

im Wahlkampf, die Herausforderungen in der Umsetzung und letztlich die praktischen Probleme in der Anwendung dargelegt.

III. Analyse der Initiativen mit Einfluss auf das Strafrecht

1. Verwahrungsinitiative

Die Verwahrungsinitiative wurde am 3. Mai 2000 eingereicht, um Opfer vor rückfälligen Tätern zu schützen. Für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter sollte eine lebenslängliche Verwahrung eingeführt werden:

Artikel 123a

¹ *Wird ein Sexual- oder Gewaltstraftäter in den Gutachten, die für das Gerichtsurteil nötig sind, als extrem gefährlich erachtet und nicht therapierbar eingestuft, ist er wegen des hohen Rückfallrisikos bis an sein Lebensende zu verwahren. Frühzeitige Entlassung und Hafturlaub sind ausgeschlossen.*

² *Nur wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt, können neue Gutachten erstellt werden. Sollte auf Grund dieser neuen Gutachten die Verwahrung aufgehoben werden, so muss die Haftung für einen Rückfall des Täters von der Behörde übernommen werden, die die Verwahrung aufgehoben hat.*

³ *Alle Gutachten zur Beurteilung der Sexual- und Gewaltstraftäter sind von mindestens zwei voneinander unabhängigen, erfahrenen Fachleuten unter Berücksichtigung aller für die Beurteilung wichtigen Grundlagen zu erstellen.*

Im Wahlkampf wurden verschiedene Argumente gegen die Vorlage vorgebracht.²⁶ Auf rechtsstaatlicher Ebene standen Konflikte mit völkerrechtlichen Garantien im Vordergrund, insbesondere dem Recht auf regelmäßige richterliche Haftprüfung (Art. 31 Abs. 4 BV, Art. 5 Abs. 4 EMRK, Art. 9 Abs. 3 UNO Pakt II). Dies, weil die Überprüfung der Verwahrung von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen abhängig gemacht werde, was eine

²⁶ Siehe die kritische Würdigung der Initiative von *Forster*, Lebenslange Verwahrung: zur rundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 2004, 418.

periodische Überprüfung verhindern könne.²⁷ Zudem wurde die Wirksamkeit der Vorlage infrage gestellt. Die Gefährlichkeit bzw. das Rückfallrisiko könne auch aufgrund von täterbezogenen Elementen entfallen, ohne dass „neue, wissenschaftliche Erkenntnisse“ vorlägen.²⁸ Bemängelt wurde zudem, dass die neue Maßnahme kaum je zur Anwendung gelangen werde, da Gutachter einen Ausschluss der Therapierbarkeit insbesondere bei jüngeren Tätern nicht aussprechen würden.²⁹ Bundesrat und Bundesversammlung empfahlen dem Volk die Ablehnung der Initiative. Dennoch wurde die Vorlage in der Abstimmung vom 8. Februar 2004 angenommen.³⁰

Die Umsetzung der Initiative war von Beginn an kontrovers.³¹ Aufgrund der Kollision mit der EMRK wurde eine Umsetzung auf Gesetzesstufe vollzogen. Im Parlament fanden jedoch mehrjährige Diskussionen statt, wie die Initiative menschenrechtskonform umzusetzen sei – bis hin zu Vorschlägen, die Umsetzung der Gesetzesänderung den Gerichten zu überlassen.³² Am 1. August 2008 wurde die Initiative schließlich in Art. 64 ff. CH-StGB umgesetzt.

Der neue Art. 64 Abs. 1^{bis} CH-StGB führte die Maßnahme der lebenslänglichen Verwahrung ein und sieht für deren Anordnung kumulative Erfordernisse vor: 1) die Begehung einer Anlasstat,³³ 2) die besonders schwere Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität des Opfers, und 3) das hohe Rückfallrisiko und die dauerhafte Untherapierbarkeit des Täters.

27 Siehe dazu CR CP-*Queloz/Balçin Renklicicek*, Art. 64c Rn. 20 ff.; BSK StGB-*Heer*, Art. 64c Rn. 1. Zudem wäre möglicherweise gar das Folterverbot verletzt (Art. 3 EMRK), weil eine zwingend lebenslange Bestrafung ohne Urlaub oder Aussicht auf Lockerung unmenschlich sei, siehe dazu PK StGB-*Trechsel/Borer*, Art. 64c Rn. 14a mit Hinweis auf die Urteile des EGMR.

28 Siehe BSK BV-*Göksu*, Art. 123a Rn. 10 für Beispiele.

29 Siehe dazu St. Galler BV Kommentar-*Vest*, Art. 123a Rn. 22 m.w.H.

30 Die Annahme erfolgte mit 56.2% Ja-Stimmen des Volkes und 19 5/2 Ständesstimmen.

31 Siehe ausführlich *Seferovic*, Die Umsetzung der Verwahrungsinitiative – In zwei Schritten zur eingeschränkten Anwendbarkeit der lebenslänglichen Verwahrung, *Sicherheit & Recht* 2014, 105.

32 SDA-Meldung vom 25. Oktober 2007, Umsetzung der Verwahrungsinitiative, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2007/mm_2007-10-25_999_01.aspx, zuletzt abgerufen am 21.12.2022.

33 Der Katalog umfasst Mord, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung, Raub, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, Freiheitsberaubung oder Entführung, Geiselnahme, Verschwindenlassen, Menschenhandel, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen. Eine parlamentarische Initiative mit dem Ziel, die Schändung (Art. 191) zum Katalog anzufügen wurde 2017 abgelehnt.

Art. 64c CH-StGB regelt das mehrstufige Entlassungsverfahren: Eine eidgenössische Fachkommission prüft neue wissenschaftliche Erkenntnisse zur Behandelbarkeit von Tätern (Abs. 1) und bietet ggf. die Behandlung an (Abs. 2). Bei Entfallen der Gefahr für die Öffentlichkeit wird die lebenslängliche Verwahrung von einem unabhängigen Gericht inkl. neuen Gutachten aufgehoben (Abs. 5) und in eine stationäre Maßnahme umgewandelt (Abs. 3). Darüber hinaus ermöglicht Abs. 4 eine unmittelbare bedingte Entlassung durch das Gericht bei Entfallen der Gefahr infolge hohen Alters und schwerer Krankheit.

Diese Umsetzung war umstritten. Der Gesetzgeber wandelte die Vorlage in verschiedener Hinsicht um. Die Dauerhaftigkeit der Untherapierbarkeit sowie die besonders schwere Form der Tatbegehung wurden hinzugefügt, was die Anwendung der Maßnahme weiter einschränkte.³⁴ Die Entlassung weicht zudem vom ursprünglichen zweistufigen Verfahren ab, dass zuerst neue wissenschaftliche Erkenntnisse und danach die Prüfung des Behandlungserfolgs umfasste, und berücksichtigt unter Umständen auch täterbezogene Elemente.³⁵ In offenem Widerspruch zur Initiative, die eine unmittelbare gerichtliche Entlassung aus der lebenslänglichen Verwahrung im Kern verhindern wollte, wurde zudem eine bedingte Entlassung in Ausnahmefällen vorgesehen.³⁶

Rechtsstaatlich bedenklich bleibt, dass die lebenslängliche Verwahrung in eine stationäre Behandlung umgewandelt wird, obwohl die Bedingungen hierfür möglicherweise nicht gegeben sind.³⁷ Zudem wurde die Umsetzung als EMRK-widrig qualifiziert, weil nicht die betroffene Person die regelmäßige Überprüfung beantragen kann, sondern Behörden.³⁸

In der Praxis bewahrheiteten sich die Vorhersagen zur limitierten Anwendbarkeit der neuen Maßnahme. Nur in einem Fall von wenigen³⁹ wur-

34 Siehe BSK StGB-Heer, Art. 64 Rn. 120 zur dauernden Untherapierbarkeit als „Cruce der Verwahrung“.

35 Dazu ausführlich St. Galler BV Kommentar-Vest, Art. 123a Rn. 31 m.w.H.; PK StGB-Trechsel/Borer, Art. 64c Rn. 5 f. Kritisch CR CP-Queloz/Balçin Renklicicek, Art. 64c Rn. 9 f.

36 Siehe BSK StGB-Heer, Art. 64c Rn. 12.

37 Mombelli, *Avenir de l'internement à vie pour les délinquants dangereux en Suisse*, Jusletter vom 23. Juli 2012, Rn. 29 ff.

38 Siehe zur Unvereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 4 EMRK BSK StGB-Heer, Art. 64c Rn. 4.

39 Siehe ausführlich zur Kasuistik der lebenslänglichen Verwahrung PK StGB-Trechsel/Borer, Art. 64 Rn. 26, sowie die Besprechung von Wiprächtiger, Urteilsbesprechung Nr. 13 Obergericht Aargau, I. Strafkammer, Entscheid vom 18. Oktober 2012 i.S. Staatsanwaltschaft Baden gegen B. – SST.2012.128, forumpoenale 2013, 75.

de deren Anordnung rechtskräftig – und das auch nur, weil die Berufung zurückgezogen wurde.⁴⁰ Dies ist mitunter auf die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung zurückzuführen, die hohe Anforderungen an die Anordnung der lebenslänglichen Verwahrung stellt: So wurde in einem Grundsatzurteil eine 20-jährige Therapieunfähigkeit als unzureichend eingestuft, weil sie zwar langdauernd, aber nicht lebenslang sei.⁴¹

2. Unverjährbarkeitsinitiative

Am 1. März 2006 reichte der Verein Marche Blanche die Unverjährbarkeitssinitiative ein. Ziel der Initiative war es, die Verjährung bei an Kindern und Schutzbedürftigen begangenen Sexualdelikten aufzuheben.⁴² Weil bei solchen Straftaten die Bindung zwischen Opfer und Täter die Strafanzeige erschweren könne, sei die Zeit für eine Anzeige durch die 15-jährige Verjährungsfrist zu stark eingeschränkt:

Artikel 123b Unverjährbarkeit der Strafverfolgung und der Strafe bei sexuellen und bei pornografischen Straftaten an Kindern vor der Pubertät

Die Verfolgung sexueller oder pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät und die Strafe für solche Taten sind unverjährbar.

Kritikpunkte an der Vorlage betrafen erneut die rechtliche und praktische Sphäre.⁴³ Auf rechtsstaatlicher Ebene wurde die Formulierung als zu unbestimmt kritisiert.⁴⁴ Zudem bestanden Bedenken aufgrund der möglichen

40 Urteil BezGer Weinfelden, 07.10.2010, dazu ausführlich *Trechsel*, Urteilsbesprechung Nr. 16 Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A. – S.2010.39, *forumpoenale* 2012, 138.

41 BGE 140 IV 1. Siehe des Weiteren BGE 141 IV 423, der die besonders schwere Beeinträchtigung bei einer sexuellen Nötigung während einer Schlafmittelbetäubung verneint; BGer 6B_13/2014 vom 03.06.2014, der einen extrem unwahrscheinlichen Behandlungserfolg nicht einer lebenslangen Untherapierbarkeit gleichgestellt. Siehe BGer 6B_35/2017 vom 26.02.2018; BGer 6B_34/2019 vom 05.09.2019 als weitere bundesgerichtliche Urteile, in denen die ordentliche Verwahrung statt der lebenslänglichen Verwahrung ausgesprochen wurde.

42 Siehe ausführlich zur Vorgeschichte der Verjährung im schweizerischen und internationalen Strafrecht *Frischknecht*, Zur Eidgenössischen Volksinitiative «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern», ZStrR 2008, 434, 436 ff.; BSK StGB-Zurbrügg, Art. 101 Rn. 1 ff.

43 Siehe *Frischknecht*, ZStrR 2008, 434 ff.

44 BBl 2011 5977, 5994 ff.

Aushebelung des Rückwirkungsverbots (Art. 1f. CH-StGB, Art. 7 EMRK) bei bereits verjährten Straftaten. Rechtskräftig eingestellte Verfahren dürfen nicht aufgrund der rückwirkenden Änderung der Verjährungsfristen wieder eröffnet werden.⁴⁵ Letztlich stuft der Bundesrat die kategorische Unverjährbarkeit als Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein.⁴⁶

In praktischer Hinsicht bestanden Zweifel an der Effektivität der Vorlage. Bei Serientätern hätte die Unverjährbarkeit keine Anwendung gefunden, da die Verjährung bei jeder Tat gesondert zu laufen beginnt. Bei Einzeltätern hingegen entstünden nach so langer Zeit Beweisprobleme. Weiter sei fraglich, ob ein Strafbedürfnis bzw. Präventionsbedarf solange fortbestehe.⁴⁷ Aufgrund dieser Bedenken wurde ein indirekter Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe ausgearbeitet, mit dem die Verjährung erst mit der Mündigkeit des Opfers zu laufen beginnen würde, die Verjährung de facto erst eintreten könnte, wenn das Opfer 33 Jahre alt wäre.⁴⁸ An der Abstimmung vom 30. November 2008 wurde die Vorlage entgegen der Empfehlung zur Ablehnung des Bundesrats und der Bundesversammlung und anstatt des Gegenvorschlags angenommen.⁴⁹

Die Umsetzung wurde im Sinne der Rechtssicherheit auf Gesetzesstufe durchgeführt. Anfang 2013 wurde Art. 101 CH-StGB zur Unverjährbarkeit ergänzt. Die Norm statuiert seither folgende kumulative Erfordernisse für die Unverjährbarkeit: 1) die Begehung einer Anlasstat nach Art. 101 Abs. 1 lit. e CH-StGB, welche verschiedene Sexualdelikte aufführt,⁵⁰ 2) ein Opfer das jünger als 12 Jahre alt ist, 3) die Anwendbarkeit des Erwachsenenstrafrechts⁵¹ auf den Täter und 4) noch keine Verjährung der Straftat am 30. November 2008 nach damaligem Recht (Rückwirkungsverbot).⁵²

In der Debatte zur Umsetzung wurde zunächst die Ausweitung der Katalogtaten auf Vergehen kritisiert.⁵³ Zudem kamen Sorgen bezüglich der

45 Siehe dazu ausführlich St. Galler BV Kommentar-Vest, Art. 123 Rn. 7.

46 BBl 2007 5369, 5382.

47 Siehe hierzu *Capus*, Ewig still steht die Vergangenheit?, Bern 2006, passim (zitiert als: *Capus*).

48 Eingehend zum Gegenvorschlag *Frischknecht*, ZStrR 2008, 439.

49 Die Annahme erfolgte mit 51.9% Ja-Stimmen des Volkes und 16 4/2 Ständesstimmen.

50 Lit. e ergänzt den Katalog von unverjährbaren Delikten in Art. 101 Abs. 1 lit. a–d, bestehend aus Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und schweren Terrorakten.

51 BBl 2011 5977, 6003.

52 BBl 2011 5977, 6014.

53 Siehe dazu BSK StGB-Zurbrügg, Art. 101 Rn. 15, welcher symbolische Gründe vermutet.

praktischen Anwendung der Regelung auf. Die Verjährung ermögliche eine effiziente Strafverfolgung, weil verzögerte Verfahren oft von Beweisproblemen behaftet seien.⁵⁴ Die Katalogtaten führten oft zu aussagebasierten Verfahren, bei denen sich die Beweisfindung nach vielen Jahren schwierig gestalte.⁵⁵ Insgesamt wurde hinterfragt, ob der Opferschutz oder das öffentliche Interesse an der Verbrechensaufklärung im Zentrum stehe.⁵⁶ So könne die Verjährung im Interesse des Opfers sein, da Verfahren auch durch Drittanzeigen⁵⁷ eingeleitet werden könnten und bei Opfern sowohl zu psychischer Belastung (bei detaillierten Befragungen) als auch zu erheblicher Frustration (bei Verfahrenseinstellung) führen könnten.⁵⁸

3. Pädophileninitiative

Am 20. April 2011 reichte der Verein Marche Blanche die Pädophileninitiative ein. Die Initiative hatte zum Ziel, ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot für pädophile Täter einzuführen, um Kinder und abhängige Personen vor rückfälligen Tätern zu schützen:

Artikel 123c Massnahme nach Sexualdelikten an Kindern oder an zum Widerstand unfähigen oder urteilsunfähigen Personen

Personen, die verurteilt werden, weil sie die sexuelle Unversehrtheit eines Kindes oder einer abhängigen Person beeinträchtigt haben, verlieren endgültig das Recht, eine berufliche oder ehrenamtliche Tätigkeit mit Minderjährigen oder Abhängigen auszuüben.

Im Abstimmungskampf wurden erneut Argumente zur Rechtsordnung und Wirksamkeit der Initiative vorgebracht. Auf rechtlicher Ebene wurde zunächst die Diskrepanz zwischen dem Titel „Pädophilie“ und dem weitreichenderen Inhalt der Initiative bemängelt.⁵⁹ Aus rechtsstaatlicher Sicht wurde die zwingende Verhängung einer lebenslänglichen, auch bei

54 BBl 2007 5369, 5387; Frischknecht, ZStrR 2008, 444.

55 Siehe PK StGB-Trechsel/Schultze, Art. 101 Rn. 9 m.w.H.; Frischknecht, ZStrR 2008, 445 ff.

56 Frischknecht, ZStrR 2008, 441 ff.; Nydegger, Wenn Polanski nicht Polanski wäre, forumpoenale 2010, 49 ff.

57 Capus, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative, forumpoenale 2009, 110, 113.

58 Frischknecht, ZStrR 2008, 441 ff.

59 OFK BV-Biaggini, Art. 123c Rn. 2.

Entfallen der Gefahr nicht widerruflichen Maßnahme,⁶⁰ als Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2 BV) bewertet.⁶¹ Letztlich wurde die „Fiktion der Gefahr“⁶² bei gewissen Tätern, d.h. das Abstellen auf den schlechten Leumund statt der schlechten Prognose, als unvereinbar mit den Grundprinzipien des Maßnahmenrechts eingestuft.⁶³

Erneut wurden Zweifel an der Wirksamkeit der Vorlage laut. Dass nur Sexualdelikte und nicht auch Gewaltdelikte aufgeführt werden sollen, mindere den Opferschutz.⁶⁴ Dass bei Entfallen der Gefährlichkeit und somit des Schutzinteresses keine Aufhebung der Maßnahme möglich sein soll, scheine ineffizient. Diese Problematiken wurden in einem indirekten Gegenvorschlag aufgegriffen, welcher ein Tätigkeits- und Rayonverbot einführen wollte, das sich auf Gewaltdelikte erstrecken und in gewissen Ausnahmefällen auch sollte aufgehoben werden können. An der Abstimmung vom 18. Mai 2014 empfahl der Bundesrat die Ablehnung der Initiative, während die Bundesversammlung keine Abstimmungsempfehlung gab. Die Vorlage wurde anstelle des indirekten Gegenvorschlags vom Volk und Ständen klar angenommen.⁶⁵

Die Initiative wurde aufgrund unzureichender Normbestimmtheit und Kollision mit völkerrechtlichen Vorgaben auf Gesetzesstufe umgesetzt.⁶⁶ Die Umsetzung war erneut kontrovers⁶⁷ und stellte einen Spezialfall dar, weil die im indirekten Gegenvorschlag vorgesehene Gesetzesänderung trotz der Annahme der Initiative durchgeführt wurde: Nachdem das Tätigkeitsverbot Anfang 2015 in Art. 67 CH-StGB bereits eingeführt wurde, waren für die Umsetzung der Initiative per Anfang 2019 nur noch kleine Anpassungen nötig.⁶⁸

60 BBl 2016 6115, 6116 und 6136; HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 16 betont, dass es kein richterliches Ermessen gibt.

61 BSK StGB-Hagenstein, Art. 67 Rn. 81; BBl 2016 6115, 6116.

62 HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 15.

63 Siehe BSK StGB-Hagenstein, Art. 67 Rn. 59; HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 13; BBl 2012 8819, 8850.

64 Siehe BSK BV-Göksu, Art. 123c Rn. 9: «wer Kinder zu verprügeln pflegt, wird nicht vom Verbot erfasst»; BBl 2012 8819, 8836 ff.

65 Die Annahme erfolgte mit 63.5% Ja-Stimmen des Volks und 23 Standesstimmen.

66 Siehe dazu ausführlich OFK BV-Biaggini, Art. 123c Rn. 3; a.A. BSK BV-Göksu Art. 123c, Rn. 2.

67 Siehe Hasler, Pädophilen-Initiative – Der BR eröffnet die Vernehmlassung, forum-poenale 2015, 249; Raselli, Die Attacke auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, AJP 2015, 1351.

68 Siehe HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 1.

Das vorab in Art. 67 CH-StGB verankerte (allgemeine und qualifizierte) Tätigkeitsverbot wurde durch zwei zwingende Tätigkeitsverbote in Art. 67 Abs. 3 und 4 CH-StGB ergänzt.⁶⁹ Diese statuieren das lebenslängliche Tätigkeitsverbot für Straftaten an Kindern und Abhängigen und führen je einen Katalog von Anlasstaten auf.⁷⁰ Opfer bzw. Subjekt verbotener Pornografie müssen Minderjährige oder Abhängige sein, allerdings muss die Tat nicht in Ausübung der zu verbotenden Tätigkeit begangen werden.⁷¹ Rechtsfolge ist zwingend ein Verbot aller beruflichen und organisierten außerberuflichen Tätigkeiten „mit regelmäßigem Kontakt zu Minderjährigen“ bzw. „direktem Patientenkontakt“.⁷²

Art. 67 Abs. 4^{bis} CH-StGB führt eine Härtefallklausel mit Ausnahmen ein, wenn kumulativ eine gute Prognose und ein besonders leichter Fall einer Katalogtat vorliegen.⁷³ Diese Ausnahmeregelung kommt bei gewissen Katalogtaten (inkl. Schändung) sowie einer Klassifikation des Täters als pädophil nicht zur Anwendung.⁷⁴

Die Umsetzung geht über das im Zentrum der Abstimmung stehende Phänomen der „Pädophilie“ hinaus: Die Initiative sollte die sexuelle Unversehrtheit von Kindern schützen, die Umsetzung knüpft jedoch an die Minderjährigkeit des Opfers an. Ebenso weitet der Katalog an Anlasstaten, der Antrags- bzw. Bagatelldelikte beinhaltet, den Anwendungsbereich der Maßnahme aus.⁷⁵

In der Praxis entwickelte sich eine uneinheitliche Rechtsprechung zum lebenslänglichen Tätigkeitsverbot. Insbesondere die Auslegung der Ausnahmeregelung für besonders leichte Fälle ist unklar. In Einzelfällen des Be-

69 Siehe zur Unterscheidung zwischen allgemeinem, qualifiziertem und zwingendem Tätigkeitsverbot HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 1.

70 Die abschliessenden Kataloge umfassen verschiedene Sexualdelikte, mit Ausnahme des Menschenhandels, der allerdings einen sexuellen Bezug aufweisen muss. Es reicht die versuchte Tatbegehung einer Katalogtat (OGer ZH SB180258 vom 23.11.2018, E. IV.3 und IV.4).

71 PK StGB-Trechsel/Bertossa, Art. 67 Rn. 14

72 OFK StGB-Heimgartner, Art. 67 Rn. 10. Erfasst werden auch Tätigkeiten mit kurzfristigen oder sporadischen Kontakten mit zu schützenden Personengruppen, was wiederum als unverhältnismässig gilt, siehe BSK StGB-Hagenstein, Art. 67 Rn. 57; HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 15.

73 Die Ausnahmeregelung betrifft Bagatelldelikte und dient der Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, siehe dazu HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 17.

74 HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 13

75 HK StGB-Wohlers, Art. 67 Rn. 21 mit Bezug zu den Tatbeständen des Exhibitionismus (Art. 194) und der sexuellen Belästigung (Art. 198)

sitzes harter Pornographie wird teils auf Bestrafung verzichtet, teils ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot ausgesprochen. Diese Problematik wird dadurch verschärft, dass ein drohendes Tätigkeitsverbot nicht ausreicht, um eine notwendige Verteidigung zu gewähren.⁷⁶

4. Ausschaffungsinitiative

Die Ausschaffungsinitiative wurde am 15. Februar 2008 von der Schweizerischen Volkspartei (SVP) eingereicht, damit Täter gewisser Katalogtaten automatisch ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren:

Artikel 121 Abs. 3–6 BV

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

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 missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.

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

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

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

Die Debatte zur Vorlage betraf Konflikte mit rechtsstaatlichen Garantien und dem Völkerrecht. Die als Automatismus ausgestaltete Vorlage kollidierte mit dem Schutz des Privat- und Familienlebens (Art.13 BV) und dem

⁷⁶ Zum Ganzen Tagesanzeiger vom 04.09.2021 (Wie die Pädophileninitiative die Zürcher Justiz überfordert), sowie Tagesanzeiger vom 11.09.2021 (Mann verbreitet Pornografie – und kriegt kein lebenslängliches Tätigkeitsverbot).

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV).⁷⁷ Zudem stehe sie im Spannungsfeld mit Art. 8 EMRK, Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK und dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) zwischen der Schweiz und der EU.⁷⁸ Aus diesen Gründen erarbeitete das Parlament einen direkten Gegenvorschlag, der an einer gewissen Schwere des Delikts bzw. der Strafe anknüpfte.⁷⁹ An der Abstimmung am 28. November 2010 wurde die Vorlage angenommen,⁸⁰ entgegen der Empfehlung des Bundesrats und der Bundesversammlung.

Die neuen Verfassungsbestimmungen wurden entlang des ausdrücklichen Konkretisierungsauftrags (Art. 121 Abs. 4 BV) auf Gesetzesstufe umgesetzt.⁸¹ Zur Einführung der obligatorischen „Landesverweisung“ im CH-StGB wurden zwei Varianten vorgeschlagen.⁸² Die erste Variante setzte eine Mindeststrafe von sechs Monaten voraus.⁸³ Die zweite Variante sah einen absoluten Ausschaffungsautomatismus für bestimmte Delikte vor, wobei nur das Non-Refoulement-Gebot eine Schranke darstellen sollte.⁸⁴

Als Reaktion auf den ersten, vermittelnden Vorschlag reichte die SVP zwei Wochen nach Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens die Initiative „zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“ ein.⁸⁵ Die Initiative bezweckte die Durchsetzung des Volkswillens durch eine verfassungsrechtliche Verankerung der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative.⁸⁶ Kritik entstand aufgrund des Konflikts mit dem nicht-zwingenden Völkerrecht und dem Entfallen jeglichen Er-

77 BSK StGB-Zurbrügg/Hauschka, Vor Art. 66a Rn. 30; BBl 2009 5097, 5098; siehe zur rechtlichen Debatte auch *Hangartner*, Unklarheiten bei Volksinitiativen – Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, 471, 474 f.; *Gächter/Kradolfer*, Von schwarzen Schafen – Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, Asyl 2008, 12.

78 BBl 2009 5097, 5098.

79 Siehe den konkreten Vorschlag in BBl 2010 4243, 4244; dazu BSK StGB-Achermann, Vor Art. 66 Rn. 32.

80 Die Annahme erfolgte mit 52.3% Ja-Stimmen des Volks und 15 5/2 Ständesstimmen.

81 *Musliu*, S. 101; BSK StGB-Achermann, Vor Art. 66a Rn. 33.

82 *Weber*, Die gesetzlichen Umsetzungsvarianten der SVP-Ausschaffungsinitiative im Lichte des FZA und der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, AJP 2012, 1436, 1440; *Musliu*, S. 101 ff.; BSK StGB-Achermann, Vor Art. 66a Rn. 34.

83 *Weber*, AJP 2012, 1140.

84 BSK StGB-Achermann, Vor Art. 66a Rn. 34.

85 BSK StGB-Achermann, Vor Art. 66a Rn. 34.

86 *Uebersax*, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungsinitiative – eine Einladung zur Reflexion, ZBl 2014, 600.

messensspielraums für Behörden.⁸⁷ Die Initiative nehme Verletzungen des nicht-zwingenden Völkerrechts ausdrücklich in Kauf, insbesondere Art. 8 EMRK und Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, welche bei Ausweisungen von Ausländerinnen eine Einzelfallprüfung verlangen. Mit Annahme der Initiative würde direkt anwendbares, aber offensichtlich völkerrechtswidriges Verfassungsrecht geschaffen, was Behörden in der Schweiz vor große Herausforderungen stelle.⁸⁸ In der Abstimmung vom 28. Februar 2016 wurde die Durchsetzungsinitiative, entlang der Empfehlung von Bundesrat und Bundesversammlung, abgelehnt.⁸⁹

Die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative folgte somit dem ursprünglich vorgesehenen Prozess. Sie erweiterte den Katalog, führte eine Härtefallklausel ein und verzichtete unter dem Druck der Durchsetzungsinitiative auf das Erfordernis der Mindeststrafe.⁹⁰ Die Bestimmungen zur Landesverweisung traten am 1. Oktober 2016 in Kraft.

Artikel 66a CH-StGB sieht vor, dass das Gericht einen Ausländer oder eine Ausländerin – unabhängig von der Höhe der Strafe – für 5–15 Jahre aus der Schweiz verweist, wenn eine Verurteilung für eine Katalogtat vorliegt. Der Deliktskatalog besteht größtenteils aus Verbrechen, umfasst jedoch auch Vergehen, die im Einzelfall gar Bagatellen sein können.⁹¹

Artikel 66a Abs. 2 CH-StGB regelt den Härtefall: Ausnahmsweise kann das Gericht von einer Landesverweisung absehen, wenn diese einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Damit wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen. Das Verhältnis zu völkerrechtlichen Bestimmungen bleibt problematisch und verlangt eine gerichtliche Einzelfallprüfung der Vereinbarkeit der Landesverweisung mit völkerrechtlichen Verträgen.⁹²

87 Volksabstimmung vom 28. Februar 2016, Erläuterungen des Bundesrates, 16 ff.

88 Zum Ganzen *Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698, 705 ff.

89 Die Ablehnung erfolgte mit 58.9% Nein-Stimmen des Volks und 17 ³/₂ verwerfenden Ständesstimmen.

90 AK StGB-Vetterli, Art. 66a Rn. 1.

91 AK StGB-Vetterli, Art. 66a Rn. 10, z.B. Diebstahl i.V.m. Hausfriedensbruch, unrechtmäßiger Bezug von Sozialleistungen sowie Pornografie.

92 Siehe dazu eingehend *Burri/Priuli*, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017, 886; BSK StGB-Zurbrügg/Hruschka, Art. 66a Rn. 58 ff.; *Oberholzer*, Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBJV 2020, 227, 243 f.

Die praktischen Auswirkungen der Initiative sind von zwei strafprozessualen Gegebenheiten geprägt. Einerseits muss die obligatorische Landesverweisung vom Strafgericht ausgesprochen werden. Eine Landesverweisung per Strafbefehl, womit in der Schweiz über 90% der Straffälle erledigt werden,⁹³ ist ausgeschlossen (Art. 252 Abs. 1 lit. d StPO *e contrario*). Andererseits muss bei einer drohenden Landesverweisung eine notwendige Verteidigung gestellt werden.⁹⁴ Wenn die Begehung einer Katalogtat durch einen ausländischen Täter infrage steht, muss ein ordentliches Verfahren samt notwendiger Verteidigung durchgeführt werden.

Das Bundesamt für Statistik liefert Einblick in die Anwendungsquote der Landesverweisung je nach Sanktionsart.⁹⁵ Die Anwendungsrate im Jahr 2021 lag bei Freiheitsstrafen von mehr als 6 Monaten bei über 75%, bei Geldstrafen betrug sie allerdings nur 5.3% – in allen anderen Fällen griff die Härtefallklausel.⁹⁶ Dies suggeriert eine große Anzahl an Bagatellfällen,⁹⁷ bei denen ein beträchtlicher Mehraufwand für die Strafjustiz entsteht.⁹⁸

93 Mattmann/Eschle/Rader/Walser/Thommen, Heimliche Verurteilungen, ZStrR 2021, 253, 254.

94 Art. 130 lit. b StPO.

95 Oberholzer, ZBJV 2020, 248.

96 BFS Statistik „Ausländer(innen): Verurteilungen aufgrund von Straftaten nach Art. 66a StGB, mit oder ohne Landesverweisung (LV), nach Sanktionsart“, abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/asset/de/22665431>, zuletzt abgerufen am 21.12.2022.

97 Exemplarisch hierfür ist das «Eselvideo», das in sozialen Medien kursiert. Das Video zeigt einen Buben, der hinter einem Esel Kopulationsbewegungen ausführt (aber nicht klar entblösst ist). Das Video erfüllt den Pornografietatbestand i.S.v. Art. 197 Abs. 4 StGB, ein Katalogdelikt. Verschickt eine ausländische Person das Video, muss ein ordentliches Strafverfahren mit notwendiger Verteidigung durchgeführt werden, auch wenn die Härtefallklausel offensichtlich greift. Siehe zur Prominenz des Videos bei Behörden die Vernehmlassung des Regierungsrats Kanton Aargau «18.043s Strafraahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», 7.

98 Vgl. dazu bereits Brun/Fabbri, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017, 231, 242 ff. Um diesen Missständen entgegenzutreten, bestehen Reformvorschläge zum Umgang mit Bagatellfällen. Vorgeschlagen wird die Anpassung des Deliktskatalogs sowie die Anordnung der Landesverweisung per Strafbefehl.