

*Andreas Eicker<sup>1</sup>/Manuel Meier<sup>2</sup>*

## Zur Ausschaffung krimineller Ausländer aus der Schweiz – Von der Ausschaffungsinitiative zur Durchsetzungsinitiative und zurück

### *Abstract*

Das Schweizer Stimmvolk hat sich im Rahmen der Abstimmung über die sogenannte „Ausschaffungsinitiative“ dafür ausgesprochen, dass kriminelle Ausländer des Landes verwiesen werden. Dies führte zu einer entsprechenden Verfassungsänderung mit dem Auftrag an den Gesetzgeber, konkretisierende Regelungen auf Gesetzesstufe zu schaffen. Der entsprechende Entwurf für die gesetzliche Umsetzung ging der nationalkonservativen Schweizerischen Volkspartei (SVP), welche schon die Ausschaffungsinitiative auch selbst lanciert hatte, nicht weit genug. Die von ihr deshalb zur Abstimmung gebrachte „Durchsetzungsinitiative“ sah insbesondere keine im Einzelfall zu berücksichtigende Härtefallklausel vor. Mit der Abstimmung vom 28. Februar 2016 hat das Schweizer Stimmvolk die Durchsetzungsinitiative abgelehnt. Die auf der Ausschaffungsinitiative basierenden Änderungen des Strafgesetzbuchs werden daher auf den 1. Oktober 2016 in Kraft treten. Der vorliegende Beitrag gibt vor dem Hintergrund der angesprochenen Initiativen einen Überblick zum direktdemokratischen Verfahren in der Schweiz und zu den wesentlichen Neuerungen im Strafgesetzbuch.

*Schlagwörter:* Ausländerkriminalität, Ausschaffungsinitiative, Durchsetzungsinitiative, Härtefallklausel, Verhältnismässigkeit

- 1 Prof. Dr. iur. ANDREAS EICKER, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Luzern. Für die englische Übersetzung geht mein Dank an meine wissenschaftliche Assistentin, Frau MLaw GIULIA MARELLI.
- 2 MLaw MANUEL MEIER, ehem. wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Eicker, Universität Luzern.

*Abstract*

*On November 28, 2010 the Swiss people voted for the so-called “Ausschaffungsinitiative” (“the expulsion initiative”) and thus supported the notion that foreign criminals should be expelled. This vote has led to an amendment of the Swiss Constitution which included a mandate for the parliament to specify the broad constitutional language by drafting corresponding provisions to the Swiss Criminal Code. The first draft prompted criticism from the conservative Swiss People’s Party (SPP) which had already initiated the aforementioned popular initiative. According to the SPP’s interpretation, the draft did not reflect the people’s will to set strict expulsion standards for foreign criminals. Subsequently, the SPP introduced a new proposal, the “Durchsetzungsinitiative” (“the enforcement initiative”) which, among other aspects, excluded a hardship clause. On February 28, 2016 Swiss voters rejected this proposal. As a result, the aforementioned draft statute will come into effect on October 1, 2016. Against the backdrop of these two referenda, the following essay provides an overview of Switzerland’s direct democratic system and the most important upcoming changes of the Swiss Criminal Code.*

*A. Ausgangslage und Zielsetzung**I. Das Initiativrecht zur Verfassungsänderung*

Ende November 2010 wurde in der Schweiz die von der Schweizerischen Volkspartei (SVP) lancierte Volksinitiative "Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" angenommen; seitdem ist die gesetzliche Umsetzung dieses Volkswillens umstritten. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht die Frage der Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht und insbesondere, ob es aus Gründen der Verhältnismässigkeit einer Abwägung im Einzelfall ("Härtefallklausel") bedarf. Die national-konservative SVP, die bei den Wahlen auf Bundesebene im Herbst 2015 fast 30 % der Wählerstimmen erhalten hat, favorisiert bei schwerwiegenden Delikten einen Ausweisungsautomatismus. Sie hat die sogenannte Ausländerkriminalität in den letzten Jahren zu einem ihrer Kernthemen gemacht und damit auch vor dem Hintergrund aktuell stattfindender Flüchtlingsbewegungen die politische Debatte geprägt. Dies, obwohl die Zahl der Asylgesuche in der Schweiz im Vergleich zu anderen europäischen Ländern weniger stark gestiegen ist. Allerdings ist der Anteil von Ausländern an der Gesamtbevölkerung in der Schweiz mit ca. 24 % generell vergleichsweise hoch.

Das Initiativrecht und das Referendumsrecht sind zwei zentrale Aspekte der direkten Demokratie, d.h. der politischen Mitwirkungsrechte in der Schweiz. Das Stimmvolk kann mit einer Volksinitiative eine Totalrevision oder eine Teilrevision der Bundesverfassung verlangen.<sup>3</sup> Das Initiativrecht bezieht sich ausschliesslich auf die Bundesverfassung (sog. "Verfassungsinitiative"); eine damit vergleichbare "Gesetzesinitia-

3 Art. 138 und Art. 139 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

tive" existiert indessen nicht. Somit können die Stimmberechtigten zwar direkt auf die Bundesverfassung einwirken, nicht aber auf Bundesgesetze. Die Gesetzgebung des Bundes steht vielmehr der Bundesversammlung (Parlament) als deren Kernkompetenz zu.<sup>4</sup> Sie besteht aus zwei gleichgestellten Kammern, nämlich den Mitgliedern des Nationalrats und denjenigen des Ständerats (Vertretung der Kantone). National- und Ständerat bilden also zusammen die gesetzgebende Gewalt.<sup>5</sup> Während Änderungen der Bundesverfassung dem Volk bzw. Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden *müssen*, d.h. einem obligatorischen Referendum unterstehen, so *kann* über Bundesgesetze eine Abstimmung verlangt, d.h. ein fakultatives Referendum ergriffen werden.<sup>6</sup>

Im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen muss mithin Folgendes bedacht werden: Möchten die Stimmberechtigten direkt auf die Rechtsetzung Einfluss nehmen, so können sie ausschliesslich eine Änderung der Bundesverfassung anstrengen. Eine gültige<sup>7</sup> Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung untersteht zwingend dem Referendum, wird also Volk und Ständen obligatorisch zur Abstimmung unterbreitet. Wird die Initiative mit der erforderlichen Mehrheit angenommen,<sup>8</sup> so wird dadurch die Verfassung geändert und es obliegt sodann der Bundesversammlung (Parlament), die neue(n) Verfassungsbestimmung(en) auf Gesetzesstufe umzusetzen. Diese durch Bundesgesetz umgesetzte Verfassungsänderung untersteht sodann ihrerseits einem fakultativen Referendum. Es kann also darüber wiederum eine Abstimmung verlangt werden.

Nur am Rande sei angemerkt, dass dieses System mitunter zu Verfassungsbestimmungen führt, denen in materiell-rechtlicher Hinsicht eigentlich gar kein Verfassungsrang zukommt. Ein Beispiel dafür bildet sicherlich das "Absinthverbot", welches seit dem 7. Oktober 1908 bis zur Totalrevision der Bundesverfassung vom 18. April 1999 in Kraft war.<sup>9</sup> Hinsichtlich des "Minarettverbots", in Kraft seit 29. November 2009,<sup>10</sup> ist unabhängig von dessen Sinnhaftigkeit ebenfalls fraglich, ob es in materiell-rechtlicher Hinsicht überhaupt in die Verfassung gehört.

4 Art. 163 Abs. 1 BV; Art. 22 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

5 Art. 148 und Art. 163 BV.

6 Art. 140 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a sowie Art. 141 Abs. 1 lit. a BV.

7 Verletzt die Initiative die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts, so erklärt die Bundesversammlung sie für ganz oder teilweise ungültig (Art. 139 Abs. 3 BV).

8 Die Vorlagen, die Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden, sind angenommen, wenn die Mehrheit der Stimmenden und die Mehrheit der Stände sich dafür aussprechen (Art. 142 Abs. 2 BV).

9 Fabrikation, Einfuhr, Transport, Verkauf und Aufbewahrung zum Zwecke des Verkaufs des unter dem Namen Absinth bekannten Liqueurs sind im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft verboten [...] (Art. 32<sup>ter</sup> Abs. 1 aBV vom 29. Mai 1874); Bundesbeschluss vom 7. Oktober 1908 betreffend die Erwerbung der Volksabstimmung vom 5. Juli 1908 über das Initiativbegehren betreffend das Verbot des Absinths, AS XXIV 879 ff.

10 Der Bau von Minaretten ist verboten (Art. 72 Abs. 3 BV); Bundesbeschluss vom 12. Juni 2009 über die Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“, AS 2010 2161.

## II. Umsetzung der Ausschaffungsinitiative auf Verfassungs- und Gesetzesstufe

Die Volksinitiative "Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" vom 15. Februar 2008 wurde anlässlich der Volksabstimmung vom 28. November 2010 von Volk und Ständen mit 52.3 % Ja-Stimmen und 17.5 von 23 Ständesstimmen angenommen; die Wahlbeteiligung lag bei 52.93 %.<sup>11</sup> Mit dieser Teilrevision wurde die Bundesverfassung um Art. 121 Abs. 3–6 BV sowie deren Übergangsbestimmungen um Art. 197 Ziff. 8 BV mit folgendem Wortlaut ergänzt:<sup>12</sup>

*Art. 121 Abs. 3–6 BV*

*<sup>3</sup> Sie [die Ausländerinnen und Ausländer] verlieren unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie:*

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

*<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.*

*Art. 197 Ziff. 8 BV*

*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*

<sup>11</sup> Bundesratsbeschluss vom 17. März 2011 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. November 2010 („Ausschaffungsinitiative“ und Gegenentwurf der Bundesversammlung; „Steuergerechtigkeits-Initiative“), BBl 2011 2771 ff., S. 2771, 2773. Für die Annahme der Initiative waren die Mehrheit der Stimmenden und die Mehrheit der Stände (d.h. der Kantone) erforderlich; das Ergebnis der Volksabstimmung in einem Kanton gilt als dessen Ständesstimme; von den 26 Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Art. 1 BV) haben die sechs „Halbkantone“ je eine halbe Ständesstimme (Art. 142 Abs. 2–4 i.V.m. Art. 139 Abs. 5 BV); somit sind insgesamt maximal 20 6/2 bzw. 23 Ständesstimmen möglich.

<sup>12</sup> Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 über die Volksinitiative „Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“, AS 2011 1199 f.

zu ergänzen und die Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise nach Artikel 121 Absatz 6 zu erlassen.

Diese neuen Verfassungsbestimmungen sind am 28. November 2010 mit ihrer Annahme durch Volk und Stände in Kraft getreten.<sup>13</sup> Am 20. März 2015, und damit innert der in Art. 197 Ziff. 8 BV normierten fünfjährigen Frist, hat die Bundesversammlung (Parlament) eine entsprechende Änderung des Strafgesetzbuches<sup>14</sup> und des Militärstrafgesetzes<sup>15</sup> beschlossen. Die Referendumsfrist gegen diese Gesetzesänderungen ist am 9. Juli 2015 ungenutzt abgelaufen. Denn statt das Referendum zu ergreifen, hat die SVP versucht, mittels sogenannter "Durchsetzungsinitiative"<sup>16</sup> ihre eigene Vorstellung von der gesetzlichen Umsetzung der Ausschaffungsinitiative direkt in der Verfassung festzuschreiben. Die SVP wollte damit insbesondere die im Gesetz vorgesehene Härtefallklausel kippen. Das Stimmvolk hat sich am 28. Februar 2016 allerdings gegen die von der SVP angestrebte rechtliche Verschärfung entschieden. Der Bundesrat (Regierung) hat die neuen Vorschriften des Strafgesetzbuchs (n1-StGB)<sup>17</sup> auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt.<sup>18</sup> Sie haben den nachfolgend auszugsweise abgedruckten Wortlaut.<sup>19</sup> Auf die Änderung anderer Erlasse wird in diesem Beitrag nur eingegangen, sofern es im jeweiligen Zusammenhang von Interesse ist. Zur Änderung des Militärstrafgesetzes sei an dieser Stelle immerhin angemerkt, dass auch ausländische Zivil- und Militärpersonen dem schweizerischen Militärstrafrecht unterstehen können<sup>20</sup> und dass der diesbezügliche zur Ausweisung führende Deliktskatalog auf die Delikte des MStG angepasst wurde.

### *Landesverweisung*

*Art. 66a n1-StGB (Obligatorische Landesverweisung)*

*<sup>1</sup> Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der folgenden strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5–15 Jahre aus der Schweiz:*

- 13 Gemäss Art. 15 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1).
- 14 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).
- 15 Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0).
- 16 Vgl. dazu nachfolgend Ziff. III.
- 17 Die (noch nicht in Kraft getretenen) Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative werden vorliegend mit dem Präfix „n1“ bezeichnet.
- 18 Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. März 2016, abrufbar unter [www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-60863.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-60863.html) (zuletzt besucht am 5. März 2016).
- 19 Beschluss der Bundesversammlung vom 20. März 2015 betreffend Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer), BBl 2015 2735 ff.; der einfacheren Lesbarkeit halber wurden inhaltlich unwesentliche Änderungen durch die Verfasser vorgenommen, rechtlich massgebend ist der Wortlaut der Amtlichen Sammlung.
- 20 Art. 3 Abs. 1 Ziff. 7–9 MStG.

- a) *vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), Totschlag (Art. 113), Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115), strafbarer Schwangerschaftsabbruch (Art. 118 Abs. 1 und 2);*
- b) *schwere Körperverletzung (Art. 122), Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 124 Abs. 1), Aussetzung (Art. 127), Gefährdung des Lebens (Art. 129), Angriff (Art. 134);*
- c) *qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2), qualifizierter Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3), Raub (Art. 140), gewerbsmässiger Betrug (Art. 146 Abs. 2), gewerbsmässiger betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 2), gewerbsmässiger Check- und Kreditkartenmissbrauch (Art. 148 Abs. 2), qualifizierte Erpressung (Art. 156 Ziff. 2–4), gewerbsmässiger Wucher (Art. 157 Ziff. 2), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2);*
- d) *Diebstahl (Art. 139) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186);*
- e) *Betrug (Art. 146 Abs. 1) im Bereich einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a Abs. 1);*
- f) *Betrug (Art. 146 Abs. 1), Leistungs- und Abgabebetrug (Art. 14 Abs. 1, 2 und 4 VStrR<sup>21</sup>) oder Steuerbetrug, Veruntreuung von Quellensteuern oder eine andere Straftat im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben, die mit einer Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr bedroht ist;*
- g) *Zwangsheirat, erzwungene eingetragene Partnerschaft (Art. 181a), Menschenhandel (Art. 182), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183), qualifizierte Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 184), Geiselnahme (Art. 185);*
- h) *sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191), Förderung der Prostitution (Art. 195), Pornografie (Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz);*
- i) *Brandstiftung (Art. 221 Abs. 1 und 2), vorsätzliche Verursachung einer Explosion (Art. 223 Ziff. 1 Abs. 1), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 Abs. 1), vorsätzliche Gefährdung ohne verbrecherische Absicht (Art. 225 Abs. 1), Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen (Art. 226), Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen (Art. 226<sup>bis</sup>), strafbare Vorbereitungs-handlungen (Art. 226<sup>ter</sup>), vorsätzliches Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes (Art. 227 Ziff. 1 Abs. 1), vorsätzliche Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen (Art. 228 Ziff. 1 Abs. 1);*
- j) *vorsätzliche Gefährdung durch gentechnisch veränderte oder pathogene Organismen (Art. 230<sup>bis</sup> Abs. 1), vorsätzliches Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1), vorsätzliche Trinkwasserverunreinigung (Art. 234 Abs. 1);*
- k) *qualifizierte Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2), vorsätzliche Störung des Eisenbahnverkehrs (Art. 238 Abs. 1);*

21 Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

- l) strafbare Vorbereitungshandlungen (Art. 260<sup>bis</sup> Abs. 1 und 3), Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260<sup>ter</sup>), Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen (Art. 260<sup>quater</sup>), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260<sup>quinqies</sup>);
- m) Völkermord (Art. 264), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a), schwere Verletzungen der Genfer Konventionen vom 12. August 1949<sup>22</sup> (Art. 264c), andere Kriegsverbrechen (Art. 264d–264h);
- n) vorsätzliche Widerhandlung gegen Art. 116 Abs. 3 oder Art. 118 Abs. 3 AuG<sup>23</sup>;
- o) Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 oder Art. 20 Abs. 2 BetmG<sup>24</sup>.

<sup>2</sup> Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind.

<sup>3</sup> Von einer Landesverweisung kann ferner abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr (Art. 16 Abs. 1) oder in entschuldbarem Notstand (Art. 18 Abs. 1) begangen wurde.

#### Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB (Nicht obligatorische Landesverweisung)

Das Gericht kann einen Ausländer für 3–15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Artikel 66a erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59–61 oder 64 angeordnet wird.

#### Art. 66b n1-StGB (Gemeinsame Bestimmungen. Wiederholungsfall)

<sup>1</sup> Begeht jemand, nachdem gegen ihn eine Landesverweisung angeordnet worden ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 66a erfüllt, so ist die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen.

<sup>2</sup> Die Landesverweisung kann auf Lebenszeit ausgesprochen werden, wenn der Verurteilte die neue Tat begeht, solange die für die frühere Tat ausgesprochene Landesverweisung noch wirksam ist.

#### Art. 66c n1-StGB (Zeitpunkt des Vollzugs)

<sup>1</sup> Die Landesverweisung gilt ab Rechtskraft des Urteils.

<sup>2</sup> Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die freiheitsentziehenden Massnahmen zu vollziehen.

22 SR 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51.

23 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20).

24 Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121).

<sup>3</sup> Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug entlassen oder die freiheitsentziehende Massnahme aufgehoben wird, ohne dass eine Reststrafe zu vollziehen ist oder eine andere solche Massnahme angeordnet wird.

<sup>4</sup> Wird die mit einer Landesverweisung belegte Person für den Straf- und Massnahmenvollzug in ihr Heimatland überstellt, so gilt die Landesverweisung mit der Überstellung als vollzogen.

<sup>5</sup> Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an dem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

Art. 66d n1-StGB (Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung)

<sup>1</sup> Der Vollzug der obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a kann nur aufgeschoben werden, wenn:

- a) der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre; davon ausgenommen ist der Flüchtling, der sich gemäss Art. 5 Abs. 2 AsylG nicht auf das Rückschiebungsverbot berufen kann;
- b) andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen.

<sup>2</sup> Bei ihrem Entscheid hat die zuständige kantonale Behörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in einen Staat, den der Bundesrat nach Art. 6a Abs. 2 AsylG als sicher bezeichnet, nicht gegen Art. 25 Abs. 2 und 3 BV verstösst.

Ziel dieses Beitrags ist es, den Leserinnen und Lesern, die den Abstimmungskampf um die Umsetzung der Ausschaffungs- und der Durchsetzungsinitiative in der Schweiz nicht oder nur am Rande mitverfolgt haben, einen Überblick über bevorstehende wesentliche Änderungen des Schweizer Strafgesetzbuchs zu geben, mit denen die Eidgenossenschaft auf sogenannte Ausländerkriminalität reagiert. Im Folgenden wird mithin der Regelungsgehalt der durch Bundesgesetz umzusetzenden bzw. zu konkretisierenden Ausschaffungsinitiative geklärt. Dabei wird hier allerdings nur auf ausgewählte Aspekte dieser neuen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen eingegangen werden.

## *B. Die Ausschaffungsbedingungen im Einzelnen*

### *I. Voraussetzungen gemäss dem Strafgesetzbuch*

Die obligatorische Landesverweisung<sup>25</sup> eines *Ausländers* setzt gemäss Art. 66a Abs. 1 n1-StGB die *Verurteilung* wegen einer der in lit. a–o aufgeführten *Anlasstaten* voraus.

25 Vgl. zum Ganzen: Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer), BBl 2013 5975 ff., S. 5986 ff. Ziff. 1.1.3.

## 1. Ausländer

Eine Landesverweisung ist nur gegenüber Ausländern<sup>26</sup> möglich. Dies folgt bereits aus Art. 25 Abs. 1 BV, wonach Schweizerinnen und Schweizer nicht aus der Schweiz ausgewiesen und nur mit ihrem Einverständnis an eine ausländische Behörde ausgeliefert werden dürfen. Auch ein Doppelbürger, der neben seiner ausländischen Staatsangehörigkeit zugleich auch das Schweizer Bürgerrecht besitzt, darf somit nicht des Landes verwiesen werden. Ausserdem kann eine Person, die nach Ablauf ihrer Landesverweisung das Schweizer Bürgerrecht erwirbt, daher nicht erneut des Landes verwiesen werden (vgl. Art. 66b n1-StGB). Zudem kann eine solche Person acht Jahre nach ihrer Einbürgerung ein Gesuch um Entfernung des an und für sich lebenslänglichen Strafregistereintrags verlangen (Art. 369 Abs. 5<sup>bis</sup> n1-StGB).<sup>27</sup>

Im Zusammenhang mit dem erwähnten Ausweisungsverbot für Schweizer Bürger gemäss Art. 25 Abs. 1 BV sei hier noch auf die Volksinitiative "Zur Ausschaffung krimineller Männer" hingewiesen, wonach der Schutz vor Ausweisung zukünftig nur noch *Schweizerinnen* zukommen solle und kriminelle Schweizer sowie männliche Angehörige anderer Staaten unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Gebiet der Schweiz zu verweisen seien. Die Sammelfrist für die erforderliche Zustimmung von 100'000 Stimmberechtigten<sup>28</sup> läuft bis zum 18. Mai 2016. Ob diese Volksinitiative indessen überhaupt gültig ist, wird durch die Bundesversammlung (Parlament) erst nach ihrem allfälligen Zustandekommen geprüft werden.<sup>29</sup>

## 2. Anlasstat

Eine weitere Voraussetzung für einen Landesverweis bildet sodann die Verwirklichung einer Anlasstat (Art. 121 Abs. 3 BV), mithin das Vorliegen einer bestimmten Katalogtat (lit. a) oder der missbräuchliche Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (lit. b). Die Initianten der Ausschaffungsinitiative haben den Deliktskatalog indessen nur grob skizziert und den Gesetzgeber damit beauftragt, die einschlägigen Tatbestände zu umschreiben bzw. zu definieren und gegebenenfalls um weitere zu ergänzen (Art. 121 Abs. 4 i.V.m. Art. 197 Ziff. 8 BV).

Der neue Art. 121 Abs. 3 BV umfasst Delikte, die teilweise direkt einem Straftatbestand des Strafgesetzbuches entsprechen (z.B. "Vergewaltigung", vgl. Art. 190 StGB);

26 Diese Bezeichnung ausländischer Personen entspricht dem Wortlaut von Art. 66a Abs. 1 n1-StGB und wird im vorliegenden Beitrag daher so verwendet. Gemeint sind damit immer auch Personen des weiblichen Geschlechts.

27 Vgl. Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz, BüG; SR 141.0), wonach die Einbürgerung innerhalb dieser Frist widerrufen werden kann.

28 Art. 139 Abs. 1 BV.

29 Verfügung der Schweizerischen Bundeskanzlei vom 4. November 2014 betreffend Vorprüfung der Eidgenössischen Volksinitiative „Zur Ausschaffung krimineller Männer“, BBl 2014 8683 ff.

zum Teil wird aber auch bloss untechnisch an bestehende Strafbestimmungen angeknüpft (z.B. "Drogenhandel", vgl. Art. 19 ff. BetmG; "Einbruchsdelikt", vgl. Art. 139 [Diebstahl], Art. 144 [Sachbeschädigung] und Art. 186 [Hausfriedensbruch] StGB) oder relativ unbestimmt eine ganze Deliktsgruppe angesprochen (z.B. "andere schwere Sexualdelikte"; "andere Gewaltdelikte"). Für den in der Ausschaffungsinitiative formulierten missbräuchlichen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe musste ein entsprechender Straftatbestand schliesslich erst noch geschaffen werden. Diese neuen Verfassungsbestimmungen bezeichnete das Bundesgericht in einem Urteil vom 12. Oktober 2012 treffend als "ein erst noch zu konkretisierendes Gesamtsystem" und lehnte daher mit Verweis auf das Legalitätsprinzip eine direkte Anwendung einzelner Tatbestände und Rechtsfolgen von Art. 121 Abs. 3–6 BV zu Recht ab.<sup>30</sup>

Der Gesetzgeber hat nun mit Art. 66a Abs. 1 lit. a–o n1-StGB einen sehr umfangreichen Deliktskatalog auf Gesetzesstufe erlassen. Dieser enthält in erster Linie schwere Verbrechen<sup>31</sup> gegen bestimmte Rechtsgüter, wobei als Massstab für die Schwere die in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Tatbestände der Vergewaltigung<sup>32</sup> und des Raubes<sup>33</sup> herangezogen wurden.<sup>34</sup> Im Hinblick auf das Legalitätsprinzip ist es zu begrüssen, dass die Bundesversammlung (Parlament) eine vom Bundesrat (Regierung) zunächst entworfene Generalklausel<sup>35</sup> zugunsten der Angabe von konkreten Straftatbeständen verworfen hat.

Sodann hat der Gesetzgeber mit Art. 148a n1-StGB einen neuen Straftatbestand geschaffen, der den unrechtmässigen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe unter Strafe stellt. Nach Auffassung des Bundesrates (Regierung) wäre es gestützt auf Art. 121 Abs. 3 lit. b BV grundsätzlich möglich gewesen, das Missbrauchsdelikt nicht als *strafrechtliche* Tatbestand im Strafgesetzbuch, sondern als *verwaltungs(straf)rechtliche* Sanktion z.B. im Ausländergesetz zu normieren.<sup>36</sup>

30 BGE 139 I 16 ff., E. 4.3.1–2; Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB).

31 Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 StGB).

32 Der Grundtatbestand von Art. 190 Abs. 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bedroht.

33 Der Grundtatbestand von Art. 140 Ziff. 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bedroht.

34 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 5997 f.

35 Gemäss dem Gesetzesentwurf sollte Art. 66a Abs. 1 lit. a E-StGB lauten (Hervorhebung hinzugefügt): „vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), Totschlag (Art. 113), Raub (Art. 140), Menschenhandel (Art. 182), Vergewaltigung (Art. 190) oder *ein anderes Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder ein gemeingefährliches Verbrechen, sofern diese Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind*“, Entwurf zu BBl 2013 5975 ff. (FN 25), BBl 2013 6063 ff., S. 6063.

36 Vgl. 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, S. 48 f. Ziff. 5.2.

Da jedoch die Landesverweisung selbst als eine Massnahme des Strafrechts konzipiert ist, wurde dieses Delikt mit Rücksicht auf das Legalitätsprinzip – wonach auch eine Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt<sup>37</sup> – indessen im Strafgesetzbuch verankert. Sofern allerdings der unrechtmässige Bezug von Sozialleistungen vom allgemeinen Betrugstatbestand<sup>38</sup> erfasst wird, kommt dieser zur Anwendung. Art. 148a n1-StGB bildet demgegenüber einen Auffangtatbestand für Sachverhalte, in denen Art. 146 StGB keine Anwendung findet, weil z.B. das (dem deutschen Strafrecht fremde) Merkmal des *arglistigen* Handelns nicht gegeben ist. Obwohl dieser neue Missbrauchsstrafatbestand auf der Grundlage von Art. 121 Abs. 3 lit. b BV bzw. im Rahmen der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative gesetzlich normiert wurde und die entsprechende Rechtsfolge bzw. Massnahme (Landesverweisung) nur Ausländer treffen kann,<sup>39</sup> gilt Art. 148a n1-StGB in seiner strafenden Wirkung nicht als *Sonderdelikt* und kann grundsätzlich von *jedermann* ("wer...") begangen werden. Insofern ist quasi als Nebenprodukt der Ausschaffungsinitiative die Betrugsstrafbarkeit im Bereich des missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen ausgeweitet und zumindest auf Bundesebene einheitlich geregelt worden (vgl. Art. 123 Abs. 1 BV). Von daher wird in Zukunft zu prüfen sein, inwiefern allfällige entsprechende Strafbestimmungen in Erlassen des Bundessozialversicherungsrechts bzw. des kantonalen Sozialhilferechts überhaupt noch anwendbar sind.<sup>40</sup>

Von der im neuen Verfassungsartikel vorgesehenen Möglichkeit, den zur Ausschaffung führenden Deliktskatalog um weitere Tatbestände zu ergänzen, hat der Gesetzgeber indessen aus Gründen der Verhältnismässigkeit nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Gleichwohl wurden mit Blick auf den Tatbestand des Missbrauchs der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 121 Abs. 3 lit. b BV) aus "Gründen der Kohärenz" auch andere Widerhandlungen im Zusammenhang mit dem Bezug staatlicher Leistungen oder der Leistung zugunsten des Staates in den Deliktskatalog aufgenommen, nämlich Straftaten "im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben, die mit einer Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr" bedroht sind (Art. 66a Abs. 1 lit. f n1-StGB in fine).<sup>41</sup>

Schliesslich kann jedes weitere Verbrechen oder Vergehen<sup>42</sup>, welches nicht vom Deliktskatalog in Art. 66a n1-StGB erfasst wird, Anlass für eine *fakultative* Landesverweisung sein, sofern ein Ausländer deswegen zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach Art. 59–61 oder Art. 64 StGB angeordnet wurde (Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB).

37 Art. 1 StGB.

38 Art. 146 StGB.

39 Vgl. dazu vorstehend Ziff. B.I.1.

40 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 5987, 6004 ff. Ziff. 1.2.8.

41 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 5997 f. Ziff. 1.2.5.

42 Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind (Art. 10 Abs. 3 StGB).

### 3. Verurteilung

Der Ausländer muss schliesslich, um des Landes verwiesen werden zu können, wegen einer der in Art. 66a Abs. 1 lit. a–o n1-StGB normierten Anlasstaten *verurteilt* worden sein. Dabei folgt bereits aus dem Wortlaut von Art. 121 Abs. 3 lit. a BV, dass die Verurteilung *rechtskräftig* sein muss.

Im Gesetzesentwurf des Bundesrats (Regierung) war mit Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>43</sup> zudem explizit normiert, dass der Ausländer "zu einer Strafe verurteilt" worden sein muss, wobei im Sinne eines minimalen Verschuldens sogar grundsätzlich die Verurteilung zu einer Mindeststrafe von sechs Monaten vorgesehen war.<sup>44</sup> Der Gesetzgeber hat zwar von der Festsetzung einer Mindeststrafe abgesehen, aber immerhin die Auffassung des Bundesrats (Regierung) geteilt, dass eine Landesverweisung nicht im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden kann.<sup>45</sup> Andernfalls hätte diese Massnahme auch in den entsprechenden Katalog von Art. 352 Abs. 2 StPO<sup>46</sup> (Aufzählung der maximal möglichen Rechtsfolgen im Strafbefehlsverfahren) aufgenommen werden müssen. Indessen ist davon auszugehen, dass auch gemäss der endgültigen Gesetzesfassung die *Verurteilung zu einer Strafe* vorausgesetzt wird. Dafür spricht zunächst der Wortlaut von Art. 66a Abs. 1 n1-StGB, wonach das Gericht einen Ausländer, der wegen einer Katalogtat "verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe" aus der Schweiz verweist. Einerseits wird auch hier der Begriff der "Verurteilung" verwendet,<sup>47</sup> andererseits lässt die Formulierung "unabhängig von der Höhe der Strafe" überhaupt auf das grundsätzliche Erfordernis einer Strafe schliessen. Im Vergleich mit Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB fällt zudem auf, dass diese Bestimmung explizit festhält, dass eine *nicht* obligatorische Landesverweisung auch dann möglich ist, wenn gegen den Ausländer (lediglich) eine Massnahme nach Art. 59–61 oder Art. 64 StGB – und mithin keine Strafe<sup>48</sup> – angeordnet wird. In Art. 66a Abs. 1 n1-StGB ist diese Rechtsfolge indessen gerade nicht vorgesehen. Schliesslich ist auch der Massnahmenkatalog gegenüber schuldunfähigen bzw. vermindert schulfähigen Tätern<sup>49</sup> nicht um die obligatorische Landesverweisung erweitert worden. Zusammenfassend ergeben sich somit zwei paradoxe Konstellationen:

1. Begeht ein Ausländer ein Verbrechen oder Vergehen und wird er von der Staatsanwaltschaft mittels Strafbefehl verurteilt,<sup>50</sup> so ist eine strafrechtliche Landesverwei-

43 Art. 5 Abs. 2 BV.

44 Art. 66a Abs. 1–3 E-StGB, BBl 2013 6063 ff., S. 6063 f.; BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 5999 ff. Ziff. 1.2.6–7.

45 Art. 352 Abs. 2 n1-StPO; BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 6009 f. Ziff. 1.2.11.

46 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

47 Vgl. dazu BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 6000 Ziff. 1.2.6.

48 Vgl. den Titel "Strafen und Massnahmen" gemäss Art. 34 ff. StGB.

49 Art. 19 Abs. 3 StGB.

50 Die Staatsanwaltschaft erlässt gemäss Art. 352 Abs. 1 StGB einen Strafbefehl, wenn sie eine der folgenden Strafen für ausreichend hält: Busse (lit. a); Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen (lit. b); gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden (lit. c); Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten (lit. d).

sung nicht zulässig. Spricht hingegen ein Gericht aufgrund derselben Tat eine Strafe aus (die an und für sich einem Strafbefehl zugänglich ist)<sup>51</sup>, so muss (Art. 66a Abs. 1 n1-StGB) bzw. kann (Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB) es den Ausländer des Landes verweisen.

2. Ist ein Ausländer aufgrund seiner Schuldunfähigkeit nicht strafbar und wird daher lediglich eine Massnahme nach Art. 59–61 oder Art. 64 StGB angeordnet,<sup>52</sup> so ist eine strafrechtliche Landesverweisung nicht zulässig, wenn sich die Verurteilung auf eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 n1-StGB stützt. Bezieht sich die Verurteilung indessen auf ein (leichteres) Verbrechen oder ein Vergehen, welches von diesem Deliktskatalog nicht erfasst wird, so *kann* ihn das Gericht des Landes verweisen (Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB).

Sodann ist klarzustellen, dass gemäss der endgültigen Gesetzesfassung auch die Anlassstat des unrechtmässigen Bezugs von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen (Art. 148a Abs. 1 n1-StGB) für eine obligatorische Landesverweisung eine *rechtskräftige Verurteilung* voraussetzt (Art. 66a Abs. 1 lit. e n1-StGB in fine). Dies ist deshalb bemerkenswert, weil der Wortlaut von Art. 123 Abs. 3 lit. b BV sich diesbezüglich von Art. 123 Abs. 3 lit. a BV unterscheidet und eine rechtskräftige Verurteilung gerade nicht vorsieht. Da der Missbrauchstatbestand jedoch, wie bereits erwähnt, explizit als Strafnorm ausgestaltet wurde,<sup>53</sup> ist dies die logische Konsequenz.

Obwohl es sich nicht ausdrücklich aus Art. 123 Abs. 3 BV ergibt, kann die Landesverweisung schliesslich nur durch ein Strafgericht im Rahmen eines *in der Schweiz* ausgefallenen Strafurteils verhängt werden. Der Bundesrat (Regierung) hat sich für diese Einschränkung ausgesprochen, weil die Prüfung und Feststellung möglicher ausweisungsrelevanter Verurteilungen durch ausländische Gerichte aufwendig, schwierig und im Ergebnis willkürlich sein würde, da nicht sicher alle erfasst werden könnten.<sup>54</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gegen einen Ausländer, der durch ein *ausländisches* Gericht wegen einer Straftat gemäss dem Deliktskatalog von Art. 66a Abs. 1 n1-StGB verurteilt worden ist, gegebenenfalls durchaus ausländerrechtliche Fernhaltmassnahmen gemäss dem Ausländergesetz verhängt werden können.<sup>55</sup>

51 In der Lehre ist umstritten, ob bei gegebenen Voraussetzungen ein Recht auf den Erlass eines Strafbefehls besteht. Es sind jedenfalls verschiedene Konstellationen denkbar, in denen ein Gericht eine an und für sich „strafbefehlstaugliche“ Sanktion ausspricht, vgl. RIKLIN, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StPO II, 2. Aufl. 2014, Art. 352 N 14 f.; SCHWARZENEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 352 N 12–12d.

52 Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB.

53 Vgl. dazu vorstehend Ziff. B.I.2.

54 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 6012 Ziff. 1.2.14.

55 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 6014 Ziff. 1.2.19; vgl. nachfolgend Ziff. B.III.2.

## II. Rechtsfolgen nach Verwaltungs- und Strafrecht

Ein Ausländer, der wegen einer in Art. 66a Abs. 1 n1-StGB normierten Anlasstat rechtskräftig verurteilt wurde, muss gemäss der neuen Verfassungsbestimmungen das Staatsgebiet der Schweiz verlassen. Dafür ist in Art. 121 Abs. 3–6 BV eine Kaskade von Rechtsfolgen vorgesehen, die sich teils aus dem bereits bestehenden Recht ergeben und teils ergänzt bzw. neu erlassen werden mussten.

### 1. Verlust des Aufenthaltstitels sowie aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt

Gemäss dem Einleitungssatz von Art. 121 Abs. 3 BV verliert der entsprechend verurteilte Ausländer zunächst seinen Aufenthaltstitel, der ihm auf der Grundlage des Ausländergesetzes oder des Asylgesetzes<sup>56</sup> verliehen worden ist. Konkret bedeutet dies den Entzug des sogenannten Ausländer-Ausweises (der Kategorie B, C, L, G, F oder N)<sup>57</sup> und damit des Rechts, sich in der Schweiz aufzuhalten. Dies gilt auch dann, wenn der Ausländer die Voraussetzungen für die Gewährung eines Aufenthaltstitels zwar erfüllen würde, das Aufenthaltsrecht jedoch noch nicht formell verfügt wurde. Die rechtliche Umsetzung dieser Verfassungsvorgabe erfolgt durch die Ergänzung bestehender Bestimmungen im Ausländer- und im Asylgesetz, sodass nun auch eine obligatorische bzw. fakultative Landesverweisung auf der Grundlage von Art. 66a bzw. Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB zum Erlöschen einer ausländerrechtlichen Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 lit. e und f n1-AuG) oder des Asyls in der Schweiz (Art. 64 Abs. 1 lit. e n1-AsylG) führt.

### 2. Ausweisung

Sodann hat die zuständige Behörde gemäss Art. 121 Abs. 5 BV einen Ausländer ohne Aufenthaltsrecht obligatorisch aus der Schweiz auszuweisen. Da es sich bei der Landesverweisung gemäss Art. 66a n1-StGB um eine strafrechtliche Massnahme handelt, ist auch das Strafgericht zuständig, diese auszusprechen (Art. 66a Abs. 1 n1-StGB). Von einer Landesverweisung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn dies einen schweren persönlichen Härtefall bedeuten würde und (kumulativ) keine öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 66a Abs. 2 n1-StGB), oder wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr<sup>58</sup> oder in entschuldbarem Notstand<sup>59</sup> begangen wurde (Art. 66a

<sup>56</sup> Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31).

<sup>57</sup> Aufenthaltsbewilligung (B-Ausweis; Art. 33 AuG); Niederlassungsbewilligung (C-Ausweis; Art. 34 AuG); Kurzaufenthaltsbewilligung (L-Ausweis; Art. 32 AuG); Grenzgängerbewilligung (G-Ausweis; Art. 35 AuG); Vorläufige Aufnahme (Art. 41 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 ff. AuG); Asylgesuch (N-Ausweis; Art. 42 f. AsylG).

<sup>58</sup> Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Art. 15 StGB, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 16 Abs. 1 StGB).

<sup>59</sup> Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um sich oder eine andere Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder an-

Abs. 3 n1-StGB). Wann ein solcher Härtefall vorliegt, der ein Absehen vom Landesverweis ermöglicht, sofern keine schwererwiegenden Sicherheitsinteressen der Schweiz entgegenstehen, wird von der Rechtsprechung zu entscheiden sein. Der Ausnahmegrund des "Härtefalls" ist in der Rechtspraxis aber bereits etabliert, beispielsweise im Migrationsrecht. So ist es z.B. nicht möglich, eine abgelehnte Asylbewerberin, deren Kinder ebenfalls in der Schweiz leben, auszuweisen, wenn die betroffene Person dadurch ihre Aidserkrankung nicht weiter therapieren kann und im Falle der Ausweisung schwerwiegende gesundheitliche Einschränkungen zu erwarten hätte. Entscheidend wird wohl sein, ob bei einem Landesverweis eine persönliche Notlage bzw. schwere Nachteile entstünden, bei gleichzeitig bestehender besonderer Beziehung zur Schweiz. Die persönlichen Nachteile muss der Richter gegen das Sicherheitsinteresse der Schweiz, und damit gegen das Interesse an einer Ausweisung, abwägen. Die Härtefallklausel gilt damit – zumindest theoretisch – auch für Schwerkriminelle; auch für sie gibt es keinen Ausschaffungsautomatismus. Die Hürde, eine Ausschaffung zu verhindern, liegt für sie allerdings hoch.<sup>60</sup> Die Landesverweisung gilt ab Rechtskraft des Urteils (Art. 66c Abs. 1 n1-StGB) und ist als strafrechtliche Massnahme von den gemäss Art. 439 Abs. 1 StPO zuständigen Behörden zu vollziehen. Diese werden vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement insbesondere bei der Beschaffung von Reisedokumenten und der Organisation der Reise unterstützt (Art. 71 n1-AuG).

Wird der Vollzug einer obligatorischen Landesverweisung ausnahmsweise aufgeschoben (Art. 66d n1-StGB), so werden dem Ausländer keine weiteren Rechte zugestanden. Die betroffene Person ist somit ohne jegliche Rechtsansprüche in der Schweiz anwesend und hat insbesondere kein Recht auf Erwerbstätigkeit, Familiennachzug, Integrationsmassnahmen oder Sozialhilfe. Bei Bedarf besteht zumindest ein Anspruch auf Nothilfe. Gemeint sind damit Hilfs- und Betreuungsleistungen sowie Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Für Flüchtlinge können darüber hinaus unter Umständen auch günstigere Bestimmungen gelten.<sup>61</sup>

An dieser Stelle sei noch erwähnt, dass gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG die zuständigen Verwaltungsbehörden eine ordentliche Wegweisungsverfügung zu erlassen haben, wenn einem Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung verweigert oder nach bewilligtem Aufenthalt diese widerrufen oder nicht verlängert wird. Auch diese verwaltungsrechtliche *Wegweisung* erfolgt also wegen des fehlenden Aufenthaltsrechts. Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative konnte der Gesetzgeber indessen nicht auf diese bereits bestehende Form der Ausweisung zurückgreifen, da es sich dabei lediglich um eine *verwaltungsrechtliche* Massnahme handelt, die mit Rücksicht auf die strafrechtliche Umsetzung der Ausschaffungsinitiative und das im Strafrecht streng zu beachtende Legalitätsprinzip als Rechtsgrundlage nicht ausgereicht hätte.

dere hochwertige Güter zu retten, wird milder bestraft, wenn ihm zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben (Art. 18 Abs. 1 StGB).

60 EICKER, in: Leuzinger, Wie hart ist die Härtefallklausel, Neue Luzerner Zeitung 50/2016, S. 5.

61 Art. 12 BV und Art. 7 Ziff. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (FK; SR 0.142.30); BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 6007 ff. Ziff. 1.2.10; vgl. auch Art. 83 Abs. 1 und Abs. 7 AuG.

### 3. Ausschaffung

Die soeben angesprochene *verwaltungsrechtliche* Wegweisungsverfügung enthält neben der Verpflichtung, die Schweiz zu verlassen, auch einen Zeitpunkt, bis zu dem der Ausländer die Schweiz verlassen haben muss und die Androhung von Zwangsmassnahmen im Unterlassungsfall (Art. 26b Abs. 1 VVWA<sup>62</sup>). Das heisst, dass die zuständige kantonale Behörde einen Ausländer ausschafft, wenn er die Frist, die ihm zur Ausreise gesetzt worden ist, verstreichen lässt (Art. 69 Abs. 1 lit. a AuG). Wird eine Ausweisung also nicht freiwillig befolgt, so wird sie mittels *Ausschaffung* zwangsweise durchgesetzt.

Mit der *strafrechtlichen* Landesverweisung wird dem betroffenen Ausländer hingegen keine Frist zur (selbstständigen) Ausreise gesetzt. Diese Form der Landesverweisung gilt vielmehr ab Rechtskraft des Urteils und wird vollzogen, sobald die verurteilte Person aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug entlassen oder eine freiheitsentziehende Massnahme aufgehoben wurde (Art. 66c Abs. 1 und Abs. 3 n1-StGB).

### 4. Einreiseverbot

Gleichwohl entspricht auch die Dauer einer strafrechtlichen Landesverweisung einem *faktischen* Einreiseverbot, dessen Missachtung strafbar ist (Art. 121 Abs. 6 BV): Gemäss Art. 291 Abs. 1 StGB macht sich des Verweisungsbruchs strafbar, wer einer von der zuständigen Behörde auferlegten Landes- oder Kantonsverweisung zuwider handelt; ausserdem macht sich ein Ausländer strafbar, wenn er trotz bestehender Landesverweisung in die Schweiz einreist.<sup>63</sup> Die obligatorische Landesverweisung ist für 5 bis 15 Jahre, im Wiederholungsfall für 20 Jahre oder auf Lebenszeit auszusprechen (Art. 66b n1-StGB). Somit ist es dem Strafgericht überlassen, die konkrete Dauer des Einreiseverbots innerhalb dieser Vorgaben nach pflichtgemäßem Ermessen festzulegen.

## III. Verhältnis zu bereits bestehenden Ausschaffungstatbeständen

### 1. Fakultative strafrechtliche Landesverweisung gemäss Art. 67f n2-StGB<sup>64</sup>

Am 19. Juni 2015 wurde im Rahmen der Änderung des Sanktionenrechts bereits eine *fakultative* Landesverweisung beschlossen: Gemäss Art. 67f Abs. 1 n2-StGB *kann* das Gericht einen Ausländer für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn er zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme im

62 Verordnung des Bundesrates vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA; SR 142.281).

63 Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG.

64 Die (noch nicht in Kraft getretenen) Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit der Revision des Sanktionenrechts werden vorliegend mit dem Präfix „n2“ bezeichnet.

Sinne von Art. 59–61 oder 64 StGB angeordnet wird.<sup>65</sup> Die Referendumsfrist gegen diese Gesetzesänderung ist am 8. Oktober 2015 ungenutzt abgelaufen. Der Bundesrat (Regierung) hat nun das Inkrafttreten zu bestimmen. Diese fakultative Landesverweisung gemäss Art. 67f n2-StGB wird indessen wieder gegenstandslos bzw. aufgehoben und durch die *nicht obligatorische* Landesverweisung gemäss Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB ersetzt, sobald die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative ihrerseits in Kraft tritt.<sup>66</sup> Dadurch wird die im Rahmen der Revision des Sanktionenrechts für die fakultative Ausweisung vorgesehene Strafuntergrenze von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe allerdings wieder aufgehoben. Denn gemäss Art. 66a<sup>bis</sup> n1-StGB kann ein Ausländer alsdann "unabhängig von der Höhe der Strafe" des Landes verwiesen werden.

## 2. Ausländerrechtliche Wegweisung gemäss Art. 64 AuG

Die zuständigen Verwaltungsbehörden haben, wie bereits erwähnt, gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. c des Ausländergesetzes eine ordentliche Wegweisungsverfügung zu erlassen, wenn einem Ausländer eine Bewilligung verweigert oder nach bewilligtem Aufenthalt widerrufen oder nicht verlängert wird. Die *strafrechtliche* Landesverweisung gemäss Art. 67f Abs. 1 n2-StGB (Sanktionenrecht) bzw. Art. 67a<sup>bis</sup> n1-StGB (Ausschaffungsinitiative) deckt indessen nicht alle Sachverhalte ab, die nach dem Ausländerrecht zu einem Widerruf der Bewilligung oder zu einem Einreiseverbot führen könnten.<sup>67</sup> Auch sind diejenigen Fälle ausgenommen, in denen eine Anlasstat durch ein ausländisches Gericht beurteilt wurde. Sodann können die Ausländerbehörden die Bewilligung einer Person gestützt auf ausländerrechtliche Überlegungen widerrufen, wenn 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.<sup>68</sup> Daher wurden die ausländerrechtlichen Fernhalte- und Entfernungsmassnahmen im Rahmen der Änderung des Sanktionenrechts grundsätzlich beibehalten. Um aber einen Dualismus zwischen der strafrechtlichen Landesverweisung und der ausländerrechtlichen, d.h. der verwaltungsrechtlichen Wegweisung zu vermeiden, wurde insbesondere der bestehende Widerrufsgrund gemäss Art. 62 lit. b AuG durch eine Ausschlussklausel ergänzt. Danach ist ein Widerruf gestützt auf das Ausländergesetz unzulässig, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat (Art. 62 Abs. 2 n1-AuG). Somit können nicht zwei verschiedene Behörden nach den gleichen Kriterien darüber entscheiden, ob

65 Beschluss der Bundesversammlung vom 19. Juni 2015 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts), BBl 2015 4899 ff.; vgl. zum Ganzen: Botschaft des Bundesrates vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts), BBl 2012 4721 ff.

66 BBl 2015 4899 ff. (FN 65), S. 4911 Ziff. IV.1.

67 Vgl. betreffend Widerruf Art. 62 f. AuG und betreffend Einreiseverbot Art. 67 AuG.

68 Vgl. BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 6014 Ziff. 1.2.19, S. 6046 Ziff. 2.3.1.

jemand wegen einer Straftat des Landes zu verweisen ist. Diese Entscheidung obliegt allein dem Strafgericht.<sup>69</sup>

#### IV. Verhältnis zum Völkerrecht

Eine Volksinitiative darf *zwingende* Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen.<sup>70</sup> In Bezug auf die damit angesprochenen fundamentalen Grundsätze des Völkerrechts tangiert die hier vorgestellte Ausschaffungsinitiative das sogenannte *Non-Refoulement-Prinzip*, wonach niemand in einen Staat ausgeschafft werden darf, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Die neuen Verfassungsbestimmungen lassen sich allerdings so auslegen, dass sie mit dem Non-Refoulement-Prinzip vereinbar sind. So gewährt der entsprechende völkerrechtliche Anspruch zwar einen Schutz vor Ausschaffung in bestimmte Staaten, nicht aber ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz (vgl. Art. 123 Abs. 3 BV). Zudem steht der vorübergehende oder dauerhafte Aufschub des Vollzugs einer Landesverweisung aufgrund zwingender Bestimmungen des Völkerrechts dem Initiativtext nicht entgegen (vgl. Art. 66d Abs. 1 lit. b n1-StGB). Folglich verstösst die Ausschaffungsinitiative nicht gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts und konnte daher unter diesem Aspekt für gültig erklärt werden.<sup>71</sup>

Aus dem Verbot, dass eine Volksinitiative zwingende Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen darf, folgt *e contrario*, dass Verfassungsbestimmungen durchaus gültig sind, sofern sie gegebenenfalls gegen *nicht-zwingende* Bestimmungen des Völkerrechts verstossen. Allerdings sind diesfalls bereits aufgrund aussenpolitischer Interessen, aber auch, weil das Völkerrecht ohnehin grundsätzlich zu beachten ist,<sup>72</sup> auch solche Verfassungsbestimmungen entweder – sofern möglich – völkerrechtskonform auszulegen und umzusetzen, oder aber die diesen widersprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen neu auszuhandeln bzw. zu kündigen.<sup>73</sup> Die Ausschaffungsinitiative steht aufgrund des nunmehr in der Verfassung verankerten Ausweisungsmechanismus im Spannungsverhältnis mit dem ebenfalls verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzip,<sup>74</sup> den Grundrechten bzw. Menschenrechtsgarantien (z.B. das Recht auf Privat- und Familienleben) sowie mit einzelnen Bestimmungen völkerrechtlicher Ab-

69 BBl 2015 4899 ff. (FN 65), S. 4911 f.; vgl. dazu vorstehend Ziff. B.III.1; BBl 2012 4721 ff. (FN 65), S. 4746, 4752.

70 Art. 193 Abs. 4 bzw. Art. 194 Abs. 2 BV.

71 Art. 139 Abs. 3 BV; Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 2009 zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2009 5097 ff., S. 5102 f. Ziff. 1.3.

72 Art. 5 Abs. 4 BV.

73 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 5983 ff. Ziff. 1.1.2, S. 5994 ff. Ziff. 1.2.2.

74 Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV.

kommen, wie z.B. der EMRK<sup>75</sup> oder des Personenfreizügigkeitsabkommens<sup>76</sup>, deren Schutzbereiche eine grundsätzlich weitergehende Einzelfall- bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung vorschreiben. Um dem Volkswillen bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative möglichst gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber daher in analoger Anwendung der sogenannten "Schubert-Praxis" Konflikte mit völkerrechtlichen Abkommen bewusst in Kauf genommen. Gemäss dieser vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung hat das Völkerrecht grundsätzlich Vorrang, ausser wenn die Bundesversammlung (Parlament) – wie vorliegend – beim Erlass eines Gesetzes einen Verstoss gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts ausdrücklich in Kauf nimmt. Allerdings hat der Bundesrat (Regierung) in seiner Botschaft auch ausdrücklich darauf hingewiesen, "dass das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts" ausgehe.<sup>77</sup> Es bleibt in Zukunft also abzuwarten, wie das Bundesgericht in einer solchen Angelegenheit entscheiden wird.

### C. Fazit: Ablehnung der Durchsetzungsinitiative als Bekenntnis zu Rechtsstaatlichkeit

Am 28. Februar 2016 hat das Schweizer Volk über die Volksinitiative "Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer" abgestimmt und diese mit 58.9 % Nein-Stimmen und 18.5 von 23 Ständesstimmen<sup>78</sup> abgelehnt; die Wahlbeteiligung lag bei hohen 63.1 %.<sup>79</sup> Diese Initiative wurde, wie erwähnt, ebenfalls von der SVP lanciert, um die eigene Vorstellung von der gesetzlichen Umsetzung der Ausschaffungsinitiative – gemäss deren Titel – *durchzusetzen*. Die Initianten gingen davon aus, dass die geplante Umsetzung der Ausschaffungsinitiative mit Berücksichtigung einer Härtefallklausel<sup>80</sup> nicht dem tatsächlichen Volkswillen gemäss Art. 121 Abs. 3–6 BV entsprechen würde. Anstatt aber gegen die konkrete (gesetzliche) Umsetzung das (fakultative) Referendum zu ergreifen, zogen sie es vor, ihr eigenes Verständnis der Ausschaffungsinitiative direkt in der Verfassung verankern zu wollen. Mit diesem Vorgehen wäre die Bundesversammlung (Parlament) umgangen bzw. ausgehebelt worden, die Ausführungsgesetzgebung zu erlassen.

Dass sich die Stimmberechtigten gegen die von der SVP favorisierte schärfere Umsetzung, und damit für die Aufnahme einer Härtefallklausel und mithin für eine Einzelfallprüfung entschieden haben, ist nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative ein nun mit Erleichterung zur Kenntnis zu nehmendes Zeichen für die Anerkennung

75 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

76 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681).

77 BBl 2013 5975 ff. (FN 25), S. 5976, 5994 ff. Ziff. 1.2.2 m.w.N.

78 Vgl. dazu FN 11.

79 Vorläufiges amtliches Endergebnis vom 28. Februar 2016.

80 Art. 66a Abs. 2 n1-StGB; Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 28. Februar 2016, S. 15 – 17; vgl. dazu vorstehend Ziff. B.II.2.

des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und damit für Rechtsstaatlichkeit. Zugleich ist die Ablehnung der Durchsetzungsinitiative ein Signal, welches hoffen lässt, dass die nationalkonservative SVP nach der "Minarettinitiative" und der Initiative "Gegen Masseneinwanderung" nicht mit weiteren Gesetzesvorstössen dieser Art beim Volk verfangen kann. Gleichwohl ist die neue Gesetzgebung betreffend Ausweisung krimineller Ausländer sehr restriktiv. Denn auch wer als Täter einer sogenannten Katalogtat mit Blick auf seine Ausweisung einen persönlichen Härtefall geltend machen kann, muss trotzdem mit einem Landesverweis rechnen, wenn das Sicherheitsinteresse der Schweiz das persönliche Interesse am Verbleib in der Schweiz überwiegt. Davon betroffen sein können auch Personen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind, aber keinen Schweizer Pass haben, und das Land, deren Nationalität sie tragen, gar nicht kennen. Es gibt insofern auch bei schwerwiegenden Straftaten zwar keinen Ausweisungsautomatismus, aber bei zum Beispiel gemeingefährlichen Straftätern oder bestehender Wiederholungsgefahr dürfte die Möglichkeit der Berufung auf die Härtefallklausel eher theoretischer Natur bleiben.<sup>81</sup>

Kontakt:

*Prof. Dr. Andreas Eicker*  
*Universität Luzern*  
*Rechtswissenschaftliche Fakultät*  
*Postfach 4466*  
*CH – 6002 Luzern*  
*andreas.eicker@unilu.ch*

81 Vgl. dazu auch EICKER, in: Leuzinger, Wie hart ist die Härtefallklausel?, Neue Luzerner Zeitung 50/2016, S. 5.