante 1	66
3.3.1.2 Variante 2	67
3.3.1.3 Folgen für das FZA	67
<b>4 Verhältnis zur Legislaturplanung</b>	<b>68</b>
<b>5 Rechtliche Aspekte</b>	<b>68</b>
5.1 Verfassungsmässigkeit	68
5.1.1 Gesetzgebungskompetenz	68
5.1.2 Grundrechtskonformität	68
5.1.2.1 Variante 1	68
5.1.2.2 Variante 2	69
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	69
5.2.1 EMRK, UNO-Pakt II und KRK	69
5.2.1.1 Variante 1	69
5.2.1.2 Variante 2	70
5.2.2 FZA und EFTA-Übereinkommen	71
5.2.2.1 Variante 1	71
5.2.2.2 Variante 2	71
<b>Verwendete Literatur</b>	<b>72</b>
<b>Verwendete Materialien</b>	<b>73</b>

# 1 Grundzüge der Vorlage

## 1.1 Ausgangslage

### 1.1.1 Chronologie der 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.<sup>1</sup> 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 ist.<sup>2</sup> 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 2009, die Ausschaffungsinitiative Volk und Ständen mit der Empfehlung auf Ablehnung zu unterbreiten. Gleichzeitig unterbreitete er dem Parlament einen indirekten Gegenvorschlag.<sup>3</sup> Dieser sah Änderungen im Ausländergesetz (AuG)<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

Die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) entschied sich für einen direkten Gegenentwurf, der von beiden Räten unterstützt wurde.<sup>6</sup> Dieser sah einen sehr weiten Anlasstatenkatalog vor, verlangte jedoch, 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 der Verhältnismässigkeit zu beachten» sind.<sup>7</sup> Der Gegenentwurf wurde mit einem eigenen Verfassungsartikel über die Integration ergänzt. 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> BBl 2007 4969, Vorprüfung.

<sup>2</sup> BBl 2008 1927, Bekanntmachung.

<sup>3</sup> BBl 2009 5097, Botschaft zur Ausschaffungsinitiative.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20).

<sup>5</sup> Vgl. BBl 2009 5097, Botschaft zur Ausschaffungsinitiative, Ziff. 5 (Grundzüge des indirekten Gegenvorschlags) und BBl 2009 5129 (Normvorschläge).

<sup>6</sup> Für eine Zusammenfassung des parlamentarischen Verfahrens: [www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20090060](http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060) (Rubrik «Zusammenfassung Botschaft» / «Bericht und Beratungen»).

<sup>7</sup> BBl 2010 4243, Bundesbeschluss zum Gegenentwurf zur Ausschaffungsinitiative, Art. 121a BV.

<sup>8</sup> BBl 2010 4241, Bundesbeschluss über die Ausschaffungsinitiative.

<sup>9</sup> BBl 2011 2771, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung.

## 1.1.2 Die neuen Verfassungsbestimmungen

Artikel 121 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:<sup>10</sup>

### Art. 121

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> 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 Einbruchsdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind; oder
- b. missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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:<sup>11</sup>

### Art. 197 Ziff. 8

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

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.

<sup>10</sup> AS 2011 1199.

<sup>11</sup> AS 2011 1200.

### 1.1.3 Vom EJPD eingesetzte 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 externen Fachleuten und Mitarbeitenden der Bundesverwaltung<sup>12</sup> 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 (Bericht der Arbeitsgruppe) präsentierte die Arbeitsgruppe vier Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen.

Eine Variante (Variante 1) wurde von den Vertretern des Initiativkomitees eingebracht (vgl. dazu unten, Ziff. 1.5). Die Mehrheit der Arbeitsgruppe ist der 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 schlägt ihrerseits drei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen vor: Zwei Varianten sehen eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im StGB vor (Varianten 2 und 3),<sup>13</sup> in einer dritten Variante wird eine Umsetzung im Ausländerrecht vorgeschlagen (Variante 4).<sup>14</sup>

Neben einem Deliktskatalog, der sich soweit als möglich auf schwere Straftaten beschränkt, sehen alle drei Varianten als Voraussetzung für die Landesverweisung (resp. den Entzug von Bewilligungen) eine Mindeststrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe vor. Hervorzuheben ist, dass die Anordnung der Landesverweisung respektive der zwingende Widerruf von Bewilligungen zudem ausdrücklich ausgeschlossen ist, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999<sup>15</sup> und des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001<sup>16</sup> vorliegt.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Vorsitz: Prof. Heinrich Koller; Vertreter des Initiativkomitees: Dr. 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 (SÖDK): Margrith Hanselmann; Vertreter des Bundesamtes für Migration (BFM): Albrecht Dieffenbacher; Vertreter des Bundesamtes für Justiz (BJ): Ridha Fraoua.

<sup>13</sup> Variante 2: Art. 73a ff. VE-StGB; Variante 3: Art. 67c ff. VE-StGB; Bericht der Arbeitsgruppe, S. 123 ff.

<sup>14</sup> Art. 62 ff. VE-AuG, Bericht der Arbeitsgruppe, S. 129 ff.

<sup>15</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR **0.142.112.681**).

<sup>16</sup> AS **2003** 2685; SR **0.632.31**.

<sup>17</sup> 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.

Ein zentraler Punkt in den Varianten der Mehrheit der Arbeitsgruppe betrifft schliesslich die Möglichkeiten, den Vollzug einer angeordneten Landesverweisung aufschieben (resp. eine vorläufige Aufnahme anordnen) zu können. Zusätzlich zum Rückschiebungsverbot nach Artikel 25 Absatz 2 und 3 BV sind auch die Gründe der Unmöglichkeit<sup>18</sup> und der Unzumutbarkeit<sup>19</sup> als Aufschiebungsgründe vorgesehen. Im Rahmen der Unzumutbarkeit aufgrund «schwerwiegender persönlicher Gründe» wird die Vollzugsbehörde angehalten, den Anforderungen der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK),<sup>20</sup> des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)<sup>21</sup> und dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK)<sup>22</sup> Rechnung zu tragen.

## **1.2 Grundsätze zur Auslegung von neuen Verfassungsbestimmungen**

### **1.2.1 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, 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 (bzw. Methodenkombination) geeignet ist, den Normsinn der auszulegenden Verfassungsbestimmung korrekt wiederzugeben (sog. Methodenpluralismus).<sup>23</sup> Der Wille der Initiantinnen und Initianten einer neuen Verfassungsnorm ist nicht ausschlaggebend. Er kann aber etwa im Rahmen der historischen Auslegung berücksichtigt werden.<sup>24</sup>

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.

<sup>18</sup> Unmöglichkeit aus Gründen, welche die betroffene Person nicht beeinflussen kann (z.B. die Weigerung der Heimatbehörden, Reisepapiere auszustellen).

<sup>19</sup> Unzumutbarkeit infolge Krieg, Bürgerkrieg, oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe.

<sup>20</sup> SR 0.101.

<sup>21</sup> SR 0.103.2.

<sup>22</sup> SR 0.107.

<sup>23</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER 2008, N. 130.

<sup>24</sup> BBl 2010 2263, Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, Ziff. 8.7.1.2.

Solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen eine ausdrückliche Werthierarchie unterlegt, gilt zudem der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen.<sup>25</sup> Zwei Einschränkungen sind zu berücksichtigen: Soweit die Bundesverfassung zwingende Bestimmungen des Völkerrechts ausdrücklich wiedergibt, gehen diese Normen den «gewöhnlichen» Verfassungsnormen vor.<sup>26</sup> 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,<sup>27</sup> dies ergibt sich wiederum aus dem 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»<sup>28</sup> (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.

## 1.2.2 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» gewährleistet. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen durchzieht als Leitgedanke die gesamte Verfassungs- und 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

<sup>25</sup> TSCHANNEN 2011, § 4 N. 13, § 9 N. 5; MÜLLER 2010 N. 7; Vgl. auch BGE **105** Ia 330, E. 3c.

<sup>26</sup> TSCHANNEN 2011, § 4 N. 16.

<sup>27</sup> TSCHANNEN 2011, § 4 N. 16.

<sup>28</sup> RHINOW / SCHEFER 2009, N. 524, 529; HANGARTNER 2011, S. 473.

Rechts massgebend sein soll, das also das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht und sowohl in der Rechtsanwendung als auch in der Rechtsetzung gilt.<sup>29</sup> 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, [...]»<sup>30</sup> Da der Grundsatz das gesamte Staatshandeln leitet, kommt er auch bei der Verfassungsinterpretation zur Anwendung (im Rahmen der harmonisierenden und der völkerrechtskonformen Auslegung).

### 1.2.3 Verhältnis von Völkerrecht und Volksinitiativen<sup>31</sup>

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 ungültig und nicht der Volksabstimmung zu unterbreiten. Volksinitiativen, die gegen übriges Völkerrecht verstossen, sind hingegen 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).

Völkerrechtswidriges Verfassungsrecht sollte aber eine zeitlich begrenzte Ausnahme darstellen; dies gebieten die Verfassung (Art. 5 Abs. 4 BV), 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 EMRK muss ein Urteil des Gerichtshofs, 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 nicht zwingendes Völkerrecht verstossende Initiative angenommen, werden sich die Behörden bemühen, diese völkerrechtskonform umzusetzen. Dabei ist der Entscheid nicht immer leicht, wann eine völkerrechtskonforme Umsetzung nicht mehr gerechtfertigt ist, sodass 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

<sup>29</sup> BGE 96 I 234 E. 5.

<sup>30</sup> BGE 102 Ia 234 E. 5c. Vgl. auch Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 131.

<sup>31</sup> BBl 2010 2263, Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, Ziff. 9.6.

Ziele konkretisieren, und sie riskieren, die Erwartungen der Bürgerinnen und Bürger zu enttäuschen, die der Initiative zugestimmt haben.

### **1.3 Elemente von Artikel 121 Absatz 3–6 BV**

#### **1.3.1 Voraussetzungen**

Die Voraussetzungen, welche 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).

*Anlassstaten:*

Die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV aufgeführten Straftaten lassen sich wie folgt gruppieren:<sup>32</sup>

- Delikte mit einer direkten Entsprechung im StGB:
  - Vorsätzliches Tötungsdelikt (Art. 111 ff. StGB);
  - Vergewaltigung (Art. 190 StGB);
  - Raub (Art. 140 StGB); und
  - Menschenhandel (Art. 182 StGB).
- Straftatbestände, die an (mehrere) bestehende Strafbestimmungen anknüpfen:
  - Drogenhandel: Vgl. Art. 19 ff. des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG);
  - Einbruchsdelikt: Vgl. insb. Art. 139 StGB (Diebstahl), Art. 144 StGB (Sachbeschädigung) und Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch).
- Relativ offen gehaltene Deliktskategorien:
  - Andere schwere Sexualdelikte und
  - 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. Art. 111–113 StGB).

Die Deliktsguppe, 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.

Ferner muss vom Gesetzgeber die Gruppe mit den relativ offen gehaltenen Deliktskategorien konkretisiert werden:

<sup>32</sup> Siehe Bericht der Arbeitsgruppe, S. 30.

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).

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 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, hätte er ausdrücklich im Verfassungstext erwähnt werden müssen.

### **1.3.2 Rechtsfolgen**

Die Rechtsfolgen, die bei erfülltem 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 Artikel 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);
- Grenzgängerbewilligung (G-Ausweis; Art. 35 AuG);

- Status von vorläufig aufgenommenen Personen (F-Ausweis; Art. 41 Abs. 2 und Art. 83 ff. AuG);
- Asylsuchende (N-Ausweis; Art. 42 f. AsylG<sup>33</sup>).

Die Ausweise F und N stellen keine ausländerrechtlichen Bewilligungen dar, sondern bescheinigen lediglich ein Recht auf Anwesenheit.<sup>34</sup>

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 Artikel 25 Absatz 1 und Artikel 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.<sup>35</sup>

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, erfolgt der zwangsweise Vollzug, d.h. die Person wird ausgeschafft.<sup>36</sup> Ausschaffung (bzw. «Rückschiebung»),

<sup>33</sup> Asylgesetz vom 26.6.1998 (SR 142.31).

<sup>34</sup> SPESCHA / KERLAND / BOLZLI 2010, S. 117, 310.

<sup>35</sup> Vgl. BBl 1997 I 131, neue Bundesverfassung, S. 171; REICH 2008, S. 513.

<sup>36</sup> RHINOW / SCHEFER 2009, N. 1766; REICH 2008, S. 513.

«refoulement») meint somit den zwangsweisen Vollzug einer Ausweisung. Auf Gesetzesebene ist die Ausschaffung in Artikel 69 ff. AuG geregelt.

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 um die materielle Verpflichtung zum Verlassen des Landes (Ausweisung); und
- auf der dritten Ebene um den Vollzug oder die Vollstreckung der Ausweisung (Ausschaffung).

«Einreiseverbot»:

Das geltende Recht sieht in Artikel 67 AuG die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen ein Einreiseverbot zu verfügen. Ferner verknüpft Artikel 68 Absatz 3 AuG die Ausweisung aus Gründen der inneren und 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 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 (fedpol) auf Grund 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. Art. 67 Abs. 4 und Art. 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 diesem Entscheid nach pflichtgemäsem Ermessen vorzugehen hat.

### **1.3.3 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 Satz 1). Es gilt auf Gesetzesebene insbesondere festzulegen, welche Formen von Drogenhandel und Einbruchdelikten 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, welche 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 Satz 2).
- der Erlass von Strafbestimmungen bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz (Abs. 6 Satz 2).

## **1.4 Variante 1**

### **1.4.1 Einleitung**

Variante 1 orientiert sich an der von der Mehrheit der Arbeitsgruppe vertretenen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmungen und übernimmt wesentliche Elemente der von der Mehrheit unterstützten Regelungsvarianten. Im Ergebnis misst sie jedoch dem Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts mehr Gewicht zu und gelangt so zu eigenständigen Lösungen.

### **1.4.2 Verfassungs- und völkerrechtliche Position**

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 UN-Kinderrechtskonvention (KRK) und des Freizügigkeitsabkommens (FZA) untermauert.<sup>37</sup> Sie geht von der Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen und nicht vom Vorrang des jüngeren Rechts aus.

Der Vorentwurf zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen nach Variante 1 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 werden die Bestimmungen dadurch relativiert, 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.

Die Variante 1 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

<sup>37</sup> BBl 2009 5097, Botschaft zur Ausschaffungsinitiative, 5106 ff.

postulierten «Ausweisungsautomatismus» wird jedoch eine Regelung vorgeschlagen, welche den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bis zu einem gewissen Grad Rechnung trägt.<sup>38</sup>

Artikel 5 Absatz 2 BV verlangt, dass staatliches Handeln verhältnismässig sein muss. Variante 1 geht davon aus, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip in den neuen Verfassungsbestimmungen bereits weitgehend wertend konkretisiert ist (insb. hinsichtlich der Geeignetheit und der Notwendigkeit). Was fehlt, ist der Aspekt der Verhältnismässigkeit i.e.S. (Zweck-Mittel-Relation). Darunter ist das Verhältnis zwischen konkretem Eingriffszweck (öffentlichem Nutzen) und konkreter Eingriffswirkung (privater Last) zu verstehen.<sup>39</sup> 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 der Verfassung im Einklang, in der Vollzugsphase die Wegweisung vorübergehend aufzuschieben.

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.<sup>40</sup> Nach dieser Praxis gehen internationale Menschenrechtsgarantien in jedem Fall dem Bundesgesetz vor. Im Übrigen ist es (für das Bundesgericht) massgebend, wenn die Bundesversammlung beim Erlass des Bundesgesetzes einen Verstoß gegen andere nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts in Kauf genommen hat.<sup>41</sup>

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 oder Artikel 17 UNO-Pakt II erfasst werden, eine Einzelfall- bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung vornehmen.

Im Übrigen geht jüngeres Verfassungsrecht vor. 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,

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 unverhältnismässig schwer wiegt. Vgl. TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER 2009, § 21 N. 16.

<sup>40</sup> Vgl. BBl 2011 3613, Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Ziff. 5.2 und 5.3.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Bericht der Arbeitsgruppe, S. 113.

Sicherheit und Gesundheit besteht. Dieses Erfordernis kann nicht berücksichtigt werden, ohne dass die neuen Verfassungsbestimmungen – eine Verschärfung der heutigen Regelungen – verletzt werden.

### **1.4.3                    Regelungsstandort**

Die Verfassung macht keine klaren Vorgaben in Bezug auf den Regelungsstandort. Mit dem Regelungsstandort sind u.a. Verfahrens- und Rechtsschutzfragen verbunden, beispielsweise hinsichtlich der Anordnungs- und Vollzugszuständigkeit oder hinsichtlich der zuständigen Rechtsmittelinstanzen.

Wäre mit der Ausschaffungsinitiative der mit dem Randtitel «Strafrecht» versehene Artikel 123 BV ergänzt worden, lägen aus systematischer Sicht gewichtige Argumente für eine Umsetzung im StGB vor. Die neuen Verfassungsbestimmungen sind jedoch im 9. Abschnitt mit der Überschrift «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» und als Zusatz zu den bestehenden Absätzen 1 und 2 von Artikel 121 BV eingefügt worden. Artikel 121 Absatz 1 BV enthält eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländer- und Asylwesen. Diese Kompetenznorm ermöglicht grundsätzlich die Regelung aller Fragen, welche die Begründung, Änderung und den Widerruf des (Aufenthalts-)Status und die Stellung von Ausländerinnen und Ausländern betreffen. Der Umsetzung dient heute primär das AuG. Vorschriften über das Erlöschen und den Widerruf von Bewilligungen sowie über Entfernung- und Fernhaltungsmassnahmen sind in Artikel 60 ff. AuG verankert. Gemäss Artikel 121 Absatz 2 BV können Ausländerinnen und Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden (sogenannte «politische Ausweisung»). In politisch sehr bedeutenden Fällen kann der Bundesrat direkt gestützt auf Artikel 121 Absatz 2 BV die Ausweisung anordnen. Im Regelfall ist aber für die Ausweisung aus staatspolitischen Gründen das Bundesamt für Polizei (fedpol) zuständig (Art. 68 Abs. 1 AuG). In beiden Fällen – Bundesrat bzw. fedpol als verfügende Behörde – handelt es sich bei der Ausweisung um eine verwaltungsrechtliche Massnahme.

Die mit Annahme der Ausschaffungsinitiative neu in den Verfassungstext aufgenommenen Absätze 3–6 von Artikel 121 BV können im systematischen Zusammenhang mit den vorangehenden beiden Absätzen verstanden werden und dementsprechend die Umsetzung im AuG – in Form einer verwaltungsrechtlichen Massnahme – nahelegen.

Für eine Umsetzung im Ausländerrecht sprechen auch praktische Gründe, indem die neuen Regelungen in ein gut ausgebautes und funktionierendes System eingebettet werden könnten. So enthalten die Artikel 73 ff. AuG einen Katalog von Zwangsmassnahmen, zugeschnitten auf die (verwaltungsrechtlichen) Wegweisungstatbestände. Es handelt sich insbesondere um die Möglichkeit der Anordnung von Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft. An dieses bestehende Vollzugsinstrumentarium könnte bei einer Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im AuG unmittelbar angeknüpft werden. Schliesslich wird das AuG auch weiterhin Wegweisungstatbestände enthalten, deren Anwendung in der Kompetenz der Migrationsbehörden liegt, beispielsweise die politische Ausweisung, die Wegweisung infolge Sozialhilfeabhängigkeit oder die Ausweisung von straffälligen Jugendlichen.

Für eine Verankerung im StGB kann angeführt werden, dass eine strafrichterliche Landesverweisung auf potentielle ausländische Täterinnen und Täter eine grössere Abschreckungswirkung entfalten kann (General- und Spezialprävention). Normen im StGB machen ferner deutlich, dass die Landesverweisung eine direkte Folge deliktischen Verhaltens ist. Für eine Umsetzung im StGB können ferner Gründe der Prozessökonomie angeführt werden: Erfolgt sowohl der Schuldspruch wegen eines Verstosses gegen Straftatbestände als auch der Entscheid über die Landesverweisung im gleichen (Straf-)Verfahren, bleibt das Dossier in einer Hand. Allerdings kommt bei einer völkerrechtskonformen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmungen der Strafrichter nicht umhin, die EMRK-Konformität der Landesverweisung zu beurteilen. Dazu wird er gegebenenfalls bei den ausländerrechtlichen Behörden eine Stellungnahme (Amtsbericht) einholen müssen. Im Weiteren kann als Vorteil gesehen werden, dass das zuständige Strafgericht über ausländische Straftäterinnen und -täter im Bewusstsein über die gegebenenfalls damit verbundene Konsequenz der Ausweisung urteilt. Obliegt die Anordnung der Ausweisung – in Anknüpfung an ein rechtskräftiges Strafurteil – einer ausländerrechtlichen Behörde, so ist dieser Zusammenhang für urteilende Strafrichterinnen und -richter möglicherweise nicht gleichermassen evident. Schliesslich ist die Botschaft zur Änderung des Sanktionenrechts zu berücksichtigen, die der Bundesrat am 4. April 2012 verabschiedet hat und in welcher unter anderem die Einführung einer neuen, fakultativen Landesverweisung im StGB vorgeschlagen wird.<sup>42</sup> Kohärenzgründe sprechen daher auch für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über straffällige Ausländerinnen und Ausländer im StGB.

Wie die Mehrheit der Arbeitsgruppe gewichtet auch der Bundesrat die Vorzüge einer Umsetzung im StGB stärker. Er schlägt vor, die neuen Verfassungsbestimmungen in Form einer neuen strafrechtlichen Landesverweisung, die bei den Massnahmen eingereiht wird, zu konkretisieren.

#### **1.4.4 Regelungsvorschläge im Strafgesetzbuch**

##### **1.4.4.1 Landesverweisung**

Zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen wird die Einführung einer Landesverweisung im StGB (und im MStG<sup>43</sup>) vorgeschlagen. Sie wird unter die so genannten «anderen 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).

<sup>42</sup> Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts); Dokumente einsehbar unter: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_sanktionensystem.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html).

<sup>43</sup> SR. 321.0; Vgl. Ziff. 1.4.5.

#### 1.4.4.2 Deliktskatalog

Der Katalog der Delikte, die zu einer Landesverweisung führen (Deliktskatalog, Art. 66a Abs. 1 VE-StGB) konkretisiert in erster Linie die Delikte und Deliktgruppen nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV. Zusätzliche Delikte gestützt auf Artikel 121 Absatz 4 BV werden nur aus Gründen der Kohärenz und sehr zurückhaltend aufgenommen. Neben den in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Delikten enthält der Deliktskatalog nur schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter.<sup>44</sup> Als Massstab für die Schwere gelten die in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnten Tatbestände der Vergewaltigung und des Raubs.

- 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: die sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), die Schändung (Art. 191 StGB) und die 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. Delikte wie die qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB), der gewerbsmässige oder bandenmässige Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB), qualifizierte Formen der Erpressung (Art. 156 Ziff. 2–4 StGB) oder die gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB) werden auch von Ausländern begangen und können eine zwingende Landesverweisung ebenso rechtfertigen wie z.B. der Raub, die Vergewaltigung oder der Betrug im Sozialbereich. Die schweren Vermögensdelikte können zudem auch schwere Wirtschaftsdelikte darstellen.
- Der missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV wird über den Betrug nach Artikel 146 StGB und einen neuen Straftatbestand (vgl. Art. 148a VE-StGB) erfasst.
- Der Drogenhandel wird von der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG) erfasst.
- Das Einbruchsdelikt soll als Verbindung von Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) und Diebstahl (Art. 139 StGB) definiert werden.

<sup>44</sup> Damit wird auch den Anliegen des Initiativkomitees Rechnung getragen, das in den Abstimmungsunterlagen zur Abstimmung vom 28. November 2010, S. 12, mehrmals betont, die Initiative habe zum Ziel, dass Ausländer, die «schwere Verbrechen» begehen, konsequent ausgewiesen werden.

Grundsätzlich werden sämtliche Täterschafts- und Teilnahmeformen (Haupt- und Mittäterschaft sowie Anstiftung und Gehilfenschaft) und nicht nur vollendete, sondern auch versuchte Taten berücksichtigt.

#### **1.4.4.3 Konkretisierung des Begriffs «Verurteilung»**

Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV setzt voraus, dass der ausländische Täter wegen eines der aufgeführten Delikte «rechtskräftig verurteilt» worden ist. Wird der Begriff «Verurteilung» als Gegensatz zum Begriff «Freispruch» verwendet, so ist er unabhängig von der Ausfällung einer Sanktion. Eine «Verurteilung» setzt voraus, dass jemand einen entsprechenden Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllt hat. Strafrechtlich gesehen wird der Täter in diesem Fall «schuldig gesprochen» (eine bestimmte Straftat begangen zu haben) und in der Regel zu einer Strafe «verurteilt» oder mit einer bestimmten Strafe «bestraft». Auch im allgemeinen Sprachgebrauch wird mit dem Begriff «Verurteilung» in der Regel die Ausfällung einer Strafe verbunden.

Ist der Täter schuldunfähig, wird er freigesprochen (Art. 19 Abs. 1 StGB); allerdings kann 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 zwingende Landesverweisung, deren Notwendigkeit und Geeignetheit nicht überprüft werden kann, zu weit führen. Für diese Personen scheint eine Fernhalte-massnahme nach AuG (z.B. ein Einreiseverbot) sachgerechter, in deren Rahmen umfassend auf die konkret bestehende Gefährlichkeit abgestellt werden kann.

Aus den oben genannten Gründen soll für eine zwingende Landesverweisung vorausgesetzt werden, dass der Täter zu einer Strafe verurteilt wird. Das heisst auch, dass bei Straftaten des Deliktskatalogs keine zwingende Landesverweisung erfolgen soll, wenn der Richter (trotz Verurteilung) von einer Strafe absieht (Art. 23, 52–54 StGB).

#### **1.4.4.4 Mindeststrafe**

Im schweizerischen Strafrecht werden die Delikte gemäss ihrer Schwere in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt. 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. Diese grundsätzliche Gewichtung wird im Einzelfall durch den Richter konkretisiert. 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). Die Schwere einer Straftat ergibt sich daher einerseits aus der für diese Tat angedrohten Strafe<sup>45</sup> und andererseits aus der im Einzelfall aufgrund des Verschuldens verhängten Strafe.<sup>46</sup> Wenn somit die neuen Verfassungsbestimmungen auf die Ausweisung von ausländischen Personen abzielen, die «schwere Verbrechen» begangen haben,<sup>47</sup> so kann dies nicht ohne Berücksichtigung der im Einzelfall verhängten Strafe geschehen.

Die zwingende Landesverweisung stellt zudem eine einschneidende Massnahme dar, bei deren Anordnung die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns wie das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) von grosser Bedeutung sind. Durch die systematische Einordnung der Landesverweisung als Massnahme kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip zudem besonderes Gewicht zu: Im Massnahmenrecht gilt der Grundsatz, wonach der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein darf (vgl. Art. 56 ff., insb. Art. 56 Abs. 2 StGB).<sup>48</sup> 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 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 erreichen. 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 i.e.S. sein. Indem für die Anordnung einer Landesverweisung eine Mindeststrafe (aufgrund eines minimalen Verschuldens) vorausgesetzt wird, kann das Verhältnismässigkeitsprinzip i.e.S. bis zu einem gewissen Grad gewahrt werden.

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.<sup>49</sup> Diese Grenze, die

<sup>45</sup> Dieser Voraussetzung wird beim Deliktskatalog so weit als möglich Rechnung getragen.

<sup>46</sup> So kann z.B. die schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB als schweres Delikt bezeichnet werden, wenn darauf abgestellt wird, dass für diese Tat eine Freiheitsstrafe 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 Art. 19 Abs. 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 Notwehrsituation begangen worden sein und gestützt auf Art. 16 Abs. 1 StGB milder – z.B. mit einer bedingten Freiheitsstrafe von wenigen Wochen – bestraft werden.

<sup>47</sup> Vgl. Abstimmungsunterlagen zur Abstimmung vom 28. November 2010, S. 12.

<sup>48</sup> Vgl. STRATENWERTH 2006, § 8 Rz. 12 ff. Würde die Landesverweisung wie im alten Recht (Art. 55a StGB) als Nebenstrafe ausgestaltet werden, müsste dagegen dem Schuldprinzip Rechnung getragen werden.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 135 II 377.

nicht absolut gilt,<sup>50</sup> 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 zur Revision des Sanktionenrechts vom 4. April 2012 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.<sup>51</sup>

Diese Grenze wird mit Blick auf das Ziel der Initiative deutlich herabgesetzt. Das geltende Recht nimmt vielerorts bei einem Strafmass von sechs Monaten eine Abgrenzung zwischen eher leichten und eher schweren Straftaten vor.<sup>52</sup> Diese Grenze wird für die Mindeststrafe übernommen (Art. 66a Abs. 2 VE-StGB): Fällt der Richter eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe aus, so soll in der Regel keine Landesverweisung erfolgen. Eine Landesverweisung soll indessen auch in diesen Fällen 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 nicht über 6 Monaten, Geldstrafen nicht über 180 Tagessätzen oder gemeinnütziger Arbeit (welche in Fällen, in denen eine Landesverweisung ausgefällt wird, die Ausnahme sein sollte). Das öffentliche Interesse an der Landesverweisung wird gerade bei Kriminaltouristen regelmässig überwiegen.<sup>53</sup>

Es wurde geprüft, ob an Stelle einer Mindeststrafe Strafmilderungsgründe berücksichtigt werden sollen, um dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.<sup>54</sup> Eine Strafmilderung kann jedoch den Unrechtsgehalt unterschiedlich beeinflussen: So kann der Täter trotz eines Notwehrexzesses (Art. 16 Abs. 1 StGB) immer noch eine schwere Strafe verwirken. Umgekehrt kann der Exzess sehr leicht sein, sodass der Richter das Verschulden als gering einschätzt und eine Strafe im unteren Bereich des Strafrahmens ausspricht bzw. diesen gar unterschreitet (Art. 48a Abs. 1 StGB). Auch hier müsste deshalb eine Mindeststrafe vorgesehen werden, so dass ein obligatorischer oder fakultativer Strafmilderungsgrund nur dann zu einer fakultativen Landesverweisung führt, wenn er eine Strafe z.B. unter sechs Monaten (oder ein Absehen von Strafe) zur Folge hat. Dadurch würden jedoch Täter benachteiligt, die aufgrund der Geringfügigkeit der Tat und/oder des niedrigen

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> Dokumente einsehbar unter: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_sanktionensystem.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html).

<sup>52</sup> Art. 37 StGB (gemeinnützige Arbeit), Art. 40 und 41 StGB (Beschränkung der kurzen Freiheitsstrafe), Art. 352 StPO (Strafbefehlsverfahren). Gemäss der Botschaft zur Änderung des Sanktionenrechts vom 4. April 2012 soll zudem künftig auch die Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen möglich sein (was in der Umwandlung nach Art. 36 StGB sechs Monaten Freiheitsstrafe entspricht).

<sup>53</sup> 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).

<sup>54</sup> Vgl. dazu Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 6.7.2, S. 69 ff.

Verschuldens mit einer Strafe unter sechs Monaten bestraft werden. Auf eine ausdrückliche Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe wurde daher verzichtet.

Die Mindeststrafe von sechs Monaten hat jedoch auch eine Bedeutung für den Bereich der schwereren Strafen (Art. 66a Abs. 3 VE-StGB). Bei Strafen von mehr als sechs Monaten soll die Anordnung der Landesverweisung die Regel sein. 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 eingestuften Straftaten (wie z.B. der vorsätzlichen Tötung oder der Vergewaltigung) Strafen unter sechs Monaten praktisch ausgeschlossen werden können.<sup>55</sup>

#### **1.4.4.5 Anordnung und Vollzug**

Variante 1 geht davon aus, dass die zuständigen Behörden bei Ausweisungsfällen die internationalen Menschenrechtsgarantien berücksichtigen (vgl. oben, Ziff. 1.4.2).

Bei der Landesverweisung nach Artikel 55 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 zwingende Landesverweisung die wichtigsten Grundsätze und Kompetenzen im StGB festgehalten werden.

Die Kompetenzaufteilung zwischen Gericht und 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 VE-StGB). Im Vordergrund stehen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 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. Sie kann zudem gezwungen sein, eine Landesverweisung in bestimmten Fällen aufgrund technischer Hindernisse (z.B. der Weigerung der Heimatbehörde, Reisepapiere auszustellen) nicht zu vollziehen.

Diese Kompetenzaufteilung stellt einen wesentlichen Unterschied zu den Varianten 2 und 3 der Arbeitsgruppe dar. Diese gingen zwar von einem gewissen Ausweisungsautomatismus bei den Gerichten aus (wobei sie im Anwendungsbereich

<sup>55</sup> Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 7.10.5, S. 107 f.

des FZA und des EFTA-Übereinkommens auf einen Automatismus verzichteten, da ein solcher mit diesen Abkommen im Widerspruch stünde), sahen jedoch aufgrund des Verfassungs- und des Völkerrechts weit gehende Vollzugshindernisse vor. Diese Regelung hätte zur Folge gehabt, dass zahlreiche betroffene Personen sich ohne Rechtsstatus in der Schweiz aufgehalten hätten und vorläufig hätten aufgenommen werden müssen. Mit der in Variante 1 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.

Variante 1 sieht ferner im Bereich des Vollzugs Regelungen über den Zeitpunkt des Vollzugs und die Dauer der Landesverweisung (Art. 66c VE-StGB) vor.<sup>56</sup>

#### **1.4.4.6 Strafbefehlsverfahren**

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, soll der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafbefehlsverfahren (resp. das Strafmandatsverfahren gemäss Militärstrafprozess<sup>57</sup>) ist in diesen Fällen ausgeschlossen.

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 auf eine Einsprache verzichtet.

Eine Landesverweisung von fünf Jahren oder mehr stellt keine geringfügige Sanktion dar. Dies zeigt ein Vergleich mit der Kompetenzordnung 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 stärker für die den Strafbefehl erlassende Staatsanwaltschaft Gültigkeit haben.

Gemäss der vorgeschlagenen Regelung soll zudem bei Strafen unter sechs Monaten eine Interessenabwägung vorgenommen werden, eine Aufgabe, für die ein rasches und 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.

Es kommt hinzu, 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

<sup>56</sup> Vgl. dazu unten, Ziff.2.1.3.

<sup>57</sup> MStP, SR 322.1.

Verfahrenssprache ausgestellt, ungeachtet davon, 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 sollen ausgesprochen werden können. Für eine lang dauernde Landesverweisung zwischen 5 und 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.

#### **1.4.4.7 Rechtsweggarantien**

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

Der Instanzenzug gegen Entscheide in Anwendung von Artikel 66d VE-StGB (Aufschub des Vollzugs) indessen hängt von der kantonalen Behördenzuständigkeit und Behördenorganisation ab. Im Kanton Bern beispielsweise könnte ein Entscheid des Migrationsdiensts (Amt für Migration und Personenstand) zunächst an die kantonale Polizei- und Militärdirektion und danach an das kantonale Verwaltungsgericht bzw. Obergericht weitergezogen werden. Anschliessend stünde der Weg ans Bundesgericht offen (mit Einheitsbeschwerde in Strafsachen oder in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten).

#### **1.4.4.8 Zeitliche Geltung und Übergangsrecht**

Es ist umstritten, ob die Verfassungsnorm direkt angewendet werden kann. Gegen eine direkte Anwendbarkeit spricht, dass nach Artikel 121 Absatz 4 BV die Tatbestände näher umschrieben werden müssen.<sup>58</sup> Es wäre jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Ausländerbehörde gestützt auf die im Normtext aufgeführten bestimmten Tatbestände (namentlich Raub, Vergewaltigung, Menschenhandel) eine restriktivere Ausschaffungspolitik praktiziert, bis die Gesetzesbestimmungen im StGB in Kraft treten.

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 Tat und Urteil ändert. Nach Artikel 2 Absatz 2 StGB gilt in diesem Fall der Grundsatz des mildereren Rechts (lex mitior): Das neue Recht ist auf Taten anwendbar, die vor dessen Inkrafttreten begangen wurden, sofern es für den

<sup>58</sup> HANGARTNER 2011, S. 474 und 476.

Betroffenen milder ist als das Recht zur Zeit der Tat. In der Lehre ist zwar umstritten, inwieweit der Grundsatz des mildereren Rechts auch für Massnahmen gilt. Dieser Aspekt dürfte jedoch im vorliegenden Zusammenhang unerheblich sein, da die neue, zwingende 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.<sup>59</sup> Es wird jedoch vorgeschlagen, auf die Prinzipien von Artikel 2 StGB abzustellen und auf besondere Übergangsbestimmungen zu verzichten.

#### **1.4.4.9 Örtliche Geltung**

Die neue Verfassungsbestimmung äussert sich nicht dazu, ob die rechtskräftige Verurteilung von einem Schweizer Gericht ausgehen muss oder ob auch Ausländerurteile 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 den Strafrichter 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 im Ausland wegen einer Tat verurteilt, die nach schweizerischem Recht eine Landesverweisung zur Folge gehabt hätte, ist es weiterhin möglich, dass gegen ihn eine ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahme, beispielsweise ein Einreiseverbot (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG), erlassen wird.

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

Die Missachtung einer Landes- oder Kantonsverweisung wird nach Artikel 291 StGB 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 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d AuG bestraft. Es sind daher keine neuen Strafbestimmungen zu schaffen.

<sup>59</sup> Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, hat der Bundesgesetzgeber 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 Art. 2 StGB. Vgl. Ziff. 2 der Schlussbestimmungen der Änderungen vom 13.12.2002.

#### **1.4.4.11 Fakultative Landesverweisung**

Die fakultative Landesverweisung, die im Rahmen der Botschaft zur Änderung des Sanktionenrechts vom 4. April 2012 vorgeschlagen wird,<sup>60</sup> ist nicht Bestandteil des vorliegenden Projekts. Die Regelung über die zwingende Landesverweisung muss allerdings zu gegebener Zeit auf eine allfällige fakultative Landesverweisung im StGB abgestimmt werden.

#### **1.4.5 Parallele Regelungen 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 einzuschränken sein. Für den Vollzug kann auf die Regelung des StGB verwiesen werden.

#### **1.4.6 Verzicht auf Landesverweisung im Jugendstrafrecht**

Mit Blick auf den Täterkreis stellt sich die Frage, ob Jugendliche ebenfalls von der zwingenden Landesverweisung betroffen sind. Der Wortlaut des Artikels 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,<sup>61</sup> die keine entsprechende Regelung für das Jugendstrafrecht vorsieht.

Das schweizerische Recht behandelt unmündige Täter strafrechtlich nicht gleich wie mündige. Mit Inkrafttreten der Revision am 1.1.2007 wurde das Jugendstrafrecht (JStG) 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.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Dokumente einsehbar unter: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_sanktionensystem.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html).

<sup>61</sup> BBl 2011 5977, Unverjährbarkeitsinitiative, 6003 ff.

<sup>62</sup> BBl 1999 1979, Änderungen des StGB, MStG und JStG, 2216 f.

Wie oben erwähnt gilt im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht das Jugendstrafrecht nicht als Tatstrafrecht,<sup>63</sup> sondern als Täterstrafrecht. So sind auch die ergänzend heranzuziehenden Bestimmungen aus dem Strafgesetzbuch nur sinngemäss, d.h. entsprechend dem besonderen Sinn und Zweck des als Täterstrafrecht ausgestalteten Jugendstrafrechts anzuwenden.<sup>64</sup> Die zwingende Landesverweisung, die sich ausschliesslich am Delikt orientiert, steht daher dem Grundgedanken des Jugendstrafrechts entgegen.

Die bereits bestehenden Fernhaltmassnahmen nach AuG (z.B. ein Einreiseverbot) sind für Jugendliche sachgerechter, da in deren Rahmen umfassend auf die persönliche Situation des Jugendlichen und die konkret bestehende Gefährlichkeit abgestellt werden kann. Es gilt auch zu bedenken, dass eine Landesverweisung für Jugendliche weiter reichende Konsequenzen haben kann als für Erwachsene. Viele Jugendliche sind beispielsweise noch in Ausbildung oder in der Schweiz aufgewachsen, beherrschen kaum die Sprache ihres Heimatlandes und haben oft nur wenig Kontakt zu Landsleuten.<sup>65</sup>

Variante 1 verzichtet daher auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht. Die allfällige Verhängung einer Einreisesperre oder Wegweisung gegenüber Jugendlichen soll weiterhin ausschliesslich den Ausländerbehörden obliegen.

#### **1.4.7 Anpassung des AuG und des AsylG**

Die Landesverweisung nach StGB und MStG kann sich mit Entfernungs- und Fernhaltmassnahmen 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. 1.4.4.9).

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

Gemäss Artikel 83 AuG müssen Personen, die von einer Weg- oder Ausweisung betroffen sind, grundsätzlich vorläufig aufgenommen werden, falls der Vollzug wegen Unmöglichkeit, Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit nicht realisiert werden kann. Vorläufig Aufgenommene verfügen über einen Aufenthaltsstatus, der ihnen

<sup>63</sup> Beim Tatstrafrecht stehen die Tat sowie der Ausgleich zum begangenen Unrecht im Vordergrund.

<sup>64</sup> BBl 1999 1979, Änderungen des StGB, MStG und JStG, 2220.

<sup>65</sup> Aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK vgl. *a fortiori* die EGMR-Urteile *Emre gegen die Schweiz* vom 22. Mai 2008 und *Emre gegen die Schweiz (n° 2)* vom 11. Oktober 2011, welche die Ausweisung eines in der Schweiz aufgewachsenen jungen Erwachsenen betreffen.

gewisse Rechte einräumt (siehe Art. 85 f. AuG).<sup>66</sup> Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung sieht demgegenüber keine vorläufige Aufnahme vor, auch wenn technische Gründe oder das Non-Refoulement-Gebot dem Vollzug entgegenstehen. Der Verfassungstext verlangt, dass von der Landesverweisung betroffene Personen jegliche Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren. Die vorläufige Aufnahme gibt dem Betroffenen zwar kein Recht auf Aufenthalt; sie stellt lediglich eine Ersatzmassnahme für die Zeit dar, in der eine Weg- oder Ausweisung nicht vollzogen werden kann. Sie räumt dem Betroffenen jedoch Rechtsansprüche ein (wie z.B. das Recht auf Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AuG), die mit den Zielen der neuen Verfassungsbestimmungen nicht vereinbar sind. Dies hat zur Folge, dass Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, vorübergehend ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. Dadurch könnten Mehrkosten für die Kantone entstehen, falls sie beispielsweise Leistungen über die Not- oder Sozialhilfe entrichten müssen. Zudem können sich diese Personen nicht ausweisen, was zu zahlreichen Problemen in ihrem Alltag führt. Es wäre daher zu prüfen, ob für diese Personen ein besonderer Status geschaffen werden soll.

## **1.5 Variante 2**

### **1.5.1 Einleitung**

Die Vertreter des Initiativkomitees haben im Rahmen der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe einen eigenen Umsetzungsvorschlag eingebracht.<sup>67</sup> Nach ihrer Auffassung wird dieser Vorschlag dem mit der Annahme der neuen Verfassungsbestimmungen geäusserten Volkswillen am besten gerecht. Der Bundesrat hat entschieden, diesen Vorschlag als Variante 2 in die Vernehmlassung zu schicken.<sup>68</sup>

### **1.5.2 Verfassungs- und völkerrechtliche Position**

Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten die folgenden Standpunkte:<sup>69</sup>

- Die neuen Verfassungsbestimmungen knüpfen die Ausweisung an Delikte von besonderer Schwere an bzw. an Delikte, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit in besonderem Masse beeinträchtigen. Der Verfassungstext selber nimmt die Verhältnismässigkeitsprüfung bereits vor, so dass für den

<sup>66</sup> Die kantonalen Behörden können vorläufig aufgenommenen Personen eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erteilen (Art. 85 Abs. 6 AuG); nach frühestens drei Jahren können Ehegatten und Kinder nachgezogen werden (Art. 85 Abs. 7 AuG); vorläufig Aufgenommene haben ein Anrecht auf Sozialhilfe und Krankenversicherung (Art. 86 AuG).

<sup>67</sup> Vgl. Vorentwurf Variante 2.

<sup>68</sup> Variante 2 übernimmt inhaltlich den Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees. Bei den einzelnen Regelungen wurden nur die unabdingbaren gesetzestechnischen Korrekturen vorgenommen. Diese betreffen in erster Linie die Zitierweise der angeführten Gesetzesartikel.

<sup>69</sup> Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 4, S. 42 ff.

Verhältnismässigkeitsgrundsatz beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung und bei der einzelfallweisen Beurteilung kein Raum mehr verbleibe.

- Einer gültigen Verfassungsinitiative, welche nach Annahme durch Volk und Stände Verfassungsrecht geworden ist, kann anderes Verfassungsrecht nicht entgegengehalten werden. Aufgrund der Prinzipien, wonach das spätere Recht dem früheren und die speziellere der allgemeinen Norm vorgeht, können die neuen Verfassungsbestimmungen weder mit allgemeinen noch mit früheren Verfassungsnormen relativiert werden.
- Namentlich weil die neuen Verfassungsbestimmungen dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung tragen, verletzen sie weder das verfassungsmässige Recht auf Privat- und Familienleben nach Artikel 13 Absatz 1 BV noch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK.
- Sollte demgegenüber die Meinung vertreten werden, die neuen Verfassungsbestimmungen seien mit bestimmten Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts nicht vereinbar, so gilt gemäss den Vertretern des Initiativkomitees der Vorrang des Verfassungsrechts vor dem nicht zwingenden Völkerrecht (namentlich Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II, KRK und FZA). Die neuen Verfassungsbestimmungen sind daher ohne einen Vorbehalt des nicht zwingenden Völkerrechts umzusetzen. Der Bundesrat hat den Auftrag, eine Anpassung der betroffenen völkerrechtlichen Verträge auszuhandeln, respektive – bei einem Scheitern dieser Verhandlungen – die Verträge zu kündigen.

### 1.5.3 Regelungsvorschlag

Zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen soll im Strafgesetzbuch neben den Strafen und Massnahmen eine zwingende Landesverweisung als neue Sanktionsform eingeführt werden.<sup>70</sup>

#### *Deliktskatalog:*

Der Katalog der Straftaten, die zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen, orientiert sich zwar im Ausgangspunkt an den Vorgaben von Artikel 121 Absatz 3 BV.<sup>71</sup> Er umfasst neben den in dieser Bestimmung ausdrücklich erwähnten Delikten in erster Linie Gewaltdelikte und weitere Straftaten gegen die sexuelle Integrität. Die Erweiterung des Deliktskatalogs erfolgt zum Einen gestützt auf die in den neuen Verfassungsbestimmungen vorgesehene Möglichkeit, diesen um weitere Straftatbestände zu ergänzen (Art. 121 Abs. 4 BV). Zum Anderen ist sie eine Folge davon, dass insbesondere die in der Verfassung erwähnten «Gewaltdelikte», auch wenn sie nicht die Schwere eines Raubes aufweisen, möglichst vollständig als Ausweisungsgrund erfasst werden sollen.

Die abstrakte Schwere der einzelnen Delikte steht bei diesem Deliktskatalog weniger im Vordergrund. Insbesondere bei den Sexual- und Gewaltdelikten ist es

<sup>70</sup> Vgl. Vorentwurf Variante 2.

<sup>71</sup> Art. 73a VE-StGB Variante 2.

vielmehr die Art der Rechtsgutverletzung. Zentral ist zudem, dass die Begehung dieser Delikte von Ausländern in der Schweiz als nicht tolerierbar erachtet wird. Der Deliktskatalog umfasst daher neben schwersten Verbrechen (wie vorsätzliche Tötung, Mord, Raub, Brandstiftung und Vergewaltigung) auch leichtere Verbrechen (z.B. Aussetzung und Gefährdung des Lebens) und Vergehen (z.B. das Antragsdelikt der einfachen Körperverletzung), die gemäss der im Strafgesetzbuch vorgesehenen Strafdrohung in leichten Fällen mit nur einem Tagessatz Geldstrafe bestraft werden können.

Der Drogenhandel, der nach Artikel 121 Absatz 1 Buchstabe a BV zur Ausweisung führen soll, wird sehr weit gefasst und um weitere Taten ergänzt: Alle Verstösse gegen Artikel 19 BetmG werden in den Deliktskatalog aufgenommen. Da Artikel 19 Absatz 1 BetmG Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe androht, werden auch in diesem Bereich Bagatelldelikte zu einer zwingenden Ausweisung führen können.

Der missbräuchliche Bezug von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen im Sinne von Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV soll dann zu einer zwingenden Landesverweisung führen, wenn er einen Betrug nach Artikel 146 StGB darstellt oder wenn ein Sozialmissbrauch gemäss einem neu vorgeschlagenen Straftatbestand vorliegt.<sup>72</sup>

#### *Keine Mindeststrafe:*

Auf die Berücksichtigung der konkreten Schwere einer Straftat wird verzichtet. Es genügt, wenn der Täter wegen einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat verurteilt wird. Das heisst, die Landesverweisung muss unabhängig von der im Einzelfall verhängten Strafe angeordnet werden. Dies hat zur Folge, dass eine Landesverweisung auch in den Fällen zwingend verhängt werden muss, in denen ein Tatbestand des Deliktskatalogs zwar erfüllt ist, das Gericht jedoch z.B. wegen fehlendem Strafbedürfnis von einer Bestrafung absieht (Art. 52 StGB), aufgrund des geringen Verschuldens eine sehr niedrige Strafe ausfällt oder die Strafe aufgrund einer Notwehrsituation mildert (Art. 16 StGB). Gemäss der gewählten Formulierung dürfte hingegen ein Täter, der wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen, jedoch aufgrund seiner Gefährlichkeit verwahrt wird, wohl nicht des Landes verwiesen werden.

#### *Anordnende Behörde:*

Zuständig zur Anordnung der Landesverweisung und zur Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots ist das Strafgericht bzw. die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren (Art. 73a Abs. 1 VE-StGB). Es werden keine Anordnungshindernisse geprüft, die Ausweisung wird – bei gegebenem Straftatbestand – automatisch angeordnet.

Mit dem Umstand, wonach die Anordnung der Landesverweisung ohne Prüfung von völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien und damit ohne Interessenabwägungen erfolgt, wird begründet, dass eine Landesverweisung von 5–15 Jahren (im Wiederholungsfall von 20 Jahren) im Strafbefehlsverfahren angeordnet werden kann.

<sup>72</sup> Art. 73a Abs. 1 Bst. k und Art. 151a VE-StGB Variante 2.

#### *Vollzugsbestimmungen:*

Die Landesverweisung soll durch die «zuständige kantonale Behörde» unverzüglich vollzogen werden (Art. 73c Abs. 1 VE-StGB).

Macht die betroffene Person geltend, dass die Ausschaffung gegen das Non-Refoulement-Gebot verstösst (Art. 25 Abs. 2 und 3 BV), kann die kantonale Vollzugsbehörde die Landesverweisung vorübergehend aufschieben (Art. 73c Abs. 2 VE-StGB). Sie hat innerhalb von 30 Tagen darüber zu entscheiden (Art. 73c Abs. 4 VE-StGB). Weitere Vollzugshindernisse können nicht geprüft werden.<sup>73</sup> Eine Unterbrechung oder eine spätere Aufhebung der Landesverweisung kommen nicht in Betracht.

Der Rechtsmittelweg im Zusammenhang mit dem Vollzugsentscheid ist eingeschränkt und das Verfahren wird beschleunigt. Laut Artikel 73c Absatz 4 VE-StGB kann der Entscheid der Vollzugsbehörde dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet werden. Die Prüfungsbefugnis beschränkt sich wiederum auf das Non-Refoulement-Gebot. Der Entscheid des kantonalen Gerichts, welcher endgültig ist, muss innert 30 Tagen nach Eingang des Rechtsmittels erfolgen.

#### *Bestimmung zum massgebenden Recht:*

Schliesslich wird ausdrücklich festgehalten, dass die neuen Artikel des StGB über die Landesverweisung dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgehen. Als zwingendes Völkerrecht gilt gemäss Artikel 73d VE-StGB ausschliesslich das Verbot der Folter, des Völkermords, des Angriffskrieges, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Tod oder Folter drohen.

## **1.6 Bewertung der vorgeschlagenen Varianten**

### **1.6.1 Variante 1**

Variante 1 strebt eine vermittelnde Lösung an, welche sowohl dem von den neuen Verfassungsbestimmungen angestrebten Ausweisungsautomatismus als auch den rechtsstaatlichen Prinzipien Rechnung trägt. Dazu müssen jedoch auf beiden Seiten Abstriche gemacht werden:

- 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 namentlich auch das Recht auf Privat- und Familienleben nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 UNO-Pakt II sowie die Garantien der Kinderrechtskonvention beachtet werden.
- Auf der anderen Seite wird mit Blick auf den angestrebten Ausweisungsautomatismus in Kauf genommen, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Völkerrecht nicht vollumfänglich Rechnung getragen wird. So wird in Bezug auf das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Regel

<sup>73</sup> Der Fall, dass infolge fehlender Ausweispapiere oder aufgrund mangelnder Kooperationsbereitschaft der Behörden im Zielstaat, die Ausschaffung faktisch (vorübergehend) unmöglich ist, wird zwar nicht ausdrücklich geregelt. Es ist indessen davon auszugehen, dass aufgrund der faktischen Unmöglichkeit des Vollzugs ein Aufschub erfolgen muss.

ohne Einzelfallprüfung davon ausgegangen, dass die Landesverweisung im öffentlichen Interesse, notwendig und geeignet ist. Die Neuregelung der Landesverweisung berücksichtigt das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft sowie das EFTA-Übereinkommen so weit als möglich. In vielen Fällen wird die Landesverweisung 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.<sup>74</sup> Damit wird nicht zuletzt auch der Absicht der Initianten Rechnung getragen, wonach nur schwere Verbrechen zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen.

Gleichzeitig versucht Variante 1 eine gewisse Kohärenz herzustellen, indem neben den schweren Gewalt- und Sexualstraftaten auch schwere Vermögensdelikte (die in bestimmten Fällen auch schwere Wirtschaftdelikte darstellen können) im Deliktskatalog aufgeführt werden.

Durch die abstrakte Schwere der Taten des Deliktskatalogs und mit der vorgesehenen Mindeststrafe von 6 Monaten soll verhindert werden, dass Bagatelldelikte zu einer zwingenden 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.

Variante 1 ist schliesslich im Bereich des Vollzugs konsequent, indem Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, nicht gestützt auf Artikel 83 AuG vorläufig aufgenommen werden können. Damit wird verhindert, dass sie auf diesem Weg einen neuen Rechtsstatus erhalten, was den neuen Verfassungsbestimmungen widersprechen würde.

### **1.6.2 Variante 2**

Mit Variante 2 soll so weit als möglich ein Ausweisungsautomatismus hergestellt werden. Dabei werden Widersprüche zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen und zum Völkerrecht in Kauf genommen. Es besteht insbesondere kein Raum für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des nicht zwingenden Völkerrechts.

Der sehr weite Deliktskatalog, der auch leichte Vergehen umfasst, und das Fehlen einer Mindeststrafe führen dazu, dass auch weniger schwere Delikte zu einer zwingenden Landesverweisung führen können. Damit steht Variante 2 im Widerspruch zu den vom Initiativkomitee im Vorfeld der Abstimmung gemachten Angaben, wonach nur «schwere Verbrechen» zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Vgl. Abstimmungsunterlagen zur Abstimmung vom 28. November 2010, S. 12.

<sup>75</sup> Vgl. Abstimmungsunterlagen zur Abstimmung vom 28. November 2010, S. 12.

Verstärkt wird die Problematik des weiten Deliktskatalogs und des Fehlens einer Mindeststrafe dadurch, dass internationale Menschenrechtsgarantien (das Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK und nach Art. 17 UNO-Pakt II sowie die Rechte der KRK) nicht berücksichtigt werden dürfen.

Zu denken ist insbesondere an Notwehr- oder Notstandssituationen, in denen das Gericht nicht von einer Strafe absieht, sondern im Rahmen der Strafmilderung eine geringfügige Strafe verhängt. Es kann kaum argumentiert werden, dass solche Ergebnisse dem Volkswillen notwendigerweise entsprechen.

Der Deliktskatalog von Variante 2 enthält über die in der Verfassung genannten Straftaten hinaus in erster Linie Gewalt- und Sexualstraftaten. Andere Straftaten, wie z.B. schwere Vermögensdelikte respektive Wirtschaftsdelikte, die von Ausländern ebenso häufig begangen werden und eine Landesverweisung rechtfertigen können, werden nicht berücksichtigt.

Variante 2 ist in wesentlichen Bereichen unvollständig, so dass keine abschliessende Beurteilung möglich ist. Sie lässt namentlich offen, ob die Landesverweisung auch im MStG und im JStG vorgesehen werden soll. Ferner regelt sie die Schnittstellen zum Ausländerrecht nicht. So bleibt unter anderem offen, ob eine Person, deren Landesverweisung aufgrund des Non-Refoulement-Prinzips nicht vollzogen werden kann, gestützt auf Artikel 83 AuG vorläufig aufgenommen werden darf oder nicht. Nicht beantwortet ist ferner die Frage, inwieweit die Landesverweisung mit ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen<sup>76</sup> vollzogen werden kann. Entsprechende Präzisierungen fehlen auch in der Strafprozessordnung (StPO)<sup>77</sup>, damit die Sicherheitshaft (Art. 220 f. StPO) zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung herangezogen werden kann. Die erwähnten Punkte könnten in einem späteren Zeitpunkt ergänzt werden und dürfen daher Variante 2 nicht negativ entgegeng gehalten werden.

### **1.6.3 Fazit**

Der Bundesrat gibt aufgrund des Erläuterten der Variante 1 den Vorzug. Er ist jedoch der Auffassung, dass auch die Variante 2, welche die Meinung der Vertreter des Initiativkomitees wiedergibt, in die Vernehmlassung geschickt werden soll.

### **1.7 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 gelten, dargestellt. Die dargestellten Rechtsordnungen gehören alle zu Mitgliedstaaten der EU. Es gilt also zu beachten, dass in diesen Rechtsordnungen das EU-Recht – dazu gehören auch der EWR-Vertrag und das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz – unmittelbaren Vorrang und

<sup>76</sup> Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG), Ausschaffungshaft (Art. 76 AuG) und Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG).

<sup>77</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

Anwendbarkeit geniesst. Dieser Grundsatz des EU-Rechts entspricht der konstanten und allgemein akzeptierten Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union.

### 1.7.1 Deutschland

Die für die Ausweisung massgebenden Vorschriften finden sich im «Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet» (AufenthG<sup>78</sup>).<sup>79</sup> Die Delikte, die zu einer Ausschaffung führen bzw. führen können, sind nicht einzeln aufgelistet. Das Gesetz sieht in Abhängigkeit der Schwere des Delikts bzw. 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.<sup>80</sup> 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 5 Jahren in Deutschland wohnhaft sind oder für Minderjährige, die seit über 5 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 3 Jahren verurteilt oder er innerhalb von 5 Jahren zu mehreren Freiheitsstrafen (Jugendstrafen) von zusammen mindestens 3 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 mind. 2 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.<sup>81</sup>

Für weniger gravierende Straftaten<sup>82</sup> sieht das Gesetz die Regel-Ausweisung gemäss § 54 AufenthG vor. Diese findet Anwendung, wenn der Täter beispielsweise 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

<sup>78</sup> Abrufbar unter : <http://dejure.org/gesetze/AufenthG>.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> Vgl. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 72.

<sup>81</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 75.

<sup>82</sup> 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).

Betäubungsmittelgesetz (Ziff. 2–3). Von einer Ausweisung können die Behörden nur absehen, wenn eine atypische Interessenslage vorliegt. Vergangene Delikte werden für den Ausweisungsentscheid nur berücksichtigt, wenn sie noch eine aktuelle Gefahr darstellen.<sup>83</sup>

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.<sup>84</sup> 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).

## 1.7.2 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 Einreisetiteln» (Fremdenpolizeigesetz, FPG<sup>85</sup>) 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.<sup>86</sup>

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).<sup>87</sup>

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 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).<sup>88</sup> Je länger also eine ausländische Person mit einem Aufenthaltstitel in Österreich lebt, desto schwerer

<sup>83</sup> Weitere Anwendungsfälle s. § 54 Ziff. 4–7 AufenthG; FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 77 f.

<sup>84</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 78 f.

<sup>85</sup> Abrufbar unter: <http://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>.

<sup>86</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 80 f.

<sup>87</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 81.

<sup>88</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 82 f.

muss das Delikt in der Regel sein, damit eine Ausweisung ausgesprochen wird.<sup>89</sup> Kinder der 2. oder 3. Generation, die in Österreich geboren und aufgewachsen sind, dürfen nicht ausgewiesen werden. Dasselbe gilt für Kinder, die vor ihrem 3. Altersjahr immigriert sind.<sup>90</sup>

### 1.7.3 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 asile» (CESEDA<sup>91</sup>) 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».<sup>92</sup>

Die «reconduite à la frontière» kann durch den Präfekten des Departements gegen eine ausländische Person ausgesprochen werden, die sich weniger als 3 Monate auf dem Staatsgebiet aufgehalten hat und eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung darstellt oder, was häufiger der Fall ist, gegen verurteilte Straftäter.<sup>93</sup> 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).<sup>94</sup> 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 stellt keine Sanktion dar 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.<sup>95</sup> 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 gewisse Zeit (max. 10 Jahre) oder definitiv des Landes zu verweisen, wenn das Gesetz diese Sanktion explizit vorsieht.<sup>96</sup> Eine Prüfung des Einzelfalles findet statt. Bei gewissen Kategorien von Ausländern kann die Ausweisung jedoch nicht oder

<sup>89</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 83.

<sup>90</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 83.

<sup>91</sup> Abrufbar unter: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do> (18.01.12).

<sup>92</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 85.

<sup>93</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 86.

<sup>94</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 89. Vgl. auch <http://vosdroits.service-public.fr/F11954.xhtml> (19.01.12).

<sup>95</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 90; vgl. auch Art. L. 521-2 und L. 521-3 CESEDA.

<sup>96</sup> In Frage kommen beispielsweise 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.

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 vor dem 13. Geburtstag in Frankreich Wohnsitz genommen, so ist eine Ausweisung grundsätzlich ebenfalls ausgeschlossen.<sup>97</sup> Gegen einen weiteren Personenkreis von Ausländern (z.B. bei Personen, die mit einem französischen Bürger bzw. Bürgerin verheiratet sind) kann die Ausweisung nur unter Berücksichtigung der Schwere des Delikts und der persönlichen sowie familiären Situation erfolgen.<sup>98</sup>

#### 1.7.4 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.<sup>99</sup>), das ergänzt wird durch spezifische strafrechtliche Bestimmungen (vgl. z.B. Art. 235, 312 Codice Penale; C.P.<sup>100</sup>). 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.<sup>101</sup>

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.<sup>102</sup> 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.<sup>103</sup>

Andererseits die «espulsione a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione», 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

<sup>97</sup> 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.).

<sup>98</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 94; vgl. Art. 131-30-1 code pénal und unter: <http://vosdroits.service-public.fr/F2784.xhtml> (19.01.12).

<sup>99</sup> Abrufbar unter: [http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/immigrazione/legislazione\\_200.html](http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/immigrazione/legislazione_200.html).

<sup>100</sup> Abrufbar unter: <http://www.testolegge.com/italia/codice-penale>.

<sup>101</sup> Vgl. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 97.

<sup>102</sup> Z.B. Delikte gegen den Staat oder Betäubungsmitteldelikte.

<sup>103</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 98 f.

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.).<sup>104</sup>

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.).<sup>105</sup>

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 von Variante 1**

### **2.1 Strafgesetzbuch**

#### **2.1.1 Artikel 66a (1a. Landesverweisung)**

##### **2.1.1.1 Absatz 1**

###### *a. Einleitungssatz*

Der Einleitungssatz bringt zum Ausdruck, dass eine Landesverweisung grundsätzlich nur gegen Täter verhängt werden kann, die zum Zeitpunkt der Tat schuldfähig waren. Auch bei diesen ist von einer Landesverweisung abzugehen, wenn das Gericht von einer Strafe absieht (vgl. oben, Ziff. 1.4.4.3).

Die Bemessung der Dauer der Landesverweisung von 5–15 Jahre liegt im Ermessen des Gerichts,<sup>106</sup> das sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz orientiert.

###### *b. Buchstabe a*

Der Deliktskatalog enthält in Buchstabe a schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter. Ausdrücklich erwähnt werden 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

<sup>104</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 100.

<sup>105</sup> FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, S. 101 f.

<sup>106</sup> Die Anordnung der Landesverweisung durch die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren ist ausgeschlossen (vgl. oben, Ziff. 1.4.4.6).

Strafdrohung abstellt (vgl. oben, Ziff. 1.4.4.2). Unter die Auffangklausel fallen die folgenden Straftaten:

- 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<sup>bis</sup> 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).
- 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: die sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), die Schändung (Art. 191 StGB) und die Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB).
- 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<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB), Herstellen, Verschaffen usw. von radioaktiven Stoffen, Anlagen, Apparaten oder Gegenständen, die zu einem strafbaren Gebrauch bestimmt sind (Art. 226<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB) sowie Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen (Art. 228 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Es wurde geprüft, ob der Deliktscatalog um schwere «Wirtschaftsdelikte» ergänzt werden soll. Sie werden von Ausländern ebenso begangen und könnten eine zwingende Landesverweisung ebenso rechtfertigen wie z.B. der Raub, die Vergewaltigung oder der Betrug im Sozialbereich. Eine präzise Definition dieses Begriffs existiert jedoch in der Schweiz bislang nicht. Die Lehre vertritt die Auffassung, dass unter Wirtschaftskriminalität die Gesamtheit der Straftaten verstanden werden kann, die bei wirtschaftlicher Betätigung unter Missbrauch des im Wirtschaftsleben nötigen Vertrauens begangen werden und über eine individuelle Schädigung hinaus Belange der Allgemeinheit berühren. Wirtschaftskriminalität ist oft verbunden mit hohem Schädigungspotential, grossen Fall- und Geschädigtenzahlen sowie komplexen Sachverhalten. Gewisse Autoren führen auch noch das Fehlen physischer Gewalt als Merkmal an. Beim grössten Teil der Delikte, welche Wirtschaftskriminalität darstellen, werden vergleichsweise geringe Strafen angedroht. Von ihrer abstrakten Schwere her mit dem Raub und der Vergewaltigung

vergleichbar sind u.a.: die qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB), der gewerbsmässige Betrug (Art. 146 Abs. 2 StGB), gewerbsmässiger Check- und Kreditkartenmissbrauch (Art. 148 Abs. 2 StGB), der gewerbsmässige Wucher (Art. 157 Ziff. 2 StGB), die ungetreue Geschäftsführung mit Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB), oder die gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB) sowie aus dem Nebenstrafrecht schwere Verstösse gegen das Kriegsmaterialgesetz (Art. 33 Abs. 2, 34 Abs. 1 und 35 Abs. 1 KMG). Die schweren Wirtschaftsdelikte stellen zum grössten Teil schwere Vermögensdelikte dar. Die schweren Vermögensdelikte umfassen jedoch darüber hinaus auch Taten wie den gewerbsmässigen und den bandenmässigen Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB) oder die gewerbsmässige Erpressung, die Erpressung mit Gewaltanwendung und die Erpressung mit Bedrohung vieler Menschen (Art. 156 Ziff. 2–4 StGB), welche zum Teil als Gewaltdelikte bezeichnet werden können. Aus diesen Gründen wird vorgeschlagen, gestützt auf Artikel 121 Absatz 4 Satz 2 BV den Deliktskatalog um schwere Vermögensdelikte zu ergänzen.

*c. Buchstabe b*

Das Einbruchsdelikt nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a BV soll als Verbindung von Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) und Diebstahl (Art. 139 StGB) definiert werden. Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung (Art. 144 StGB), d.h. die Verbindung zweier auf Antrag zu verfolgender Vergehen, soll nicht in den Deliktskatalog aufgenommen werden. Diese Form des «Einbruchs» (bei der zwar nichts gestohlen, jedoch Sachschaden angerichtet wird), kann zwar ebenso schwer wiegen wie ein Einbruchdiebstahl. Sie ist in den meisten Fällen die Folge eines missglückten Einbruchdiebstahls (die Täter finden nicht was sie gesucht haben und zerstören dabei das Inventar) und kann als versuchter Diebstahl qualifiziert werden. Damit fällt sie unter die Grundform des Einbruchsdelikts (Hausfriedensbruch in Verbindung mit Diebstahl).

*d. Buchstabe 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. Es wird keine Verurteilung vorausgesetzt und damit dem Gesetzgeber überlassen, den «Sozialmissbrauch» als verwaltungsrechtliche oder als strafrechtliche Sanktion auszugestalten. Aus dem Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) fliessende Erwägungen sprechen aber für einen Straftatbestand.

Der Betrug nach Artikel 146 StGB deckt den arglistigen «Sozialmissbrauch» bereits ab. Er wird daher, soweit Sozialleistungen betroffen sind, in den Deliktskatalog aufgenommen. Ergänzend soll ein (Auffang-)Tatbestand geschaffen werden, der ohne Arglist begangene Tatvarianten unter Strafe stellt. Objektiv im Vordergrund steht der Bezug von Leistungen durch unwahre oder unvollständige Angaben zu persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen (vgl. unten, Ziff. 2.1.5).

*e. Buchstabe d*

Der im Verfassungstext erwähnte Begriff des Drogenhandels entspricht keinem strafgesetzlichen Tatbestand und ist folglich konkretisierungsbedürftig. In der Fachsprache werden Drogen als Betäubungsmittel (sowie psychotrope Stoffe)

bezeichnet, weshalb nachfolgend nicht von Drogenhandel sondern vom 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 weder eine Zulassungsbewilligung von Swissmedic noch dem Bundesamt für Gesundheit (BAG), der Kantone oder vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) für den Handel mit dem Betäubungsmittel erteilt wurde – oder, dass der Umgang mit dem Betäubungsmittel gemäss Artikel 8 Absatz 1 BetmG verboten ist. Unter 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.<sup>107</sup> 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 gefährdende Endhandlung führen. Erfasst werden daher beispielsweise auch Tätigkeiten, die der Beschaffung, Lagerung und Lieferung des Betäubungsmittels oder der Finanzierung dienen.

Die Kriminalisierung des unbefugten Handels mit Betäubungsmitteln erfolgt generell im Betäubungsmittelgesetz (BetmG). Das Betäubungsmittelgesetz will allgemein die Gefährdung der Gesundheit durch Stoffe und Präparate verhindern, die Abhängigkeit erzeugen oder eine ähnliche Wirkung haben (Art. 1 BetmG). Als Nebenstrafrecht ausgestaltet werden im 4. Kapitel bestimmte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz geahndet.

Als Betäubungsmittel gelten gemäss Artikel 2 Buchstabe a BetmG abhängigkeits erzeugende 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 (siehe Art. 2b BetmG) sind psychotrope Stoffe, sogenannte abhängigkeits erzeugende 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).

Die Arbeitsgruppe schlug für die Umsetzung des Begriffs Drogenhandel den Verweis auf Artikel 19 BetmG vor. Artikel 19 BetmG umschreibt in Absatz 1 die tatbestandsmässigen Handlungen, welche den weitreichenden Umgang mit Betäubungsmitteln betreffen, wie den unbefugten Anbau, die unbefugte Herstellung oder Erzeugung, unbefugtes Lagern, Versenden, Einführen, Veräussern, in Verkehr bringen, Besitzen, Aufbewahren oder die Finanzierung des unbefugten Betäubungsmittelhandels sowie Vorbereitungshandlungen. Der Grundtatbestand des

<sup>107</sup> Vgl. FINGERHUTH / TSCHURR 2007, Art. 19 N 191, mit Verweis auf ALBRECHT 2007, Art. 19 N 190; auch nach ständiger deutscher Rechtsprechung «ist unter Handeltreiben jedes eigennützige Bemühen zu verstehen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern»; in WEBER 2007, S. 43 f. 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 Definition des illegalen Drogenhandels festzulegen, scheiterte jedoch am Widerstand einzelner Mitgliedstaaten (WEBER 2007, S. 178 f.).

Artikels 19 Absatz 1 BetmG enthält abstrakte Gefährdungstatbestände. Mit Strafe bedroht wird dabei ein Verhalten, welches in der Regel eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Verletzung des betreffenden Rechtsgutes schafft, unabhängig davon, ob im Einzelfall tatsächlich eine Gefahr geschaffen wurde.<sup>108</sup> Die Straftatbestände des Artikels 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 zwingende Landesverweisung, nicht.<sup>109</sup>

In seiner Ausgestaltung rückt indessen Artikel 19 Absatz 2 BetmG näher an das geschützte Rechtsgut der Gesundheit heran. In Betracht kommt die qualifizierte Strafbestimmung dann, 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.

Artikel 19 Absatz 2 BetmG zählt mehrere Qualifikationsgründe auf:

Gemäss Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe a BetmG 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.<sup>110</sup> Das Bundesgericht verfolgt eine extensive Auslegung des Gefahrenbegriffes. So erachtet es eine Anzahl von mindestens zwanzig Personen als «viele Menschen» (BGE 108 IV 65 f.; 120 IV 337 f.; 121 IV 334). Verlangt wird also eine Weitergabe von Betäubungsmitteln an einen mindestens zwanzig Personen umfassenden Personenkreis.

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.<sup>111</sup>

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

<sup>108</sup> FINGERHUTH / TSCHURR 2007, Art. 19 N 2; sinngemäss ALBRECHT 2009, S. 3.

<sup>109</sup> Im Vorfeld der Abstimmung (beispielsweise in den Abstimmungsunterlagen der Initianten), war stets von schweren Verbrechen die Rede.

<sup>110</sup> Parlamentarische Initiative, Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 4. Mai 2006, 8612.

<sup>111</sup> ALBRECHT 2007, S.104; In einem Grundsatzurteil (BGE 109 IV 144 f.) hielt das Bundesgericht fest, dass 12g reines Heroin, 18g 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 36g (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.

Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken.<sup>112</sup> Für die Qualifikation der Gewerbsmässigkeit gilt nach der Rechtsprechung ein Umsatz ab 100'000.-<sup>113</sup> und ein Gewinn ab 10'000.-<sup>114</sup> als erheblich. Neu gilt seit Inkrafttreten am 1. Juli 2011 der Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes vom 4. Mai 2006 (Teilrevision) ebenfalls als schwerer Fall, wer 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 ist zur Verwirklichung des Qualifikationsgrundes kein grosser Umsatz oder erheblicher Gewinn verlangt.

Vor der Teilrevision ergab sich aus dem Begriff «insbesondere»<sup>115</sup>, dass die Aufzählung der Gründe nicht abschliessend ist (BGE 120 IV 332f.). Das Bundesgericht<sup>116</sup> 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 gewissen Zeitpunkt an wissen, dass seine verschiedenen Handlungen zusammen eine Betäubungsmittelmenge ergeben, die die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.<sup>117</sup> 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 Buchstaben a<sup>118</sup> (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-Dealer» unter Umständen durchaus bejaht werden.

Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, den im Verfassungstext genannten Drogenhandel unter Artikel 19 Absatz 2 BetmG zu subsumieren.

### 2.1.1.2 Absatz 2

Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips (im engeren Sinne) soll in der Regel keine Landesverweisung verhängt werden, wenn eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit verhängt wird.

<sup>112</sup> BGE 122 IV 265 E. 2b mit Hinweisen; BGE 124 IV 86 ff.

<sup>113</sup> BGE 129 IV 188.

<sup>114</sup> BGE 129 IV 253.

<sup>115</sup> Art. 19 Ziff. 2 a BetmG: Ein schwerer Fall liegt *insbesondere* vor, wenn der Täter (...).

<sup>116</sup> BGE 114 IV 164; Urteil 6S.190/2000 vom 11. Juli 2001.

<sup>117</sup> BGE 114 IV 164 E. 2b.

<sup>118</sup> Art. 19 Abs. 2 Bst. a: (...) weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann; (...).

Diese Mindestgrenze soll jedoch nicht absolut gelten. Es wird eine Ausnahme vorgesehen, welche es dem Gericht gestattet, eine Landesverweisung auch ohne Mindeststrafe von 6 Monaten zu verhängen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Damit werden zwar voraussichtlich auch viele Ausländer ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz erfasst werden, die bereits gestützt auf das AuG aus der Schweiz weggewiesen werden könnten. Die vorgeschlagene Regelung erlaubt es jedoch dem Gericht, auch in diesen Fällen über eine Landesverweisung zu befinden, so dass alle Landesverweisungen aufgrund von Straftaten des Deliktskatalogs nach Artikel 66a VE-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.

Von einer Regelung, wonach auch Täter des Landes verwiesen werden müssen, die aufgrund von Straftaten des Deliktskatalogs wiederholt zu kurzen Strafen verurteilt werden und dadurch innerhalb von 10 Jahren die Strafgrenze von 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit von 720 Stunden erreichen,<sup>119</sup> wird abgesehen, weil sie nicht notwendig erscheint. Die Gerichte können bei Wiederholungstätern gestützt auf Absatz 2 bereits aufgrund von geringen Strafen von insgesamt weniger als 6 Monaten eine Landesverweisung ausfallen, wenn die öffentlichen Interessen überwiegen. Gerade die wiederholte Begehung von Straftaten kann bei einem Strafmass von insgesamt weniger als 6 Monaten dazu führen, dass die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung überwiegen.

### **2.1.1.3 Absatz 3**

Fällt das Gericht aufgrund einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat eine Strafe von mehr als 6 Monaten 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 Kinderrechtskonvention, 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 Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gewährt die EMRK keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt in einen bzw. 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).

<sup>119</sup> Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe, Varianten 2–4, S. 123 ff.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffs sind gemäss der Rechtsprechung des EGMR zahlreiche Kriterien zu prüfen.<sup>120</sup> 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 ist davon auszugehen, dass eine Strafe von über 6 Monaten, die wegen eines Deliktes nach Artikel 66a Absatz 1 VE-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 auch 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 von Artikel 121 Absatz 3 BV nicht berücksichtigt werden.

Das Gericht prüft im Rahmen von Absatz 3 vor allem Gründe, die mit der privaten und familiären Situation des Verurteilten zusammenhängen. Dabei kann allerdings die Situation des Landes, in dem der Verurteilte zukünftig leben wird, nicht ganz ausser acht gelassen werden. Hinderungsgründe, die in erster Linie mit der Situation des Zielstaates zusammenhängen, werden jedoch erst beim Vollzug der Landesverweisung im Rahmen des Non-Refoulement-Gebots geprüft (Art. 66d Abs. 1 VE-StGB).

#### **2.1.1.4 Absatz 4**

Gemäss den von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Varianten 2–4<sup>121</sup> genügt für eine Landesverweisung, dass in einem Urteil, das (unter anderem) eine Straftat des Deliktskataloges umfasste, eine Strafe von mehr als 6 Monaten verhängt wurde. Diese Regelung hat eine starke Relativierung der Mindeststrafe von 6 Monaten zur Folge, indem unter Umständen nicht das Delikt, das gemäss Deliktskatalog für die Landesverweisung massgebend ist, zu einer Strafe von über sechs Monaten führt, sondern die anderen Delikte, die gleichzeitig beurteilt werden. Die Regelung nach Absatz 4 will diesem Umstand Rechnung tragen.

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> Vgl. Art. 73a Abs. 2 und 3 nach Variante 2, Bericht der Arbeitsgruppe, S. 123.

## **2.1.2 Artikel 66b (Wiederholungsfall)**

Diese Bestimmung konkretisiert Artikel 121 Absatz 5 Satz 2 BV. Ein Wiederholungsfall ist möglich, solange eine Person mit einer strafrechtlichen Landesverweisung «belegt» ist. Mit einer Landesverweisung «belegt» ist eine Person ab der Rechtskraft des Urteils bis Ablauf der Dauer oder zur Aufhebung der Landesverweisung.

Reist ein Täter vor Ablauf der Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz ein und begeht erneut Delikte, die eine Landesverweisung zur Folge haben, werden die Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach Absorptionsprinzip vollzogen.<sup>122</sup> 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.

## **2.1.3 Artikel 66c (Zeitpunkt des Vollzugs)**

### **2.1.3.1 Einleitung**

Die Regelung nach Artikel 66c VE-StGB entspricht der Regelung, die von der Arbeitsgruppe im Rahmen der Varianten 2 und 3 vorgeschlagen wurde. Die nachfolgende Kommentierung stellt daher im Wesentlichen auf den Bericht der Arbeitsgruppe ab.<sup>123</sup>

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.

Theoretisch könnte die Landesverweisung in jedem Fall nach Feststellung des Eintritts der Rechtskraft sofort vollzogen werden. Allerdings kann 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 zu bestrafen nicht vereinbar. Eine solche Lösung wäre zudem 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.<sup>124</sup> Dies ist auch bei der vom Bundesrat neu vorgeschlagenen fakultativen Landesverweisung<sup>125</sup> so vorgesehen.

<sup>122</sup> Vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 55 aStGB, in KELLER 2003, Art. 55 StGB Rz. 56f.

<sup>123</sup> Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 73, S. 84 ff.

<sup>124</sup> KELLER 2003, Art. 55 StGB Rz. 57.

<sup>125</sup> Vgl. Art. 67c Abs. 2 E-StGB in der Botschaft zur Revision des Sanktionenrechts vom 4. April 2012.

### 2.1.3.2 Absatz 1

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 Artikel 59–61 StGB oder die Verwahrung nach Artikel 64 StGB.

- 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.
- Auch eine unbedingte Geldstrafe ist vor der Landesverweisung zu vollziehen. Die Ausschöpfung aller Vollzugsmöglichkeiten, welche 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 Straftat 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.<sup>126</sup> Als Hauptstrafe neben einer Landesverweisung wird das Gericht somit keine gemeinnützige Arbeit ausfallen, da diese hier als unzweckmässige 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.<sup>127</sup>
- Der Vollzug einer Geldstrafe, gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe zwischen einem und 3 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.

### 2.1.3.3 Absatz 2

Die Regelung des Beginns des Laufes der Landesverweisung nach Absatz 2 wurde von der altrechtlichen Landesverweisung übernommen.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4.

<sup>127</sup> Schon unter altem Recht ging man davon aus, dass die Landesverweisung sogleich vollzogen wird: KELLER 2003, Art. 55 StGB Rz. 57.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 55 Absatz 3 Satz 2 aStGB.

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 z.B. aus familiären oder gesundheitlichen Gründen noch eine gewisse Zeit in der Schweiz verbleiben, bevor sie die Schweiz 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, die innerhalb kürzester Zeit ausgeschafft werden können.<sup>129</sup> 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.

#### **2.1.4 Artikel 66d (Aufschub des Vollzugs)**

Werden Vollzugshindernisse erkannt, sei es von Amtes wegen oder gestützt auf Hinweise der betroffenen ausländischen Person, bleibt 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 Aufschubgründe werden in E-Artikel 66d VE-StGB das relative und absolute Non-Refoulement-Gebot aufgeführt.

*Zu Buchstabe 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 der Flüchtlingskonvention (FK)<sup>130</sup> 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 / 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 vermögen lediglich ein besonders schweres Verbrechen im Zusammenhang mit

<sup>129</sup> Vgl. dazu die Ausreisefrist und die sofortige Vollstreckung nach Art. 64d AuG.

<sup>130</sup> Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30.

einer konkreten Wiederholungsgefahr den Rückschiebeschutz aufzuheben.<sup>131</sup> 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.

*Zu Buchstabe 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.<sup>132</sup>

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 einem zwingenden Gebot der Praktikabilität entspricht.

Ein weiterer aus dem Ausländergesetz (siehe Art. 83 AuG) bekannter Aufschubgrund ist die Unzumutbarkeit des Vollzugs wegen Krieg, Bürgerkrieg oder einer medizinischen Notlage. Dieses Vollzugshindernis wird vorliegend ebenfalls nicht explizit aufgeführt, da es keine völkerrechtlich geschützte Menschenrechtsgarantie darstellt. Genannte Situationen können bei der Abwägung des Gerichts im Zusammenhang mit der Prüfung von Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden, oder sie können in bestimmten Fällen zu einem Rückschiebungsverbot führen, das von den Vollzugsbehörden zu beachten ist. 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 auch eine Verletzung von Artikel 3 EMRK (unmenschliche Behandlung) liegen.<sup>133</sup>

### **2.1.5 Artikel 148a (Missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe)**

Der vorgeschlagene neue Tatbestand entspricht – bis auf die systematische Einreihung und die Strafdrohung – Artikel 151a VE-StGB, der in den Varianten 2–4 der Arbeitsgruppe vorgeschlagen wurde. Die nachstehende Kommentierung übernimmt daher im Wesentlichen die Erläuterungen aus dem Bericht der Arbeitsgruppe.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Urteil 2A.139/1994 vom 1. Juli 1994 E. 6 mit Hinweisen auf die Doktrin, bestätigt im Urteil 2A.51/2006 vom 8. Mai 2006 E. 5.2

<sup>132</sup> So darf beispielsweise auch ein Terrorist, der viele Menschen getötet hat, nicht in ein Land zurückgewiesen werden, wo ihm grausame und unmenschliche Behandlung droht.

<sup>133</sup> ILLES 2006/2007, S. 40 f.

<sup>134</sup> Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 6.6.3, S. 66 ff.

### **2.1.5.1 Standort und Marginalie**

Der neue Tatbestand wird 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 vorgeschlagene Marginalie von Artikel 148a VE-StGB lautet «missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe».

### **2.1.5.2 Verhältnis zum Betrug**

Während Betrug (Art. 146 StGB) eine arglistige Irreführung bzw. Bestärkung in einem Irrtum voraussetzt, ist dies bei Artikel 148a VE-StGB nicht der Fall. Falls der (schwerere) Tatbestand des Betrugs erfüllt ist, findet dieser Anwendung; Artikel 148a VE-StGB ist insofern ein Auffangtatbestand. Er formuliert einzig das strafbare Verhalten, das nicht bereits durch den Betrugstatbestand abgedeckt ist. Diese Variante entspricht der Tradition des StGB und der ihm innewohnenden Systematik und Logik.

### **2.1.5.3 Objektiver Tatbestand**

Als Tathandlung nennt Artikel 148a Absatz 1 VE-StGB die Irreführung bzw. Bestärkung in einem Irrtum durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise. Damit ist einerseits der (Haupt-) Anwendungsfall erfasst, dass jemand unwahre oder unvollständige Angaben zu finanziellen oder persönlichen, etwa medizinischen Verhältnissen macht. Andererseits erwähnt der Tatbestand auch das Verschweigen von Tatsachen, etwa die fehlende Meldung veränderter Verhältnisse – und damit ein rein passives Verhalten. Nach den kantonalen Sozialhilfegesetzen müssen die hilfeschenden Personen vollständig und wahrheitsgetreu Auskunft über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse geben. Es sind die zur Abklärung der Situation erforderlichen Unterlagen vorzulegen und Änderungen der Verhältnisse unverzüglich zu melden. Täuscht die hilfeschende Person durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen oder Verheimlichen eine Notsituation vor, stellt dies einen klassischen Missbrauchsfall dar.<sup>135</sup>

Durch die Formel «oder in anderer Weise» werden auch andere mögliche Fälle der Vortäuschung einer Notsituation erfasst. Die Strafbarkeit setzt stets voraus, dass es zu einem unrechtmässigen Leistungsbezug kommt (vgl. dazu unten). Die blosser Aufrechterhaltung einer Notlage bzw. die blosser Verletzung der Pflicht, die persönliche Situation zu verbessern oder die Notlage zu beheben (die keinen unrechtmässigen Leistungsbezug zur Folge hat), fällt nicht unter den Tatbestand. Nicht erwähnt ist zudem die zweckwidrige Verwendung rechtmässig erlangter

<sup>135</sup> SKOS, Kontrollen und Sanktionen in der Sozialhilfe, Massnahmen zur Qualitätssicherung und zur Verhinderung von Sozialhilfemissbrauch, Bern 2010, S. 3; einsehbar unter: [www.skos.ch/store/pdf\\_d/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente.pdf](http://www.skos.ch/store/pdf_d/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente.pdf)

Leistungen; diese strafrechtlich zu erfassen würde zu Abgrenzungsproblemen führen.

Die Tathandlung kann gegenüber jedermann erfolgen: Neben der Verwaltung, einer anderen (eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen) Behörde oder Institution können auch Dritte getäuscht werden. Einbezogen sind damit einerseits auch Privatrechtssubjekte, welche unmittelbar Verwaltungsaufgaben erfüllen (z.B. privatrechtlich organisierte Krankenkassen im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung). Andererseits kann die Täuschung auch gegenüber dem Arzt erfolgen, der gestützt darauf eine falsche Diagnose stellt oder einen unrichtigen Arztbericht verfasst, womit es zu einem unrechtmässigen Leistungsbezug kommt.

Durch die unwahren oder unvollständigen Angaben oder die Unterdrückung von Tatsachen muss der Täter einen Irrtum hervorrufen (Irreführung). Strafbar ist weiter das Bestärken in einem bereits bestehenden Irrtum. Im Unterschied zum Betrugstatbestand ist keine arglistige Irreführung bzw. Bestärkung vorausgesetzt.

Der tatbestandsmässig vorausgesetzte Erfolg liegt im unrechtmässigen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe. Der Begriff «beziehen» (welcher auch in Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV verwendet wird), deutet an, dass der Täter die Leistung tatsächlich erlangt bzw. erwirkt haben muss, dass sie ihm also ausbezahlt wurde. Würde man bereits die Zusprechung der Leistung genügen lassen, zöge dies praktische Probleme nach sich: Dieser Moment ist oft nicht eruierbar, da die Zusprechung nicht immer durch eine Verfügung oder formelle Kostengutsprache erfolgt. Dies würde einige Unsicherheit und Unbestimmtheit mit sich bringen. Wurde die Leistung zwar zugesprochen, aber nicht ausbezahlt, ist der Täter wegen versuchten missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungs- bzw. Sozialhilfeleistungen strafbar – vorausgesetzt, dass sich sein Vorsatz auf den Bezug der Leistung richtete. Begünstigter der Zahlung kann entweder der Irreführende selbst oder aber ein anderer sein.

#### **2.1.5.4 Subjektiver Tatbestand**

Der Tatbestand erfordert Vorsatz. Der Täter muss wissentlich und willentlich unwahre bzw. unvollständige Angaben machen, um dadurch einen Irrtum hervorzurufen und eine unrechtmässige Leistung zu erlangen.

Im Gegensatz zum Betrugstatbestand wird keine unrechtmässige Bereicherungsabsicht verlangt (so auch Art. 14 VStrR<sup>136</sup> und Art. 87 AHVG<sup>137</sup>): Dass vorsätzlich eine unrechtmässige Leistung erlangt werden muss, schliesst bereits den Willen ein, sich durch diese unrechtmässig zu bereichern.

#### **2.1.5.5 Strafdrohung**

Gemäss Literatur ist gerade die Arglist das Element, das eine Täuschung im Bereich des Vermögensstrafrechts strafwürdig macht. Im Rahmen des Betrages wurde die

<sup>136</sup> SR 313.0

<sup>137</sup> SR 831.10

einfache Lüge bisher als nicht strafwürdig angesehen. Diese qualitativen Unterschiede sollten sich auch in der Strafdrohung niederschlagen. Die vergleichbaren Strafbestimmungen eidgenössischer Sozialversicherungszweige und kantonale Sozialmissbrauchstatbestände drohen geringe Strafen an.<sup>138</sup> Artikel 121 Absatz 3 BV misst dem Sozialmissbrauch nun allerdings offenbar einen grösseren Unrechtsgehalt bei.

Artikel 148a Absatz 2 VE-StGB sieht vor, dass in leichten Fällen auf Busse zu erkennen ist. Ein möglicher Anwendungsfall könnte sein, dass eine Person im Wissen um die Meldepflicht eine Erhöhung des Erwerbsums nicht sofort meldet, um zunächst abzuwarten, ob diese gesundheitlich überhaupt möglich ist. Aufgrund der Strafdrohung ist eine Landesverweisung in leichten Fällen ausgeschlossen.

### 2.1.5.6 Verhältnis zum bestehenden Recht

In den Erlassen des Sozialversicherungsrechts des Bundes bestehen strafrechtliche Bestimmungen, die auch jemanden sanktionieren, der durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen bestimmte Leistungen der entsprechenden Sozialversicherungszweige erwirkt, die ihm nicht zukommen.<sup>139</sup> Es fragt sich, in welchem Verhältnis diese Bestimmungen zum neu geschaffenen Artikel 148a VE-StGB stehen. Vergleicht man die Tatbestandsmerkmale so fällt auf, dass sie zwar ähnlich formuliert sind, die sozialversicherungsrechtlichen Straftatbestände das Tatbestandsmerkmal des Irrtums im Gegensatz zum Artikel 148a VE-StGB jedoch nicht enthalten. Die Tatbestände können deshalb auch erfüllt sein, wenn der Täter beispielsweise gegenüber der Institution (z.B. Ausgleichskasse) unwahre Angaben macht, diese die Unwahrheiten zwar erkennt, d.h. sich über die Anspruchsberechtigung nicht irrt und gleichwohl Leistungen erbringt<sup>140</sup>. Die entsprechenden Straftatbestände des Sozialversicherungsrechts sind demzufolge offener formuliert als der Sozialmissbrauchstatbestand des StGB, weshalb an diesen Regelungen keine Änderungen vorgenommen werden. Eine echte Konkurrenz dieser Straftatbestände mit Artikel 148a VE-StGB ist zudem ausgeschlossen, weil in den entsprechenden Erlassen die mit schwerer Strafe bedrohten Verbrechen und Vergehen des StGB vorbehalten sind.<sup>141</sup> Erfüllt ein Verhalten sowohl den sozialversicherungsrechtlichen Missbrauchstatbestand als auch den Tatbestand von Artikel 148a VE-StGB, so kommt aufgrund der strengeren Strafdrohung<sup>142</sup> letzterer zur Anwendung.

<sup>138</sup> Art. 87 Abs. 1 AHVG: Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen; Art. 85 SHG BE: Busse; § 48a SHG ZH: Busse.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> HOMBERGER 1993, S. 59.

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> Die sozialversicherungsrechtlichen Vergehenstatbestände unterliegen der Strafdrohung «Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen», während dem Art. 148a VE-StGB mit «Freiheitsstrafe bis zu einem 1 Jahr oder Geldstrafe» bedroht ist.

Im Bereich der Sozialversicherungen des Bundes ist die Strafverfolgung den Kantonen übertragen worden, weshalb die Anwendung des Leistungs- und Abgabebetrugs gemäss Artikel 14 Absatz 1 VStrR ausscheidet. Dieser käme – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – dann zur Anwendung, wenn die Verfolgung und Beurteilung einer Widerhandlung einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen worden ist (vgl. Art. 1 VStrR).

## **2.1.6 Strafregisterrecht**

### **2.1.6.1 Einleitung**

Die Landesverweisung wird im Rahmen des Urteils im Strafregister eingetragen.

Ein Rückfall innerhalb der Dauer der Landesverweisung führt zu einer Landesverweisung von 20 Jahren. Die Dauer der Landesverweisung ist daher mit einer Probezeit vergleichbar, die ebenfalls in das Strafregister eingetragen wird. Gerade für die Strafverfolgungsbehörden, welche für die Strafzumessung auf die Informationen im Strafregister zugreifen, ist es dienlich, wenn sie sehen, ob ein neues Delikt in die Dauer einer Landesverweisung fällt oder nicht. Es erscheint daher sinnvoll, wenn die Vollzugsbehörde das Datum, an dem die Landesverweisung zu laufen beginnt, in das Strafregister einträgt.<sup>143</sup> Ein formeller Entscheid über das Ende der Landesverweisung ist in der Regel nicht notwendig; das Ende tritt mit Ablauf der verhängten Dauer ein.

Im Folgenden werden die Änderungen dargestellt, die auf Gesetzesebene vorgenommen werden müssen.

### **2.1.6.2 Artikel 369 (Entfernung des Eintrags)**

Artikel 369 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 VOSTRA entfernt, d.h. physisch vernichtet werden.

Bei einem Urteil, das eine Landesverweisung enthält, sieht *Absatz 5<sup>bis</sup>* hingegen vor, dass dieses erst mit dem Tod der betroffenen ausländischen Person aus VOSTRA entfernt wird. Die Entfernungszeiten 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 VE-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. Denn es besteht die Möglichkeit, dass eine Wiederholungstat erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgedeckt wird, diese aber schon vor Ablauf der Landesverweisung begangen wurde. Die Landesverweisung müsste theoretisch mindestens bis zum Ablauf der Verfolgungsverjährung des Wiederholungsdelikts (Art. 97 ff. StGB) in

<sup>143</sup> Art. 6 der Verordnung vom 29.9.2006 über das Strafregister (VOSTRA-V; SR 331) wird entsprechend ergänzt werden müssen.

VOSTRA gespeichert sein. Da zum Zeitpunkt des Ablaufs der Landesverweisung weder das potentielle Wiederholungsdelikt noch dessen Verjährung bekannt ist und es zudem unter den Straftaten, die zu einer Landesverweisung führen, Straftaten gibt, die unverjährbar sind (Art. 66a VE-StGB, Art. 101 StGB), ist eine lebenslängliche Aufbewahrung in VOSTRA unumgänglich.

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit ist hingegen vorgesehen, dass nach Ablauf der Landesverweisung der Zugriff auf solche Daten auf gewisse Behörden beschränkt wird.

### 2.1.6.3 Artikel 371 (Strafregisterauszug für Privatpersonen)

In Artikel 371 wird geregelt, ab welchem Zeitpunkt das Strafurteil aus Resozialisierungsgründen<sup>144</sup> nicht mehr im Strafregisterauszug (Privatauszug) erscheint, obwohl dieses noch in VOSTRA gespeichert ist. Diese Fristen basieren auf den Entfernungsfristen von Artikel 369, sind jedoch verkürzt.

Da die lebenslange Aufbewahrungsdauer (Art. 369 Abs. 5<sup>bis</sup> VE-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 ein neuer *Absatz 4<sup>bis</sup>* eine Sonderregelung vor. Diese legt fest, dass ein Urteil so lange im Strafregisterauszug erscheint, als die ausländische Person mit einer Landesverweisung belegt<sup>145</sup> ist. Das Urteil erscheint somit grundsätzlich erst zu dem Zeitpunkt nicht mehr im Strafregisterauszug, an dem die Landesverweisung abgelaufen<sup>146</sup> ist. Endet die Landesverweisung noch vor Ablauf der normalen Fristen gemäss Artikel 371 Absätze 3 oder 4 StGB,<sup>147</sup> so kommt die Sonderregel des Absatzes 4<sup>bis</sup> 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 verhindert die noch andauernde Landesverweisung, dass das Urteil nach Ablauf der Probezeit nicht mehr im Auszug erscheint (vgl. Art. 371 Abs. 3<sup>bis</sup>), sondern erst nachdem die Landesverweisung verbüsst wurde.

Die Sonderregelung von *Absatz 4<sup>bis</sup>* 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.

<sup>144</sup> Nach Ablauf dieser Fristen darf sich der Täter gegenüber Privatpersonen (z.B. Vermieter einer Wohnung) als «nicht vorbestraft» bezeichnen.

<sup>145</sup> Zum Begriff «belegt» vgl. Kommentierung zu Art. 66b VE-StGB (Ziff. 2.1.3).

<sup>146</sup> Die Dauer der Landesverweisung wird ab dem Zeitpunkt berechnet, ab dem der Täter die Schweiz verlassen hat (Art. 66 Abs. 2 VE-StGB).

<sup>147</sup> Art. 371 Absatz 3<sup>bis</sup> 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.

Allerdings erscheint es im Falle einer Landesverweisung kaum gerechtfertigt, dem Täter nach Ablauf der normalen Fristen gemäss Artikel 371 Absätze 3–5 einen «blanken» Strafregisterauszug auszustellen, obwohl dieser noch mit einer Landesverweisung belegt ist, d.h. 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 Fällen, 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-Prinzips). Die Sicherheitsinteressen gehen in diesem Fall den Resozialisierungsinteressen der betroffenen Person vor.

Schliesslich wird vorgeschlagen, dass auch ein Urteil, das eine Landesverweisung enthält (Abs. 4<sup>bis</sup>), von der Regel nach Absatz 5 erfasst wird.

#### **2.1.6.4 Strafgesetzbuch in der Fassung vom 19. März 2010 Artikel 367 (Bearbeitung der Daten und Einsicht)**

Die vorgeschlagenen Änderungen von Artikel 367 StGB basieren auf der Fassung dieser Bestimmung, die im Rahmen der Änderung des Militärgesetzes (MG) angepasst wurde und die per 1. Januar 2013 in Kraft treten wird (vgl. AS 2011 487).

Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, sollen gemäss Artikel 369 Absatz 5<sup>bis</sup> VE-StGB bis zum Tod der betroffenen Person in VOSTRA gespeichert werden (vgl. oben, Ziff. 2.1.6.2). Nach Ablauf der Landesverweisung sind diese Daten jedoch nur noch für diejenigen Behörden relevant, die Strafverfahren durchführen und von einer einmal bestandenen 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<sup>ter</sup> vor, dass die übrigen Behörden (d.h. die Behörden nach Abs. 2 Bst. c–k), nach Ablauf der Landesverweisung nicht mehr Einsicht in das entsprechende Urteile nehmen können. In bestimmten Fällen kann allerdings eine Landesverweisung ablaufen, bevor die nach Artikel 369 Absätze 1–4<sup>ter</sup> StGB berechnete, für Urteile ohne Landesverweisung übliche Frist abläuft. Der zweite Satz von Absatz 2<sup>ter</sup> stellt sicher, dass das Einsichtsrecht mindestens während der für andere Urteile üblichen Dauer wahrgenommen werden kann.

Der Inhalt der Absätze 2<sup>quater</sup>–2<sup>sexies</sup> StGB, bleibt unverändert. Lediglich die Nummerierung der Absätze und die im Text zitierten Absätze werden aufgrund des Einschubs des neuen Absatzes 2<sup>ter</sup> angepasst.<sup>148</sup>

<sup>148</sup> Zur ursprünglichen Nummerierung (inkl. Wortlaut) der Absätze 2<sup>quater</sup>–2<sup>sexies</sup> vgl. AS 2010 6015, 6027 f. Anhang Ziff. II.

## **2.2 Militärstrafgesetz<sup>149</sup>**

### **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 sollen.

Die Grundsätze für die Verhängung einer Landesverweisung entsprechen denjenigen in Artikel 66a VE-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 VE-StGB haben.

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

Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz werden von den zivilen Gerichten beurteilt, weshalb auch die Widerhandlungen gegen Artikel 19 Absatz 2 BetmG, wie sie in Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe d VE-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 VE-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. 1.3.2).

### **2.2.2 Artikel 49b (Wiederholungsfall)**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 66b VE-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.

<sup>149</sup> SR 321.0.

## **2.3 Änderung anderer Bundesgesetze**

### **2.3.1 Ausländergesetz<sup>150</sup>**

#### **2.3.1.1 Artikel 61**

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

#### **2.3.1.2 Artikel 62 und 63**

Um den bei der alten Landesverweisung (aArt. 55 StGB) kritisierten Dualismus<sup>151</sup> zu vermeiden, soll die Klausel in Artikel 62 Absatz 2 sowie Artikel 63 Absatz 3 AuG eingeführt werden. Diese verpflichtet die Ausländerbehörde, keine Bewilligungen zu löschen oder zu widerrufen allein gestützt auf ein Delikt, über welches ein Strafgericht bereits abschliessend geurteilt und dabei 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.

#### **2.3.1.3 Artikel 75, 76 und 78**

Neben den Entfernungsmassnahmen, die die Kantone vorsehen können, wird zusätzlich eine gesetzliche Grundlage im Ausländergesetz geschaffen. Das Bundesgericht hat sich bereits in BGE 128 II 103 zur alten Landesverweisung (aArt. 55 StGB) über die Administrativhaft geäussert: «Das Gesetz nennt die Landesverweisung nicht ausdrücklich als zulässige Entfernungsmassnahme, die einer Ausschaffungshaft zugrunde liegen könnte. 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 kann.»<sup>152</sup>

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

Als Variante ist denkbar, dass nur eine Entfernungsmassnahme im Gesetz verankert wird. Entweder gilt für alle Kantone die Durchsetzung über die Sicherheitshaft gemäss StPO oder es gelten die Massnahmen gemäss AuG.

<sup>150</sup> SR 142.20.

<sup>151</sup> Siehe KELLER 2003, Art. 55 N 62.

<sup>152</sup> Urteil 2A.405/1996 vom 29. August 1996, bestätigt mit den Urteilen 2A.1/1998 vom 23. Januar 1998 und 2A.13/1999 vom 28. Januar 1999.

## **2.3.2 Asylgesetz<sup>153</sup>**

### **2.3.2.1 Artikel 37 und Artikel 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. Ziff. 2.1.4). Vor diesem Hintergrund muss die Vollzugsbehörde, um zwingendes Völkerrecht einzuhalten, die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft durch das BFM oder Bundesverwaltungsgericht abwarten, wenn die von einer Landesverweisung betroffene Person ein Asylgesuch eingereicht hat. Das Bundesamt für Migration oder das Bundesverwaltungsgericht sind daher verpflichtet, prioritär über die Flüchtlingseigenschaft der betroffenen Person zu entscheiden, wenn eine Landesverweisung rechtskräftig ist.

### **2.3.2.2 Artikel 53 und Artikel 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.

## **2.3.3 Schweizerische Strafprozessordnung<sup>154</sup>**

### **2.3.3.1 Artikel 220 Absatz 2**

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. 2.3.1.3).

Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Bestimmungen der StPO so zu präzisieren, 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 StPO oder mit der Ausschaffungshaft nach AuG sicherstellen wollen.

### **2.3.3.2 Artikel 352 Absatz 2**

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, soll der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafbefehlsverfahren ist in diesen Fällen ausgeschlossen (vgl. oben, Ziff. 1.4.4.6). Mit der Präzisierung in Artikel 352 Absatz 2 wird diesem Grundsatz Rechnung getragen.

<sup>153</sup> SR 142.31.

<sup>154</sup> SR 312.0.

### **2.3.4 Militärstrafprozess<sup>155</sup>**

#### **2.3.4.1 Artikel 56 Buchstabe a**

Analog zur Anpassung in Artikel 220 Absatz 2 StPO soll mit der Ergänzung in Artikel 56 Buchstabe a 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.

#### **2.3.4.2 Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe e**

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, soll der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafmandatsverfahren ist in diesen Fällen ausgeschlossen (vgl. oben, Ziff. 1.4.4.6). Mit der Präzisierung in Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe e wird diesem Grundsatz Rechnung getragen.

### **2.3.5 Bundesgesetz vom 22. März 1974<sup>156</sup> über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)**

Artikel 21 Absatz 1 VStrR wird dahingehend ergänzt, dass, wenn das übergeordnete Departement nicht nur die Voraussetzungen für eine Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme, sondern auch für eine Landesverweisung für gegeben hält, 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 Strafbefehlsverfahren<sup>157</sup> ebenfalls nicht über eine Landesverweisung entscheiden, sondern nur das Strafgericht.<sup>158</sup>

Artikel 73 Absatz 1 (erster Satz) sieht demzufolge neu vor, dass die Akten auch bei einer drohenden Landesverweisung von der beteiligten Verwaltung an die kantonale Staatsanwaltschaft zuhanden des zuständigen Strafgerichts weitergeleitet werden müssen.

<sup>155</sup> SR 322.1.

<sup>156</sup> SR 313.0.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> Vgl. dazu Ziff. 1.4.4.6.

## **2.3.6 Bundesgesetz vom 13. Juni 2008<sup>159</sup> über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI)**

Absatz 1 Buchstabe d von Artikel 15 BPI wird mit der Landesverweisung nach Artikel 66a VE-StGB und Artikel 49a VE-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.

### **3 Auswirkungen**

#### **3.1 Annahmen**

##### **3.1.1 Bestehende Situation**

Im Jahr 2010 wurde vom Schweizerischen Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien (SFM) und dem Zentrum für Migrationsrecht (ZFM) der Universität Neuchâtel eine Umfrage durchgeführt, die Schlüsse über die kantonale Praxis bei der Wegweisung von straffälligen Ausländern erlauben sollte. Zwanzig 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 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.<sup>160</sup>

##### **3.1.2 Annahmen für Variante 1**

Zur Ermittlung der Zahl der ausländischen Personen, die aufgrund der in Variante 1 vorgesehenen Regelung des Landes verwiesen werden müssten, kann als Richtwert von Variante 2 des Berichts der Arbeitsgruppe<sup>161</sup> ausgegangen werden. Der Deliktskatalog dieser Variante entspricht ungefähr dem Deliktskatalog des Vorentwurfs.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> SR 361.

<sup>160</sup> Siehe zum Ganzen: Aktuelle Praxis der Wegweisungen, Kurzbericht, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM, Bern, 19. Oktober 2010, S. 1, 2, 3, 7.

<sup>161</sup> Bericht der Arbeitsgruppe; dieser Bericht nimmt seinerseits Bezug auf Untersuchungen des Bundesamtes für Statistik (BFS), die bereits im Vorfeld zur Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative angestellt wurden. Siehe dazu Bericht der Arbeitsgruppe, S. 103 ff.

<sup>162</sup> 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 im Verfassungsartikel festgehaltenen Delikte alle Verbrechen umfasst, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren oder mehr bedroht ist.

Gemäss den Zahlen des Bundesamtes für Statistik (BFS) wären im Jahr 2009 insgesamt rund 3'400 Ausländerinnen und Ausländer durch die neuen Bestimmungen erfasst worden:

- Bei rund 23% handelte es sich um EU-Bürger, auf welche grundsätzlich das FZA anwendbar ist.
- Rund 1'300 der betroffenen Ausländer hatten eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung und somit ein gefestigtes Aufenthaltsrecht.
- Rund 1'680 Personen stammten entweder aus dem Asylbereich, hatten keine Bewilligung oder waren als Grenzgänger oder Kurzaufenthalter zugelassen.
- Bei rund 400 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben.
- Die zwingende Landesverweisung müsste somit bei dieser Variante jährlich bei rund 1'300 Personen mit einem gefestigtem Aufenthaltsrecht angeordnet werden.
- Bei rund 330 Personen hätte vorfrageweise das Asylgesuch oder die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft werden müssen.<sup>163</sup>
- In den übrigen rund 1'770 Fällen kann davon ausgegangen werden, dass die betroffenen Personen die Schweiz aufgrund mangelnden Aufenthaltsrechts und unabhängig von einer Straftat hätten verlassen müssen.<sup>164</sup> 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 die Zahl der vom Vorentwurf betroffenen Ausländer vermutlich etwas unter den erwähnten 3'400 Personen liegen wird. Dies, weil der Richter gehalten ist, die Vorgaben der EMRK, des UNO-Pakts II und der KRK bei der Anordnung der Landesverweisung zu beachten.

### **3.1.3 Annahmen für Variante 2<sup>165</sup>**

Im Jahr 2009 wären insgesamt rund 16'400 Ausländerinnen und Ausländer erfasst worden.

- Davon sind 3'183 EU-Bürger (rund 20%), für welche das FZA gilt.
- Rund 4'450 der betroffenen Personen hatten eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, d.h. ein gefestigtes Aufenthaltsrecht.
- Rund 10'780 Ausländerinnen und Ausländer stammten aus dem Asylbereich, hatten keine Bewilligung oder waren als Grenzgänger oder Kurzaufenthalter zugelassen.
- Bei rund 1'180 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben.

<sup>163</sup> Bericht der Arbeitsgruppe, S. 105 f.; Variante 2 dieser Vorlage entspricht Variante 1 der Arbeitsgruppe.

<sup>164</sup> Bericht der Arbeitsgruppe, S. 106.

<sup>165</sup> Bericht der Arbeitsgruppe, S. 105.

- Ein Widerruf oder eine Nichtverlängerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung müsste somit bei Variante 2 jährlich bei rund 4'500 Personen angeordnet werden.
- Bei rund 2'500 Personen müsste vorfrageweise das Asylgesuch oder die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft werden (sofern dies nicht bereits vor der Verurteilung erfolgt ist).
- In den übrigen rund 9'500 Fällen ist davon auszugehen, dass in der Regel kein Anwesenheitsrecht besteht und die betroffenen Personen die Schweiz bereits deshalb und unabhängig von einer Straftat verlassen müssen.

Im Vergleich zu Variante 1 werden bei Variante 2 deutlich mehr Ausländerinnen und Ausländer erfasst. Dies erklärt sich in erster Linie dadurch, dass Variante 2 nur auf das begangene Delikt abstellt, während Variante 1 neben der Art des Delikts auch dessen Schwere mitberücksichtigt (Mindeststrafe von von mehr als 6 Monaten). Es ist allerdings offen, wie viele der verurteilten Personen, gegen die nach Variante 1 eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten verhängt wurde, gestützt auf die Ausnahmeklausel nach Artikel 66a Absatz 2 VE-StGB trotzdem des Landes verwiesen werden könnten.

## **3.2 Mögliche Auswirkungen auf Bund und Kantone**

### **3.2.1 Allgemein**

Der bei beiden Varianten anzunehmende Anstieg an Ausweisungen resp. Landesverweisungen könnte für den Bund und die Kantone Auswirkungen im Administrativbereich sowie im Zusammenhang mit der Ausschaffungshaft<sup>166</sup> und der Nothilfe oder Sozialhilfe haben.

### **3.2.2 Folgen für den Bund**

#### **3.2.2.1 Variante 1**

Das Bundesamt für Migration (BFM) wird im Rahmen der Amtshilfe teilweise angefragt, ob eine (ausländerrechtliche) Wegweisung gegen das Non-Refoulement-Gebot verstossen würde. Dies wird auch beim Vollzug der neuen Landesverweisung der Fall sein. Der damit verbundene Arbeitsaufwand von 4 – 6 Stunden (bei nicht komplizierten Fällen) darf nicht vernachlässigt werden.

Kein administrativer Mehraufwand entsteht bei Variante 1 für die Bundesbehörden im Zusammenhang mit der vorläufigen Aufnahme, da diese bei von der Landesverweisung Betroffenen nicht verfügt werden darf.

#### **3.2.2.2 Variante 2**

Aufgrund der grösseren Anzahl von betroffenen Personen würde Variante 2 die Situation in Bezug auf den Mehraufwand des BFM im Zusammenhang mit Abklärungen zum Non-Refoulement-Gebot gegenüber Variante 1 deutlich

<sup>166</sup> Zuweilen auch «Administrativhaft» genannt.

verschärfen. Aufgrund der fehlenden Regelung ist offen, ob Variante 2 für die Bundesbehörden zu einem Mehraufwand im Zusammenhang mit der vorläufigen Aufnahme führen würde.

### **3.2.3 Folgen für die Kantone und Gemeinden**

#### **3.2.3.1 Variante 1**

Die neue Landesverweisung wird von den Kantonen vollzogen werden müssen. Variante 1 überlässt es den Kantonen, ob sie die Strafvollzugsbehörden, die Ausländerbehörden oder beide damit betrauen wollen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die kantonalen Migrationsämter durch die Folgen der Ausschaffungsinitiative eine administrative Mehr- oder eine Minderbelastung erfahren werden. Denkbar ist, dass die wegfallende Pflicht der Migrationsämter zur Beweisführung im Rahmen eines Wegweisungsverfahrens den Verwaltungsaufwand verringern wird (in den Fällen, in denen neu das Gericht aufgrund einer Straftat eine Landesverweisung verhängt). Möglich ist auch, dass ein erhöhter Aufwand entstehen wird; dies weil aufgrund der zusätzlichen Landesverweisungen auch mit einer Zunahme der rechtlichen Auseinandersetzungen aufgrund von Anfechtungen der Vollzugsentscheide zu rechnen ist.<sup>167</sup>

Im Weiteren dürfte sich für die Kantone das Problem der finanziellen Last im Zusammenhang mit der Administrativhaft verschärfen. Bereits heute fehlen in der ganzen Schweiz Haftplätze. Würde also die Errichtung neuer Haftanstalten notwendig, bedeutete dies ein grosser finanzieller Mehraufwand.

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 dem Non-Refoulement-Gebot) 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.

#### **3.2.3.2 Variante 2**

Variante 2 enthält keine Vollzugsregelungen, die besondere Rückschlüsse auf die oben angeführten Auswirkungen zulassen. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass sich für Variante 2 letztlich dieselben Fragen wie für Variante 1 stellen. Aufgrund der gegenüber Variante 1 deutlich grösseren Anzahl von betroffenen Personen ist damit zu rechnen, dass auch die Auswirkungen in Bezug

<sup>167</sup> Siehe «Migrationsämter sind uneins», Südostschweiz.ch vom 14.10.2010, abrufbar unter <http://www.suedostschweiz.ch/zeitung/migrations%C3%A4mter-sind-uneins>, zuletzt besucht am 16.01.2012.

auf die Belastung der Vollzugsbehörden, die Kosten für die Administrativhaft und die Nothilfe deutlich grösser sein werden.

### **3.3 Verhältnis zu den Abkommen mit der EU**

Im Vordergrund steht die Frage, welche Folgen die Vorentwürfe mit Blick auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) und auf die sechs weiteren bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union haben können.

#### **3.3.1 Beachtung der Vorgaben des FZA**

Die FZA-konforme Umsetzung der Ausschaffungsinitiative setzt voraus, dass ohne gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung keine Landesverweisung ausgesprochen oder kein Einreiseverbot verhängt werden kann. Eine FZA-konforme Regelung verpflichtet zudem jede Behörde, welche eine die Freizügigkeit einschränkende Massnahme aussprechen kann, 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.

##### **3.3.1.1 Variante 1**

Variante 1 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 sollte sicherstellen, dass eine hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt. Zudem kann in Bagatellfällen – wo kaum eine solche Gefährdung vorliegen dürfte – aufgrund der vorgesehenen Mindeststrafe von 6 Monaten grundsätzlich keine Landesverweisung ausgesprochen werden. Durch diese Mindeststrafe und die Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsgarantien in denjenigen Fällen, wo eine Strafe über 6 Monaten ausgesprochen wurde, wird schliesslich auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip (i.e.S.) Rechnung getragen.

Der Bundesrat hat aus Gründen der Kohärenz auch geprüft, den Deliktskatalog gestützt auf Artikel 121 Absatz 4 BV um Straftaten im Bereich der Abgaben an den Staat zu erweitern. Wenn Straftaten im Bereich des Bezugs von Leistungen des Staates zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen, so erschiene es konsequent, wenn auch Straftaten im Bereich der Abgaben diese Rechtsfolgen zeitigten. Da es sich bei den Abgabedelikten aufgrund der Strafandrohungen um eher weniger schwere Vergehen handelt, wäre eine Fernhaltungsmassnahme in diesem Bereich kaum mit den Vorgaben des FZA (vgl. oben, Ziff. 3.3.1) zu vereinbaren gewesen. Um die Reibungsfläche mit den Vorgaben des FZA möglichst klein zu halten, hat der Bundesrat schliesslich entschieden, die Abgabedelikte nicht in den Deliktskatalog aufzunehmen.

Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Variante 1 wird 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 Freizügigkeitsabkommen auf ein Minimum reduziert; und dies unter Beachtung des Volkswillens.

### 3.3.1.2 Variante 2

Anders als bei Variante 1, wäre bei einer Umsetzung von Variante 2 in Kauf zu nehmen, dass es in vielen Fällen zu einer gegen das FZA verstossenden Ausschaffung kommen würde. Insbesondere dem Erfordernis der hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung könnte in vielen Fällen nicht Rechnung getragen werden. Zum einen, weil der Deliktskatalog nicht nur schwere Verbrechen, sondern auch zahlreiche minder schwere Verbrechen bzw. leichtere Vergehen (z.B. einfache Körperverletzung Art. 123) enthält. Zum anderen, weil keine Mindeststrafe vorgesehen ist und – mit Ausnahme des Non-Refoulement-Gebots – keinerlei internationalen Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden dürfen. Aufgrund dieses Ausweisungsautomatismus wird der Richter deshalb auch in Bagatellfällen zwingend eine Landesverweisung aussprechen müssen.<sup>168</sup>

Eine Einzelfallprüfung findet zum Zeitpunkt des Strafurteils keine und zum Zeitpunkt des Vollzugs höchstens im Zusammenhang mit dem Non-Refoulement-Verbot statt. Dies genügt den Anforderungen des FZA nicht.

Die nachfolgend umrissenen Folgen dürften daher aufgrund von Variante 2 viel deutlicher ausfallen als bei Variante 1.

### 3.3.1.3 Folgen für das FZA

Bei Anwendung der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung (StGB) kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zu Vertragsverletzungen seitens der Schweiz kommen wird. Dies dürfte durch die Europäische Union festgestellt und gerügt werden. Doch auch die Europäische Union hat ein grosses Interesse an der Aufrechterhaltung des FZA. Zudem werden die Fälle, in denen es tatsächlich zu einer FZA-widrigen Ausweisung kommen könnte, in Variante 1 stark reduziert (anders bei Variante 2). Es ist daher offen, welche konkreten politischen Konsequenzen dies schliesslich haben würde.<sup>169</sup>

Eine Möglichkeit der Konfliktlösung wären Neuverhandlungen zwischen der Schweiz und der EU bezüglich des umstrittenen Punktes (Ausweisungsautomatismus) und ein Vorbehalt 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 waren alle aufgrund nationaler Regelungen<sup>170</sup> vom EuGH für Verstösse gegen das einschlägige EU-Recht verurteilt

<sup>168</sup> Vgl. Tabelle zur Veranschaulichung der einzelnen Varianten der Arbeitsgruppe, einsehbar unter: [http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628\\_tab\\_delikte-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_tab_delikte-d.pdf)

<sup>169</sup> JAAG / PRIÜLI 2010, S. 7.

<sup>170</sup> Regelungen betreffend Ausweisung wegen «Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der gesellschaftlichen Grundinteressen».

worden.<sup>171</sup> Im Falle der Niederlande z.B. hatte 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.<sup>172</sup>

#### **4 Verhältnis zur Legislaturplanung**

In der Botschaft über die Legislaturplanung 2011–2015 vom 25. Januar 2012 wird die 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.<sup>173</sup>

### **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.

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 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. Die Gesetzgebungskompetenz für die hier vorgeschlagenen Gesetzesänderungen ergibt sich zudem direkt aus Artikel 121 Absatz 3–6 BV.

##### **5.1.2 Grundrechtskonformität**

###### **5.1.2.1 Variante 1**

Variante 1 basiert zwar auf der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen und geht von einer harmonisierenden Auslegung aus. Den neuen Verfassungsbestimmungen nach Artikel 121 Absätzen 3–6 BV (vgl. oben, Ziff. 1.4.2) wird indessen grosses Gewicht zugemessen, so dass den Grundätzen rechtsstaatlichen Handelns nach

<sup>171</sup> So hatten z.B. die Niederlande eine ausländerrechtliche Bestimmung eingeführt, nach welcher es möglich war, einen systematischen und automatischen Zusammenhang zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung herzustellen, ohne zwingende Berücksichtigung der familiären Umstände, des persönlichen Verhaltens und der Frage, ob eine tatsächliche und genügend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung besteht. Siehe zum Ganzen JAAG / PRIULI 2010, S. 5.

<sup>172</sup> JAAG / PRIULI 2010, S. 5.

<sup>173</sup> BBl 2012 615.

Artikel 5 Absatz 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.

Die Verhältnismässigkeit (i.e.S.) kommt über die Mindeststrafe (vgl. oben, Ziff. 1.4.4.4) und im Rahmen der Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsgarantien (vgl. oben, Ziff. 1.4.2) zum Tragen.

### **5.1.2.2 Variante 2**

Variante 2 basiert auf dem Standpunkt der Vertreter des Initiativkomitees, wonach die neuen Verfassungsbestimmungen verhältnismässig und mit dem Völkerrecht vereinbar sind; sollten die neuen Verfassungsbestimmungen mit dem nicht zwingenden Völkerrecht nicht vereinbar sein, so gelte der Vorrang des Verfassungsrechts vor dem nicht zwingenden Völkerrecht (vgl. oben, Ziff. 1.5.2). Variante 2 enthält daher keine Bestimmungen, welche in besonderer Weise dem Verhältnismässigkeitsprinzip oder der Beachtung des nicht zwingenden Völkerrechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 und 4 BV Nachachtung verschaffen. Auch Variante 2 kann zu Eingriffen in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Artikel 13 Absatz 1 BV führen. Im Gegensatz zu Variante 1 wird die Verhältnismässigkeit (i.e.S.) ohne Mindeststrafe und ohne Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsgarantien als gegeben erachtet.

## **5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

### **5.2.1 EMRK, UNO-Pakt II und KRK**

#### **5.2.1.1 Variante 1**

Artikel 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK<sup>174</sup> und Artikel 13 UNO-Pakt II sehen für die Ausweisung von 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 bezieht 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 Variante 1 im Zusammenhang mit der Landesverweisung keine verfahrensrechtlichen Einschränkungen vorsieht.

Variante 1 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 VE-StGB).

<sup>174</sup> Protokoll Nr. 7 vom 22.11.1984 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.1988 (SR **0.101.07**).

Im Bereich des nicht zwingenden Völkerrechts werden die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien bei der Anordnung der Landesverweisung berücksichtigt (Art. 66a Abs. 3 VE-StGB und 49a Abs. 3 VE-MStG). 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 Kinderrechtskonvention, wie 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.

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. 2.1.1.3). Hervorzuheben ist, dass nicht auf ein einziges, starres Kriterium (wie z.B. den verwirklichten Straftatbestand) abgestellt wird. Mit den oben erwähnten Einschränkungen lässt der Vorentwurf eine Prüfung des Einzelfalls mit ergebnisoffener Interessenabwägung zu.

### **5.2.1.2 Variante 2**

Variante 2 schränkt den Rechtsweg ein und sieht eine Beschleunigung des Verfahrens vor (Art. 73c Abs. 4 VE-StGB). Artikel 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK und Artikel 13 UNO-Pakt II sehen zwar vor, dass die betroffene Person den Ausweisungsentscheidung administrativ oder gerichtlich überprüfen lassen kann, sie verlangen jedoch keinen spezifischen Zugang zu einem Gericht. Indem Artikel 73c Absatz 4 VE-StGB sowohl die kantonale Vollzugsbehörde als Entscheidbehörde als auch die Möglichkeit des Weiterzugs deren Entscheids an das zuständige kantonale Gericht vorsieht, werden die oben genannten völkerrechtlichen Verfahrensgarantien eingehalten.

Variante 2 berücksichtigt das zwingende Völkerrecht, indem sie ausdrücklich vorsieht, dass der Vollzug einer Landesverweisung vorübergehend aufgeschoben werden kann, wenn zwingende Gründe gemäss Artikel 25 Absatz 2 und 3 BV entgegenstehen (Art. 73c Abs. 2 VE-StGB).

Im Bereich des nicht zwingenden Völkerrechts werden die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien bei der Anordnung der Landesverweisung nicht ausdrücklich berücksichtigt. Es ist davon auszugehen, dass dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 UNO-Pakt II sowie den Garantien der Kinderrechtskonvention in vielen Fällen nicht Rechnung getragen wird. Die dabei relevanten Kriterien können jedenfalls nicht in Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls gewichtet werden.

Indem nur auf ein einziges, starres Kriterium (den verwirklichten Straftatbestand) abgestellt wird, lässt Variante 2 keine Prüfung des Einzelfalls mit ergebnisoffener Interessenabwägung zu.

## **5.2.2 FZA und EFTA-Übereinkommen**

### **5.2.2.1 Variante 1**

Da sich der Deliktskatalog auf schwere Verbrechen konzentriert, wird Variante 1 das FZA und das EFTA-Übereinkommen so weit als möglich berücksichtigen. Den materiellen Garantien wird Variante 1 in vielen Fällen Rechnung tragen können (vgl. oben, Ziff. 1.4.2 und Ziff. 3.3.1).<sup>175</sup>

### **5.2.2.2 Variante 2**

Variante 2 wird den Vorgaben der Abkommen hinsichtlich des Erfordernisses der Einzelfallprüfung ebenfalls nicht entsprechen. Den materiellen Garantien wird sie zudem voraussichtlich in vielen Fällen nicht Rechnung tragen (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

<sup>175</sup> Vgl. dazu auch den Bericht der Arbeitsgruppe, Ziff. 3.4.4.

## Verwendete Literatur

- ALBRECHT PETER, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), 2. Auflage, Bern 2007
- ALBRECHT PETER, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, in: Jusletter 2. März 2009
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007
- FORNALE ELISA / KURT STEFANIE TAMARA / SOW DIEYLA / STÜNZI ROBIN, Les spécificités du renvoi des délinquants étrangers, in: Les renvois et leur exécution, Cesla Amarelle / Minh Son Nguyen (Hrsg.), Bern 2011
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, S. 471 ff.
- HOMBERGER THOMAS, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Bern 1993
- ILLES RUEDI, Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Ausländer- und Asylrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht, 2006/2007
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in Jusletter 8. November 2010
- KELLER BEATRICE, in Basler Kommentar, Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 1. Auflage, Basel 2003
- MÜLLER JÖRG PAUL, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in Jusletter 1. März 2010
- REICH JOHANNES, 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, ZSR 127 (2008) I S. 499 ff.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel 2009
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- TSCHANNEN PIERRE, in Verfassungsrecht der Schweiz, Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Zürich 2001

- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Bern 2011
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
- ÜBERSAX PETER, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis, 4/11, S. 9 ff.
- WEBER KLAUS, Der Begriff des Handeltreibens, Diss., München 2007

### **Verwendete Materialien**

- 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; einsehbar unter: [www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628\\_ber\\_ausschaffungsinitiative-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_ber_ausschaffungsinitiative-d.pdf).  
(zit. Bericht der Arbeitsgruppe)
- Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung  
(zit. BBl **1997** I 131, neue Bundesverfassung)
- 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  
(zit. BBl **1999** 1979, Änderungen des StGB, MStG und JStG)
- Vorprüfung vom 26. Juni 2007 der Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»  
(zit. BBl **2007** 4969, Vorprüfung)
- Bekanntmachungen der Departemente und der Ämter Eidgenössische vom 7. März 2008 über das Zustandekommen der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»  
(zit. BBl **2008** 1927, Bekanntmachung)
- Botschaft vom 24. Juni 2009 zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer  
(zit. BBl **2009** 5097, Botschaft zur Ausschaffungsinitiative)
- 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  
(zit. BBl **2010** 2263, Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht)

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

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]»)  
(zit. BBl **2010** 4243, Bundesbeschluss zum Gegenentwurf zur Ausschaffungsinitiative)

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

Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht  
(zit. BBl **2011** 3613, Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht)

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)  
(zit. BBl **2011** 5977, Unverjährbarkeitsinitiative)