

Bericht

**der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen
Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung
straffälliger Ausländerinnen und Ausländer**

zuhanden des

Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements

Bern, 21. Juni 2011

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	8
Übersicht	10
1. Einleitung	12
1.1 Chronologie zur «Ausschaffungsinitiative».....	12
1.2 Einsetzung und Auftrag der Arbeitsgruppe.....	14
1.3 Zusammensetzung und Arbeitsweise der Arbeitsgruppe	16
2. Grundsätze zur Auslegung von (neuen) Verfassungsbestimmungen.....	17
2.1 Methodik und Besonderheiten der Verfassungsauslegung	17
2.1.1 Grundsatz der Geltung allgemeiner Auslegungsregeln	17
2.1.2 Die einzelnen Auslegungselemente.....	18
2.1.3 Offenheit und Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen sowie verfassungsspezifische Auslegungselemente	19
2.2 Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes	20
2.3 Vereinbarkeit von Verfassungsbestimmungen mit dem Völkerrecht	21
2.3.1 Vorrang der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts	21
2.3.2 Umgang mit Widersprüchen gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts	22
3. Auslegung von Artikel 121 BV.....	24
3.1 Übersicht über Aufbau und Struktur von Artikel 121 Absätze 3–6 BV	24
3.2 Interpretation der Rechtsfolgen	24
3.2.1 Verlust des Aufenthaltsrechts sowie aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt.....	24
3.2.2 Ausweisung und Ausschaffung aus der Schweiz	25
3.2.2.1 Terminologie und Drei-Ebenen-Theorie	25
3.2.2.2 Tragweite des «Ausweisungautomatismus» und Berücksichtigung völkerrechtlicher Vollzugshindernisse	26
3.2.3 Aufenthaltsstatus bei vorübergehendem Vollzugsaufschub	27
3.2.4 Einreiseverbot von 5–15 Jahren; im Wiederholungsfall von 20 Jahren	28
3.2.5 Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots	29
3.3 Interpretation der Tatbestände und der Gesetzgebungsaufräge.....	29
3.3.1 Leitlinien für die Ausführungsgesetzgebung	29
3.3.2 Delikte als Ausweisungsgrund	30
3.3.2.1 Gruppierung der Delikte.....	30
3.3.2.2 Nähere Umschreibung und Ergänzung der Delikte	30
3.3.2.3 Auslandurteile und Berücksichtigung sämtlicher Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie versuchter Delikte	31
3.3.3 Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe als Ausweisungsgrund	32
3.3.3.1 Leistungen der Sozialversicherungen.....	32

3.3.3.2	Leistungen der Sozialhilfe.....	32
3.3.3.3	Missbrauchs begriff.....	32
3.3.4	Allgemeine Gesetzgebungskompetenz zur Schaffung weiterer Ausweisungstatbestände	33
3.4	Interpretation im Licht des Völkerrechts	33
3.4.1	Haltung des Bundesrats.....	33
3.4.2	Leitplanken gemäss EMRK und UNO-Pakt II	34
3.4.2.1	Verfahrensrechtliche Garantien.....	34
3.4.2.2	Materielle Garantien	34
3.4.3	Garantien der Kinderrechtskonvention	36
3.4.4	Anforderungen aus dem FZA und dem EFTA-Übereinkommen	37
3.4.5	Fazit: Einzelfallprüfung und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.....	39
3.5	Folgen einer völkerrechtswidrigen Umsetzung.....	40
3.5.1	Freizügigkeitsabkommen	40
3.5.2	Europäische Menschenrechtskonvention	41
3.5.3	UNO-Pakt II und Kinderrechtskonvention	42
4.	Standpunkte der Vertreter des Initiativkomitees zur Verfassungsauslegung	42
4.1	Allgemeine Bemerkungen	42
4.2	Ergänzungen der Vertreter des Initiativkomitees zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht.....	44
4.2.1	Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts vor nicht zwingendem Völkerrecht.....	44
4.2.2	Fazit: Verfassungsrecht geht nicht zwingendem Völkerrecht vor	46
5.	Regelungsstandort der Ausführungsgesetzgebung.....	47
5.1	Verfassungsrechtlicher Rahmen und Rechtsnatur von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen.....	47
5.2	Vor- und Nachteile der Umsetzung im Strafgesetzbuch bzw. im Ausländergesetz.....	48
5.3	Fazit.....	49
6.	Voraussetzungen der Landesverweisung.....	50
6.1	Einleitung: Vier Umsetzungsvarianten.....	50
6.2	Anknüpfungspunkte.....	50
6.2.1	Verfassungsrechtliche Vorgaben	50
6.2.1.1	Artikel 121 Absatz 3 und 4 BV	50
6.2.1.2	Verhältnismässigkeitsprinzip	51
6.2.2	Folgerungen.....	52
6.2.2.1	Anvisierte Kriminalitätsformen	52
6.2.2.2	Schwere der Delikte.....	52
6.3	Schwere Delikte.....	53
6.3.1	Vorsätzliches Tötungsdelikt	53
6.3.2	Vergewaltigung oder anderes schweres Sexualdelikt	54
6.3.3	Anderes Gewaltdelikt wie Raub	55

6.3.4	Berücksichtigung der Schwere der Delikte bei den Tötungsdelikten, den Sexualdelikten und den Gewaltdelikten in den einzelnen Varianten	57
6.3.5	Menschenhandel.....	58
6.3.6	Ergänzung um weitere schwere Straftaten?	58
6.3.7	Umsetzung in den einzelnen Varianten	58
6.4	Übrige Delikte	59
6.4.1	Drogenhandel	59
6.4.2	Einbruchsdelikt.....	60
6.4.3	Weitere mögliche Delikte gemäss Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees	61
6.5	Raserproblematik	61
6.5.1	Bestrebungen zur Verhinderung und zur Sanktionierung von Raserdelikten	61
6.5.2	Zur Definition des «Rasers»	62
6.5.3	Rechtliche Erfassung des Rasens	63
6.5.4	Erfassung der Raserdelikte durch die Deliktskataloge zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative	64
6.5.4.1	Nach geltendem Recht	64
6.5.4.2	Nach den vorgesehenen Gesetzesänderungen	64
6.5.5	Mögliche Ausweitung der Deliktskataloge im Rahmen der Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 BV	65
6.5.6	Fazit	65
6.6	Neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs.....	66
6.6.1	Vorgaben nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV	66
6.6.2	Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees (Variante 1).....	66
6.6.3	Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe (Varianten 2–4)	66
6.6.3.1	Regelungsstandort und Marginalie	66
6.6.3.2	Verhältnis zum Tatbestand des Betrugs.....	67
6.6.3.3	Objektiver Tatbestand.....	67
6.6.3.4	Subjektiver Tatbestand	68
6.6.3.5	Strafdrohung	68
6.6.3.6	Verhältnis zu den bestehenden Sozialmissbrauchstatbeständen	69
6.7	Mindeststrafe	69
6.7.1	Einleitung	69
6.7.2	Voraussetzungen für eine milde Strafe.....	69
6.7.3	Mögliche minimale Voraussetzungen für eine Landesverweisung	71
6.7.4	Vorschlag der Arbeitsgruppe	72
6.8	Erläuterungen zu weiteren Voraussetzungen und Begriffen	73
6.8.1	(Rechtskräftige) Verurteilung	73
6.8.2	Straf- und Vollzugsarten, Tat- und Beteiligungsformen	73
6.8.3	Begehungsort und Zeitpunkt der Tat	73
6.8.4	Begriff der Landesverweisung	74
6.9	Erläuterungen zu den einzelnen Varianten der Deliktskataloge	75
6.9.1	Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees).....	75
6.9.1.1	Deliktskatalog im engeren Sinne	75
6.9.1.2	Mindeststrafe	76
6.9.1.3	Würdigung	76

6.9.2	Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)	76
6.9.2.2	Mindeststrafe	77
6.9.2.3	Fakultative Landesverweisung	77
6.9.2.4	Würdigung	78
6.9.3	Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)	78
6.9.3.1	Deliktskatalog im engeren Sinne	78
6.9.3.2	Mindeststrafe	79
6.9.3.3	Fakultative Landesverweisung	79
6.9.3.4	Würdigung	79
6.9.4	Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)	79
6.9.4.1	Zwingender Widerruf von Bewilligungen	79
6.9.4.2	Zwingendes Einreiseverbot	80
6.9.4.3	Würdigung	80
7.	Vollzugsfragen, Änderungen bisherigen Rechts und statistische Angaben.....	81
7.1	Einleitung	81
7.2	Aufgaben des Strafgerichts	81
7.2.1	Prüfungsbefugnis	81
7.2.2	Strafrechtlicher Instanzenzug	82
7.2.3	Strafbefehlsverfahren.....	82
7.3	Beginn und Dauer der Landesverweisung und Verhältnis zur Hauptsanktion.....	84
7.3.1	Einleitung	84
7.3.2	Zum Vorrang der einzelnen Sanktionen	85
7.3.3	Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung und der vorangehenden Sanktionen	86
7.3.3.1	Einleitung	86
7.3.3.2	Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der vorangehenden Sanktionen	86
7.3.3.3	Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung	87
7.3.3.4	Regelungsbedarf	87
7.3.4	Beginn, Dauer und Ende der Landesverweisung	87
7.3.4.1	Beginn.....	87
7.3.4.2	Dauer	88
7.3.4.3	Ende der Landesverweisung	89
7.4	Unterbrechung und Aufhebung der Landesverweisung	89
7.4.1	Folgerungen aus dem Massnahmencharakter der Landesverweisung	89
7.4.2	Unterbrechung durch die Vollzugsbehörde	89
7.4.3	Aufhebung durch das Gericht	90
7.5	Vollzugsverfahren.....	91
7.5.1	Kantonale Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug	91
7.5.2	Zuständige kantonale Vollzugsbehörde und gebotene Handlungsform.....	91
7.5.3	Gründe für den Aufschub der Landesverweisung.....	92
7.6	Rechtsmittelverfahren.....	93
7.6.1	Verfassungsrechtliche Rechtsschutzanforderungen.....	93

7.6.2	Oberes kantonales Gericht als endgültig entscheidende Rechtsmittelinstanz.....	94
7.6.3	Beschwerde- und Behandlungsfristen	95
7.6.4	Beschwerdegründe und weitere Verfahrensbestimmungen	95
7.7	Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)	96
7.8	Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)	96
7.8.1	Anpassungen im Ausländerrecht.....	96
7.8.2	Anpassungen im Asylrecht	97
7.9	Hinweise auf Änderungen anderer Bundesgesetze	98
7.9.1	Auswirkungen auf Strafgesetze und Prozessordnungen	98
7.9.2	Auswirkungen im Ausländergesetz (AuG)	99
7.9.2.1	Verhältnis der ausländerrechtlichen Massnahmen zur Landesverweisung.....	99
7.9.2.2	Wirkungen der Landesverweisung	99
7.9.2.3	Erlöschen der Bewilligungen und der vorläufigen Aufnahme	99
7.9.2.4	Wegweisung	100
7.9.2.5	Einreiseverbot.....	100
7.9.2.6	Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen	100
7.9.3	Auswirkungen im Asylgesetz (AsylIG)	101
7.9.3.1	Landesverweisung bei hängigem Asylverfahren	101
7.9.3.2	Hängiges Asylverfahren beim Vollzug der Landesverweisung.....	101
7.9.3.3	Erlöschen des Asyls	101
7.9.3.4	Ausweisung von anerkannten Flüchtlingen	101
7.9.4	Schlussbestimmungen.....	102
7.10	Statistische Angaben.....	103
7.10.1	Erhebungen des Bundesamtes für Statistik zu den einzelnen Varianten.....	103
7.10.1.1	Variante 1	103
7.10.1.2	Variante 2 (und 4).....	103
7.10.1.3	Variante 3	104
7.10.2	Allgemeine Bemerkungen.....	104
7.10.3	Bemerkungen zu den einzelnen Varianten	105
7.10.3.1	Variante 1	105
7.10.3.2	Varianten 2 und 3	105
7.10.3.3	Variante 4	106
7.10.4	Vergleichszahlen.....	106
7.10.5	Strafbereich unter 6 Monaten	107
8.	Völkerrechtskonformität der Deliktskataloge und der Vorschläge zur Vollzugsregelung.....	108
8.1	Variante 1	108
8.2	Variante 2	109
8.3	Varianten 3 und 4	110
9.	Gesamtwürdigung	110

9.1	Würdigung der verfassungs- und völkerrechtlichen Ausgangslage.....	110
9.2	Unterschiede und Auswirkungen der vier Varianten	114
9.3	Ergebnisse und Empfehlungen	120
Anhang: Formulierungsvorschläge		121
	Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)	121
	Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)	123
	Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)	126
	Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht).....	129
Verwendete Literatur		134

Vorwort

Rechtsstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit sowie die typisch schweizerische Form der demokratischen Mitwirkung kennzeichnen die Schweizerische Eidgenossenschaft als politisches Gemeinwesen. Diese Strukturprinzipien, die auch im Staatszweck angesprochen sind und der Verfassung zugrunde liegen, sind grundsätzlich gleichwertig; sie ergänzen einander und bedingen sich gegenseitig. Mitunter stehen sie aber auch in einem Spannungsverhältnis zueinander. Im Verfassungsalltag kommt es immer wieder zu Zielkonflikten. Das zeigt sich besonders deutlich bei den Volksinitiativen, die vom Verfassungsgeber (Volk und Ständen) genehmigt werden, obwohl sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, mit den Grundrechten oder mit internationalen Abkommen nur schwer vereinbar sind.

Die Lösung solcher Zielkonflikte obliegt vorab dem Gesetzgeber, aber auch den übrigen Staatsorganen, die in der konkreten Entscheidssituation abwägend zwischen den massgebenden Gesichtspunkten zu vermitteln haben. Dabei kann es nicht darum gehen, dem in der Schweiz traditionell hochgehaltenen Demokratieprinzip Vorrang vor allen anderen Prinzipien einzuräumen. Auch die direkte Demokratie bedarf rechtsstaatlicher Einbindung, wenn sie nicht zur freiheitsgefährdenden und Minderheiten ausgrenzenden Herrschaftsform verkommen soll. Das gilt selbst vor dem Hintergrund, dass dem Verfassungsgeber in der Schweiz grundsätzlich nur die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen, nicht aber anderes Völkerrecht. Auch bestehendes Verfassungsrecht kann dem Verfassungsgeber nicht entgegen gehalten werden.

Zur Überwindung solcher Gegensätze und Auflösung von Widersprüchen – als rationales System sollte die Rechtsordnung widerspruchsfrei, berechenbar und verlässlich sein – haben Lehre und Praxis Instrumentarien entwickelt (völkerrechtskonforme Auslegung vor Neuverhandlung bzw. Kündigung bei Verstößen gegen das Völkerrecht oder harmonisierende Verfassungsauslegung und Vorrang des jüngeren und spezielleren Rechts im Landesrecht usw.). In Anwendung dieser bewährten Grundsätze waren die Bundesbehörden stets bemüht, einschlägige Bestimmungen soweit möglich völkerrechtskonform auszulegen und Widersprüche so zu beheben, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben beachtet und Abstriche an den von den Initiantinnen und Initianten angestrebten Zielen nur aus rechtlich zwingenden Gründen erfolgten.

Die hier zur Diskussion stehende Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative) bietet dafür reichlich Anschauungsmaterial. Bundesrat und Parlament haben die Ausschaffungsinitiative in mehreren Punkten als völkerrechtswidrig bezeichnet und Verstöße gegen grundlegende Prinzipien der Bundesverfassung (insb. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit), gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), den UNO-Pakt II, die Kinderrechtskonvention (KRK) und gegen das Freizügigkeitsabkommen (FZA) geortet. Dennoch haben Volk und Stände der Initiative zugestimmt und zum Verfassungsrecht erhoben. Die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) für die Prüfung der Umsetzung eingesetzte Arbeitsgruppe stand damit vor einer schwierigen Aufgabe.

Auftrag der Arbeitsgruppe war es, «Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen ... zu erarbeiten und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzuzeigen.» Die Vertreter des Initiativkomitees reichten bereits an der ersten Sitzung einen von der Parteileitung der Schweizerischen Volkspartei (SVP) genehmigten Umsetzungsvorschlag ein, an dem sie bis zum Schluss festhielten. Dieser vermag nach Auffas-

sung der Mehrheit der Arbeitsgruppe die erwähnten Konflikte und Widersprüche nicht aufzulösen. Er verstösst gegen wichtige verfassungsrechtliche Grundprinzipien sowie gegen internationale Abkommen und steht im Widerspruch zu den von Lehre und Praxis entwickelten Auffassungen. Die Arbeitsgruppe hat deshalb andere Lösungsvorschläge erarbeitet, die dem Gesetzgeber als Grundlage für eine rechtskonforme Umsetzung auf der Gesetzesstufe dienen könnten.

Basel, im Juni 2011

Heinrich Koller

Übersicht

In der Abstimmung vom 28. November 2010 haben Volk und Stände die Ausschaffungsinitiative angenommen und damit die Artikel 121 Absätze 3–6 und Artikel 197 Ziffer 8 der Bundesverfassung (BV) zu geltendem Verfassungsrecht erhoben. Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt wurden oder die missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, verlieren alle Aufenthaltsansprüche und müssen ausgewiesen werden. Die betroffenen Personen sollen zudem mit einem Einreiseverbot belegt werden. Der Gesetzgeber hat innert fünf Jahren die nötigen Ausführungsgesetze zu erlassen. Die von der Vorsteherin des EJPD am 22. Dezember 2010 eingesetzte Arbeitsgruppe unterbreitet dazu im vorliegenden Bericht Vorschläge und zeigt deren rechtliche Auswirkungen auf. Prof. Dr. Heinrich Koller leitete die Arbeitsgruppe. Ferner gehörten der Arbeitsgruppe je zwei Vertreterinnen bzw. Vertreter des Initiativkomitees, der Kantone und der Verwaltung an.

Nach dem einleitenden 1. Kapitel zur Chronologie der Ausschaffungsinitiative behandelt der Bericht im 2. und 3. Kapitel die Auslegung von Artikel 121 BV. Verfassungsbestimmungen sind grundsätzlich nach der gleichen Methode auszulegen wie das Gesetzes- und Verordnungsrecht. Massgebend sind folglich Wortlaut, Systematik, Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm. Zusätzlich prägen die völkerrechtskonforme und die harmonisierende Auslegung die Verfassungsinterpretation. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt – trotz verfassungsrechtlichem «Ausweisungautomatismus» – die Gewichtung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen im Einzelfall. Dies gebieten auch die einschlägigen (nicht zwingenden) Bestimmungen des Völkerrechts, wie sie im Freizügigkeitsabkommen, in der Europäischen Menschenrechtskonvention, im UNO-Pakt II und in der Kinderrechtskonvention aufgeführt sind. Diese staatsvertraglichen Bindungen enthalten ausserdem inhaltliche Vorgaben zur Einzelfallprüfung. Das Kapitel 3 schliesst mit Ausführungen zu den Folgen einer Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, die im Widerspruch zum Völkerrecht stünde.

Die Vertreter des Initiativkomitees können sich in wesentlichen Punkten den Auffassungen der Mehrheit der Arbeitsgruppe in Bezug auf die Verfassungsauslegung und das Verhältnis von Artikel 121 BV zum Völkerrecht nicht anschliessen. Sie begründen Ihren abweichenden Standpunkt im Kapitel 4. Die Vertreter des Initiativkomitees bestreiten grundsätzlich einen Normwiderspruch zwischen den neuen Verfassungsbestimmungen und den genannten Staatsverträgen. Und selbst wenn ein solcher postuliert würde, geht nach ihrer Auffassung das jüngere Verfassungsrecht dem nicht zwingenden Völkerrecht vor; ein Vorrang, der auch für die Ausführungsgesetzgebung bindend sei.

Das Ausführungsrecht kann im Strafgesetzbuch oder im Ausländergesetz verankert werden (Landesverweisung bzw. ausländerrechtliche Wegweisung). Die Vor- und Nachteile des einen und des anderen Regelungsstandorts beleuchtet das Kapitel 5. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe favorisiert die Umsetzung im Strafgesetzbuch.

Das Kapitel 6 enthält Erörterungen zu den Voraussetzungen der Landesverweisung. Zentrales Element der Voraussetzungen ist der Deliktskatalog, das heisst die Auflistung der Straftatbestände, welche zur Ausweisung der straffälligen ausländischen Person führen sollen. Ebenfalls in den Deliktskatalog aufzunehmen ist ein neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs. Die Arbeitsgruppe unterbreitet zu den Voraussetzungen der Landesverweisung vier Varianten mit ausformulierten Vorschlägen zur Gesetzesredaktion im Anhang. Die Variante 1 stammt von den Vertretern des Initiativkomitees; die Mehrheit der Arbeitsgruppe hat die Varianten 2 bis 4 erarbeitet. Die Varianten 1 bis 3 sehen die Umset-

zung im Strafgesetzbuch vor; die Variante 4 ist in Bezug auf den Deliktskatalog mit Variante 2 deckungsgleich, sieht aber die Umsetzung im Ausländergesetz vor. Die Varianten 2 bis 4 machen die Ausweisung vom Vorliegen einer Mindeststrafe abhängig. Nach Variante 1 hingegen soll die Ausweisung unabhängig von der Strafhöhe ausgesprochen werden.

Die vier Varianten unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen der Landesverweisung, sondern auch bezüglich der Vollzugsregelung. Im Kapitel 7 finden sich auf die jeweiligen Varianten zugeschnittene Antworten namentlich auf die folgenden Fragen: Welche Behörden (Ausländerbehörden, Strafbehörden, Gerichtsbehörden) treffen in welchem Verfahren (Verwaltungsverfahren, Gerichtsverfahren, Strafbefehlsverfahren) welche Entscheide? Alle vier Varianten trennen zwischen einem Anordnungs- und einem Vollzugsverfahren, enthalten Vorgaben für die Verfahrensbeschleunigung und verankern einen kurzen Rechtsmittelweg. Wesentliche Unterschiede bestehen aber hinsichtlich der Zuständigkeit von Behörden und ihrer Befugnis zur Prüfung der (völkerrechtlichen) Vollzugshindernisse. Weitere Vollzugsfragen betreffen Festlegungen zum Beginn und zur Dauer der Landesverweisung und zur Möglichkeit, diese aufzuheben oder zumindest zu unterbrechen. Das Kapitel 7 schliesst mit Hinweisen auf Änderungen anderer Bundesgesetze und mit statistischen Angaben, die trotz gewissen Unschärfen erste Rückschlüsse auf den «Wirkungsgrad» der vier Varianten ermöglichen.

Die Kapitel 8 und 9 analysieren die Völkerrechtskonformität der vier Varianten und ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Verfassungsgebers. Während die Variante 1 die Absichten des Verfassungsgebers wortgetreu umsetzt, aber Verstösse gegen das Völkerrecht in Kauf nimmt, stehen die Varianten 2 bis 4 im Einklang mit den internationalrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, tragen hingegen nicht in allen Belangen dem Willen des Verfassungsgebers Rechnung. Das Kapitel 9 unterzieht schliesslich die vier Varianten durch Gegenüberstellung einer kritischen Gesamtwürdigung und skizziert mögliche Auswirkungen der praktischen Umsetzung in Bezug auf die Belastung der Behörden und die damit verbundenen finanziellen und personellen Konsequenzen.

1. Einleitung

1.1 Chronologie zur «Ausschaffungsinitiative»

Am 19. Juni 2007 wurde der Bundeskanzlei eine Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» zur Vorprüfung eingereicht. Die Initiative wurde von der Bundeskanzlei am 26. Juni 2007 vorgeprüft.¹ Am 15. Februar 2008 reichte das Komitee die Initiative mit den nötigen Unterschriften ein. Mit Verfügung vom 7. März 2008 stellte die Bundeskanzlei fest, dass die Initiative mit 210'919 gültigen Unterschriften zustande gekommen ist.²

«Die Initiative will erreichen, dass Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt wurden oder die missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, alle Aufenthaltsansprüche verlieren und ausgewiesen werden. Die betroffenen Personen sollen zudem mit einem Einreiseverbot belegt und bei einer Missachtung dieses Einreiseverbots oder bei einer anderen illegalen Einreise bestraft werden. Der heute für solche Massnahmen bestehende Ermessensspielraum der Behörden soll abgeschafft werden.»³ – Der Wortlaut der Initiative ist auf der nachfolgenden Seite abgedruckt.

Mit Botschaft vom 24. Juni 2009 beantragte der Bundesrat den Eidgenössischen Räten, die Ausschaffungsinitiative Volk und Ständen mit der Empfehlung auf Ablehnung zu unterbreiten. Gleichzeitig unterbreitete der Bundesrat dem Parlament einen *indirekten Gegenvorschlag*.⁴ Dieser sah Änderungen im Ausländergesetz (AuG)⁵ vor, die namentlich auf einen konsequenten Widerruf von ausländerrechtlichen Bewilligungen bei schweren Straftaten zielten. Dabei sollten der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Bestimmungen des Völkerrechts gewahrt bleiben.⁶

Die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) entschied sich für einen *direkten Gegenentwurf*, der von beiden Räten unterstützt und zudem mit einem eigenen Verfassungsartikel über die Integration ergänzt wurde.⁷ Die Bundesversammlung erklärte die Ausschaffungsinitiative am 18. Juni 2010 für gültig und beschloss, diese Volk und Ständen zusammen mit dem direkten Gegenentwurf zur Abstimmung zu unterbreiten.⁸ Der direkte Gegenentwurf sah in Art. 121b Abs. 3 der Bundesverfassung (BV)⁹ unter anderem vor, dass «beim Entscheid über die Aus- und Wegweisung sowie den Entzug des Aufenthaltsrechts [...] die Grundrechte und die Grundprinzipien der Bundesverfassung und des

¹ BBI 2007 4969.

² BBI 2008 1927.

³ Botschaft des Bundesrats vom 24.6.2009 zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, BBI 2009 5097, Ziff. 3.

⁴ BBI 2009 5097.

⁵ Bundesgesetz vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20).

⁶ Vgl. BBI 2009 5097, Ziff. 5 (Grundzüge des indirekten Gegenvorschlags) und BBI 2009 5129 (Normvorschläge).

⁷ Vgl. für eine Zusammenfassung des parlamentarischen Verfahrens: http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060 (Rubrik «Zusammenfassung Botschaft» / «Bericht und Beratungen»).

⁸ Bundesbeschluss vom 18.10.2010, BBI 2010 4241.

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

Völkerrechts, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zu beachten [sind].»¹⁰

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.¹¹

Der im 9. Abschnitt: «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» eingeordnete und nun ergänzte Art. 121 BV lautet neu wie folgt (Ergänzungen infolge Annahme der Ausschaffungsinitiative kursiv):¹²

Art. 121

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

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

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

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

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

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

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

Die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung wurden wie folgt geändert:¹³

Art. 197 Ziff. 8

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

¹⁰ Vgl. BBI 2010 4243 und ebendort den Abdruck von Art. 121a BV mit dem Randtitel «Integration».

¹¹ Bundesratsbeschluss vom 17.3.2011 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28.11.2010, BBI 2011 2771. Vgl. für weitere Informationen zur Ausschaffungsinitiative auch die Themenseite des EJPD: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/abstimmungen/2010-11-28.html>

¹² AS 2011 1199.

¹³ AS 2011 1200.

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

1.2 Einsetzung und Auftrag der Arbeitsgruppe

Die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) hat für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern mit Verfügung vom 22. Dezember 2010 eine aus externen und internen Fachleuten zusammengesetzte Arbeitsgruppe eingesetzt. Die Einsetzungsvorfügung hat den folgenden Wortlaut:

Bern, 22. Dezember 2010

Verfügung über die Einsetzung der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern

1. Auftraggeberin und Auftrag

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat den Auftrag, dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf für die Umsetzung der am 28. November 2010 von Volk und Ständen angenommenen Eidgenössischen Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative) zu unterbreiten.

Die Departementsvorsteherin des EJPD setzt eine Arbeitsgruppe ein. Diese soll in einem Bericht Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen (Art. 121 Abs. 3–6 BV und Art. 197 Ziff. 8 BV) auf der Gesetzesstufe erarbeiten und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzeigen.

Dabei werden insbesondere folgende Punkte geprüft:

- a) Definition der weiteren schweren Sexualdelikte und Gewaltdelikte, die zu einem Entzug des Aufenthaltsrechts führen sollen (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und Abs. 4 BV i.V. mit Art. 197 Ziff. 8 BV).
- b) Nähere Umschreibung der Straftatbestände, die zu einem Entzug des Aufenthaltsrechts führen sollen, und Prüfung des Erfordernisses einer allfälligen Ergänzung des Katalogs (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und 4 BV i.V. mit Art. 197 Ziff. 8 BV).
- c) Definition des Begriffs «missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe» gemäss Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV. Es ist insbesondere zu prüfen, ob für einen Entzug des Aufenthaltsrechts eine Straftat erfüllt sein muss.
- d) Umgang mit Bagatelfällen (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und Abs. 4 BV i.V. mit Art. 197 Ziff. 8 BV).
- e) Bei Bedarf Anpassung der Bestimmungen im Ausländergesetz über das Erlöschen und den Widerruf der Bewilligungen (Art. 61 ff. AuG), die Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen (Art. 64 ff. AuG) sowie über die Strafbarkeit einer Missachtung des Einreiseverbots (Art. 115 AuG) gemäss Art. 121 Abs. 5 und 6 BV.
- f) Festlegung der für den Entscheid über den Entzug des Aufenthaltsrechts zuständigen Behörde (Strafbehörden oder Migrationsbehörden).

- g) Rechtsstellung der von der neuen Regelung betroffenen Personen bei tatsächlichen Vollzugshindernissen (v.a. Einhaltung des Non-Refoulement-Gebots; unbekannte Identität; fehlende Reisepapiere; Möglichkeit zur Rückkehr in den Herkunftsstaat nur bei Freiwilligkeit).
- h) Verhältnis zu den übrigen Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 5 Abs. 2 BV, Verhältnismässigkeit; Art. 14 BV, Recht auf Ehe und Familie).
- i) Verhältnis zum nicht zwingenden Völkerrecht, z.B. UNO-Pakt II, EMRK, Kinderrechtskonvention (KRK), FZA.

2. Die Arbeitsgruppe beachtet folgende Richtlinien:

- 2.1 Die Arbeitsgruppe erörtert die unter Ziffer 1 erwähnten Fragestellungen, erarbeitet Vorschläge für die rechtliche Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen und zeigt die rechtlichen Konsequenzen auf.
- 2.2. Die Arbeitsgruppe sucht konsensual nach Lösungen. Bei Differenzen verzichtet sie auf Abstimmungen und legt im Bericht offen, wo und weshalb keine Einigung zustande gekommen ist.

3. Mitglieder der Arbeitsgruppe

- 3.1 Vorsitz: Prof. Heinrich Koller
- 3.2 Mitglieder:
 - 2 Vertreterinnen oder Vertreter des Initiativkomitees
 - 1 Vertreterin oder Vertreter der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)
 - 1 Vertreterin oder Vertreter der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK)
 - 1 Vertreterin oder Vertreter des Bundesamtes für Justiz
 - 1 Vertreterin oder Vertreter des Bundesamtes für Migration

4. Organisation

- 4.1 Der Vorsitzende legt den Zeitplan für die Erstellung des Berichtsentwurfs fest und ist verantwortlich für dessen fristgerechte Abgabe an das Departement. Er informiert die Departementsvorsteherin regelmässig über die laufenden Arbeiten und stellt bei Bedarf Anträge.
- 4.2 Der Vorsitzende hat die Kompetenz, Gutachten, Analysen und Stellungnahmen durch Mitglieder der Arbeitsgruppe oder durch Dritte ausarbeiten zu lassen. Er formuliert in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgruppe die allfälligen Aufträge und setzt die Termine fest.
- 4.3 Die Arbeitsgruppe kann Vertreterinnen und Vertreter von Bundesstellen und Sachverständige ausserhalb der Bundesverwaltung zu den Sitzungen einladen oder deren Gutachten, Analysen und Stellungnahmen nach Ziffer 4.2 einholen.
- 4.4 Die Ämter und Dienste des EJPD sind gegenüber der Arbeitsgruppe zu Auskünften verpflichtet.
- 4.5 Über die Sitzungen der Arbeitsgruppe wird ein erweitertes Beschlussprotokoll geführt.
- 4.6 Tagungsort der Arbeitsgruppe ist Bern. Der Vorsitzende legt den Sitzungsturnus fest. Bei Bedarf können Klausurtagungen durchgeführt werden.

5. Finanzielles

- 5.1 Die Arbeitsgruppenmitglieder, die nicht der Bundesverwaltung angehören, beziehen ein Taggeld von Fr. 300--. Der Vorsitzende erhält ein Taggeld von Fr. 375--.
- 5.2 Für Fahrkosten wird der Preis einer Fahrkarte 1. Klasse vergütet. Mahlzeiten und Übernachtungen werden nach den Bestimmungen für Bundesbedienstete entschädigt.
- 5.3 Für ausserordentliche Leistungen kann eine zusätzliche Entschädigung ausgerichtet werden.

6. Vertraulichkeit und Information

- 6.1 Die Beratungen der Arbeitsgruppe sind grundsätzlich vertraulich. Den Mitgliedern der Arbeitsgruppe steht jedoch das Recht zu, sich mit ihren Organisationen und beteiligten Dritten über Sachfragen auszutauschen und sich bei Bedarf von Sachverständigen beraten zu lassen.
- 6.2 Das EJPD informiert die Öffentlichkeit über den Auftrag und die Zusammensetzung der Arbeitsgruppe.
- 6.3 Die Arbeitsgruppe kann die Öffentlichkeit nach Rücksprache mit dem EJPD periodisch über den Fortgang der Arbeiten informieren.

7. Frist

Die Arbeitsgruppe übergibt der Departementsvorsteherin des EJPD ihren Bericht bis zum 15. Juni 2011.

8. Rechtliche Grundlagen

Die Einsetzung dieser Arbeitsgruppe stützt sich auf Artikel 57 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).

9. Inkrafttreten

Diese Verfügung tritt sofort in Kraft.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Simonetta Sommaruga

Bundesrätin

1.3 Zusammensetzung und Arbeitsweise der Arbeitsgruppe

Geleitet wurde die Arbeitsgruppe von Prof. Dr. Heinrich Koller, dem ehemaligen Direktor des Bundesamtes für Justiz (BJ). Ihr gehörten ferner an: Dr. Manuel Brandenberg und Gregor Rutz für das Initiativkomitee; Margrith Hanselmann und Roger Schneeberger für die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) bzw. für die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD); Albrecht Dieffenbacher (Bundesamt für Migration; BFM) und Dr. Ridha Fraoua (Bundesamt für Justiz; BJ) als Vertreter der Verwaltung. Das Sekretariat wurde von Dirk Olschewski (BFM) geführt.

Die Arbeitsgruppe hat an ihren Sitzungen wiederholt Expertinnen und Experten des Straf- und Strafvollzugsrechts, der Sozialversicherung und des Völkerrechts angehört.¹⁴

Die genannten Personen sowie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BJ und des BFM und haben zahlreiche Arbeitspapiere erstellt, Zwischenberichte verfasst und Formulierungsvorschläge für die Umsetzung im Gesetzesrecht erarbeitet. Diese Unterlagen sind in den vorliegenden Schlussbericht eingeflossen. Gemäss Ziff. 2.2 der Einsetzungsverfügung suchte die Arbeitsgruppe konsensual nach Lösungen. Wesentliche Differenzen legt der Schlussbericht offen. Die Arbeitsgruppe tagte erstmals am 26. Januar 2011 und hat sich in der Folge an weiteren 10 halbtägigen Sitzungen in Bern besprochen.

Die Vertreter des Initiativkomitees legten bereits an der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe einen mit der Parteileitung der Schweizerischen Volkspartei (SVP) abgestimmten ausformulierten Entwurf zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung auf Gesetzesstufe vor. Dieser sieht eine Neuordnung der Landesverweisung und einschlägiger Bestimmungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB)¹⁵ vor (Entwurf zu Art. 73^{bis} ff. StGB).

Die Arbeitsgruppe erachtete es jedoch als notwendig, vorerst einige Grundsatzfragen zu klären und Überlegungen anzustellen zu generellen Fragen der Umsetzung von Verfassungsinitiativen, zur Methode der Auslegung von Verfassungsbestimmungen und zur Hierarchie der Rechtsnormen (insb. des Verhältnisses zum Völkerrecht). Die weiteren Themenbereiche (Deliktskatalog, Definition der Schwere der massgebenden Delikte und andere Voraussetzungen der Ausschaffung, Fragen des Sozialmissbrauchs, Vollzugsproblematik und Regelung der Umsetzung im Strafrecht oder Ausländerrecht, Vereinbarkeit der Vorschläge mit den Grundsätzen des Verfassungs- und des Völkerrechts) sollten sich daran anschliessen. Diesem Vorgehen entspricht der Aufbau dieses Berichts.

2. Grundsätze zur Auslegung von (neuen) Verfassungsbestimmungen

2.1 Methodik und Besonderheiten der Verfassungsauslegung

2.1.1 Grundsatz der Geltung allgemeiner Auslegungsregeln

Die Auslegung der Verfassung folgt grundsätzlich denselben methodischen Regeln, wie sie für die Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsrecht gelten.¹⁶ Auszugehen ist vom Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement), doch kann der Wortlaut einer Norm nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berück-

¹⁴ Als Experten der Bundesverwaltung nahmen an Sitzungen der Arbeitsgruppe teil: Dr. Reto Feller (Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I, BJ), Peter Häfliger und Gabriella D'Addario Di Paolo (Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht, BJ), Dr. Daniel Wüger und Adrian Scheidegger (Fachbereich Europarecht und Internationaler Menschenrechtsschutz, BJ). Diese Personen haben auch wesentlich an der Abfassung des Schlussberichts mitgewirkt. Als verwaltungsexterne Experten wurden die folgenden Personen angehört: Martin Gabl, Leiter der Invalidenversicherungsstelle des Kantons Solothurn; Felix Wolffers, Leiter Sozialamt der Stadt Bern; Joe Keel, Leiter des Amtes für Justizvollzug des Kantons St. Gallen.

¹⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0).

¹⁶ Vgl. BGE 131 I 74 E. 4.1; 124 II 193 E. 5a; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, § 9 Rz. 1.

sichtigung weiterer Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm (historisches Auslegungselement) und ihrem Zweck (teleologisches Auslegungselement). Wichtig ist auch die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (systematisches Auslegungselement).

Bei der Gesetzes- wie bei der Verfassungsauslegung besteht *keine Hierarchie der Auslegungselemente*. Es findet nicht eine bestimmte Auslegungsmethode vorrangig oder sogar ausschliesslich Anwendung. Vielmehr werden die Auslegungselemente nebeneinander berücksichtigt und muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode (bzw. Methodenkombination) geeignet ist, den Normsinn der auszulegenden Verfassungsbestimmung wiederzugeben (sog. *Methodenpluralismus*).¹⁷

2.1.2 Die einzelnen Auslegungselemente

Herkömmlich werden auch bei der Verfassungsinterpretation die folgenden Auslegungselemente unterschieden:¹⁸

- Die *grammatikalische Auslegung* ermittelt den Normsinn aufgrund des Wortlauts und fragt nach der sprachlichen Aussage einer Norm. Sowohl der allgemeine als auch der juristische Sprachgebrauch sind in Betracht zu ziehen. Je offener die Verfassungsnorm ist, desto eher stösst die grammatischen Auslegung an ihre Grenzen.
Die Vertreter des Initiativkomitees weisen darauf hin, dass der Wortlaut der Ausgangspunkt jeder Auslegung ist.¹⁹ Das Bundesgericht stellt auf ihn allein ab, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergibt.²⁰
- Die *systematische Auslegung* stellt auf die Zusammenhänge ab, in denen die Vorschrift erscheint. Betrachtet wird der inhaltliche Bezug der auszulegenden Norm zu anderen Verfassungsbestimmungen bzw. des auszulegenden Absatzes zu anderen Absätzen der nämlichen Verfassungsbestimmung. Zu verfassungsspezifischen Ausprägungen der systematischen Auslegung vgl. sogleich Ziff. 2.1.3.
- Die *historische Auslegung* stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Verfassungsnorm soll so gelten, wie vom Verfassungsgeber beabsichtigt. Den entsprechenden Willen festzustellen, ist aber oft schwierig, weil es sich beim Verfassungsgeber um ein Kollektivorgan handelt. Immerhin ergeben sich aus den Materialien zur Entstehung einer Verfassungsnorm gewisse Anhaltspunkte (Botschaft des Bundesrats, parlamentarische Debatte, Argumentarium des Initiativkomitees).
- Jede Norm antwortet auf ein bestimmtes Regelungsbedürfnis. Die *teleologische Auslegung* stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Verfassungsnorm verbunden ist. Dabei muss der Zweck stets in der Norm selber enthalten sein; unzulässig ist es, normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen.

¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, N. 130.

¹⁸ Vgl. statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 17 ff.; SEILER, S. 38 ff.; KRAMER, S. 57 ff.

¹⁹ BGE 131 II 697 E. 4.1.

²⁰ BGE 125 II 177 E. 3 S. 179.

2.1.3 Offenheit und Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen sowie verfassungsspezifische Auslegungselemente

Trotz der dargelegten grundsätzlichen Parallelität zur Gesetzesauslegung, ist bei der Verfassungsauslegung gewissen Eigenheiten Rechnung zu tragen.

Zunächst ist auf die *Offenheit der Verfassungsnormen* hinzuweisen. Namentlich die Gesetzgebungsaufträge in Aufgabennormen sind 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 Auslegung als um Konkretisierung: weniger um den Nachvollzug eines vorbestehenden, allgemeingültigen Normwillens als um den Aufbau eines aktuellen, problembezogenen Normsinns.»²¹

Ferner gilt der Grundsatz der *Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen*, jedenfalls solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen eine ausdrücklichen Werthierarchie unterlegt. Zwei wichtige Einschränkungen relativieren diesen Grundsatz:²²

- Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts gehen der Bundesverfassung vor. Weder auf dem Wege einer Totalrevision noch durch eine Teilrevision darf entgegenstehendes Verfassungsrecht geschaffen werden (Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV). Soweit die Bundesverfassung solche Normen ausdrücklich wiedergibt – etwa in Art. 10 Abs. 3 (Folterverbot) und in Art. 25 Abs. 2 und 3 BV (Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat bzw. der Ausschaffung in einen Folterstaat) – müssen «gewöhnliche» Verfassungsnormen zurücktreten.
- Im Einzelfall und nach wertender und problembezogener Abwägung aller berührten Verfassungsbelange kann sich ein Vorrang der einen vor der anderen Verfassungsbestimmung 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 hingegen bei der Verfassungsinterpretation *nicht* schematisch angewendet werden.

Aufgrund dieser beiden Eigenheiten – Offenheit und Gleichwertigkeit – von Verfassungsnormen sind zwei *verfassungsspezifische Auslegungselemente* anerkannt, die zusätzlich zu den allgemeinen Auslegungselementen zu berücksichtigen sind:

- Herstellung praktischer Konkordanz (auch: «*harmonisierende Auslegung*»).²³ Der Gesetzgeber ist aus Anlass eines bestimmten Rechtsetzungsvorhabens gehalten, nicht nur auf die jeweils einschlägige Aufgabennorm abzustellen, sondern darüber hinaus alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mitzubedenken. Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden; bei Normkollisionen soll nach optimierenden Ergebnissen gesucht werden, damit beide betroffenen Verfassungsnormen zur Geltung gelangen. Nur ein solches Vorgehen stellt sicher, dass die Rechtsordnung ein Mindestmass an Widerspruchsfreiheit aufweist.
- *Völkerrechtskonforme Auslegung*: Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts stehen über der Verfassung; die Normen des übrigen Völkerrechts sind zu «beach-

²¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 10.

²² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 13, 16.

²³ RHINOW / SCHEFER, N. 524, 529; HANGARTNER, S. 473.

ten» (Art. 5 Abs. 4 BV). Daraus resultiert die Verpflichtung aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer rechtsetzenden oder rechtsanwendenden Tätigkeit die Verfassungsnormen (soweit nötig und möglich) völkerrechtskonform auszulegen (vgl. dazu unten, Ziff. 2.3).

2.2 Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

Bei der Auslegung von Verfassungsnormen kommt dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* eine besondere Bedeutung zu. Er ist durch die Bundesverfassung ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 als «Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns» und in Art. 36 Abs. 3 als eine der Voraussetzungen der «Einschränkung von Grundrechten» gewährleistet. Implizit finden sich weitere Bezugnahmen auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, so etwa bei den Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV), im Zusammenwirken von Bund und Kantonen (Art. 44 ff. BV) oder im Steuerrecht (vgl. insb. Art. 127 Abs. 2 BV). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen durchzieht als machthemmender Leitgedanke die gesamte Verfassungs- und Rechtsordnung; so insbesondere im Verwaltungsrecht bei staatlichen Eingriffen und im Strafrecht in der besonderen Ausprägung als Verschuldensprinzip oder auch im Privatrecht als Gebot der schonenden Rechtsausübung. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns und die Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung relevant.

Hergeleitet wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns in unterschiedlicher Weise aus der übergeordneten «Idee» des Rechts als «gerechter» Ordnung, die durch das allgemeine Gesetz Gleichheit, Freiheit und Sicherheit verbürgt. Der Ausgleich der kollidierenden Ziele (Freiheit bzw. Freiheitsbeschränkung, gleiche bzw. ungleiche Behandlung, öffentliche bzw. private Interessen) setzt immer eine Güterabwägung voraus. Andere sehen das Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausfluss von Zweckmässigkeitsüberlegungen: «Ein vorgegebener Zweck kann mit verschiedenen Mitteln verfolgt werden. Der Gesetzgeber muss es vermeiden, stets von den stärkstmöglichen Sanktionen Gebrauch zu machen. Er differenziert, setzt seine schweren Waffen nur für die krassen Fälle ein [...].»²⁴ Solche Gebote des richtigen Masses, der schonenden Rechtsausübung und des staatlichen Masshaltens zum Schutz der Individuen sind untrennbar mit dem Gedanken der Gerechtigkeit verbunden.

Historisch gesehen liegen die Anfänge dieser Grundsätze im Mittelalter (Schutz vor willkürlicher Verhaftung in der Magna Charta von 1215 und in der Habeas-Corpus-Akte von 1679), dann in der allmählichen Ausformung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Gestaltungsprinzipien (Gesetzmässigkeit, Verhältnismässigkeit, Gewaltenteilung) im 18. Jahrhundert und schliesslich in der Verankerung dieser Grundsätze und der Freiheitsrechte in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. In der Schweiz fand der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als massgebendes Prinzip des Polizeirechts im 19. Jahrhundert Eingang in das allgemeine Verwaltungsrecht und wurde im 20. Jahrhundert vom Bundesgericht (namentlich anhand der Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit, zur Eigentumsgarantie und zur persönlichen Freiheit) zum allgemein gültigen Prinzip von Verfassungsrang entwickelt.

In Übereinstimmung mit Lehre und Praxis erblickte das Bundesgericht im Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Grundprinzip, das in allen Gebieten des öffentlichen Rechts

²⁴ FORSTMOSER / VOGT, § 12 N. 229.

massgebend sein soll, das also das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht und *sowohl für die Rechtsanwendung als auch für Rechtsetzung gilt*.²⁵ 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, [...].»²⁶ Das gilt nach der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung für alle in Art. 5 BV enthaltenen Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns: Sie dienen der Begrenzung der staatlichen Macht im Rechtsstaat.²⁷

Zusammen mit den anderen in Art. 5 BV enthaltenen Grundsätzen – Gesetzmässigkeitsprinzip, Erfordernis des staatlichen Handelns im öffentlichen Interesse, Handeln nach Treu und Glauben, Beachtung des Völkerrechts – bildet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns eine der tragenden Säulen des Rechtsstaats Schweiz. Da der Grundsatz das gesamte Staatshandeln leitet, entfaltet er Wirkung *auch bei der Verfassungsinterpretation* (harmonisierende Auslegung; vgl. oben, Ziff. 2.1.3). Aus der Konkretisierung in Art. 36 BV, der als eine der unabdingbaren Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen nebst der gesetzlichen Grundlage, des Vorhandenseins eines öffentlichen Interesses und der Wahrung des Kerngehalts der Grundrechte auch die Verhältnismässigkeit einer Massnahme nennt, ergibt sich sodann, dass bei jedem Grundrechtseingriff eine sorgfältige *Interessenabwägung* vorzunehmen ist. Ein schematischer Automatismus, der weder der Eignung und Erforderlichkeit noch der Angemessenheit einer Massnahme Rechnung trägt, steht in krassem Widerspruch zur Grundrechtsordnung.²⁸

2.3 Vereinbarkeit von Verfassungsbestimmungen mit dem Völkerrecht

2.3.1 Vorrang der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

Die Bundesverfassung nennt in Art. 139 Abs. 3 BV drei Schranken des Initiativrechts: Verletzung der Einheit der Form, der Einheit der Materie und von zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Erkennt die Bundesversammlung als zuständiges Prüforgan einen Widerspruch zwischen einem Initiativbegehrten und den in Art. 139 Abs. 3 BV aufgeführten Schranken, so muss sie die Initiative für (teilweise) ungültig erklären.

Der (landesrechtliche) Begriff der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» knüpft vorab an das *zwingende Völkerrecht (Ius cogens)* an, wie es die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)²⁹ in Art. 53 Satz 2 allgemein umschreibt. Eine verbindliche Auflistung des zwingenden Völkerrechts existiert aber nicht. In der Staatenpraxis allgemein anerkannt ist indessen, dass folgende Garantien und Verbote *Ius-cogens*-Charakter aufweisen: Gleichheit der Staaten, Gewaltverbot (Verbot der militärischen Gewaltanwendung), die Verbote von Folter, Völkermord und Sklaverei, die Grundzüge des humanitären Völkerrechts («Recht im Krieg») sowie das Verbot der Ausschaffung eines Flüchtlings in einen Staat, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politi-

²⁵ Vgl. BGE 96 I 234 E. 5.

²⁶ BGE 102 Ia 234 E. 5c.

²⁷ Botschaft des Bundesrats vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 131.

²⁸ Vgl. BGE 130 I 16 E. 5.4; 117 Ia 472 E. 3; 110 Ib 201 E. 2c.

²⁹ Wiener Übereinkommen vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

ischen Anschauungen gefährdet wäre (Non-Refoulement-Gebot bzw. Rückschiebeverbot). Der Bundesrat hat ferner wiederholt die Meinung geäussert, dass unter den Begriff der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» auch die notstandsfesten Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³⁰ und gewisse notstandsfeste Garantien des UNO-Pakts II³¹ fallen.³²

Der Bundesrat hat in der Botschaft zur Ausschaffungsinitiative festgestellt, der Initiativtext könne so ausgelegt werden, dass das Rückschiebeverbot respektiert werde. Weitere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts seien durch die Initiative nicht betroffen.³³ Dieser Auffassung ist die Bundesversammlung gefolgt. Anträge auf eine (teilweise) Ungültigerklärung der Ausschaffungsinitiative sind im National- und Ständerat gescheitert.³⁴

2.3.2 Umgang mit Widersprüchen gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts

Eine Volksinitiative, die «nur» gegen nicht zwingende bzw. «übrige» Bestimmungen des Völkerrechts verstösst, muss gültig erklärt und Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht nachgewiesen, dass bislang zwölf Volksinitiativen zur Abstimmung kamen, die im Konflikt mit dem übrigen Völkerrecht standen. Nur drei dieser Initiativen – die Alpeninitiative, die Verwahrungsinitiative und die Minarettinitiative – sind von Volk und Ständen angenommen worden. Bei der Umsetzung haben sich die Bundesbehörden um Konkordanz mit dem Völkerrecht bemüht, auch wenn damit die Absichten der Initiantinnen und Initianten nicht vollumfänglich berücksichtigt werden konnten.³⁵

Das Völkerrecht nimmt in der innerstaatlichen Normenhierarchie keine einheitliche Stellung ein. *Ius cogens* steht über der Verfassung. Von den Normen des übrigen Völkerrechts dürfen einige Verfassungsrang haben, die meisten jedoch nicht.³⁶ Doch unabhängig von ihrer Stellung in der Normenhierarchie muss eine konkrete völkerrechtliche Norm vom Bund und von den Kantonen «beachtet» werden (Art. 5 Abs. 4 BV). Aus dieser Verfassungsbestimmung und aus Art. 27 WVK ergibt sich die Verpflichtung, *das Landesrecht – und insbesondere auch das Verfassungsrecht – völkerrechtskonform auszulegen*.³⁷

³⁰ Konvention vom 4.11.1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

³¹ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (0.103.2).

³² Vgl. zum Ganzen eingehend den Zusatzbericht des Bundesrats vom 30.3.2011 zu seinem Bericht vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2011 3613, insb. Ziff. 2.4.1.

³³ BBI 2009 5097, Ziff. 1.3.2. Auch in der Lehre wurde die Auffassung vertreten, eine Umsetzung der Initiative im Einklang mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts erscheine möglich: Vgl. GÄCHTER / KRADOLFER, S. 19; REICH, S. 509 ff., 518.

³⁴ AB 2010 S 328 (28 gegen 13 Stimmen) und AB 2010 N 711 (118 gegen 69 Stimmen).

³⁵ BBI 2010 2263, Ziff. 8.7.2.

³⁶ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 39 und § 9 N. 20 ff.; vgl. ferner auch Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, Ziff. 8.4.

³⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 135; RHINOW / SCHEFER, N. 562; vgl. ferner BGE 125 II 417 E. 4d S. 425 und jüngst

Die völkerrechtskonforme Auslegung ist indessen kein Allheilmittel und stösst dort an Grenzen, wo zwischen dem Landesrecht und dem Völkerrecht ein unüberbrückbarer Widerspruch besteht. In einem solchen Fall liegt ein Normenkonflikt vor, der in Anwendung von Kollisionsregeln zu lösen ist. Nach der vom Bundesgericht entwickelten «Schubert-Praxis» bestehen immerhin für die Lösung von Konflikten zwischen dem Gesetzes- und dem Völkerrecht einigermassen gefestigte Vorrangregeln.³⁸ Für Konflikte zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht liegen die Dinge weniger klar. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, hier könne von einem *bedingten Vorrang*³⁹ des Völkerrechts ausgegangen werden, der aber im Einzelfall näher zu begründen sei (vgl. allgemein zur Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes oben, Ziff. 2.2).⁴⁰

Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten die Auffassung, dass es keinen bedingten Vorrang des nicht zwingenden Völkerrechts gibt. Vielmehr geht nach ihrer Auffassung die Bundesverfassung dem nicht zwingenden Völkerrecht vor.

Wenn die völkerrechtskonforme Auslegung nicht zielführend ist und die betroffenen völkerrechtlichen Normen keinen Vorrang gegenüber der Verfassungsbestimmung einnehmen, ist die Kündigung des völkerrechtlichen Vertrags zu erwägen. Indessen kann nicht jeder völkerrechtliche Vertrag gekündigt werden, sei es aus rechtlichen (Fehlen einer Kündigungsklausel) oder tatsächlichen Gründen (gewichtige politische Interessen). In einem solchen Fall steht die Schweiz in der völkerrechtlichen Verantwortung und hat die entsprechenden Konsequenzen zu gewärtigen.⁴¹

Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten die abweichende Auffassung, dass die obengenannten «tatsächlichen Gründe» nicht dazu führen dürfen, dass ein nicht zwingender völkerrechtlicher Vertrag einer Verfassungsbestimmung vorgezogen wird.

Damit ist deutlich geworden, dass bei Annahme einer völkerrechtswidrigen Initiative die Probleme in die Umsetzungsphase verschoben werden:⁴²

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

³⁸ BGE 136 III 168. Vgl. auch Art. 27 Satz 1 WVK: «Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.»

³⁹ Vgl. Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 32), Ziff. 5.2 und 5.3.

⁴⁰ So die Terminologie bei RHINOW / SCHEFER, N. 3644.

⁴¹ Vgl. auch die Übersicht im Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 36), Ziff. 8.6.1.

⁴² Beschrieben im Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 36), Ziff. 6.2. Eine Einschätzung zu den Folgen einer Kündigung der EMRK gibt FORSTER, S. 424.

⁴³ Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 36), Ziff. 9.6.

3. Auslegung von Artikel 121 BV

3.1 Übersicht über Aufbau und Struktur von Artikel 121 Absätze 3–6 BV

Sollen die in Art. 121 Abs. 3–6 BV enthaltenen Elemente in eine Struktur eingepasst werden, liegt die folgende Gliederung in Tatbestände, Rechtsfolgen und Gesetzgebungsaufträge nahe:

- Ausdrücklich angeführte Voraussetzungen (*Tatbestände*), welche zu den im Verfassungstext vorgesehenen Rechtsfolgen führen:
 - Rechtskräftige Verurteilung zu einer Straftat (Abs. 3 Bst. a);
 - Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe (Abs. 3 Bst. b).
- *Rechtsfolgen*, die bei erfülltem Tatbestand eintreten:
 - Verlust des Aufenthaltsrechts (Abs. 3 Einleitungssatz);
 - Verlust aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt (Abs. 3 Einleitungssatz);
 - Ausweisung aus der Schweiz (Abs. 5);
 - Einreiseverbot von 5–15 Jahren, im Wiederholungsfall von 20 Jahren (Abs. 5);
 - Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz (Abs. 6).
- Ausdrückliche *Aufträge an den Gesetzgeber*, innerhalb von fünf Jahren seit der Annahme des Verfassungsartikels (Art. 197 Ziff. 8 BV), konkretisierendes und ergänzendes Ausführungsrecht zu erlassen:
 - Gestützt auf Abs. 4 Satz 1 sind die Tatbestände nach Abs. 3 «näher zu umschreiben». Es gilt auf Gesetzesebene festzulegen, welche Formen von Drogenhandel und Einbruchsdelikten und welche «anderen schweren Sexualdelikte» und «anderen Gewaltdelikte» 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 Abs. 3 Bst. b begründen.
 - Die Kann-Formulierung in Abs. 4 Satz 2 macht deutlich, dass es im Ermessen des Gesetzgebers steht, ob die Tatbestände nach Abs. 3 mit weiteren Tatbeständen ergänzt werden sollen.
 - Abs. 6 Satz 2 verlangt den Erlass von Strafbestimmungen bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz.

3.2 Interpretation der Rechtsfolgen

3.2.1 Verlust des Aufenthaltsrechts sowie aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt

Das «Aufenthaltsrecht» ist das gemäss Art. 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);
- Grenzgärterbewilligung (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. AsylG⁴³).

Die Ausweise F und N stellen indessen *keine* ausländerrechtlichen Bewilligungen dar, sondern bescheinigen lediglich ein Recht auf Anwesenheit.⁴⁴

Die aufgeführten Bewilligungen werden – mit einer entsprechenden Kennzeichnung – auch *EU- und EFTA-Bürgern* erteilt. Die massgebenden Rechtsgrundlagen finden sich in den entsprechenden Abkommen.⁴⁵

Aktuell stammen fast zwei Drittel der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung der Schweiz aus EU-/EFTA-Staaten.⁴⁶

Ferner hält der Verfassungstext fest, dass Ausländerinnen und Ausländer bei gegebenen Voraussetzungen auch «alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren». Damit sind Konstellationen erfasst, in denen eine ausländische Person die staatsvertraglichen oder gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht erfüllt. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, dass eine Person die Voraussetzungen gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG erfüllt (Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern) und eine Straftat nach Art. 123 Abs. 3 BV begeht. Bei dieser Ausgangslage erlischt der Anspruch nach Art. 42 Abs. 2 AuG.

3.2.2 Ausweisung und Ausschaffung aus der Schweiz

3.2.2.1 Terminologie und Drei-Ebenen-Theorie

Vorab ist zu klären, was unter dem Begriff der *Ausweisung* zu verstehen ist. Auf Verfassungsebene stellen Art. 25 Abs. 1 und Art. 121 Abs. 2 BV auf diesen Begriff 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.⁴⁷

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 und war nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich (insb. Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens; kein Wille oder fehlende Fähigkeit, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen; fortgesetzte und erhebliche

⁴³ Asylgesetz vom 26.6.1998 (SR 142.31).

⁴⁴ SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, S. 117, 310.

⁴⁵ Vgl. Anhang I des Abkommens vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681) sowie das Übereinkommen vom 4.1.1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31) bzw. Anhang K des Abkommens vom 21.6.2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (AS 2003 2685).

⁴⁶ Vgl. SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, S. 57.

⁴⁷ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 37), S. 171; REICH, S. 513.

Fürsorgeabhängigkeit). Diese Ausweisung umfasste sowohl die Wegweisung aus der Schweiz als auch ein Einreiseverbot. 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 fehlendem Aufenthaltsrecht 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 zwangswise Vollzug, d.h. die Person wird ausgeschafft.⁴⁸ *Ausschaffung* (bzw. «Rückschiebung», «refoulement») meint somit den zwangswiseen Vollzug einer Ausweisung. Auf Gesetzesebene ist die Ausschaffung in Art. 69 ff. AuG geregelt.

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

- Auf der *ersten Ebene* geht es um den Verlust des durch eine Bewilligung gewährten Aufenthaltsrechts oder des gesetzlich oder völkerrechtlich vorgesehenen Aufenthaltsanspruchs;
- auf der *zweiten Ebene* um die materielle Verpflichtung zum Verlassen des Landes (Wegweisung); und
- auf der *dritten Ebene* um den Vollzug oder die Vollstreckung der Wegweisung, sofern die Ausreise nicht freiwillig erfolgt (Ausschaffung).

3.2.2.2 Tragweite des «Ausweisungautomatismus» und Berücksichtigung völkerrechtlicher Vollzugshindernisse

Die Kernbestimmung der Ausschaffungsinitiative verlangt in Art. 121 Abs. 5 BV unter bestimmten Bedingungen, Ausländerinnen und Ausländer seien «aus der Schweiz auszuweisen [(doivent être) expulsés/espelle]». Laut dem Verfassungstext kommt den rechtsanwendenden Behörden in Bezug auf die ersten beiden Ebenen kein Entschliessungsermessens zu. Art. 121 Abs. 3 und 5 BV verlangen insoweit einen «Ausweisungautomatismus». Zur dritten Ebene, also zur Frage, ob die Ausweisung auch zwingend zu vollziehen ist (Ausschaffung), wenn einer der vorgesehenen Tatbestände erfüllt ist, äussert sich die Initiative hingegen nicht explizit. Folglich ist es mit dem Verfassungswortlaut vereinbar, Vollzugshindernisse zu berücksichtigen, jedenfalls soweit sie sich aus zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts oder aus der tatsächlichen Unmöglichkeit des Vollzugs ergeben. Damit lässt sich gegebenenfalls der Verzicht auf die Vollstreckung oder deren Aufschub begründen.⁴⁹

Das bedeutet im Einzelnen:

- Die *Zulässigkeit* des Vollzugs muss von den rechtsanwendenden Behörden geprüft werden und ist zu verneinen, soweit der Ausschaffung das Rückschiebungsverbot⁵⁰

⁴⁸ RHINOW / SCHEFER, N. 1766; REICH, S. 513.

⁴⁹ So auch REICH, S. 513 f., im Ergebnis ebenso GÄCHTER / KRADOLFER, S. 18 f.

⁵⁰ Völkerrechtlich verankert in Art. 33 des Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK; SR 0.142.30), Art. 3 EMRK und Art. 7 UNO-Pakt II.

- entgegensteht. Es gehört zum zwingenden Völkerrecht, dass niemand in einen Staat ausgeschafft werden darf, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht (vgl. auch Art. 25 Abs. 3 BV und oben, Ziff. 2.3.1). Kraft seiner absoluten Geltung stellt das Rückschiebungsverbot allein darauf ab, was der auszuschaffenden Person im Zielstaat widerfahren könnte. Aus welchen Gründen eine Person ausgewiesen wird, darf dagegen keine Rolle spielen. – Diese Auslegung, die im Einzelfalls Raum für die Zulässigkeitsprüfung belässt, steht im Einklang mit der Haltung des Bundesrats in seiner Botschaft an die Eidgenössischen Räte. Er legte dar, der Verfassungstext verbiete es den Behörden nicht, «im Rahmen des Vollzugs das Non-Refoulement-Prinzip als vorübergehendes oder dauerhaftes Vollstreckungsverbot zu beachten.»⁵¹ Im Übrigen wird die Möglichkeit zur Überprüfung des Rückschiebeverbots auch von den Initianten auch nicht bestritten.⁵²
- Prüfgegenstand muss auch die (technische) *Möglichkeit* der Ausschaffung sein.⁵³ Eine allfällige Unmöglichkeit des Vollzugs muss dabei durch äussere Umstände bedingt sein, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Person und der für den Vollzug zuständigen Behörden liegen. Zu denken ist etwa an die Weigerung der ausländischen Behörden, der ausgewiesenen Person die für die Einreise erforderlichen Papiere auszustellen oder an die Unmöglichkeit der Ausschaffung in einen Drittstaat wegen einer dortigen Kriegssituation.

Inwiefern es völkerrechtlich geboten ist, weitere Vollzugshindernisse zu berücksichtigen, die sich namentlich aus der EMRK, dem Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁵⁴, der Kinderrechtskonvention (KRK)⁵⁵ oder dem UNO-Pakt II⁵⁶ ergeben können, wird in Ziff. 3.4 hier nach näher beleuchtet. Indessen steht die umfassende Berücksichtigung von Vollzugshindernissen des nicht zwingenden Völkerrechts im Konflikt mit dem mutmasslichen Willen des Verfassungsgebers (vgl. dazu unten, Ziff. 3.4.5).

Die Vertreter des Initiativkomitees sind der Auffassung, dass keine weiteren völkerrechtlichen Vollzugshindernisse zu beachten sind, weil die Ausschaffungsinitiative als Verfassungsrecht den nicht zwingenden völkerrechtlichen Bestimmungen vor geht.

3.2.3 Aufenthaltsstatus bei vorübergehendem Vollzugsaufschub

Nach geltendem Recht verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme, wenn «der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar» ist (Art. 83 Abs. 1 AuG). Für solche Personen mit F-Ausweis gelten besondere Regeln hinsichtlich der

⁵¹ BBI 2009 5103.

⁵² Vgl. insb. S. 23 des Argumentariums vom 1.9.2010 für die Abstimmung vom 28.11.2010: <http://www.ausschaffungsinitiative.ch> (Rubrik «Argumente»).

Ferner auch BRANDENBERG MANUEL / RUTZ GREGOR A., Eine Verfassungsnorm im Lichte der Verfassung, Arbeitspapier zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vom 27.4.2011, Ziff. 3.2.

⁵³ Mit Hinweisen zu solchen «tatsächlichen Vollzugshindernissen» auch REICH, S. 518.

⁵⁴ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁵⁵ Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107).

⁵⁶ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, dem Zugang zum Arbeitsmarkt, dem Familien- nachzug und der Inanspruchnahme von Integrationsmassnahmen.

Der Verfassungstext hält keine ausdrückliche Antwort zur Frage bereit, welchen Status ausländische Personen innehaben, die infolge Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs der Ausweisung (vorläufig) in der Schweiz verbleiben. Weil solche Personen auch «alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt» verlieren, erscheint die heute gestützt auf Art. 84 Abs. 5 AuG mögliche «Umwandlung F in B», d.h. die Möglichkeit, nach fünf Jahren Anwesenheit ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung einzureichen, ausgeschlossen. Im Übrigen erscheint nahe liegend, für den Aufenthaltsstatus an die vorbestehende Regelung im 11. Kapitel des AuG (Art. 83 ff.) anzuknüpfen. Die vorläufige Aufnahme lässt die Ausreisepflicht fortbestehen und vermittelt kein Aufenthaltsrecht, da sie allein von tatsächlichen und daher jederzeit veränderlichen Umständen abhängig ist.⁵⁷ Bei Bedarf kann der Gesetzgeber punktuelle Ergänzungen beschliessen.

3.2.4 Einreiseverbot von 5–15 Jahren; im Wiederholungsfall von 20 Jahren

Das geltende Recht sieht in Art. 67 AuG die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen ein Einreiseverbot zu verfügen. Sodann verknüpft Art. 68 Abs. 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. Das Einreiseverbot wird nach geltendem Recht in der Regel für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt; bei einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann es auch für eine «längere Dauer» verfügt werden (Art. 67 Abs. 3 AuG), in besonderen Fällen auch unbefristet (vgl. Art. 67 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 AuG).

Art. 121 Abs. 5 Satz 1 BV verankert die behördliche Pflicht, die Ausweisung mit einem Einreiseverbot zu verknüpfen und gibt für dessen Dauer eine Rahmenfrist von 5–15 Jahren vor. Die Verfassung belässt damit dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Kriterien zur Festlegung der Dauer im Einzelfall zu verankern (z.B. Berücksichtigung der Tat- bzw. Missbrauchsschwere, der beruflichen und sozialen Integration, der familiären Situation usw.). Das Ausführungsgesetz kann freilich die Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots auch der rechtsanwendenden Behörde überlassen, die bei diesem Entscheid nach pflichtgemäßem Ermessen vorzugehen hat.

Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots zwingend 20 Jahre (Art. 121 Abs. 5 Satz 2 BV). Von einem Wiederholungsfall ist auszugehen, wenn die betreffende ausländische Person – nachdem sie nach den Abs. 3 und 4 von Art. 121 BV bereits einmal ihr Aufenthaltsrecht bzw. alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt verloren hat und ausgewiesen wurde – nach erneuter rechtmässiger oder unrechtmässiger Einreise in die Schweiz einen Ausweisungstatbestand im Sinne von Art. 121 Abs. 3 und 4 BV erfüllt. Wurde der Vollzug der Ausweisung aufgeschoben, kann ein Wiederholungsfall auch ohne erneute Einreise in die Schweiz eintreten.

⁵⁷ Vgl. mit weiteren Hinweisen REICH, S. 515.

3.2.5 Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots

Die Einreise in die Schweiz im Widerspruch zu einem geltenden Einreiseverbot ist unrechtmässig und bereits nach geltendem Recht mit Strafbarkeit belegt (vgl. Art. 115 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. d AuG: Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe). Art. 121 Abs. 6 Satz 1 BV sieht zwar grundsätzlich keine Ausnahmen von der Strafbarkeit vor. Dennoch dürften Bestimmungen wie Art. 115 Abs. 5 AuG, die einem praktischen Bedürfnis entsprechen, auch weiterhin zulässig sein («Von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung kann bei rechtswidrig ein- oder ausgereisten Ausländerinnen und Ausländern abgesehen werden, sofern sie sofort ausgeschafft werden»).

Ergänzend ist auf Art. 291 StGB (Verweisungsbruch) hinzuweisen. Nach dieser Norm wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer eine von der zuständigen Behörde auferlegte Landes- oder Kantonsverweisung bricht. Art. 291 StGB kam nach altem Recht bei Missachtung von Ausweisungen (Art. 10 des nun aufgehobenen ANAG; vgl. oben, Ziff. 3.2.2.1) zur Anwendung.⁵⁸ Nachdem die strafrechtliche Landesverweisung gemäss Art. 55 aStGB und mit Einführung des AuG auch die Kantonsverweisung aufgehoben wurde, ist der Anwendungsbereich dieses Tatbestands beschränkt: Art. 291 StGB gilt nur noch bei Missachtung einer Ausweisung nach Art. 68 AuG und Art. 121 Abs. 2 BV (Ausweisung durch fedpol bzw. den Bundesrat). Verstösse gegen bestehende Einreiseverbote werden unter geltendem Recht nach Art. 115 ff. AuG beurteilt. Die Arbeitsgruppe hat offen gelassen, inwieweit bei einer Verletzung der Landesverweisung Art. 291 StGB bzw. die Art. 115 ff. AuG bzw. zur Anwendung kommen.

Reist eine von einer Ausweisung im Sinn von Art. 121 Abs. 3 und 4 BV betroffene und mit einem Einreiseverbot belegte ausländische Person in die Schweiz ein, ist ihre Einreise illegal. Die Tragweite des Zusatzes gemäss Art. 121 Abs. 6 BV, wonach sich auch strafbar macht, wer «sonstwie illegal in die Schweiz einreist», ist damit nicht ohne weiteres klar. Nahe liegend erscheint eine Interpretation, wonach die mit einem Einreiseverbot belegte Person zusätzlich weitere Einreisevoraussetzungen missachten kann (vgl. für das geltende Recht Art. 5 Abs. 1 Bst. a–c AuG). Eine eigenständige Bedeutung dürfte der Wendung «sonstwie illegal in die Schweiz einreist» aber nicht zukommen.

3.3 Interpretation der Tatbestände und der Gesetzgebungsaufträge

3.3.1 Leitlinien für die Ausführungsgesetzgebung

Der Gesetzgeber kann gestützt auf Art. 121 Abs. 4 BV die in Art. 121 Abs. 3 BV genannten Tatbestände *näher umschreiben* (Satz 1) bzw. um weitere Tatbestände *ergänzen* (Satz 2). Hinsichtlich des «Ob und Wie» allfälliger Ergänzungen räumt die Verfassung dem Gesetzgeber grosses Ermessen ein.

Als *allgemeine Leitlinie* zur Gestaltung der Ausführungsgesetzgebung dienen insbesondere die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Verhältnismässigkeitsprinzip und die Beachtung des Völkerrechts) sowie die Verwirklichung der Grundrechte (vgl. Art. 5, 35 und 36 BV). Der Verfassungstext enthält jedenfalls keine Anhaltspunkte, die auf einen Ausschluss dieser allgemeinen Leitlinien für die Rechtsetzung hindeuten. Ferner erscheint

⁵⁸ Vgl. BGE 100 IV 244 E. 1.

geboten, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht nur bei der Ausgestaltung des Deliktskatalogs, sondern auch bei der einzelfallweisen Beurteilung zu berücksichtigen.⁵⁹

Als *spezifische Leitlinien* bei der allfälligen Erweiterung der Straftatbestände dienen dem Gesetzgeber vorab zwei Merkmale, welche die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV ausdrücklich aufgeführten Straftatbestände prägen: Erstens handelt es sich um – überwiegend schwere oder mittelschwere – Delikte, die in der (Medien-)Öffentlichkeit oder in Kriminalstatistiken besonders häufig mit ausländischen Personen in Verbindung gebracht werden. Zweitens sind es primär Tatbestände, welche die physische, psychische und sexuelle Integrität schützen.

3.3.2 Delikte als Ausweisungsgrund

3.3.2.1 Gruppierung der Delikte

Die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV aufgeführten Strafdelikte lassen sich wie folgt gruppieren:

- 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 (BtmG)⁶⁰;
 - 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.

3.3.2.2 Nähere Umschreibung und Ergänzung der Delikte

Den Gesetzgebungsaufrägen kann mit Bezug auf die soeben dargestellte Gruppierung der Strafdelikte folgende Bedeutung beigemessen werden:

- 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).⁶¹

⁵⁹ Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der Ausführungsgesetzgebung (und bei der einzelfallweisen Beurteilung) postulieren auch HANGARTNER, S. 473 ff. und (mit gewisser Zurückhaltung) GÄCHTER / KRADOLFER, S. 18 f. Vgl. dazu auch oben, Ziff. 2.2.

⁶⁰ Bundesgesetz vom 3.10.1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121).

⁶¹ Ebenso das Argumentarium der Initianten (Fn. 52), S. 15.

- Eine nähere Umschreibung ist auch erforderlich hinsichtlich der Deliktsgruppe, die an (mehrere) bestehende Strafbestimmungen anknüpft: Zur Konkretisierung des Drogenhandels als Ausweisungsgrund können die bestehenden Strafnormen des BetmG herangezogen werden. Sehr geringfügige Verurteilungen infolge Drogenhandels sollten nicht zur Ausweisung führen. Zu dieser Verfassungsinterpretation führen die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und das systematische Auslegungselement, nämlich der Vergleich mit den übrigen in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV aufgeführten schweren Delikten. Für die nähere Umschreibung des Einbruchsdelikts als Ausweisungsgrund gelten analoge Überlegungen.
- Die Gruppe mit den relativ offen gehaltenen Deliktskategorien muss vom Gesetzgeber ebenfalls im Rahmen des «Umschreibungsauftrags» konkretisiert werden: Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV gibt vor, dass nur solche strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität als Ausweisungsgrund im Gesetzesrecht aufzuführen sind, 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). Laut Verfassungstext, der beispielhaft den Tatbestand des Raubs (Art. 140 StGB) anführt, sind auch «andere Gewaltdelikte» näher zu umschreiben. Zwar gehört Art. 140 StGB zu den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen. Das wesentliche qualifizierende Merkmal des Raubs gegenüber dem Tatbestand des Diebstahls besteht indessen in der Ausübung von Gewalt gegen eine Person bzw. in der Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Aus Verfassungsoptik ist für die nähere Umschreibung der «anderen Gewaltdelikte» dieses qualifizierende Merkmal wegweisend. Mit anderen Worten sollte die nähere Umschreibung schwergewichtig mit Blick auf die Straftaten gegen Leib und Leben erfolgen (vgl. Art. 122–136 StGB).

Bei sämtlichen Formen der «näheren Umschreibung» der Delikte hat der Gesetzgeber die Verankerung weiterer Kriterien für die Schwere einer Tat zu erwägen (z.B. im Einzelfall ausgefällte Mindeststrafe). Solches gebieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und das verfassungsrechtliche Postulat eines in sich stimmigen (kohärenten) Katalogs von Ausweisungsgründen.

Der Gesetzgeber kann schliesslich gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV die genannten drei Deliktsgruppen um weitere Straftatbestände – auch des sog. Nebenstrafrechts – ergänzen. Richtschnur bilden die allgemeinen und spezifischen Leitlinien für die Ausführungsgesetzgebung (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

3.3.2.3 Auslandurteile und Berücksichtigung sämtlicher Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie versuchter Delikte

Der Verfassungstext knüpft in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV an eine rechtskräftige Verurteilung an und enthält keine Beschränkung auf rechtskräftige Urteile von inländischen Strafgerichten. Als Folge dieser textlichen Offenheit wären Auslandurteile, soweit Schweizer Behörden davon überhaupt Kenntnis erlangen, grundsätzlich auch geeignet einen Ausweisungsgrund zu setzen. Hingegen besteht für den Gesetzgeber *keine Verfassungspflicht* zur Berücksichtigung von Auslandurteilen.

Ferner ergibt sich aus der allgemeinen Anknüpfung an Straftatbestände die Offenheit der Verfassung, sämtliche Täterschafts- und Teilnahmeformen (Haupt- und Mittäterschaft sowie Anstiftung und Gehilfenschaft) und nicht nur vollendete, sondern auch versuchte Taten zu berücksichtigen.

3.3.3 Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe als Ausweisungsgrund

3.3.3.1 Leistungen der Sozialversicherungen

Der Begriff der *Sozialversicherungen* in Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV ist zunächst abzugrenzen vom Begriff der Leistungen von Privatversicherungen. Solche Leistungen bleiben vom Verfassungstext ausgeklammert. Positiv umschrieben zählen diejenigen (zehn) Versicherungszweige zur Sozialversicherung, die von der Systematischen Sammlung des Bundesrechts als dazugehörig bezeichnet werden⁶²: AHV, IV, Ergänzungsleistungen, Berufliche Vorsorge, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Militärversicherung, Erwerbsersatzordnung, Familienzulagen und Arbeitslosenversicherung. Ausgehend von der im Sozialversicherungsrecht üblichen Unterscheidung in Sach- und Geldleistungen fallen unter den Begriff der «Leistungen der Sozialversicherungen» namentlich: Taggelder, Renten, jährliche Ergänzungsleistungen, Hilflosenentschädigungen und Zulagen zu solchen sowie die Heilbehandlung (Krankenpflege), die Hilfsmittel, die individuellen Vorsorge- und Eingliederungsmassnahmen sowie Aufwendungen für Transporte und ähnliche Leistungen.⁶³

3.3.3.2 Leistungen der Sozialhilfe

Sozialhilferecht ist kantonales Recht. Immerhin geben die von der Konferenz der Kantonalen Sozialdirektoren und -direktorinnen (SODK) zur Anwendung empfohlenen SKOS-Richtlinien breit abgestützte Antworten zu Fragen der Ausgestaltung der Sozialhilfe.⁶⁴ Diese Richtlinien sind auch für die vorliegenden Fragen fruchtbar. Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV enthält keine Einschränkung auf bestimmte Arten von Leistungen der Sozialhilfe. Es ist vielmehr von einem verfassungsrechtlich umfassenden Leistungsbegriff auszugehen. Erfasst sind damit – in der Sprachregelung der SKOS-Richtlinien – namentlich Leistungen zur materiellen Grundsicherung (Wohnkosten, medizinische Grundversorgung, Grundbedarf für den Lebensunterhalt), situationsbedingte Leistungen und Integrationszulagen.⁶⁵

3.3.3.3 Missbrauchsbeispiel

Die Verfassung verzichtet darauf, den Missbrauchsbeispiel näher zu bezeichnen. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs, verankert in Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁶⁶, durchzieht die gesamte Rechtsordnung und bindet Behörden wie Private. Von Missbrauch ist zu sprechen, «wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will».⁶⁷ Demzufolge ist der Bezug von Leistungen der Sozialhilfe missbräuchlich, wenn er objektiv betrachtet nicht in der Absicht erfolgt, das (soziale) Existenzminimum der bedürftigen Person zu sichern. Analoges gilt für den missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen, wobei

⁶² Vgl. SR 83.

⁶³ Vgl. Art. 14 f. des Bundesgesetzes vom 6.10.2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

⁶⁴ Vgl. die Fassung vom Januar 2011, einsehbar unter <http://www.skos.ch/de> (Rubriken «SKOS-Richtlinien», «Richtlinien konsultieren»).

⁶⁵ Vgl. insb. SKOS-Richtlinien (Fn. 64), Ziff. A.6.

⁶⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210).

⁶⁷ BGE 131 I 185 E. 3.2.4. Anschaubspiel: Rechtsmissbräuchlich handelt der Ausländer, der eine Scheinehe in der Absicht aufrechterhält, die Verlängerung seiner fremdenpolizeilichen Bewilligung zu erwirken (vgl. Art. 51 Abs. 1 Bst. a AuG).

hier auf den jeweiligen Versicherungszweck des betreffenden Sozialversicherungszweigs abzustellen ist.

Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV überlässt dem Gesetzgeber die Entscheidung, ob er den Missbrauchstatbestand als verwaltungsrechtliche oder als strafrechtliche Sanktion ausgestalten will. Diese Offenheit ergibt sich aus dem Fehlen des Erfordernisses einer rechtskräftigen Verurteilung (vgl. demgegenüber Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV). Aus dem Fehlen dieses Erfordernisses kann hingegen nicht geschlossen werden, dass bereits ein behördlich – in Urteils- oder Verfügungsform – zwar festgestellter aber noch nicht *rechtskräftig* entschiedener missbräuchlicher Leistungsbezug den Ausweisungstatbestand erfüllt. Ein solcher Ausschluss des Rechtsschutzes, wäre er beabsichtigt gewesen, hätte ausdrücklich im Verfassungstext ausgedrückt werden müssen.

3.3.4 Allgemeine Gesetzgebungskompetenz zur Schaffung weiterer Ausweisungstatbestände

Die Tatbestände (Ausweisungsgründe) nach Art. 121 Abs. 3 BV kann der Gesetzgeber gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV generell auch um weitere Tatbestände ergänzen. Dabei gelten für die allfällige Ausführungsgesetzgebung die bereits unter Ziff. 3.3.1 hier vor erwähnten Leitlinien. Im Übrigen verfügt der Gesetzgeber über grosses politisches Ermessen; die Kann-Formulierung macht deutlich, dass der Gesetzgeber ohne weiteres auch von einer Ergänzung absehen oder eine solche auf einen späteren Zeitpunkt verschieben kann. Bei wörtlicher Auslegung dieser Gesetzgebungskompetenz erscheint die Verfassung weit offen. Das historische Auslegungselement hingegen vermittelt ein anderes Bild: Aus dem Argumentarium der Initianten werden die zentralen Anliegen der Ausschaffungsinitiative deutlich:⁶⁸ «Mehr Sicherheit durch weniger Ausländerkriminalität» und «Sicherung unserer Sozialwerke durch Senkung des Sozialmissbrauchs». Diese Anliegen übernehmen bereits die Buchstaben a und b von Art. 121 Abs. 3 BV; hier sind die von den Initianten wiederholt genannten Gewalt- und Sexualdelikte sowie der Missbrauch von Sozialleistungen bereits aufgeführt. Der verfassungsrechtliche Rahmen für Ergänzungen dürfte bei einer historischen Auslegung mithin sehr gering sein.

3.4 Interpretation im Licht des Völkerrechts

3.4.1 Haltung des Bundesrats

In seiner Botschaft zur Ausschaffungsinitiative hat der Bundesrat bereits in der Übersicht 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 [können].» Diese Aussage wurde in der Botschaft selbst ausführlich begründet und mit einer Prüfung unter dem Gesichtspunkt der EMRK, des UNO-Pakts II, der KRK und des FZA belegt.⁶⁹ Es gibt keine Anhaltspunkte, von den dort gemachten Ausführungen abzuweichen. In der nachfolgenden Übersicht sollen die wichtigsten Anforderungen, die sich aus den genannten völkerrechtlichen Verträgen ergeben, rekapituliert werden.

⁶⁸ Argumentarium der Initianten (Fn. 52), S. 2.

⁶⁹ BBI 2009 5097, 5106 ff.

3.4.2 Leitplanken gemäss EMRK und UNO-Pakt II

3.4.2.1 Verfahrensrechtliche Garantien

Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK⁷⁰ und Art. 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.⁷¹

3.4.2.2 Materielle Garantien

In einem konkreten Fall kann die Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern im Widerspruch zu Art. 8 EMRK stehen, welcher neben dem Recht auf Achtung des Privatlebens insbesondere auch das Recht auf ein Zusammenbleiben der Familie schützt. Durch die Ausweisung eines Familienmitglieds wird nämlich die Fortsetzung des Familienlebens im ausweisenden Staat unmöglich; umgekehrt kann auch die Verweigerung der Einreise eines Familienmitglieds die (Wieder-)Herstellung der räumlichen Familieneinheit verhindern.⁷² Art. 8 EMRK hat den folgenden Wortlaut:

Art. 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

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).

Die Zulässigkeit des Eingriffs im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK beurteilt der EGMR nach folgenden, gleichwertigen Kriterien:

- 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;

⁷⁰ 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).

⁷¹ So der Menschenrechtsausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung 15 [27] (1996) Ziff. 9 f. zu Art. 13 UNO-Pakt II.

72 BBI 2009 5097-5108

- 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.

Diese Kriterien werden *nicht starr*, sondern in Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls gewichtet.⁷³ Das Abstellen auf ein einziges, starres Kriterium (z.B. den verwirklichten Straftatbestand) verstösst demnach gegen Art. 8 EMRK. Die EMRK-konforme Umsetzung der Ausschaffungsinitiative setzt voraus, dass im ausführenden Gesetzesrecht eine Prüfung des Einzelfalls mit ergebnisoffener Interessenabwägung vorgesehen wird.

Dieselben Anforderungen nach einer umfassenden und gebührenden Würdigung der Umstände im Einzelfall ergeben sich auch aus Art. 17 des UNO-Pakts II:

Art. 17

- (1) Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.
- (2) Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

Die Bestimmung wird weitgehend gleich angewandt wie Artikel 8 EMRK: Der Menschenrechtsausschuss (MRA) prüft, ob ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vorliegt und – gegebenenfalls – ob der Eingriff mit den Zielen des Pakts vereinbar und verhältnismässig ist.⁷⁴ Nach der Praxis des MRA stellt nicht jede Ausweisung eines Familienmitglieds einen Eingriff in die geschützten Rechte dar; ein Eingriff ist jedoch dann anzunehmen, wenn die Ausweisung ein lang etabliertes Familienleben wesentlich verändert.⁷⁵

In seinen bisherigen Entscheiden prüfte der MRA die Verhältnismässigkeit von Ausweisungen anhand folgender Kriterien (jeweils unter Einräumung eines Ermessensspielraums an den betroffenen Staat):

- Schwere der Delikte;
- Familiäre Bindungen im Aufenthaltsstaat;
- Familiäre Bindungen im Zielstaat;

⁷³ Vgl. dazu beispielhaft die Urteile EGMR vom 2.8.2001 in der Rechtssache *Boultif c. Schweiz* und vom 22.5.2008 in der Rechtssache *Emre c. Schweiz*. Aus der Literatur, vgl. GÄCHTER / KRADOLFER, S. 15.

⁷⁴ MRA *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), Ziff. 11.4.

⁷⁵ MRA *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), Ziff. 9.7.

- Möglichkeiten, Kontakte mit der Familie im Aufenthaltsstaat aufrecht zu erhalten;
- Möglichkeit, alle Gründe gegen die Ausweisung ins Verfahren einzubringen, und umfassende Prüfung durch die zuständige Behörde (in casu durch eine Rekursinstanz).

Die Praxis des MRA zu Art. 17 UNO-Pakt II lässt keine signifikanten Unterschiede zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK erkennen.⁷⁶ Insbesondere ergibt sich die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Eingriffs hier wie da immer erst aus einer Abwägung sämtlicher im konkreten Fall relevanten Umstände.

Art. 23 UNO-Pakt II gewährleistet den Schutz der Familie. In seiner bisherigen Rechtsprechung zu Ausweisungsfällen hat der Ausschuss diese Bestimmung zusammen mit Artikel 17 UNO-Pakt II geprüft; eine eigenständige Bedeutung kommt ihr im vorliegenden Zusammenhang nicht zu.⁷⁷

Zu erwähnen ist schliesslich Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II. Diese Bestimmung sieht vor, dass keiner Person willkürlich das Recht entzogen werden darf, in ihr eigenes Land einzureisen. Nach der Praxis des Ausschusses können sich auf diese Garantie grundsätzlich nicht nur Staatsangehörige des betreffenden Staates berufen, sondern auch Ausländerinnen und Ausländer, welche ihr Leben seit früher Jugend im betreffenden Land verbracht und zum Land ihrer Staatsangehörigkeit kaum Beziehungen haben, falls sie keine Gelegenheit hatten, Bürgerinnen oder Bürger des Aufenthaltsstaates zu werden.⁷⁸ Der Umstand, dass die betreffende Person keine Gelegenheit zur Einbürgerung hatte, ist nach der Praxis des Ausschusses allerdings dann irrelevant (und die Berufung auf Art. 12 Abs. 4 ausgeschlossen), wenn die Einbürgerung aus Gründen, die die Person selber zu verantworten hat – zum Beispiel aufgrund ihres deliktischen Verhaltens –, nicht möglich war.⁷⁹ Von daher kommt Art. 12 UNO-Pakt II nach der Praxis des MRA keine über Art. 17 UNO-Pakt II hinausgehenden Bedeutung zu.

3.4.3 Garantien der Kinderrechtskonvention

Sowohl für die Situation, in welcher ein Kind selber strafrechtlich verantwortlich wird und deshalb auszuweisen wäre, als auch für den Fall, dass die Eltern bzw. die Erziehungsbe rechtigten des Kindes ausgewiesen werden, muss das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt werden (Art. 3 KRK). Ferner statuieren Art. 9 KRK (keine Trennung von den Eltern gegen deren Willen), Art. 10 Abs. 2 KRK (Pflege regelmässiger persönlicher Beziehungen und unmittelbarer Kontakte) sowie Art. 40 KRK (Garantien bei Verletzung von Strafgesetzen) weitere Rechte, die im Einzelfall zu prüfen und abzuwägen sind.⁸⁰ Betreffend die

⁷⁶ Vgl. GÄCHTER / KRADOLFER, S. 15.

⁷⁷ MRA *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), Ziff. 12.10; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), Ziff. 10.

⁷⁸ MRA *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), Ziff. 12.3 ff.; *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), Ziff. 11.3; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), Ziff. 9.6; Allgemeine Bemerkung 15 [27] (1996) Ziff. 20.

⁷⁹ MRA *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), Ziff. 12.8. In der Lehre wird teilweise eine weitergehende Interpretation vertreten. Danach sollen sich Personen, die sich lange im betreffenden Staat aufgehalten haben, auf die Bestimmungen berufen können, wenn sie zu dem Staat eine so starke persönliche und emotionale Beziehung aufgebaut haben, dass sie ihn als ihr «eigenes Land» wahrnehmen, vgl. NOWAK, Art. 12 N. 58.

⁸⁰ Vgl. zum Ganzen die Botschaft des Bundesrats, BBI 2009 5097, 5110. Vgl. zur Bedeutung der KRK jüngst auch BGE 135 I 153 E. 2.2.

Ausweisung von Eltern infolge einer strafrechtlichen Verurteilung hat der Ausschuss festgehalten, dass dem Kindeswohl im Ausweisungsentscheid eine grosse Bedeutung beizumessen ist.⁸¹

3.4.4 Anforderungen aus dem FZA und dem EFTA-Übereinkommen

Das FZA vermittelt den vom Abkommen begünstigten Personen (EU-Staatsangehörige und Familienangehörige im Sinne von Art. 3 Anhang I FZA) direkt anwendbare, individuelle ausländerrechtliche Ansprüche. Es verleiht, unter je nach Personenkategorie unterschiedlichen Voraussetzungen, insbesondere individuelle Ansprüche auf Einreise, Ausreise, Aufenthalt, Erwerbstätigkeit und Verbleib (vgl. insb. Art. 1–4 Anhang I FZA). Diese Ansprüche bestehen unmittelbar und bedürfen keines weiteren Verwaltungsakts. Analoge Ansprüche vermitteln die entsprechenden Bestimmungen des EFTA-Übereinkommens⁸².

Die FZA-Ansprüche sind nicht unbedingt; sie dürfen durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Zu diesen Einschränkungen gehören alle Massnahmen, welche das Recht auf freie Einreise und Aufenthalt berühren, insbesondere auch eine Landesverweisung, eine Ausschaffung oder ein Einreiseverbot. Art. 5 Anhang I FZA bestimmt dazu Folgendes.⁸³

Art. 5 Öffentliche Ordnung

- (1) Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.
- (2) Gemäss Artikel 16 dieses Abkommens wird auf die Richtlinien 64/221/EWG [...], 72/194/EWG [...] und 75/35/EWG [...] Bezug genommen.

Bei der Anwendung dieser Bestimmung ist gemäss ihrem Abs. 2 den Richtlinien 64/221/EWG⁸⁴, 72/194/EWG⁸⁵ und 75/35/EWG⁸⁶ sowie der vor der Unterzeichnung (Stichtag: 21. Juni 1999) des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU (EuGH) Rechnung zu tragen. Soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift, berücksichtigt das Bundesgericht auch später ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH, um das Ziel der parallelen Rechtslage nicht zu gefährden.⁸⁷ Dementsprechend sind für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative unter dem FZA die folgenden Aspekte bedeutsam:

- Bei der Beurteilung, welche Umstände eine Berufung auf die öffentliche Ordnung rechtfertigen, kommt den nationalen Behörden ein Beurteilungsspielraum zu, der al-

⁸¹ Vgl. Norway CRC/C/15/Add.263, Ziff. 21 f. und Norway CRC/C/15/Add.126, Ziff. 30 f., zitiert nach: IMPLEMENTATION HANDBOOK ON CRC, S. 126 und 137.

⁸² Vgl. das Übereinkommen vom 4.1.1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31) bzw. das Abkommen vom 21.6.2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (AS 2003 2685).

⁸³ Vgl. zum Regelungsinhalt der zitierten EWG-Richtlinien und zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH JAAG / PRIULI, Rz. 14 ff.

⁸⁴ ABI. L 56, vom 4.4.1964, S. 850.

⁸⁵ ABI. L 121, vom 26.5.1972, S. 32.

⁸⁶ ABI. L 14, vom 20.1.1975, S. 14.

⁸⁷ BGE 136 II 5 E. 3.4.

Ierdings eng auszulegen ist.⁸⁸ Es muss eine *tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung* gegeben sein. Die mit jeder Rechtsverletzung eintretende soziale Störung genügt nicht. Es muss ein *Grundinteresse der Gesellschaft* berührt sein. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn der Aufnahmestaat gegenüber dem Verhalten eigener Staatsbürger – auch wenn gegen diese keine Ausweisung verhängt werden kann – ebenfalls (strafrechtliche) Zwangsmassnahmen oder andere tatsächliche und effektive Massnahmen zur Bekämpfung des Verhaltens ergreift.⁸⁹

- Allein massgebend für die Beurteilung, ob eine Verweigerung oder der Entzug einer Bewilligung bzw. eine Entfernungsmassnahme unter dem Freizügigkeitsabkommen gerechtfertigt werden kann, ist das *persönliche Verhalten* der betroffenen Person. Art. 5 Anhang I FZA im Lichte von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG ausgelegt, steht Massnahmen entgegen, die allein aus generalpräventiven Gründen verfügt werden.⁹⁰
- Eine strafrechtliche Verurteilung alleine genügt nicht, eine Einschränkung der vom FZA gewährten Rechte zu rechtfertigen.⁹¹ Eine strafrechtliche Verurteilung kann nur insofern Berücksichtigung finden, als dass in dem ihr *zu Grunde liegenden persönlichen Verhalten* eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zum Ausdruck kommt. Es geht mithin um eine Beurteilung der Rückfallsgefahr, wobei die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr umso niedriger sind, desto schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind.⁹²
- Die Aktualität der Gefährdung muss nicht nur im Moment des Entzugs einer ausländerrechtlichen Bewilligung (durch ein Strafgericht) gegeben sein, sondern auch im Moment des Vollzugs der Ausweisung. Allfällige Änderungen der Faktenlage in der Zwischenzeit sind zu berücksichtigen. Sie müssen auch später jederzeit geltend gemacht werden können.⁹³
- Im Rahmen einer Einzelfallwürdigung ist dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* und den *Grundrechten* Rechnung zu tragen. Die widerstrebenden Interessen, das öffentliche Interesse an einem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie die privaten Interessen der unmittelbar und mittelbar betroffenen Personen, sind gegeneinander abzuwägen. Es gilt Art und Schwere der betroffenen Straftat, die Dauer des Aufenthalts, die Zeit, welche seit Begehung der Straftat verstrichen ist sowie die familiäre Situation zu berücksichtigen. Unter den Grundrechtsaspekten sind insbesondere auch die einschlägigen Garantien der EMRK relevant (vgl. bereits oben, Ziff. 3.4.2). Ein automatischer Entzug eines unter dem FZA zustehenden Anspruchs ist unzulässig.⁹⁴

⁸⁸ Vgl. EuGH vom 4.12.1974, Rs. 41/74, van Duyn, Slg. 1974, 1337, Rn. 18; vgl. auch JAAG / PRIULI, Rz. 18.

⁸⁹ BGE 130 II 176 E. 3.4.1; 129 II 215; ; EuGH vom 27.10.1977, Rs. 30/77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Rn. 33 ff.; EuGH vom 18.5.1982, Rs. 115/81 und 116/81, Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Rn. 8; EuGH vom 19.1.1999, Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Rn. 21 f.

⁹⁰ BGE 136 II 5 E. 4.3; EuGH vom 10.2.2000, Rs. C-340/97, Nazli, Slg. 2000 I-957, Rn. 59.

⁹¹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG; ferner BGE 130 II 493 E. 3.2 S. 499.

⁹² BGE 130 II 176 E. 4.3.1.

⁹³ Vgl. EuGH vom 29.4.2004, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004 I-5257.

⁹⁴ EuGH vom 19.1.1999, Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Rn. 27-28; EuGH vom 29.4.2004, Orfanopoulos und Oliveri, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004 I-5257,

Daraus ergeben sich die folgenden *Konsequenzen*, denen bei der Gesetzesredaktion Rechnung zu tragen ist.⁹⁵

- 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 jede Behörde, welche eine 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. Es ist nicht zulässig, diese Prüfung alleine in das Vollzugsverfahren zu verlagern.
- Schliesslich darf der Behörde die Möglichkeit zugestanden werden, auf ein Gesuch um *erneute* Prüfung nicht einzutreten, wenn keine wesentlichen neuen Gründe vorgebrachten werden. Die Behörde wird dabei auch berücksichtigen, wie viel Zeit seit ihrem letzten Entscheid verstrichen ist.

3.4.5 Fazit: Einzelfallprüfung und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

Im Wesentlichen verlangen die einschlägigen Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts die *Einzelfallprüfung* und die Berücksichtigung des *Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* spätestens im Zeitpunkt des Entscheids über den tatsächlichen Vollzug der Ausweisung (Ausschaffung). Diesbezüglich strengere Voraussetzungen statuiert das FZA, weil bereits die erkennende Behörde eine Einzelfallprüfung vornehmen muss (vgl. oben, Ziff. 3.4.4).

In Anwendung und bei hoher Gewichtung des völkerrechtskonformen und des harmonisierenden Auslegungselements erscheint es mit Art. 121 Abs. 3–6 BV vereinbar, wenn das Ausführungsgesetz im Vollzugsstadium die Einzelfallprüfung vorsieht.

Diese Interpretation sieht sich der Kritik ausgesetzt, weil sich der direkte Gegenentwurf insofern von der Ausschaffungsinitiative unterschied, als er die Beachtung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben sicherstellen wollte (vgl. E-Art. 121b Abs. 3 BV⁹⁶). Weil der Gegenentwurf von Volk und Ständen verworfen wurde, kann mit Betonung des historischen Auslegungselements die Auffassung vertreten werden, die völkerrechtskonforme Umsetzung desavouiere den Willen des Verfassungsgebers.⁹⁷

Hingegen dürfte die vom FZA geforderte Einzelfallprüfung im Entscheidungsverfahren mit dem im Verfassungstext angelegten «Ausweisungautomatismus» nicht mehr zu vereinbaren sein. Soll in diesem Punkt dem FZA zum Durchbruch verholfen werden, ist dies nicht mehr mit einer völkerrechtskonformen Auslegung zu bewerkstelligen, sondern ist

⁹⁵ Rn. 68; EuGH vom 7.6.2007, Rs. C-50/06, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2007, I-4383, Rn. 44.

⁹⁶ Vgl. dazu auch die im Anhang abgedruckten E-Art. 73c und E-Art. 67d Abs. 1 StGB sowie E-Art. 63b AuG gemäss den Varianten 2–4.

⁹⁷ BBI 2010 4244 und Ziff. 1.1 hiervor.

⁹⁸ Vgl. JAAG / PRIULI, Rz. 35.

vom Vorrang des FZA auszugehen.⁹⁸ Zur Begründung dieser Auffassung, die der Variante 2 des Deliktskatalogs zugrunde liegt, wurde etwa ausgeführt, «dass das FZA Art. 121 Abs. 3–6 BV als in persönlicher und sachlicher Hinsicht speziellerer Erlass auf verfassungähnlicher Ebene im Grundsatz vorgeht.»⁹⁹

Der bereits in Ziff. 2.3.2 hiervor allgemein dargelegte Zwiespalt bei Verstößen gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts tritt nach der Interpretation von Art. 121 Abs. 3–6 BV nochmals deutlich zutage: Bei einer eng dem Verfassungswortlaut und der Entstehungsgeschichte verpflichteten Auslegung bzw. Umsetzung wird die Schweiz völkerrechtsbrüchig. Die völkerrechtskonforme Auslegung bzw. die Anerkennung des Vorrangs einzelner Bestimmungen des FZA gegenüber einer jüngeren Verfassungsnormen führt unweigerlich zur Kritik der unvollständigen Berücksichtigung des Willens des Verfassungsgebers. Ein «Mittelweg» scheint nicht in Sicht. Namentlich dürfte ausgeschlossen sein, mit einer völkerrechtswidrigen Umsetzung etwa beim EGMR oder bei der Menschenrechtskommission eine Praxisänderung zugunsten der Schweiz erwirken zu können (vgl. aber dazu sogleich Ziff. 4).

3.5 Folgen einer völkerrechtswidrigen Umsetzung

3.5.1 Freizügigkeitsabkommen

Auf die möglichen rechtlichen und politischen Konsequenzen des Vorrangs von Art. 121 Abs. 3–6 BV vor dem FZA haben namentlich JAAG / PRIULI hingewiesen. Die Autoren skizzieren die folgenden möglichen Eskalationsstufen¹⁰⁰ (die Mehrheit der Arbeitsgruppe kann sich diesen Darlegungen und Folgerungen anschliessen): Der Bundesrat könnte versuchen, eine Neuverhandlung des FZA zu erreichen, indem Art. 5 Anhang I FZA durch einen Vorbehalt mit Verweis auf Art. 121 Abs. 3–6 BV ergänzt würde. Mit Blick auf die Praxis der Kommission der EU und des EuGH ist nach Auffassung der genannten Autoren ein Einlenken der EU auf eine solche Sonderlösung nicht zu erwarten. Eine FZA-widrige Umsetzung dürften die zuständigen Organe der EU bald einmal rügen und im Gemischten Ausschuss thematisieren. In einem nächsten Schritt wäre mit der Androhung der Kündigung des FZA zu rechnen, falls nicht innert bestimmter Frist die Verletzung des Abkommens eingestellt würde. Ob die EU das Abkommen tatsächlich kündigen würde, bezeichnen Jaag / Priuli als offene Frage. «Die Verletzung des FZA durch die Schweiz gäbe ihr jedenfalls das Recht dazu.»¹⁰¹ Wegen der sog. Guillotine-Klausel gemäss Art. 25 FZA würden im Kündigungsfall mit dem FZA auch die anderen bilateralen Abkommen von 1999 dahinfallen.¹⁰²

⁹⁸ Vgl. allgemein zur (schwierigen) Grenzziehung, bis wann eine völkerrechtskonformen Auslegung gerechtfertigt ist Ziff. 2.3.2 hiervor.

⁹⁹ REICH, S. 518.

¹⁰⁰ JAAG / PRIULI, Rz. 36 ff.

¹⁰¹ JAAG / PRIULI, Rz. 40.

¹⁰² Es sind dies: Das Luftverkehrsabkommen, das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens sowie das Abkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit.

3.5.2 Europäische Menschenrechtskonvention

Von einer Ausweisung Betroffene können, sofern sie die innerstaatlichen Rechtsmittel erfolglos ausgeschöpft haben, eine Individualbeschwerde beim EGMR einreichen (Art. 34 EMRK). Im Vordergrund stehen die Rügen, dass die Ausweisung das Non-Refoulement-Gebot (Art. 3 EMRK) oder das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) verletzt. Schliesst der EGMR in einem Einzelfall auf eine Verletzung der EMRK, so ist sein Urteil verbindlich (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Die innerstaatliche Umsetzung des Urteils wird vom Ministerkomitee kontrolliert (Art. 46 Abs. 2 EMRK).

Die Verpflichtung zur Umsetzung des Urteils beschränkt sich nicht auf die Bezahlung einer vom EGMR zugesprochenen Entschädigung nach Art. 41 EMRK.¹⁰³ Vielmehr sind die tatsächlichen und rechtlichen Folgen der festgestellten Konventionsverletzung soweit als möglich zu beseitigen.¹⁰⁴ In der Schweiz steht dem Beschwerdeführer dafür insbesondere die Revision vor Bundesgericht (Art. 122 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]¹⁰⁵) zur Verfügung.

Der betroffene Vertragsstaat muss darüber hinaus allgemeine Massnahmen treffen, deren Ziel es ist, die Wiederholung gleichartiger Konventionsverletzungen zu verhindern.¹⁰⁶ In schwierigeren Fällen, die beispielsweise Gesetzesänderungen erfordern, ist er gehalten, in einem Aktionsplan aufzuzeigen, wie und in welchem Zeitrahmen er diese Massnahmen umzusetzen beabsichtigt. Ein solcher Plan ist innerhalb von sechs Monaten nach Rechtskraft des Urteils einzureichen.

Die schleppende oder Nichtumsetzung eines Urteils kann das Ministerkomitee in einer (öffentlichen) Zwischenresolution rügen.¹⁰⁷ Die Parlamentarische Versammlung des Europarats kann den Fall ihrerseits politisch debattieren und Empfehlungen an das Ministerkomitee richten. Der Generalsekretär des Europarats kann gestützt auf Art. 52 EMRK zusätzliche Auskünfte beim betreffenden Vertragsstaat einfordern. Seit dem Inkrafttreten des Protokolls Nr. 14 zur EMRK¹⁰⁸ am 1. Juni 2010 kann das Ministerkomitee in solchen Fällen den EGMR mit der Frage befassen, ob der betreffende Vertragsstaat der EMRK seiner Verpflichtung zur Durchführung des Urteils nachgekommen ist. Stellt der Gerichtshof eine Verletzung der Pflicht zur Befolgung fest, so weist er die Rechtssache zur Prüfung der zu treffenden Massnahmen an das Ministerkomitee zurück (Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK). Möglich wäre ferner, dass andere Staaten aufgrund der Nichtbefolgung eine Staatenbeschwerde (nach Art. 33 EMRK) einreichen. Verstösst schliesslich ein Vertragsstaat in schwerwiegender Weise gegen die *Grundwerte des Europarats*, so kann ihm die Parlamentarische Versammlung sein Recht auf Vertretung vorläufig entziehen; das Minis-

¹⁰³ Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, S.18, Ziff. 8 f., einsehbar unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_fr.pdf.

¹⁰⁴ FROWEIN / PEUKERT, Art. 46 N. 6 ff. Bei Ausweisungsfällen ist dies üblicherweise die Aufhebung der Ausweisung; ob auch die Verkürzung eines allfälligen Einreiseverbots genügt, ist offen. Vgl. SCHEIDECKER, S. 303.

¹⁰⁵ Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesgericht (SR 173.110).

¹⁰⁶ Vgl. BESSON, S. 125 ff.; RUEDIN, insb. S. 85 ff. und 201 ff.; SCHEIDECKER S. 296 f.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. Résolution intérimaire ResDH(2006)26 relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 8 juillet 2004 (Grande Chambre) dans l'affaire Ilaşcu et autres contre la Moldova et la Fédération de Russie, in welcher die Mitgliedstaaten des Europarats explizit aufgefordert werden, Massnahmen gegen das säumige Russland zu ergreifen.

¹⁰⁸ Protokoll Nr. 14 vom 13.5.2004 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention (SR 0.101.094).

terkomitee kann ihn zum Austritt auffordern und ihn gegebenenfalls ausschliessen (Art. 8 Satzung des Europarates¹⁰⁹).

Art. 3 der Satzung des Europarats umschreibt diese *Grundwerte*, auf denen gemäss Präambel «jede wahre Demokratie beruht», wie folgt: «Jedes Mitglied des Europarates erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz an, dass jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll. Es verpflichtet sich, bei der Erfüllung der in Kapitel I bestimmten Aufgaben aufrichtig und tatkräftig mitzuarbeiten.»

3.5.3 UNO-Pakt II und Kinderrechtskonvention

Im Falle einer mit dem UNO-Pakt II unvereinbaren Regelung wäre damit zu rechnen, dass die Schweiz im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens vom Menschenrechtsausschuss (MRA) aufgefordert wird, ihre Position zu erklären und die entsprechenden Bestimmungen zu ändern oder aufzuheben. Die Empfehlungen des Ausschusses sind rechtlich nicht verbindlich. Im Nachtrag zur Berichtsprüfung oder im nächsten Staatenbericht müsste die Schweiz jedoch über die Umsetzung der Empfehlung Rechenschaft ablegen. Die Schweiz hat zudem für einen Zeitraum bis April 2015 die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses für die Prüfung von Mitteilungen anerkannt, in denen ein Vertragsstaat geltend macht, ein anderer Vertragsstaat komme seinen Verpflichtungen aus dem Pakt nicht nach. Der UNO-Pakt II ist *unkündbar*.¹¹⁰

Im Gegensatz zum UNO-Pakt II ist die Kinderrechtskonvention *kündbar*. Die Konvention kennt kein Individualmitteilungsverfahren.¹¹¹ Im Falle einer mit der Konvention unvereinbaren Regelung wäre auch hier davon auszugehen, dass der UNO-Kinderrechtsausschuss die Schweiz im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens auffordern würde, ihre Position zu erklären und die Regelung zu ändern oder aufzuheben. Wie beim UNO-Pakt II sind auch die Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses rechtlich nicht verbindlich.

4. Standpunkte der Vertreter des Initiativkomitees zur Verfassungsauslegung

4.1 Allgemeine Bemerkungen

Die in der Arbeitsgruppe mitwirkenden Vertreter des Initiativkomitees haben ein Arbeitspapier zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen im Allgemeinen sowie spezifisch von Art. 121 Abs. 3–6 BV vorgelegt.¹¹² Darin werden von den in Ziff. 2 und 3 hier vor dar-

¹⁰⁹ Satzung des Europarates vom 5.5.1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 6.5.1963 (SR 0.192.030).

¹¹⁰ Vgl. Art. 56 WVK (Fn. 29).

¹¹¹ Ein entsprechendes Projekt liegt vor, wurde von der Generalversammlung der UNO jedoch noch nicht verabschiedet.

¹¹² Vgl. Arbeitspapier BRANDENBERG / RUTZ (Fn. 52), insb. Ziff. 2.3.2.1 («Zur Beachtung der Verhältnismässigkeit»), 2.3.2.2 («Das Recht auf Familienleben»), 2.4 («Die Ausschaffungsinitiative als Verfassungsrecht»), 3.3.1 («Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens [Art. 8 EMRK]»), 3.3.2 («Die Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen [FZA]»).

gelegten Mehrheitsauffassungen der Arbeitsgruppe namentlich die folgenden abweichen- den Positionen vertreten:

- Die neuen Verfassungsbestimmungen knüpfen die Ausweisung an konkrete Delikte von besonderer Schwere (Mord, Raub, Vergewaltigung) bzw. an Delikte an, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit in besonderem Masse beeinträchtigen (Ein- bruchsdelikte, Drogenhandel, Missbrauch von Sozialhilfe und von Leistungen der So- zialversicherungen). Der Verfassungstext selber nimmt die *Verhältnismässigkeitsprü- fung* bereits vor. Für den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verbleibt damit beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung und bei der einzelfallweisen Beurteilung kein Raum mehr.
- Die Ausschaffungsinitiative verletzt das verfassungsmässige Recht auf Familienleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV nicht. Ein Eingriff in dieses Grundrecht liegt nicht vor, wenn es den in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Personen möglich und zumutbar ist, ihrem Familienangehörigen, welcher ausgeschafft werden soll, ins Ausland zu folgen. Im Übrigen ist die Ausreise aus der Schweiz für die einzelne ausländische Person *generell erforderlich und zumutbar*, wenn sie einen Ausweisungsgrund im Sinne der neuen Verfassungsbestimmungen gesetzt hat.
- Einer gültigen Verfassungsinitiative, welche nach Annahme durch Volk und Stände Verfassungsrecht geworden ist, kann anderes Verfassungsrecht nicht entgegen- gehalten werden. Andernfalls sähe sich der spätere Verfassungsgeber dem früheren untergeordnet. Dieser Ansicht widersprechen die Prinzipien, wonach das spätere Recht dem früheren («lex posterior derogat legi priori») und die speziellere der allge- meinen Norm vorgeht («lex specialis derogat legi generali»). Die Regelungen in Art. 121 Abs. 3–6 BV können folglich weder mit allgemeinen noch mit früheren Ver- fassungsnormen relativiert werden.
- Die Ausschaffungsinitiative und der Umsetzungsvorschlag der Vertreter des Initiativ- komitees sind – soweit überhaupt von einem Eingriff in das Konventionsrecht gespro- chen werden kann – mit dem Konventionstext gemäss Art. 8 EMRK vereinbar. Nach der Rechtsprechung des EGMR beurteilt sich die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 8 EMRK insbesondere nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Dieser Anforde- rung hält der Umsetzungsvorschlag stand, weil er den Verlust des Aufenthaltsrechts nur fordert, wenn Delikte einer gewissen Schwere oder besondere Delikte vorliegen, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden.
- Aus dem Konventionstext des Art. 8 EMRK ergeben sich keine grundlegenden Diffe- renzen zu Art. 121 Abs. 3–6 BV. Das Problem ist die nachträgliche, sehr weitgehende Rechtsprechung des EGMR infolge seiner *dynamischen Auslegung der EMRK*. Die Schweiz hat diese Rechtsprechung bislang unbesehen übernommen. Die neuen Ver- fassungsbestimmungen sollen eine gewisse Korrektur dieser Rechtsprechung (Pra- xisänderung) herbeiführen.
- Im Geltungsbereich des FZA darf eine strafrechtliche Verurteilung nur insofern Anlass für eine Ausschaffung geben, als die «ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönli- ches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.»¹¹³ Bei der Beurteilung der Frage, was als Störung der öffentlichen Ordnung gilt, räumt der EuGH den Mitgliedstaaten einen erheblichen Beurteilungs- spielraum ein. Diese Frage ist folglich in erster Linie aus *politischer Sicht* zu beurtei- len. Doch selbst im Falle einer Diskrepanz könnten Initiative und FZA miteinander in

¹¹³ Vgl. BGE 136 II 5 E. 4.2.

Einklang gebracht werden, zumal das FZA selber von der Dynamik der Rechtsordnungen beider Parteien ausgeht. Gemäss dem vertraglichen Streitbeilegungsmechanismus könnte der Gemischte Ausschuss etwa feststellen, dass er von der neuen schweizerischen Verfassungsbestimmung zustimmend Kenntnis nimmt.

4.2 Ergänzungen der Vertreter des Initiativkomitees zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Für den Fall, dass entgegen der Ansicht der Initianten die Ansicht vertreten werden sollte, die Ausschaffungsinitiative sei mit bestimmten Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts nicht vereinbar, ist zunächst zu prüfen, wie bei Normwidersprüchen zwischen nicht zwingendem Völkerrecht und jüngerem Verfassungsrecht zu verfahren ist.

4.2.1 Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts vor nicht zwingendem Völkerrecht

Das Verhältnis zwischen Völker- und Verfassungsrecht wird teilweise von Art. 190 BV geregelt, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Das Anwendungsgebot von Art. 190 BV gilt aber, unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts, nicht gegenüber jüngerem Verfassungsrecht, das genügend präzise ist, um von den rechtsanwendenden Behörden angewendet zu werden.¹¹⁴ Nicht zwingendes Völkerrecht, das einer jüngeren Verfassungsbestimmung widerspricht, ist somit nicht mehr anwendbar. Für nicht direkt anwendbare Verfassungsnormen gilt entsprechend, dass die Ausführungsgesetzgebung Vorrang vor dem älteren Völkerrecht hat.¹¹⁵ Dieses Prinzip darf nicht umgangen werden, indem die Ausführungsgesetzgebung gestützt auf Art. 5 Abs. 4 BV konform mit älterem Völkerrecht und in Widerspruch zur jüngeren Verfassungsbestimmung erlassen wird. Das jüngere Verfassungsrecht geht in diesem Fall der programmatischen allgemeinen und älteren Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 BV vor. Andernfalls würden Volk und Stände als Verfassungsgeber entmachtet und zu einem Folklore-Organ degradiert.

Für den Vorrang der jüngeren Verfassungsbestimmung und deren mit der jüngeren Verfassungsbestimmung konformen Ausführungsgesetzgebung gibt es fünf Gründe, einen völkerrechtlichen und vier landesrechtliche.

So ist es völkerrechtlich erstens so, dass es einem Staat grundsätzlich erlaubt ist, gegen nicht zwingendes Völkerrecht zu verstossen. Er sollte es nicht tun, tut er es trotzdem, sind seine Gesetze nicht nichtig, sondern er macht sich völkerrechtlich verantwortlich und setzt sich den entsprechenden Folgen aus (diplomatische Interventionen, Suspendierung oder Kündigung des Abkommens).¹¹⁶ Das Völkerrecht kennt also keine Regel «Völkerrecht bricht Landesrecht».¹¹⁷

Auch landesrechtlich kann, zweitens, der Verfassungsgeber gemäss den Revisionsvorschriften der Bundesverfassung in Art. 192 ff. BV, welche nur das

¹¹⁴ Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, 2309; KIENER / KRÜSI, S. 250.

¹¹⁵ BAUMANN, S. 260.

¹¹⁶ BAUMANN, S. 261.

¹¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, N. 1917.

zwingende Völkerrecht als Schranke vorsehen, gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen. So gibt es keinen Hinweis dafür, dass der Verfassungsgeber völkerrechtswidrige Volksinitiativen zwar zulassen wollte, diese aber mit der Annahme für immer toter Buchstaben bleiben sollten.¹¹⁸ HANGARTNER hält deshalb zu Recht fest, dass es für den politischen Prozess verheerend wäre, eine Volksinitiative zwar zur Abstimmung zu bringen, sie aber im Fall der Annahme nicht oder nur teilweise anzuwenden.¹¹⁹ Das Prinzip der direkten Demokratie gebietet mit anderen Worten Abweichungen von nicht zwingendem Völkerrecht. Sie sind unvermeidlich, soll die direkte Demokratie nicht ausgehebelt werden. Völkerrechtliche Verträge werden vom Bundesrat ausgehandelt und unterzeichnet (Art. 184 Abs. 2 BV). Das Parlament kann sie nur noch genehmigen oder ablehnen, die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages, mithin die eigentliche gesetzgeberische Arbeit, ist dem direkt demokratisch legitimierten Parlament entzogen und dem Bundesrat und seiner Diplomatie zugewiesen. Völkerrecht ist damit weitgehend Regierungsrecht und Recht der Verwaltungen. Der demokratisch gewählte Gesetzgeber ist marginalisiert, er wird zum Ja- oder Neinsager degradiert. Dies ist nicht nur demokratisch, sondern auch rechtsstaatlich problematisch. Das Prinzip der Gewaltentrennung wird tangiert, und die Macht verschiebt sich einseitig in Richtung Regierung und Verwaltung, die mehr und mehr auch zum Gesetzgeber werden. Noch deutlicher werden Volk und Stände ausgehebelt. Während das Parlament wenigstens zu den meisten Staatsverträgen noch ja oder nein sagen kann, sind die Mitwirkungsrechte von Volk und Ständen noch geringer. Nur gerade der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften werden obligatorisch Volk und Ständen vorgelegt (Art. 140 Abs. 1 BV). Auch im Rahmen des fakultativen Staatsvertragsreferendums werden dem Volk nur bestimmte Staatsverträge zur Abstimmung unterbreitet. So gelangen auf Verlangen von 50'000 Stimmberechtigten nur Staatsverträge zur Abstimmung, die unkündbar sind, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen oder eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen (Art. 140 Abs. 1 Bst. d BV). Staatsverträge, die nicht in eine dieser Kategorien fallen, aber gleichwohl politisch bedeutsam sind, können hingegen nur durch Beschluss der Bundesversammlung dem fakultativen Referendum unterstellt werden (Art. 141 Abs. 2 BV). Bis zum 13. März 1977 galt gar noch die Regelung, dass Staatsverträge nur dem fakultativen Referendum unterworfen wurden, wenn sie unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen wurden (Art. 89 Abs. 4 aBV). So war beispielsweise im Jahre 1974 die Unterstellung der EMRK unter das fakultative Referendum noch nicht erforderlich, weil deren Beitritt nach fünf Jahren kündbar war.¹²⁰ Der Bundesrat vertrat diese Ansicht auch in seiner Botschaft zuhanden des Parlaments¹²¹, weshalb das Parlament nach einer angeregten Debatte darauf verzichtete, die EMRK freiwillig dem Volk zur Abstimmung zu unterbreiten. Dass die EMRK – bzw. die weit darüber hinausgehende europäische Gerichtspraxis zur Konvention – heute jeder neuen Verfassungsbestimmung entgegengehalten wird, ist angesichts der schwachen demokratischen Legitimation der EMRK stossend und verfassungsrechtlich fragwürdig.

Der dritte Grund für den Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts besteht darin, dass es keine Hierarchie innerhalb der Verfassungsnormen gibt. Vielmehr ge-

¹¹⁸ BAUMANN, S. 261.

¹¹⁹ HANGARTNER Yvo, SG-Komm. BV, Art. 139 Rz. 35 und Art. 190 BV Rz. 33.

¹²⁰ KELLER, S. 300.

¹²¹ BBI 1974, S. 1061 ff.

bietet der Grundsatz der Einheit der Verfassung und der Gleichrangigkeit der Normen, verfassungsrechtliche Normen in Konkordanz zu bringen.¹²² Diesem Argument könnte jetzt entgegengehalten werden, Art. 190 BV stelle eine *lex specialis* dar.

Doch ergibt sich, viertens, die Pflicht zur Anwendung völkerrechtswidriger späterer Verfassungsnormen aus dem Sinn und Zweck von Art. 190 BV. Mit dieser Bestimmung sollte nämlich eine Vorrangstellung der Gerichte vor dem Gesetzgeber verhindert werden, ist doch ein solcher Vorrang der schweizerischen Konzeption der Gewaltentrennung fremd. Art. 190 BV, welcher Art. 113 Abs. 3 aBV entspricht, ist Ausdruck der radikalliberalen Gewaltenteilungslehre des 19. Jahrhunderts, welche einer absoluten Parlamentssouveränität das Wort redete. Dies entsprach den politischen Interessen des damals freisinnig beherrschten Parlaments, das sich seine gesetzgeberische Freiheit nicht durch die Justiz einschränken lassen wollte.¹²³ Weil es sich bei der Totalrevision der Bundesverfassung lediglich um eine Nachführung des damals geltenden Verfassungsrechts handelte,¹²⁴ ist der Sinn und Zweck von Art. 190 BV nach wie vor der gleiche wie jener von Art. 113 Abs. 3 aBV. Die historische Auslegung ergibt also deutlich, dass Art. 190 BV nicht die Stellung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, sondern einzig und allein die Kompetenz des Bundesgerichts regelt.¹²⁵

Eine gegenteilige Auslegung von Art. 190 BV würde zudem, fünftens, darauf hinauslaufen, das Völkerrecht im Allgemeinen als Schranke der Verfassungsrevision anzusehen. Eine solche Auffassung wäre mit der Funktion der Verfassung als Grundgesetz, das von Volk und Ständen jederzeit geändert werden kann, nicht vereinbar und käme der Einführung einer neuen Schranke der Verfassungsrevision gleich.¹²⁶ Zudem verlagerte eine solche Konzeption die Verfassungsgebung im Ergebnis von Volk und Ständen zu Bundesrat und (internationaler) Diplomatie, welche die völkerrechtlichen Verträge ausarbeiten.

4.2.2 Fazit: Verfassungsrecht geht nicht zwingendem Völkerrecht vor

Ein Verstoss gegen nicht zwingendes Völkerrecht hat, wie vorstehend erläutert, nicht die Nichtanwendbarkeit des Landesrechts zur Folge. Das geltende Recht ist somit initiativfreundlich, gibt es doch der Volksinitiative den Vorrang vor nicht zwingendem Völkerrecht. Daraus ergibt sich die Folgerung, dass eine gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossende und von Volk und Ständen angenommene Volksinitiative ohne einen Vorbehalt des nicht zwingenden Völkerrechts umzusetzen ist. Dies gilt auch für die Ausschaffungsinitiative, sollte sie entgegen der Ansicht der Initianten gegen das nicht zwingende Völkerrecht verstossen. Die erwähnte Folgerung ist keine neue Erkenntnis, doch verdient sie hervorgehoben zu werden, weil zuweilen die irrige Ansicht vertreten wird, eine gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossende Initiative könne nicht umgesetzt werden.

Es ist deshalb zu begrüssen, dass der Bundesrat in seinem am 5. März 2010 publizierten Bericht über das Verhältnis von Völker- und Landesrecht Position bezogen hat und zum

¹²² KIENER /KRÜSI, S. 247.

¹²³ BAUMANN, S. 265; KIENER /KRÜSI, S. 248 f.

¹²⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 37), S. 28; HÄFELIN /HALLER /KELLER, N. 63.

¹²⁵ EPINEY, S. 549; KIENER /KRÜSI, S. 248.

¹²⁶ BAUMANN, S. 262.

Ausdruck bringt, dass völkerrechtswidrige Verfassungsnormen anzuwenden sind, wenn diese jünger sind als die völkerrechtliche Bestimmung.¹²⁷ Die verfassungsrechtliche Ordnung der Schweiz geht aber weiter als der Bundesrat: Mit dem Entscheid, Volk und Stände mit dem letzten Wort in der Verfassungsgebung, der höchsten Normstufe des Staates, auszustatten, muss Verfassungsrecht auch jüngerem nicht zwingendem Völkerrecht vorgehen. Wäre dem nicht so, wäre es für den Bundesrat und seine Diplomatie ein Leichtes, missliebige Entscheide von Volk und Ständen durch die Unterzeichnung eines späteren Staatsvertrages auszuhebeln. Somit gilt als Grundsatz, dass Verfassungsrecht nicht nur dem älteren nicht zwingenden Völkerrecht, sondern dem nicht zwingenden Völkerrecht überhaupt vorgeht.

Der Bundesrat hätte in einem der vorgenannten Fälle somit den Auftrag, eine Anpassung des völkerrechtlichen Vertrages auszuhandeln. Scheitern diese Verhandlungen, muss er den entsprechenden Vertrag kündigen. Auch im Falle von unkündbaren Verträgen wie etwa dem UNO-Pakt II, welche keine Kündigungsklauseln enthalten, wäre ein solches Vorgehen möglich, kann sich doch eine Kündigungsbefugnis auch beim Fehlen entsprechender Klauseln aus der Natur des jeweiligen Vertrages ergeben (Art. 56 WVK).¹²⁸

5. Regelungsstandort der Ausführungsgesetzgebung

5.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen und Rechtsnatur von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen

Wäre mit Annahme der Ausschaffungsinitiative der mit dem Randtitel «Strafrecht» versehene Art. 123 BV ergänzt worden, lägen gewichtige Argumente für eine Umsetzung im StGB vor.¹²⁹ Die neuen Verfassungsbestimmungen sind indessen im 9. Abschnitt mit der Überschrift «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» und als Zusatz zu den bestehenden Art. 121 Abs. 1 und 2 BV verortet. Art. 121 Abs. 1 BV enthält eine umfassende, verpflichtende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländer- und Asylwesen. Diese Kompetenznorm ermöglicht die Regelung grundsätzlich aller Fragen, welche die Begründung, Änderung und den Widerruf des (Aufenthalts-)Status und die Stellung von Ausländerinnen und Ausländern betreffen.¹³⁰ Der Umsetzung dient heute primär das AuG. Vorschriften über das Erlöschen und den Widerruf von Bewilligungen sowie über Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen sind in Art. 60 ff. AuG verankert. Diese Ausgangslage legt die folgenden Erkenntnisse und Schlüsse nahe:

- Gemäss Art. 121 Abs. 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 Art. 121 Abs. 2 BV die Ausweisung anordnen. Im Regelfall ist aber für die Ausweisung aus staatspolitischen Gründen das Bundesamt für Polizei (fedpol)

¹²⁷ Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, 2323.

¹²⁸ PETERS / PAGOTTO, S. 54 ff.

¹²⁹ Vgl. auch die Einordnung von Art. 123a BV («Verwahrungsinitiative») und Art. 123b BV («Unverjährbarkeitsinitiative»).

¹³⁰ BIAGGINI, Art. 121 N. 6, 9; AUBERT / MAHON, Art. 121 N. 11.

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 Art. 121 Abs. 3–6 BV können im *systematischen Zusammenhang* mit den vorangehenden beiden Absätzen verstanden werden und dementsprechend die Umsetzung im AuG – in Form einer verwaltungsrechtlichen Massnahme – nahelegen. Andernfalls würden zwei unterschiedliche Ordnungen geschaffen: Einerseits die «politische Ausweisung» gestützt auf Art. 121 Abs. 2 BV als verwaltungsrechtliche Massnahme; andererseits die «zwingende Ausweisung» gestützt auf Art. 121 Abs. 3–6 BV als strafrechtliche Massnahme. Bei einer strafrechtlichen Umsetzung könnte geprüft werden, ob die nach heutigem Recht als verwaltungsrechtliche Massnahme ausgestaltete Wegweisung bei Delinquenz, d.h. bei Vorliegen einer «längerfristigen Freiheitsstrafe»¹³¹, aus Gründen der Kohärenz der Rechtsordnung ebenfalls in das StGB überführt werden sollte. Bei der altrechtlichen Landesverweisung bestanden hier jedoch ebenfalls gleichartige Kompetenzen sowohl beim Strafrichter als auch bei den Ausländerbehörden.
- Sinn und Zweck der Art. 121 Abs. 3–6 BV bestehen namentlich darin, den «Missbrauch des Gastrechts» durch ausländische Personen zu bekämpfen.¹³² Die rechtliche Konsequenz – Ausweisung bzw. Ausschaffung – mag zwar aus Sicht der betroffenen ausländischen Person (auch) strafähnlichen Charakter aufweisen. Eine Umsetzung durch Strafbestimmungen ist dadurch aber verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Solches lässt sich schliesslich auch aus dem Wortlaut der Art. 121 Abs. 3–6 BV nicht zwingend schliessen.

Im Ergebnis spricht die systematische Stellung der neuen Verfassungsbestimmungen eher dafür, die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer als verwaltungsrechtliche Massnahme auszustalten und im AuG umzusetzen. Aus Sinn und Zweck von Art. 121 Abs. 3–6 BV lassen sich hingegen keine eindeutigen Schlüsse ziehen.

5.2 Vor- und Nachteile der Umsetzung im Strafgesetzbuch bzw. im Ausländergesetz

Weil die Verfassung in dieser Frage keine klaren Vorgaben macht, ist für die Suche nach dem geeigneten Regelungsstandort allgemein nach Vor- und Nachteilen für oder gegen eine Umsetzung im StGB bzw. im AuG Umschau zu halten. Mit dem Entscheid über den Regelungsstandort werden Verfahrens- und Rechtsschutzfragen vorgespurt, beispielsweise hinsichtlich der Anordnungs- und Vollzugszuständigkeit oder hinsichtlich der zuständigen Rechtsmittelinstanzen. Die Arbeitsgruppe hat namentlich die folgenden Feststellungen und Erwägungen getroffen:

- Die Verankerung im StGB und damit die Möglichkeit einer *strafrichterlichen Landesverweisung* kann auf potentielle ausländische Täterinnen und Täter eine grössere Abschreckungswirkung entfalten (General- und Spezialprävention). StGB-Normen machen ferner deutlich, dass die Landesverweisung eine direkte Folge deliktischen Verhaltens ist.

¹³¹ Vgl. Art. 62 Bst. b i.V.m. Art. 64 Abs. 1 Bst. c AuG.

¹³² So jedenfalls das Argumentarium der Initianten (Fn. 52), S. 8 ff., 21.

- Erfolgen der Schuldspruch wegen Verstosses gegen Straftatbestände und der Entscheid über die Landesverweisung im gleichen (Straf-)Verfahren bleibt das Dossier in einer Hand (Prozessökonomie). Allerdings kommt bei einer völkerrechtskonformen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmungen der Strafrichter nicht umhin, die FZA-Konformität der Landesverweisung zu beurteilen. Dazu wird er gegebenenfalls bei den ausländerrechtlichen Behörden eine Stellungnahme (Amtsbericht) einholen müssen. Die Vorteile eines raschen Verfahrens werden damit teilweise wieder zunichte gemacht.
- Die Umsetzung im StGB führt zur strafrichterlichen Zuständigkeit. Strafverfahren bürigen für gut ausgebauten Partierechte (vgl. auch die verfassungsmässigen Garantien in Art. 32 BV).
- Das zuständige Strafgericht urteilt über ausländische Straftäterinnen und -täter im Bewusstsein über die gegebenenfalls damit verbundene Konsequenz der Ausweisung. 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.
- Der Bundesrat hat am 30. Juni 2010 eine Gesetzesvorlage in die Vernehmlassung geschickt, in welcher unter anderem die Einführung einer neuen, fakultativen Landesverweisung im StGB vorgeschlagen wird.¹³³ Kohärenzgründe sprächen daher auch für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über straffällige Ausländerinnen und Ausländer im StGB. Das weitere Schicksal der erwähnten Vernehmlassungsvorlage ist indessen noch offen und erlaubt deshalb nur bedingt Schlüsse auf den geeigneten Regelungsstandort.
- Weiterhin wird das AuG Wegweisungstatbestände enthalten, deren Anwendung in der Kompetenz der Migrationsbehörden liegt, beispielsweise die politische Ausweisung oder die Wegweisung infolge Sozialhilfeabhängigkeit. Die Ausweisungstatbestände wegen Straffälligkeit im StGB zu verankern, bedeutet folglich einen Einschnitt in die Kohärenz der Rechtsordnung.
- Die Art. 73 ff. AuG enthalten 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. Bei einer Umsetzung im StGB wäre die Anknüpfung an das Institut der Sicherheitshaft (Art. 220 ff. und 440 der Strafprozessordnung [StPO]¹³⁴) zu erwägen.

5.3 Fazit

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe gewichtet die Vorteile einer Umsetzung im StGB stärker. Sollten sich die Bundesbehörden für die Wiedereinführung der fakultativen Landesverweisung entscheiden, und muss erst nach diesem Entscheid über den Regelungsstandort der

¹³³ Vgl. Art. 67c des Vorentwurfs für eine Änderung des StGB, einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Sicherheit», «Gesetzgebung», «Änderung des Sanktionsystems»). Freilich fand dieser Vorschlag in der Vernehmlassung nur wenig Unterstützung.

¹³⁴ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (SR 312.0).

Umsetzung der Ausschaffungsinitiative entschieden werden, wäre nämlich deren Einordnung im StGB konsequenter.

Indessen sind auch gewisse Vorzüge einer Umsetzung im AuG nicht zu verkennen. Aus diesem Grund hat die Arbeitsgruppe auch eine Variante erarbeitet, welche im Ausländerrecht umzusetzen wäre (vgl. Anhang). Für die Vertreter des Initiativkomitees besteht kein Raum für eine Umsetzung im AuG. Sie bestehen auf einer Umsetzung im StGB und sind der Meinung, solches sei von Art. 121 Abs. 3–6 BV vorgegeben.

6. Voraussetzungen der Landesverweisung

6.1 Einleitung: Vier Umsetzungsvarianten

Die Arbeitsgruppe stellt im vorliegenden Bericht vier Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer vor (vgl. die Formulierungsvorschläge im Anhang).

Die Variante 1 wurde von den Vertretern des Initiativkomitees an der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe eingebracht. Sie hat aufgrund der Diskussionen der Arbeitsgruppe – mit Ausnahme von Modifikationen des Deliktskatalogs – keine wesentlichen Änderungen mehr erfahren. Die Varianten 2 bis 4 wurden von einer Mehrheit der Arbeitsgruppe erarbeitet und stellen eigenständige Alternativen zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen dar. Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen die Varianten 2 bis 4 ausdrücklich ab.

Die einzelnen Varianten könnten zum Teil miteinander kombiniert werden. Beispielsweise liesse sich der Deliktskatalog der Variante 2 mit den Vollzugsbestimmungen der Variante 3 verbinden.

In den folgenden Ziff. 6.2–6.8 werden die *Voraussetzungen* für die Anordnung einer Landesverweisung erläutert. Im Mittelpunkt steht dabei der so genannte Deliktskatalog, das heißt der Katalog der Straftaten, die zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen. Ziff. 6.9 erläutert die Varianten und unterzieht sie einer ersten Würdigung.

Im Anschluss werden die Bestimmungen über den *Vollzug* der Landesverweisung kommentiert (vgl. unten, Ziff. 7). Die Gesamtwürdigung der vier Varianten findet sich in Ziff. 9 hiernach.

6.2 Anknüpfungspunkte

6.2.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

6.2.1.1 Artikel 121 Absatz 3 und 4 BV

Primärer Anknüpfungspunkt für die Ausformulierung eines Deliktskatalogs sind die neuen Verfassungsbestimmungen, namentlich Art. 121 Abs. 3 und 4 BV.

Nach Art. 121 Abs. 3 *Bst. a* BV verlieren Ausländerinnen und Ausländer ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie wegen einer der folgenden Straftaten verurteilt worden sind:

- vorsätzliches Tötungsdelikt;
- Vergewaltigung oder anderes schweres Sexualdelikt;
- anderes Gewaltdelikt wie Raub;
- Menschenhandel;
- Drogenhandel;
- Einbruchsdelikt.

Art. 121 Abs. 4 Satz 1 BV hält den Gesetzgeber an, diese «Tatbestände» näher zu *umschreiben*. Dies drängt sich allein schon deshalb auf, da die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht überall eine Entsprechung im StGB finden: Einige Deliktsgruppen knüpfen an mehrere bestehende Strafbestimmungen an (etwa «Einbruchsdelikt»); andere Deliktskategorien sind relativ offen gehalten (etwa «anderes schweres Sexualdelikt»; vgl. zum Ganzen oben, Ziff. 3.3.2.2). Insbesondere die Begriffe «Gewaltdelikt», «Drogenhandel» und «Einbruchsdelikt» sind strafrechtlich nicht definiert und bedürfen einer auslegenden Interpretation.

Der Gesetzgeber kann die Delikte nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV um weitere Tatbestände ergänzen (Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV). Hier wie auch schon bei der näheren Umschreibung der Tatbestände nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV wird dem Gesetzgeber grosses Erlassen eingeräumt (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

6.2.1.2 Verhältnismässigkeitsprinzip

Als allgemeine Leitlinie zur Gestaltung der Ausführungsgesetzgebung dienen die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. oben, Ziff. 2.2 und 3.3.1). Nach dem Verständnis der Mehrheit der Arbeitsgruppe ist Ziel der Umsetzungsgesetzgebung, eine Regelung zu schaffen, welche kohärent und in sich verhältnismässig ist, das heisst, in jedem Fall zu verhältnismässigen Lösungen führt, obwohl (oder weil) die rechtsanwendende Behörde bezüglich der Berücksichtigung der persönlichen und familiären Situation des Täters bei der Anordnung der Landesverweisung *keinen* Ermessensspielraum hat (hingegen können Vollzugshindernisse in einer späteren Phase geprüft werden, vgl. unten, Ziff. 7.2.1 und 7.5.3).

Die nachfolgend beschriebenen Regelungsvorschläge für das Strafrecht reihen die Landesverweisung in das Kapitel über Massnahmen ein (Art. 56 ff. StGB; vgl. die Formulierungsvorschläge im Anhang). Durch diese systematische Einordnung kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip noch mehr Gewicht zu: Im Massnahmenrecht gilt der Grundsatz, dass 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).¹³⁵

Die Landesverweisung hat in erster Linie zum Ziel, Ausländer, die in der Schweiz eine bestimmte Straftat begangen haben, daran zu hindern, weitere Straftaten in der Schweiz zu begehen.

- Die Landesverweisung wird zwar in den meisten Fällen geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen.

¹³⁵ Vgl. STRATENWERTH, § 8 Rz. 12 ff. Würde die Landesverweisung wie im alten Recht (Art. 55 aStGB) als Nebenstrafe ausgestaltet werden, müsste dagegen dem Schuldprinzip Rechnung getragen werden.

- 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 ausgefallenen Strafe) nicht *verhältnismässig i.e.S.* sein. Durch die Voraussetzung einer Mindeststrafe von (in concreto) 6 Monaten wird ein minimales Verschulden verlangt, das für die Verhältnismässigkeit i.e.S. relevant ist (dazu unten, Ziff. 6.7).

Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen eine Mindeststrafe ab, weil der klare Wortlaut der Verfassung dafür keinen Raum lasse.

Den Aspekten der Geeignetheit und der Notwendigkeit kann im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung kaum Rechnung getragen werden. Auch bei der Verhältnismässigkeit i.e.S. werden von der neuen Verfassungsbestimmung enge Grenzen gesetzt.

6.2.2 Folgerungen

6.2.2.1 Anvisierte Kriminalitätsformen

Für die nähere Umschreibung und Ergänzung der Tatbestände lassen sich den Wertungen der Verfassung einige Anhaltspunkte entnehmen.

Grundsätzlich können alle Tatbestände in den Deliktskatalog aufgenommen werden, die in den Rahmen von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV fallen – unabhängig davon, welches Individual- oder Allgemeinrechtsgut geschützt wird. Eine eng an die Verfassung angelehnte Auslegung orientiert sich jedoch an den in Bst. a aufgeführten Tatbeständen: Sie umreissen die Kriminalitätsformen, welche in der Öffentlichkeit häufig mit Personen ausländischer Staatsangehörigkeit oder besonderer Sozialschädlichkeit in Verbindung gebracht werden; sie spiegeln die Kriminalität, welche die Stimmbürger bei Annahme der Initiative im Auge hatten (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

Aus dem Katalog von Bst. a geht hervor, dass das Schwergewicht bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter liegt: Anvisiert sind Straftaten gegen Leib und Leben und die sexuelle Integrität – vornehmlich, wenn diese *Gewaltelemente* enthalten. Andererseits wird auch bestimmten Betäubungsmitteldelikten und Straftaten gegen Eigentum und Vermögen besondere Bedeutung beigemessen.

6.2.2.2 Schwere der Delikte

Bei der Bewertung der Schwere von Delikten ist von folgendem Ansatz auszugehen:

- Im schweizerischen Strafrecht werden die Delikte gemäss ihrer Schwere in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt. Nach Art. 10 StGB unterscheidet das Strafgesetzbuch die Verbrechen von den Vergehen nach der Schwere der Strafen, mit der die Taten bedroht sind: Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind. Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind. Übertretungen sind dagegen Taten, die mit Busse bedroht sind (Art. 103 StGB).

Die *abstrakte Strafdrohung* und die darauf gestützt erfolgende Einteilung in die Kategorien Verbrechen, Vergehen und Übertretungen 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 somit einerseits aus der für diese Tat angedrohten Strafe und andererseits aus der im Einzelfall aufgrund des Verschuldens verhängten Strafe oder Massnahme. So kann z.B. die vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB als schweres Delikt bezeichnet werden, wenn darauf abgestellt wird, dass für diese Tat eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf und maximal 20 Jahren angedroht wird. Im konkreten Einzelfall kann indessen ein Täter, der eine vorsätzliche Tötung 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 vorsätzliche Tötung könnte auch in einer Notwehrsituations begangen worden sein und gestützt auf Art. 16 Abs. 1 StGB milder – z.B. mit einer bedingten Freiheitsstrafe von wenigen Wochen – bestraft werden.

Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV enthält eine Auflistung einzelner Tatbestände mit sehr unterschiedlich hohen abstrakten Strafdrohungen. Vorsätzliche Tötungsdelikte, Vergewaltigung, Raub und Menschenhandel stellen Verbrechen dar, wobei die Verbrechensstrafe oft gar qualifiziert ist (Art. 111–113 StGB, Art. 190 StGB). Drogenhandel und Einbruchsdelikt stellen demgegenüber nach der vorliegenden Interpretation dieser Begriffe Vergehen dar. Die Ausführungsgesetzgebung muss sich an den von der Verfassung vorgegebenen Linien orientieren, wobei man einerseits auf die (qualifizierten) Verbrechensstrafen, andererseits auf die Vergehensstrafen abstellen kann.

6.3 Schwere Delikte

6.3.1 Vorsätzliches Tötungsdelikt

Gemäss Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV soll die Landesverweisung unter anderem bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt zum Tragen kommen. Darunter fallen nach der Gesetzessystematik *vorsätzliche Tötung* (Art. 111 StGB), *Mord* (Art. 112 StGB), *Totschlag* (Art. 113 StGB), *Tötung auf Verlangen* (Art. 114 StGB), *Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord* (Art. 115 StGB) und *Kindestötung* (Art. 116 StGB). Einzig auf die systematische Auslegung abzustellen würde bedeuten, dass alle diese Tatformen in den Deliktskatalog aufgenommen werden müssten.

Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB) und Totschlag (Art. 113 StGB) fallen aufgrund der Strafdrohung in die Verbrechenskategorie. Sie sind mit Freiheitsstrafe von mindestens 5 Jahren (Art. 111 StGB), von mindestens 10 Jahren (Art. 112 StGB) bzw. von 1–10 Jahren (Art. 113 StGB) bedroht. Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) und Kindestötung (Art. 116 StGB) sind dagegen mit einer Strafdrohung von 1–3 Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe als Vergehen einzustufen. Auch die Verleitung und Beihilfe

zum Selbstmord (Art. 115 StGB, Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) verkörpert einen geringeren Unrechtswert. Versteht man «vorsätzliches Tötungsdelikt» in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV als Hinweis auf die «Kern-»Tötungsdelikte Mord, Tötung und Totschlag, wäre eine Eingrenzung auf diese Delikte angezeigt. Art. 114 und 115 StGB scheinen auch nicht das Gewaltpotential zu bergen, dem man entgegentreten will. Bestraft wird, wer einen anderen zum Selbstmord verleitet oder dazu Hilfe leistet bzw. wer einen anderen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet. Diese Delikte zeigen in der Praxis nur geringe Relevanz.¹³⁶

Auch im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs (Art. 118 StGB) gibt es Tatvarianten mit Verbrechensstrafen (strafbarer Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der schwangeren Frau, Art. 118 Abs. 1 StGB und Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der schwangeren Frau, Art. 118 Abs. 2 StGB), die jedoch mit Blick auf die anvisierten Kriminalitätsformen ebenfalls nicht zwingend in den Deliktskatalog aufgenommen werden müssen.

6.3.2 Vergewaltigung oder anderes schweres Sexualdelikt

Vergewaltigung (Art. 190 StGB) wird mit Freiheitsstrafe von 1–10 Jahren bedroht und stellt demnach ein schweres Sexualdelikt dar. Die grausame Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB) ist gar mit Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren bedroht.

Für die anderen schweren Sexualdelikte setzt Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV voraus, dass deren Unrechtsgehalt mit demjenigen der Vergewaltigung vergleichbar ist. Unter dem Titel «Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität» können folgende Delikte aufgrund der abstrakten Strafdrohung als mit der Vergewaltigung vergleichbar bezeichnet werden:

- *Sexuelle Nötigung* (Art. 189 StGB): Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe; bei der grausamen sexuellen Nötigung (Abs. 3) gar Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren;
- *Schändung* (Art. 191 StGB): Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe;
- *Förderung der Prostitution* (Art. 195 StGB): Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe.

Sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) schützt die sexuelle Entwicklung Unmündiger,¹³⁷ und stellt damit einen Auffangtatbestand für alle Fälle dar, in denen die schwereren Tatbestände etwa der Vergewaltigung, der sexuellen Nötigung oder Schändung nicht erfüllt sind. Hier ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe angedroht. Nach Art. 187 Ziff. 3 StGB kann von einer Strafe abgesehen werden, z.B. wenn eine Liebesbeziehung vorliegt. Hier stünde der Verlust des Aufenthaltsrechts kaum in Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Bei irriger Vorstellung ist Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe angedroht (Art. 187 Ziff. 4 StGB).

Die weiteren Delikte gegen die sexuelle Integrität (*Sexuelle Handlungen mit Abhängigen*, Art. 188 StGB; *Sexuelle Handlungen mit Anstaltpfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten*, Art. 192 StGB; *Ausnützung der Notlage*, Art. 193 StGB; *Pornografie*, Art. 197 StGB) sind

¹³⁶ Ausschliesslich wegen Art. 114 StGB erfolgten in den Jahren 1984–2006 lediglich 8 Verurteilungen; ausschliesslich wegen Art. 115 StGB erfolgten in diesen Jahren keine Verurteilungen; 2009 sind keine entsprechenden Verurteilungen von ausländischen Personen verzeichnet (gem. Angaben BFS).

¹³⁷ MAIER PHILIPP, BaKomm, Strafgesetzbuch II, Art. 187 StGB Rz. 1.

mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht und stellen demnach Vergehen dar. Würden Delikte mit dieser Strafdrohung aufgenommen, fänden sich praktisch sämtliche (und nicht nur schwere) Delikte gegen die sexuelle Integrität im Katalog.

6.3.3 Anderes Gewaltdelikt wie Raub

Der Tatbestand des *Raubes* (Art. 140 StGB) fällt unter die Vermögensdelikte. Er stellt ein sog. zweitaktiges Delikt dar, das aus einem Diebstahl und einer qualifizierten Nötigung zusammengesetzt ist:¹³⁸ Zum Zwecke der Begehung des Diebstahls oder zur Sicherung der Beute muss der Täter ein Nötigungsmittel einsetzen, d.h. Gewalt gegen eine Person, Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder die Widerstandsunfähigkeit des Betroffenen bewirken (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Gemessen an der Strafdrohung kann dieses Verbrechen als schwer bezeichnet werden (Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen). Gerade die qualifizierten Tatvarianten des Mitführen einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe (Ziff. 2), der Bandenmässigkeit oder besonderen Gefährlichkeit (Ziff. 3) und des Raubes mit Lebensgefährdung, schwerer Körperverletzung oder grausamer Behandlung des Opfers (Ziff. 4) stellen sehr schwere Straftaten dar.

Fraglich ist, welche weiteren Straftaten unter diesem Titel in den Deliktskatalog aufzunehmen sind. Der Begriff «Gewaltdelikt» ist nur sehr schwer zu fassen. Er lässt sich über die gesetzlichen Straftatbestände kaum eingrenzen, weil das Strafgesetzbuch – im Gegensatz zu den «Sexualstraftaten» – keine eigentlichen «Gewaltstraftaten» kennt. Die Durchsicht von Literatur und Rechtsprechung zum Gewaltbegriff¹³⁹ zeigt, dass es hierfür keine allgemein anerkannte Definition gibt. Der vergleichende Bezug 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 Art. 140 StGB vergleichbar sind. Folgenden Delikten, welche aufgrund der Strafdrohung als schwer bezeichnet werden müssen, sind Gewaltelelemente immanent:

- *Tötungsdelikte* (Art. 111 ff. StGB): siehe dazu oben, Ziff. 6.3.1.
- *Körperverletzung* (Art. 122 ff. StGB): Die *schwere Körperverletzung* (Art. 122 StGB) stellt ein Verbrechen dar und muss mit Blick auf die Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen) als gravierend bezeichnet werden. Die *einfache Körperverletzung* (Art. 123 StGB) zeichnet sich durch verhältnismässig geringen Unrechtsgehalt aus. Die Strafdrohung lautet auf 1–3 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Sofern die Körperverletzung nicht mit gefährlichen Mitteln oder an einer wehrlosen bzw. anvertrauten Person begangen wird (Ziff. 2), wird die Tat zudem nur auf Antrag verfolgt. Bei einer Aufnahme der einfachen Körperverletzung in den Deliktskatalog hängt es damit vom Willen des antragsberechtigten Opfers ab, ob der ausländische Täter des Landes verwiesen wird.
- *Aussetzung* (Art. 127 StGB), *Gefährdung des Lebens* (Art. 129 StGB), *Angriff* (Art. 134 StGB): Auf diese Straftaten ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe angedroht. Auch sie sind von der abstrakten Schwere her nicht mit Raub vergleichbar.

¹³⁸ NIGGLI MARCEL ALEXANDER / RIEDO CHRISTOF, BaKomm, Strafgesetzbuch II, Art. 140 StGB Rz. 8.

¹³⁹ SCHÜRMANN, S. 1 ff.

- *Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 StGB), Falscher Alarm (Art. 128^{bis} StGB), Raufhandel (Art. 133 StGB), Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder (Art. 136 StGB)*: Diese Tatbestände stellen Vergehen dar (Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis 3 Jahren oder Geldstrafe). Des Raufhandels (Art. 133 StGB) macht sich strafbar, wer sich an einem Raufhandel beteiligt, der den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen zur Folge hat. Wer dagegen einen oder mehrere Menschen angreift, wird aufgrund des schwereren Art. 134 StGB bestraft. Dass der Raufhandel den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen voraussetzt, stellt eine sogenannte objektive Strafbarkeitsbedingung dar. Sie zeigt die erforderliche Gefährlichkeit des Raufhandels, die eine Bestrafung rechtfertigt. Der Tod oder die Körperverletzung an sich wird aber durch die entsprechenden Tatbestände (Art. 111 ff. und Art. 122 ff. StGB) geahndet.
- *Erpressung (Art. 156 StGB)*: Die einfache Erpressung (Ziff. 1) wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht und zeichnet sich daher verglichen mit dem Raub durch einen geringeren Unrechtsgehalt aus. Höhere Strafdrohungen finden sich bei der gewerbsmässigen oder fortgesetzten Erpressung (Ziff. 2: Freiheitsstrafe von 1–10 Jahren), der Erpressung mit Gewaltanwendung oder Bedrohung mit Gefahr für Leib und Leben (Ziff. 3: Verweis auf Raub, Art. 140 StGB) und der Erpressung mit Bedrohung vieler Menschen mit Gefahr für Leib und Leben oder mit schwerer Schädigung von Sachen, an denen ein hohes öffentliches Interesse besteht (Ziff. 4: Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr). In Anbetracht dessen, dass die Erfüllung dieses Tatbestandes die Anwendung von «Gewalt» voraussetzt, scheint angezeigt, die qualifizierten Tatvarianten in den Deliktskatalog aufzunehmen.
- *Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183, 184 StGB)*: Art. 183 und 184 StGB setzen Gewalt, List oder Drohung voraus. Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe. Der Unrechtsgehalt ist damit auch hier von der abstrakten Schwere her nicht mit demjenigen des Raubes vergleichbar. Liegen erschwerende Umstände vor (d.h. versucht der Täter ein Lösegeld zu erlangen oder behandelt er das Opfer grausam), ist die Strafe Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr (Art. 184 StGB). Auch hier rechtfertigt sich die Aufnahme mindestens der qualifizierten Tatform in den Deliktskatalog.
- *Geiselnahme (Art. 185 StGB)*: Auf dieses Delikt wird Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr angedroht (Ziff. 1); wird das Opfer mit Tod, schwerer Körperverletzung oder Grausamkeit bedroht, beträgt die Freiheitsstrafe mindestens 3 Jahre (Ziff. 2) und in schweren Fällen kann der Richter gar auf lebenslängliche Freiheitsstrafe erkennen (Ziff. 3). Die Aufnahme in den Deliktskatalog drängt sich mit Blick auf die schwere Strafdrohung auf.
- *Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB)*: siehe dazu oben, Ziff. 6.3.2.
- *Kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB)*: Die Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe) liegt unter der Schwelle des Raubes. Eine Aufnahme in den Deliktskatalog scheint nicht zwingend. Es gäbe aber auch Gründe, diesen Tatbestand in den Deliktskatalog aufzunehmen, da er gewisse Gewaltelemente und schwerste Fälle organisierter Kriminalitätsformen trifft. Allerdings hat der Tatbestand insoweit subsidiären Charakter, als im Regelfall auch andere Straftaten begangen werden, muss die Organisation doch den Zweck verfolgen, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern. Schon aufgrund dieser Straftaten (z.B. Erpressung oder Drogenhandel) kann eine Landesverweisung zwingend sein.

- *Finanzierung des Terrorismus* (Art. 260^{quinquies} StGB): Art. 260^{quinquies} StGB droht ebenfalls Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe an.
- *Völkermord* (Art. 264 StGB), *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (Art. 264a StGB), *Kriegsverbrechen* (namentlich Art. 264e Abs. 1 Bst. b StGB), *Hochverrat* (Art. 265 StGB), *Verbotene Handlungen für einen fremden Staat* (Art. 271 Ziff. 2 StGB): Diese Straftaten scheinen zwar nicht unter die vom Verfassungsgeber anvisierten Kriminalitätsformen zu fallen. Doch stellen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zum Teil schwerste Gewaltstraftaten gegen Leib und Leben und die sexuelle Integrität dar (vgl. u.a. Art. 264 Bst. a, Art. 264a Abs. 1 Bst. a, b, f und g StGB). Sie können daher eine zwingende Landesverweisung ebenso rechtfertigen wie ein Mord, eine vorsätzliche Tötung oder eine Vergewaltigung, die nicht in diesem besonderen Rahmen begangen werden.

Die Vertreter des Initiativkomitees sind der Auffassung, dass auch die einfache Körperverletzung, der Angriff und der Raufhandel in den Katalog der Delikte aufzunehmen sind.

Aus ihrer Sicht belegt die Kriminalstatistik deutlich, dass die Ausländerkriminalität auch im Bereich von Leib und Leben, die mit der angenommenen Volksinitiative bekämpft werden soll, bei den genannten Delikten ausgeprägt ist.

6.3.4 Berücksichtigung der Schwere der Delikte bei den Tötungsdelikten, den Sexualdelikten und den Gewaltdelikten in den einzelnen Varianten

Alle vier Varianten erfassen im Deliktskatalog die drei schwersten vorsätzlichen Tötungsdelikte, das heisst die vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), den Mord (Art. 112 StGB) und den Totschlag (Art. 113 StGB).

Bei der Konkretisierung von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV in Bezug auf die Sexualstraftaten (Vergewaltigung oder ein anderes schweres Sexualdelikt) und die Gewaltstraftaten (Gewaltdelikt wie Raub) gehen die einzelnen Varianten von unterschiedlichen Ansätzen aus (vgl. dazu auch unten, Ziff. 6.9):

- In Variante 1, dem Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees, steht für die Beurteilung der Schwere eines Delikts nicht die angedrohte oder die im konkreten Einzelfall verhängte Strafe im Vordergrund, sondern die Art der Rechtsgutverletzung. Daher enthält der Deliktskatalog in Variante 1 neben der Vergewaltigung und dem Raub zwar Sexualdelikte und Gewaltdelikte, die *Verbrechen* darstellen, aber auch solche, die nur als *Vergehen* eingestuft sind und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden.
- Die Varianten 2 und 4 enthalten nur Sexualdelikte und Gewaltdelikte, die als *schwere Verbrechen* einzustufen sind. Als Massstab für die abstrakte Schwere der Delikte dienen die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV genannten Grundtatbestände der Vergewaltigung (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) und des Raubes (Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen).
- Variante 3 setzt den Massstab etwas tiefer als die Varianten 2 und 4, jedoch höher als Variante 1. Sie erfasst im Bereich der Sexualdelikte und der Gewaltdelikte neben der Vergewaltigung und dem Raub die Taten bestimmter Titel des StGB, die als *Verbrechen* eingestuft sind.

6.3.5 Menschenhandel

Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV nennt ausdrücklich den Tatbestand des Menschenhandels (Art. 182 StGB). Auf dieses Delikt ist Freiheitsstrafe oder Geldstrafe angedroht, wobei nach Abs. 3 in jedem Fall auch eine Geldstrafe auszusprechen ist. Menschenhandel fällt damit in die Verbrechenskategorie. Bei Menschenhandel zum Nachteil einer unmündigen Person oder bei Gewerbsmässigkeit (Abs. 2) ist die Strafe Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr.

6.3.6 Ergänzung um weitere schwere Straftaten?

Grundsätzlich bestünde die Möglichkeit, weitere Straftaten in den Deliktskatalog aufzunehmen (Art. 121 Abs. 4 BV). In Frage kommen etwa Vermögensdelikte, die der Verbrechenskategorie zuzuordnen sind:

- *Veruntreuung* (Art. 138 StGB): Die Strafdrohung lautet auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe. Die qualifizierte Form (Ziff. 2) wird mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe bestraft.
- *Diebstahl* (Art. 139 StGB): Diebstahl wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht. Eine höhere Strafdrohung findet sich beim gewerbsmässigen Diebstahl (Ziff. 2: Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen) und beim bandenmässigen Diebstahl bzw. bei besonderer Gefährlichkeit (Ziff. 3: Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen).
- *Betrug* (Art. 146 StGB): Dieser wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht. Dagegen wird der gewerbsmässige Betrug mit Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen bestraft. Betrug setzt Arglist und damit eine besondere Verschlagenheit voraus. Hinzuweisen ist auch auf «Sonderformen des Betrugs» mit derselben Strafdrohung: So der gewerbsmässige betrügerische Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 2 StGB) und der gewerbsmässige Check- und Kreditkartenmissbrauch (Art. 148 Abs. 2 StGB).
- *Wucher* (Art. 157 StGB): Wucher wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe, der gewerbsmässige Wucher (Ziff. 2) mit Freiheitsstrafe von 1 bis 10 Jahren bedroht. Die Aufnahme in den Deliktskatalog könnte damit begründet werden, dass der Täter die Zwangslage, Abhängigkeit, Unerfahrenheit oder Schwäche im Urteilsvermögen einer Person ausbeutet.
- *Hehlerei* (Art. 160 StGB): Auf Hehlerei ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe angedroht. Bei gewerbsmässiger Hehlerei (Ziff. 2) ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen.

6.3.7 Umsetzung in den einzelnen Varianten

Es kann nicht abschliessend beurteilt werden, welche Delikte sich ausschliesslich auf Art. 121 Abs. 4 BV stützen. Massgebend ist insbesondere die Auslegung von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV: Wird diese Bestimmung in Bezug auf die Deliktsarten und die Schwere der Taten eng ausgelegt, so dass z.B. im Bereich der Gewaltdelikte nur Verbrechen erfasst werden, fallen mehr Delikte unter Art. 121 Abs. 4 BV, so z.B. die *Vergehen* im Bereich der Gewaltdelikte. Bei einer weiten Auslegung fallen demgegenüber weniger Delikte unter Art. 121 Abs. 4 BV. Massgebend ist zudem, welche Delikte als «Gewaltdelikte» im Sinne von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV bezeichnet werden.

Die einzelnen Varianten nutzen die Möglichkeit, den Deliktskatalog gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV zu ergänzen in unterschiedlicher Weise (vgl. dazu auch unten, Ziff. 6.9):

- In Variante 1 wird der Deliktskatalog um einzelne schwere Vermögensdelikte (gewerbsmässiger und bandenmässiger Diebstahl und gewerbsmässige Hehlerei) und gemeingefährliche Verbrechen (sofern diese nicht als Gewaltdelikte eingestuft werden) ergänzt. Auch der Verweisungsbruch (Art. 291 StGB) und die vorsätzliche Zuwidderhandlung gegen Art. 115 AuG basieren auf Art. 121 Abs. 4 BV. Der Deliktskatalog enthält ferner im Bereich der Sexualdelikte (z.B. sexuelle Handlung mit Abhängigen, Ausnützen der Notlage) und der Gewaltdelikte (z.B. Aussetzung, Raufhandel) verschiedene Vergehen. Sofern Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV so ausgelegt wird, dass er (gemäß der angedrohten Strafe) nur schwere Straftaten erfasst, würden diese Vergehen unter Art. 121 Abs. 4 BV fallen.
- Die Varianten 2 und 4 erfassen über die Auffangklausel (vgl. E-Art. 73a Abs. 1 Bst. a StGB bzw. E-Art. 63a Abs. 1 Bst. a AuG) zahlreiche schwere Verbrechen, welche sich auf Art. 121 Abs. 4 BV abstützen. Zu nennen sind schwere Vermögensdelikte, gemeingefährliche Verbrechen (sofern diese nicht als Gewaltdelikte eingestuft werden), Verbrechen gegen die öffentliche Gesundheit (welche allerdings ebenfalls Gewaltelemente aufweisen), Verbrechen gegen den öffentlichen Verkehr, Verbrechen gegen den Staat und die Landesverteidigung sowie schwere Verbrechen des Nebenstrafrechts (z.B. Gewerbsmässiger Kinderhandel, Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz oder das Kernenergiegesetz).
- Variante 3 ist zurückhaltend mit Ergänzungen des Deliktskatalogs gestützt auf Art. 121 Abs. 4 BV. Als zusätzliche schwere Delikte können der Betrug und die Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden genannt werden (sofern letztere nicht unter die Gewaltdelikte eingereiht werden).

6.4 Übrige Delikte

6.4.1 Drogenhandel

Der Begriff des Drogenhandels (bzw. des Handels mit Betäubungsmitteln) entspricht keinem strafgesetzlichen Tatbestand und ist folglich konkretisierungsbedürftig. Das Betäubungsmittelgesetz stellt in Art. 19 Ziff. 1 verschiedene Tathandlungen unter Strafe, welche den Handel mit Drogen im weitesten Sinn betreffen. So wird neben dem eigentlichen «Verkauf» von Betäubungsmitteln etwa der Anbau von Drogen oder deren Lagerung erfasst. Gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV könnten jedoch weitere strafbare Handlungen von Art. 19 BetmG, die zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen sollen, in den Deliktskatalog aufgenommen werden.

Drogendelikte nach Art. 19 BetmG, die zum *eigenen Konsum* begangen werden, werden gestützt auf Art. 19a BetmG lediglich mit Busse bestraft. Zudem kann in leichten Fällen nach Art. 19a Ziff. 2 BetmG (trotz formeller Verurteilung) von einer Strafe abgesehen werden.

Die von Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfassten Tathandlungen stellen Vergehen dar: Sie sind mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht.

Folgende Tathandlungen fallen unter Art. 19 Ziff. 1 BetmG:

- Abs. 1: Anbau alkaloidhaltiger Pflanzen oder Hanfkrauts zur Gewinnung von Betäubungsmitteln;

- Abs. 2: Herstellung, Ausziehen, Umwandlung oder Verarbeitung von Betäubungsmitteln;
- Abs. 3: Lagerung, Versendung, Beförderung, Einführung, Ausführung oder Durchführung;
- Abs. 4: Anbieten, Verteilen, Verkauf, Vermittlung, Verschaffen, Verordnung, In Verkehr bringen oder Abgeben;
- Abs. 5: Besitzen, Aufbewahren, Kaufen oder sonst wie Erlangen;
- Abs. 6: Finanzierung des unerlaubten Verkehrs mit Betäubungsmitteln oder Vermittlung der Finanzierung;
- Abs. 7: Öffentliche Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum oder öffentliches Bekanntgeben einer Gelegenheit zum Konsum von Betäubungsmitteln.

In *schweren Fällen* ist Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr angedroht, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Diese Taten stellen somit Verbrechen dar. Beispiele schwerer Fälle nennt Ziff. 2:

- Bst. a: Der Täter weiss oder muss annehmen, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.
- Bst. b: Der Täter handelt als Mitglied einer Bande, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammengefunden hat.
- Bst. c: Der Täter erzielt durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn.

Denkbar sind aber auch weitere schwere Fälle; Ziff. 2 ist nicht abschliessend. In der bundesgerichtlichen Praxis werden folgende Fälle genannt:

- Wiederholte Tatbegehung, sofern Täter insgesamt eine Betäubungsmittelmenge umsetzt, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann;¹⁴⁰
- Verwendung eines giftigen Streckmittels.¹⁴¹

Ziff. 3 betrifft die fahrlässige Tatbegehung. Hier ist Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe angedroht.

6.4.2 Einbruchsdelikt

Auch der Begriff «Einbruchsdelikt», den die Verfassungsbestimmung erwähnt, hat keinen strafrechtlich vordefinierten Inhalt. Die anvisierte Tatform knüpft jedoch an mehrere bestehende Strafbestimmungen an. Nach allgemeinem Sprachgebrauch fallen folgende Tatkombinationen unter den Begriff:

- *Hausfriedensbruch* (Art. 186 StGB) verbunden mit *Diebstahl* (Art. 139 StGB) oder *Sachbeschädigung* (Art. 144 StGB): So Variante 1, wonach somit die Verletzung des fremden Hausrechts im Zentrum steht (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe).
- *Diebstahl* (Art. 139 StGB),¹⁴² verbunden mit *Hausfriedensbruch* (Art. 186 StGB): So die Varianten 2–4, welche somit den Diebstahl- bzw. Diebstahlsversuch als zentral erachten, zu dessen Zweck der Täter in eine Wohnung, ein Haus oder einen Ge-

¹⁴⁰ FINGERHUTH / TSCHURR, Art. 19 BetmG Rz. 199–202 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 6S.190/2000 vom 11.7.2001, E. 2c.

¹⁴¹ FINGERHUTH / TSCHURR, Art. 19 BetmG Rz. 199–202 mit Verweis auf BGE 119 IV 186.

¹⁴² Der Raub ist unter diesem Titel nicht mehr explizit zu erwähnen, vgl. oben Ziff. 6.3.3.

schäftsraum eindringt. Diebstahl ist mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht. In der Regel wird durch das Eindringen in diese Räume auch eine Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB vorliegen, was aufgrund immer ausgefeilterer Technologien aber nicht zwingend ist. Erfasst ist somit auch der sog. «Einschleichdiebstahl».

Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung sind nur auf Antrag strafbar. Bei dieser in Variante 1 vorgesehenen Konstellation des «Einbruchsdelikts», hängt es letztlich vom Willen der Betroffenen ab, ob der ausländische Täter die Schweiz verlassen muss.

Für die Vertreter des Initiativkomitees ist bei der Formulierung des Deliktskatalogs nicht massgebend, ob ein Straftatbestand lediglich auf Antrag verfolgt wird. Massgebend ist für sie vielmehr die mit der entsprechenden Straftat verbundene *Rechtsgüterverletzung*.

6.4.3 Weitere mögliche Delikte gemäss Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees

Verweisungsbruch (Art. 291 StGB) bestraft denjenigen, der eine von der zuständigen Behörde auferlegte Landes- oder Kantonsverweisung bricht, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Es handelt sich hier um ein Vergehen.

Art. 115 AuG bestraft die rechtswidrige Ein- bzw. Ausreise und den rechtswidrigen Aufenthalt, aber auch die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit. Die Strafdrohung ist Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe – und somit auch im Vergleich mit den in der Verfassung genannten leichten Delikte sehr gering.

6.5 Raserproblematik

Im Rahmen der Diskussionen zu den Deliktskatalogen hat sich die Frage ergeben, ob und inwiefern auch von «Raserinnen und Rasern» begangene Delikte berücksichtigt werden sollen.

6.5.1 Bestrebungen zur Verhinderung und zur Sanktionierung von Raserdelikten

In den letzten Jahren wurden zahlreiche parlamentarische Vorstösse im Zusammenhang mit der Verbesserung der Strassenverkehrssicherheit eingereicht. Seit dem Jahr 2009 wurden 16 parlamentarische und kantonale Vorstösse allein zum Thema «Raser und Raserinnen» eingereicht.¹⁴³

Mit der Vorlage «Via sicura» trägt der Bundesrat den zahlreichen parlamentarischen Vorstösse Rechnung, die eine Verbesserung der Strassenverkehrssicherheit, insbesondere Massnahmen gegen schwere Geschwindigkeitswiderhandlungen, verlangen. Via sicura

¹⁴³ Kantonale Initiativen 09.326 und 09.327 des Kantons Aargau und 10.303 des Kantons Solothurn. Parlamentarische Initiativen 09.446 Amstutz, 09.447 Malama, 09.448 Segmüller, 09.449 Aeschbacher, 09.450 Teuscher, 09.451 Jositsch, 09.452 Galladé, 09.453 Moser. Motionen 09.3057 Chopard-Acklin, 09.3632 Barthassat und 09.3772 Heim. Postulat 09.3518 Segmüller. Interpellation 09.3331 Flückiger-Bäni.

schlägt deshalb Massnahmen vor, die explizit auf schwere Geschwindigkeitswiderhandlungen abzielen, wie zum Beispiel:

- die obligatorische Fahreignungsabklärung bei Verkehrsregelverletzungen, die auf Rücksichtslosigkeit schliessen lassen;
- die obligatorische Nachschulung nach einem schweren Geschwindigkeitsdelikt;
- der Einbau eines Datenaufzeichnungsgerätes (sogenannte «Blackbox») nach einem schweren Geschwindigkeitsdelikt;
- die Einziehung von Motorfahrzeugen bei skrupelloser Tatbegehung.¹⁴⁴

Am 14. April 2010 wurde die Unterschriftensammlung zur eidgenössischen Volksinitiative «Schutz vor Rasern» gestartet, die in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs die Ergänzung der Bundesverfassung verlangt.¹⁴⁵ Die vorgeschlagenen Massnahmen ergänzen oder verschärfen die Massnahmen von *Via sicura*.

Schliesslich schlägt der Bundesrat im Rahmen des Projekts «Harmonisierung der Strafrahmen», das am 8. September 2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde, Änderungen zum Strafgesetzbuch vor, welche eine strengere Bestrafung von Raserdelikten zum Ziel haben.¹⁴⁶ Sie umfassen unter anderem die Vorschläge, die Höchststrafe bei der fahrlässigen Tötung (Art. 117 VE-StGB) und der fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 VE-StGB) auf fünf Jahre heraufzusetzen und bei der Gefährdung des Lebens (Art. 129 VE-StGB) eine Mindeststrafe von sechs Monaten einzuführen. Zudem wird bei der einfachen Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Abs. Ziff. 1 Abs. 1 VE-StGB) neu eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren vorgesehen. Die schwere Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB) soll neu zwingend mit einer Strafe von mindestens einem bis zu zehn Jahren bestraft werden.

Der Ständerat hat in der Sommersession 2011 als Erstrat die Detailberatung zur Vorlage *Via sicura* durchgeführt. Er ist dem Antrag der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats gefolgt und hat eine Verschärfung des Strafmasses und die Erweiterung des Tatbestands für sogenannte Raser beschlossen: Personen, die durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingehen, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen, sollen neu mit ein bis vier Jahren Freiheitsstrafe, statt wie bisher mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft werden (neuer Art. 90 Abs. 2^{bis} SVG).¹⁴⁷

6.5.2 Zur Definition des «Rasers»

Der Begriff des «Rasers» wird in verschiedenen Zusammenhängen verwendet, jedoch selten definiert.

¹⁴⁴ Botschaft des Bundesrats vom 20.10.2010 zu *Via sicura*, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBI 2010 8447.

¹⁴⁵ BBI 2010 2639, 2641; vgl. ferner <http://www.raserinitiative.ch>.

¹⁴⁶ Vgl. die Dokumentation zum Vernehmlassungsverfahren, einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Sicherheit», «Gesetzgebung», «Harmonisierung der Strafrahmen»).

¹⁴⁷ Vgl. AB S 2011 (13. Sitzung vom 16.6.2011, Geschäfts-Nr. 10.092).

Es gibt verschiedenste Verhaltensweisen, durch die im Strassenverkehr Personen gefährdet, verletzt oder getötet werden können. Sie müssen nicht in jedem Fall mit einer Geschwindigkeitsüberschreitung zusammenhängen. Der Begriff des Rasers wird denn auch nicht immer mit einer Geschwindigkeitsüberschreitung verbunden. Mögliche Verhalten sind auch «waghalsiges Überholen» oder die «Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen»¹⁴⁸. Der Raser wird daher in einem weiteren Sinne als Verkehrsteilnehmer umschrieben, der «durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht»¹⁴⁹ oder der mit einem Motorfahrzeug «in skrupelloser Weise eine grobe Verkehrsregelverletzung» begeht.¹⁵⁰

Diese Umschreibungen erfassen jedoch nur das Gefährdungsdelikt, das zu einer Bestrafung nach dem Strassenverkehrsgesetz (SVG)¹⁵¹ führen kann. Es versteht sich von selbst, dass in den Fällen, in denen die «vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln» oder die «skrupellose Verletzung von Verkehrsregeln» nicht nur zu einer Gefährdung, sondern zu einer Verletzung oder Tötung von Personen führt, ein noch schwereres Raserdelikt vorliegt.

6.5.3 Rechtliche Erfassung des Rasens

Grundsätzlich stellt das Rasen eine grobe Verkehrsregelverletzung dar, die nach Art. 90 Abs. 2 SVG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird.

Die grobe Verkehrsregelverletzung stellt jedoch nur ein Gefährdungsdelikt dar. Sofern eine Verkehrsregelverletzung im Strassenverkehr die Verletzung oder Tötung von Personen zur Folge hat, ist auf dieses Verhalten in der Regel ausschliesslich das StGB anwendbar. Zur Anwendung kommen zumeist Straftatbestände wie die fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB) oder die fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB). In wenigen Fällen – verlangt wird mindestens das Vorliegen eines Eventualvorsatzes – kann eine vorsätzliche Körperverletzung (Art. 122 oder 123 StGB) oder eine vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) vorliegen.

Idealkonkurrenz zwischen Art. 90 SVG und Art. 117 bzw. 125 StGB (und damit eine gleichzeitige Anwendung) ist nur möglich, wenn neben der verletzten oder getöteten Person noch eine weitere Person konkret gefährdet worden ist.

Zusätzlich zu erwähnen ist ferner die Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) und die *einfache* Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Abs. Ziff. 1 Abs. 1 VE-StGB), für die im Rahmen der Harmonisierungsvorlage neu eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren vorgeschlagen wird. Zudem soll die *schwere* Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB) neu zwingend mit einer Strafe von mindestens einem bis zu zehn Jahren bestraft werden.¹⁵²

¹⁴⁸ Vgl. den Wortlaut der Raserinitiative, BBI 2010 2639.

¹⁴⁹ Vgl. den Wortlaut der Raserinitiative, BBI 2010 2639.

¹⁵⁰ Neuer Art. 90a Abs. 1 Bst. a E-SVG gemäss Vorlage «Via sicura».

¹⁵¹ Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SR 741.01).

¹⁵² Das Verursachen einer einfachen abstrakten Gefahr durch einen Verkehrsteilnehmer fällt unter Art. 90 Ziff. 1 SVG; das dadurch begangene Verursachen einer erhöhten abstrakten oder konkreten Gefahr fällt unter Art. 90 Ziff. 2 SVG; dagegen fällt das vorsätzliche Verursachen einer konkreten Gefahr nur unter Art. 237 Ziff. 1 StGB (SCHWAIBOLD MATTHIAS, Bach Komm, Strafgesetzbuch II, 2. Auflage, Art. 237 Rz. 4).

6.5.4 Erfassung der Raserdelikte durch die Deliktskataloge zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

6.5.4.1 Nach geltendem Recht

Das SVG sieht als schwerste Strafe für reine Strassenverkehrsdelikte «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe» vor. Sie wird unter anderem angedroht für die grobe Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Ziff. 2 SVG), für das Fahren in fahrunfähigem Zustand (Art. 91 Abs. 1 und 2 SVG), die Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit (Art. 91a SVG) oder den schweren Fall von pflichtwidrigem Verhalten bei einem Unfall (Art. 92 Abs. 2 SVG).

Gestützt auf das geltende Recht wird ein Raser daher durch die Deliktskataloge nur dann erfasst, wenn er wegen einer Straftat nach dem StGB verurteilt wird. In der aktuellen Fassung der Deliktskataloge (vgl. Anhang) können folgende Tatbestände ein Raserdelikt erfassen:

- Variante 1: Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), vorsätzliche schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), vorsätzliche leichte Körperverletzung (Art. 123 StGB) und Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB).
- Varianten 2 und 4: Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), vorsätzliche schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) und schwere Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).
- Variante 3: Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), vorsätzliche schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) und Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB).

Im Zusammenhang mit Raserdelikten wird von den Gerichten nur sehr zurückhaltend auf vorsätzliche Tötung oder vorsätzliche Körperverletzung erkannt; es muss zumindest ein Eventualvorsatz vorliegen, das heisst, der Täter muss gewusst haben, dass sein Verhalten zum Tod oder zur Verletzung eines Menschen führen kann, und er hat dies für den Fall, das es eintreten sollte, billigend in Kauf genommen. In der Regel erkennen die Gerichte auf fahrlässige Tötung oder fahrlässige Körperverletzung. Ausgehend vom heute geltenden Recht werden die Raser somit von den drei Deliktskatalogen nur in Ausnahmefällen erfasst.

6.5.4.2 Nach den vorgesehenen Gesetzesänderungen

Im Rahmen von «Via sicura» soll (in Anlehnung an die Raserinitiative) ein neuer «Rasertatbestand» geschaffen werden, der Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren androht (vgl. Ziff. 6.5.1 hiervor). Dieser Tatbestand stellt somit nach der Definition von Art. 10 StGB ein Verbrechen dar. Im Rahmen der Harmonisierungsvorlage werden zudem verschiedene Tatbestände von Vergehen zu Verbrechen heraufgestuft und zum Teil mit einer Mindeststrafe versehen (vgl. Ziff. 6.5.1 hiervor). Auf die vier Varianten (vgl. Formulierungsvorschläge im Anhang) haben die geplanten Gesetzesänderungen folgende Auswirkungen:

- Variante 1: Keine. Gemäss dem Willen der Vertreter des Initiativkomitees sollen jedoch Raser zwingend des Landes verwiesen werden. Zu gegebener Zeit soll daher eine Anpassung des Deliktskatalogs vorgenommen werden (vgl. unten, Ziff. 6.5.5).
- Varianten 2 und 4: Aufgrund seiner Mindestgrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe würde der neue Rasertatbestand durch die Auffangklausel der Varianten 2 und 4 erfasst. Auch die einfache Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) würde aufgrund der Höchststrafe von 10 Jahren neu unter die Auffangklausel dieser Varianten fallen.

- Variante 3: Die fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB) und die fahrlässige schwere Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) würden neu durch Variante 3 erfasst, weil sie gemäss der neuen Strafdrohung ein Verbrechen gegen Leib und Leben darstellen. Obwohl der neue Rasertatbestand ein Verbrechen darstellt, würde er von Variante 3 in der aktuellen Fassung nicht erfasst, wenn er in das SVG aufgenommen wird.

In allen vier Varianten werden die Raserdelikte nur unvollständig erfasst.

6.5.5 Mögliche Ausweitung der Deliktskataloge im Rahmen der Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 BV

Der vorgesehene neue «Rasertatbestand» stellt ein Gefährdungsdelikt dar und umfasst nur die Grundkonstellation des Rasens. Neben diesem Tatbestand werden bei Rasern weiterhin Tatbestände des StGB wie die vorsätzliche oder die fahrlässige Tötung, die vorsätzliche oder die fahrlässige Körperverletzung usw. zur Anwendung kommen.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der neue Rasertatbestand ein Verbrechen darstellen soll, das mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Damit steht dieser Tatbestand auf derselben Stufe wie die fahrlässige Tötung und die fahrlässige schwere Körperverletzung gemäss der Harmonisierungsvorlage. Diese beiden Tatbestände werden zwar ebenfalls zu Verbrechen heraufgestuft (mit einer Höchstrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe), sehen jedoch eine Mindeststrafe von nur einem Tagesatz Geldstrafe vor. Das führt zu neuen Abgrenzungsfragen, weil der Raser, der nur den Rasertatbestand (d.h. ein Gefährdungsdelikt) erfüllt, unter Umständen strenger bestraft wird, als wenn sich die Gefährdung zu einer fahrlässigen Verletzung oder zu einer Tötung konkretisiert.

Offen ist, in welchem Verhältnis der neue Rasertatbestand zu den bestehenden Gefährdungsdelikten des StGB steht (u.a. «Gefährdung des Lebens» oder «Störung des öffentlichen Verkehrs»).

Sollen Raser zwingend des Landes verwiesen werden, so müsste in den Varianten 1 und 3 sichergestellt werden, dass die Deliktskataloge den neu vorgesehenen Rasertatbestand erfassen (indem sie ihn ausdrücklich erwähnen oder indem er durch eine Auffangklausel erfasst wird). In den Varianten 2 und 4 wird er bereits durch die Auffangklauseln erfasst.

Zusätzlich müssten zumindest die fahrlässige Tötung und die fahrlässige schwere Körperverletzung (Art. 117 und Art. 125 Abs. 2 VE-StGB gem. Harmonisierungsvorlage; vgl. oben, Ziff. 6.5.1) in den Deliktskatalog aufgenommen werden. Diese beiden Tatbestände, die neu ein Verbrechen darstellen sollen, müssten in den Varianten 1, 2 und 4 ausdrücklich erwähnt werden; in Variante 3 sind sie bereits durch die Verbrechen gegen Leib und Leben erfasst. Dies hätte zur Folge, dass die fahrlässige Tötung und die fahrlässige schwere Körperverletzung auch dann zwingend zur Ausschaffung führen würden, wenn sie unabhängig von einem Raserdelikt begangen werden. Eine Beschränkung auf Raser-situationen wäre schwer zu regeln und zu begründen.

6.5.6 Fazit

Aufgrund des heutigen Standes der Gesetzgebung kann nicht abschliessend beurteilt werden, welche Straftatbestände und allenfalls welche Verknüpfung von Tatbeständen in die Deliktskataloge aufgenommen werden müssten, um alle Raserdelikte zu erfassen. Die Arbeitsgruppe erachtet es nicht als ihre Aufgabe, diese Problematik im Rahmen der Um-

setzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die zwingende Landesverweisung zu lösen.

6.6 Neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs

6.6.1 Vorgaben nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV

Nach Art. 121 BV 3 Bst. b BV verlieren Ausländerinnen und Ausländer ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Die Verfassung überlässt dem Gesetzgeber die Entscheidung, ob er den Missbrauchstatbestand als verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktion ausgestalten will (vgl. oben, Ziff. 3.3.3.3).

6.6.2 Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees (Variante 1)

Die Vertreter des Initiativkomitees haben anlässlich der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe einen Vorschlag für eine neue Strafbestimmung des Sozialmissbrauchs (E-Art. 151^{bis} StGB) vorgelegt. Dieser Vorschlag reiht die neue Bestimmung unter die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen ein. Die Marginalie lautet «*Sozialmissbrauch*». Bestraft wird, wer für sich oder andere durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von veränderten Verhältnissen oder in anderer Weise Leistungen der Sozialhilfe oder der Sozialversicherungen unrechtmässig erwirkt. Was den objektiven Tatbestand betrifft, kann grösstenteils auf die nachfolgenden Ausführungen zum Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe verwiesen werden (vgl. sogleich Ziff. 6.6.3). Im Gegensatz zum Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe wird ein Irrtum bzw. eine Irreführung nicht vorausgesetzt. Der subjektive Tatbestand setzt jedoch ebenfalls Vorsatz voraus.

Die Strafdrohung lautet ebenfalls auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe (Abs. 1); in leichten Fällen kann auf Busse erkannt werden (Abs. 2). Nach Variante 1 führen auch leichte Fälle des Sozialmissbrauchs zu einer Landesverweisung.

6.6.3 Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe (Varianten 2–4)

Die Arbeitsgruppe hat den Grundgedanken der Vertreter des Initiativkomitees aufgenommen und sich dafür entschieden, ebenfalls einen Straftatbestand vorzuschlagen, der den missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe mit Strafe bedroht. Die neue Bestimmung stützt sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Strafrechts (Art. 123 Abs. 1 BV).

6.6.3.1 Regelungsstandort und Marginalie

Der neue Tatbestand wird im Titel über *strafbare Handlungen gegen das Vermögen* (Art. 137 ff. StGB), anschliessend an die Arglistige Vermögensschädigung (Art. 151 StGB) eingereiht. Die vorgeschlagene Marginalie von E-Art. 151^{bis} StGB lautet «*missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe*».

6.6.3.2 Verhältnis zum Tatbestand des Betrugs

Während Betrug (Art. 146 StGB) eine *arglistige* Irreführung bzw. Bestärkung in einem Irrtum voraussetzt, ist dies bei der E-Art. 151^{bis} StGB nicht der Fall. Falls der (schwerere) Tatbestand des Betrugs erfüllt ist, findet dieser Anwendung; E-Art. 151^{bis} 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.

Die Vertreterin der SODK vertritt die Auffassung, dass auch im neuen Tatbestand nach E-Art. 151^{bis} StGB die Arglist vorausgesetzt werden sollte, um eine Ungleichbehandlung verschiedener Betrugsfälle zu vermeiden.

6.6.3.3 Objektiver Tatbestand

Als *Tathandlung* nennt E-Art. 151^{bis} Abs. 1 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 hilfesuchenden 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 hilfesuchende Person durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen oder Verheimlichen eine Notsituation vor, stellt dies einen klassischen Missbrauchsfall dar.¹⁵³ 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 blosse Aufrechterhaltung einer Notlage bzw. die blosse 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 Leistungen; diese strafrechtlich zu erfassen würde zu grossen Abgrenzungsproblemen und Zweifelsfragen 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 *Bestär-*

¹⁵³ SKOS, Kontrollen und Sanktionen in der Sozialhilfe, Massnahmen zur Qualitätssicherung und zur Verhinderung von Sozialhilfemissbrauch, Bern 2010, S. 3; einsehbar unter: http://www.skos.ch/store/pdf_d/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente.pdf.

ken 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 der 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.

6.6.3.4 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 VStrR¹⁵⁴ und Art. 87 AHVG¹⁵⁵): Dass vorsätzlich eine unrechtmässige Leistung erlangt werden muss, schliesst bereits den Willen ein, sich durch diese unrechtmässig zu bereichern.

6.6.3.5 Strafdrohung

Gemäss Literatur ist gerade die Arglist das Element, das eine Täuschung im Bereich des Vermögensstrafrechts strafwürdig macht. Im Rahmen des Betruges wurde die einfache Lüge bisher als nicht strafwürdig angesehen. Diese qualitativen Unterschiede sollten sich auch in der Strafdrohung niederschlagen. Die meisten der geltenden Strafbestimmungen drohen geringe Strafen an. Aus dem neuen Art. 121 BV ist aber zu schliessen, dass dem Sozialmissbrauch eine grössere Schwere beizumessen ist. Die Strafdrohung wird daher auf *Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe* festgesetzt; Sozialmissbrauch stellt damit ein Vergehen dar.

E-Art. 151^{bis} Abs. 2 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 Erwerbspensums nicht sofort meldet, um zunächst abzuwarten, ob diese gesundheitlich überhaupt möglich ist. Aufgrund der Strafdrohung ist eine Landesverweisung in leichten Fällen ausgeschlossen.

¹⁵⁴ Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0).

¹⁵⁵ Bundesgesetz vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10).

6.6.3.6 Verhältnis zu den bestehenden Sozialmissbrauchstatbeständen

Die neue Bestimmung wird in Konkurrenz zu bestehenden Sozialmissbrauchstatbeständen treten. Es ist davon auszugehen, dass Strafnormen, welche dasselbe Verhalten treffen wie E-Art. 151^{bis} StGB abgeändert bzw. aufgehoben werden müssen (so etwa Art. 87 Abs. 1 AHVG; nicht von Art. 151^{bis} StGB erfasst wäre aber etwa Art. 87 Abs. 2 AHVG, der denjenigen bestraft, der sich durch unwahre oder unvollständige Angaben der Beitragspflicht entzieht). Auch die entsprechenden kantonalen Bestimmungen würden derogiert.

6.7 Mindeststrafe

6.7.1 Einleitung

Gemäss dem Umsetzungsvorschlag der Vertreter des Initiativkomitees (Variante 1) soll eine Verurteilung wegen einer bestimmten Straftat genügen, um einen Ausländer des Landes zu verweisen. Die Art und die Höhe der ausgefallenen Sanktion sollen dabei keine Rolle spielen. Eine Landesverweisung soll auch dann zwingend erfolgen, wenn das Gericht in Bagatelfällen von einer Strafe Umgang nimmt (z.B. gestützt auf Art. 52 StGB) oder aufgrund einer besondern Tatsituation (z.B. Notwehr nach Art. 16 Abs. 1 StGB) nur eine sehr leichte Strafe verhängt.

Die zwingende Landesverweisung ist eine sehr einschneidende Massnahme, bei deren Anordnung das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten ist (vgl. oben, Ziff. 2.2 und 3.3.1).

Damit der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (vernünftige Zweck-Mittel-Relation) Rechnung getragen werden kann, muss neben der abstrakten Schwere einer Tat auch die konkrete Schwere im Einzelfall (d.h. die aufgrund des Verschuldens verhängte Sanktion) berücksichtigt werden.

Daher setzen die Varianten 2–4 voraus, dass in der Regel eine bestimmte Mindeststrafe ausgefällt werden muss, damit zwingend eine Landesverweisung anzuordnen ist.

Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen eine Mindeststrafe ab. Nach ihrer Ansicht hat der Verfassungsgeber die Verhältnismässigkeitsprüfung durch den klaren Wortlaut, welcher die Ausschaffung allein an die *Verurteilung* wegen bestimmter Taten und nicht an eine Mindeststrafe anknüpft, bereits vorgenommen.

6.7.2 Voraussetzungen für eine milde Strafe

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Bereits aufgrund der in diesem Kontext zu berücksichtigenden Kriterien (vgl. Art. 47 StGB) kann das Gericht zum Schluss kommen, dass eine milde Strafe angemessen ist. Dies gilt insbesondere für alle Straftaten, deren Strafdrohung keine Mindeststrafe vorsieht, das heisst, wo auch eine Mindeststrafe von einem Tage Freiheitsstrafe oder einem Tagessatz Geldstrafe zu fünf Franken möglich ist.

Anders liegt der Fall bei den Straftaten, die eine bestimmte Mindeststrafe vorsehen, wie z.B. fünf Jahre Freiheitsstrafe (vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB) oder ein Jahr Freiheitsstrafe (Totschlag nach Art. 113 StGB). Hier sind auch vergleichsweise leichte Fälle immer noch so schwer, dass die Strafe eine bestimmte Grenze nicht unterschreiten darf.

In beiden Fällen kann sich jedoch eine milde Strafe auch aufgrund von besonderen Umständen ergeben, bei denen das Gericht die Strafe milder bemessen *muss*:

- *Entschuldbare Notwehr* (Art. 16 StGB): Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Art. 15, so mildert das Gericht die Strafe (Abs. 1).
- *Entschuldbarer Notstand* (Art. 18 StGB): 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 andere hochwertige Güter zu retten, wird milder bestraft, wenn ihm zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben (Abs. 1).
- *Verminderte Schuldfähigkeit* (Art. 19 Abs. 2 StGB): War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe.
- *Rechtsirrtum* (Art. 21 StGB): War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.
- *Gehilfenschaft* (Art. 25 StGB): Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird milder bestraft.
- *Strafmilderung* (Art. 48 StGB): Das Gericht mildert die Strafe, wenn:
 - a. der Täter gehandelt hat:
 1. aus achtenswerten Beweggründen,
 2. in schwerer Bedrängnis,
 3. unter dem Eindruck einer schweren Drohung,
 4. auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist;
 - b. der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist;
 - c. der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat;
 - d. der Täter aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;
 - e. das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohl verhalten hat.

In anderen Fällen sieht das Gesetz vor, dass das Gericht die Strafe mildern *kann*:

- *Begehen durch Unterlassen* (Art. 11 StGB): Das Gericht kann die Strafe mildern (Abs. 4).
- *Versuch* (Art. 22 StGB): Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, so kann das Gericht die Strafe mildern (Abs. 1).
- *Rücktritt und tätige Reue* (Art. 23 StGB): Führt der Täter aus eigenem Antrieb die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder trägt er dazu bei, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kann das Gericht die Strafe mildern oder von einer Bestrafung absehen (Abs. 1). Sind an einer Tat mehrere Täter oder Teilnehmer beteiligt, so kann das Gericht die Strafe dessen mildern oder von der Bestrafung dessen absehen, der aus eigenem Antrieb dazu beiträgt, die Vollendung der Tat zu verhindern (Abs. 2). Das Gericht kann die Strafe auch mildern oder von der Bestrafung absehen, wenn der Rücktritt des Täters oder des Teilnehmers die Vollendung der Tat verhindert hätte, diese aber aus anderen Gründen

ausbleibt (Abs. 3). Bemüht sich einer von mehreren Tätern oder Teilnehmern aus eigenem Antrieb ernsthaft, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kann das Gericht seine Strafe mildern oder von seiner Bestrafung absehen, wenn die Tat unabhängig von seinem Tatbeitrag begangen wird (Abs. 4).

Sieht der Tatbestand eine bestimmte Mindeststrafe vor, steht dies einer Strafmilderung nicht entgegen: Der Richter ist im Falle einer Strafmilderung nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden. Auch kann er auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, ist aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden (Art. 48a StGB).

Schliesslich sehen die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB vor, dass das Gericht in bestimmten Fällen von Strafe abzusehen hat (der Täter wird zwar verurteilt, aber nicht bestraft):

- *Fehlendes Strafbedürfnis* (Art. 52 StGB): Die zuständige Behörde sieht von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind.
- *Wiedergutmachung* (Art. 53 StGB): Hat der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn:
 - a. die Voraussetzungen für die bedingte Strafe (Art. 42) erfüllt sind; und
 - b. das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.
- *Betroffenheit des Täters durch seine Tat* (Art. 54 StGB): Ist der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen, dass eine Strafe unangemessen wäre, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab.

6.7.3 Mögliche minimale Voraussetzungen für eine Landesverweisung

Die Strafmilderung greift in höchst unterschiedlichen Konstellationen. Es kann sich um einen leichten Notwehrexzess handeln, der den Täter nur wenig vom freigesprochenen Täter entfernt. Andererseits kann es auch vorkommen, dass der Täter den Angriff mit einem so unverhältnismässigen Mittel abwehrt, dass die Strafe nur leicht gemildert wird. Die Milderung kann mit anderen Worten höchst unterschiedlichen Grades sein. Auch etwa eine schwere Bedrängnis nach Art. 48 StGB kann sich unterschiedlich auf den Schweregrad der Tat auswirken. Es wäre daher nicht sachgerecht, die Landesverweisung allgemein bei Vorliegen von Strafmilderungsgründen auszuschliessen. Diese sollen erst dann berücksichtigt werden, wenn sie dazu führen, dass eine leichte Strafe ausgefällt wird. Das heisst, dass in jedem Fall direkt auf eine bestimmte Mindeststrafe abgestellt werden kann, um dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

Die altrechtliche Landesverweisung konnte als Nebenstrafe gegen einen Ausländer verhängt werden, der zu Zuchthaus oder Gefängnis (neu Freiheitsstrafe) verurteilt worden war (Art. 55 aStGB). Eine bestimmte Mindestgrenze war im Gesetz nicht vorgesehen, so dass theoretisch auch bei der kürzest möglichen Gefängnisstrafe von drei Tagen eine Landesverweisung hätte verhängt werden können. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts musste jedoch zwischen der Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafe

und jener der Landesverweisung eine gewisse Übereinstimmung bestehen.¹⁵⁶ Bei der Verhängung der altrechtlichen Landesverweisung als Nebenstrafe war zudem die Höhe des Verschuldens für die Dauer der Landesverweisung massgebend. Die Landesverweisung wurde in der Tendenz von der Lehre und Rechtsprechung immer mehr als sichernde Massnahme eingestuft, so dass in erster Linie das Verhältnismässigkeitsprinzip für die Verhängung und die Dauer der Landesverweisung massgebend wurde.¹⁵⁷

Seit der Einführung des revidierten Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007 werden gegenüber straffälligen Ausländern nur mehr ausländerrechtliche Massnahmen ergriffen. In Auslegung von Art. 62 Abs. Bst. b AuG (wonach eine «längerfristige Freiheitsstrafe» zum Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen führen kann) setzte das Bundesgericht eine Grenze bei einem Jahr fest. Diese Grenze bezieht sich auf den Wider- ruf einer Bewilligung, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Kann der Ausländer einen Bewilligungsanspruch geltend machen, so liegt die Grenze bei zwei Jahren.

Der Vorentwurf zur Revision des Sanktionensystems, der am 30. Juni 2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde,¹⁵⁸ sieht daher für die fakultative Landesverweisung (die alle Verbrechen und Vergehen erfassen kann) gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁵⁹ eine Mindeststrafe von mehr als einem Jahr vor.

6.7.4 Vorschlag der Arbeitsgruppe

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe schlägt in den Varianten 2–4 eine Mindeststrafe von 6 Monaten vor. Eine Strafe von 6 Monaten wird in verschiedenen Zusammenhängen als Grenze zwischen eher leichter und schwererer Kriminalität verwendet: So z.B. beim Aus- schluss der kurzen Freiheitsstrafen (Art. 40 und 41 StGB) oder als obere Grenze für Fälle, die im Strafbefehlsverfahren behandelt werden können (Art. 352 StPO).

Diese Mindeststrafe wird sich vor allem bei bestimmten Alltagsdelikten auswirken, die keine Mindeststrafe kennen und bei denen in vielen Fällen ein geringes Verschulden vorliegt. Die Befürchtung, dass damit auch bei schweren Straftaten oftmals eine zwingende Landesverweisung verunmöglicht wird, ist nicht begründet (vgl. Ausführungen zur Statistik unten, Ziff. 7.10).

Diese Mindestgrenze soll jedoch nicht absolut gelten. So ist es denkbar, dass Täter immer wieder Taten begehen, die gemäss Deliktskatalog zur Landesverweisung führen müssten, bei denen die Strafe indessen immer unter sechs Monaten liegt. Auch sie sollen des Lan- des verwiesen werden können, wenn sie wiederholt schwere Straftaten begehen, und dadurch innerhalb von 10 Jahren die Strafgrenze von 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Ta- gessätzen Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit von 720 Stunden erreicht wird.

Schliesslich wird in den Varianten 2 und 4 eine weitere Ausnahme vorgesehen, welche es dem Gericht bzw. den Behörden gestattet, eine Landesverweisung bzw. Entfernungs- und Fernhaltemassnahme auch ohne Mindeststrafe von 6 Monaten zu verhängen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz deutlich 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

¹⁵⁶ KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 31.

¹⁵⁷ KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 32.

¹⁵⁸ Vgl. Fn. 133.

¹⁵⁹ BGE 135 II 377.

jedoch dem Gericht, auch in diesen Fällen über eine Landesverweisung zu befinden, so dass alle Landesverweisungen aufgrund von Straftaten grundsätzlich Sache des Strafrichters sind. Zudem ist die neu vorgesehene Landesverweisung einschneidender als die bestehenden Massnahmen des AuG, weil die strafrechtliche Landesverweisung in der Regel mit einem mindestens fünfjährigen Einreiseverbot verknüpft werden muss.

6.8 Erläuterungen zu weiteren Voraussetzungen und Begriffen

6.8.1 (Rechtskräftige) Verurteilung

Die neue Verfassungsbestimmung setzt in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV für die Landesverweisung voraus, dass die ausländische Person wegen einer bestimmten Straftat «rechtskräftig verurteilt worden» ist.

In den vorgeschlagenen Varianten wurde darauf verzichtet, den Zusatz *rechtskräftig* verurteilt zu verwenden. Dies würde im Ergebnis zu einer Zweiteilung des Verfahrens führen: Erst wenn die Verurteilung in Rechtskraft erwachsen ist, könnte das Gericht die Landesverweisung aussprechen. Der Ausdruck «verurteilt» impliziert, dass eine Landesverweisung erst vollzogen werden kann, wenn das entsprechende Strafurteil rechtskräftig geworden ist. In diesem Sinne ist eine Präzisierung nicht erforderlich.

Aus strafrechtlicher Sicht liegt eine Verurteilung vor, wenn der Täter schuldig gesprochen wurde, weil er eine Straftat tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schulhaft begangen hat. Wurde die Tat nur tatbestandsmäßig und rechtswidrig begangen, so wird der Täter freigesprochen. Dabei ist unerheblich, ob das Gericht eine Sanktion ausgefällt hat oder nicht. Dies hat namentlich zur Folge, dass ein Straftäter, der vom Vorwurf der vorsätzlichen Tötung wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen wird, gegen den jedoch gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StGB eine Massnahme verhängt wird, weil eine hohe Rückfallgefahr besteht, nicht unter die neue Verfassungsbestimmung fällt.

6.8.2 Straf- und Vollzugsarten, Tat- und Beteiligungsformen

Die Arbeitsgruppe geht in den Varianten 2–4 davon aus, dass nicht so sehr die Straf- oder die Vollzugsart die Schwere einer Tat widerspiegeln, als vielmehr die Höhe der Strafe. Nach den vorliegenden Regelungsvorschlägen ist der ausländische Täter daher des Landes zu verweisen, unabhängig davon, ob er zu einer Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder zu gemeinnütziger Arbeit verurteilt worden ist, sobald seine Strafe ein bestimmtes Mass überschreitet. Auch ist irrelevant, ob die Strafe zu verbüßen ist oder der Strafvollzug teilbedingt oder bedingt aufgeschoben worden ist.

Die Deliktskataloge finden zudem unabhängig davon Anwendung, ob die strafbare Handlung nur einen Versuch darstellt (Art. 22 und 23 StGB) und ob jemand als Haupttäter resp. Mittäter oder aber als Gehilfe (Art. 25 StGB) oder Anstifter (Art. 24 StGB) gehandelt hat. Damit steht sie in Einklang mit bestehenden Deliktskatalogen des StGB, welche ebenfalls die Tat- und Beteiligungsformen nicht berücksichtigen (vgl. auch oben, Ziff. 3.3.2.3).

6.8.3 Begehungsort und Zeitpunkt der Tat

Die neue Verfassungsbestimmung äussert sich nicht zu örtlichen und zeitlichen Voraussetzungen (vgl. auch oben, Ziff. 3.3.2.3). Sie lässt beispielsweise offen, ob auch eine aus-

ländische Person, die wegen eines im Ausland begangenen Deliktes in der Schweiz verurteilt wird (z.B. gestützt auf Art. 5, 6 oder 7 StGB), unter die neuen Verfassungsbestimmung fällt.

Ebenso ist offen, ob die rechtskräftige Verurteilung von einem Schweizer Gericht ausgehen muss, oder ob auch Auslandurteile berücksichtigt werden sollen. So ist es beispielsweise möglich, dass eine ausländische Person mit Wohnsitz in der Schweiz im Ausland wegen einer in der Schweiz begangenen schweren Straftat (die in der Schweiz zu einer zwingenden Landesverweisung führen würde) verurteilt wird.

Im Weiteren stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Tat begangen worden resp. die Verurteilung erfolgt sein muss. Sind nur die Taten und Verurteilungen relevant, die in einer Zeit erfolgten, in welcher die Ausländerin oder der Ausländer einen bestimmten Aufenthaltsstatus in der Schweiz hatte? Müssen auch Verurteilungen berücksichtigt werden, die erfolgt sind, bevor jemand ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz erworben hat? Als Beispiel sei der Asylbewerber erwähnt, der vor seiner Einreise in die Schweiz in einem Drittstaat wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt worden ist. Zu denken ist auch an den im Ausland wegen schwerer Verbrechen gesuchten Asylbewerber, der von der Schweiz nicht ausgeliefert, jedoch in der Schweiz verurteilt wird.

Die Arbeitsgruppe hat diese Fragen nicht im Einzelnen erörtert. Sie geht davon aus, dass für die Varianten 1–3 grundsätzlich die Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafgesetzbuches (Art. 1–9 StGB) anwendbar sind. Das heisst, dass grundsätzlich die Straftaten zu einer zwingenden Landesverweisung führen können, die von einem Gericht in der Schweiz beurteilt werden.

Weiterhin gilt, dass ausländischen Personen keine Bewilligung erteilt wird bzw. eine solche widerrufen werden kann, wenn sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz *oder im Ausland* verstossen haben oder diese gefährden.¹⁶⁰

6.8.4 Begriff der Landesverweisung

Gemäss der Terminologie der neuen Verfassungsbestimmungen sind Ausländerinnen und Ausländer, die aufgrund der Begehung bestimmter Straftaten ihr Aufenthaltsrecht und alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verloren haben, aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen (Art. 121 Abs. 5 BV). Diese Begriffe basieren auf der Einordnung der neuen Verfassungsbestimmungen in Art. 121 BV über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern (vgl. ausführlich zur Terminologie oben, Ziff. 3.2.2.1).

Die strafrechtlichen Regelungsvorschläge der Varianten 1–3 sprechen demgegenüber einheitlich von «Landesverweisung». Dieser Begriff ist als «Oberbegriff» zu verstehen, der den Verlust des Aufenthaltsrechts, die Wegweisung und das Einreiseverbot von bestimmter Dauer umfasst.

In Variante 4, welche eine Umsetzung im Ausländergesetz vorschlägt, wird die heute geltende ausländerrechtliche Terminologie des AuG verwendet («Widerruf von Bewilligungen», «Einreiseverbot», «Wegweisung», «Ausschaffung»).

¹⁶⁰ Vgl. insbesondere Art. 62 Bst. c und Art. 63 Abs. 1 Bst. b sowie Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 2 Bst. b AuG.

6.9 Erläuterungen zu den einzelnen Varianten der Deliktskataloge

6.9.1 Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)

6.9.1.1 Deliktskatalog im engeren Sinne

Der Deliktskatalog in Variante 1 orientiert sich an den Vorgaben von Art. 121 Abs. 3 BV. Er umfasst neben den in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnten Delikten in erster Linie Gewaltdelikte (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. b, g, h und i StGB) und weitere Straftaten gegen die sexuelle Integrität (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. c StGB).

Wie in den Varianten 2–4 sollen nur die schwersten vorsätzlichen Tötungsdelikte (Art. 111, 112 und 113 StGB) zu einer zwingenden Landesverweisung führen (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. a StGB). Darüber hinaus sind folgende Besonderheiten hervorzuheben:

- Im Gegensatz zu den Varianten 2–4 werden im Bereich der Straftaten gegen die sexuelle Integrität (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. c StGB) nicht nur Verbrechen, sondern auch Vergehen in den Deliktskatalog aufgenommen (Art. 187 Ziff. 4, Art. 188, 192, 193 und 197 StGB).
- Auch die Umschreibung des Einbruchsdelikts unterscheidet sich von derjenigen in den Varianten 2–4 (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. f StGB). Als weitere Vermögensdelikte werden der gewerbsmässige und der bandenmässige Diebstahl sowie die gewerbsmässige Hehlerei ausdrücklich erwähnt (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. f StGB).
- Der Deliktskatalog umfasst, wie derjenige in Variante 2, gemeingefährliche Delikte (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. g StGB). Im Gegensatz zu Variante 2 beschränkt er sich jedoch nicht auf die schwersten Verbrechen, sondern erfasst auch leichtere Taten, wie z.B. die fahrlässige Verursachung einer Explosion (Art. 223 Ziff. 2 StGB).
- Die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB) wurde von den Vertretern des Initiativkomitees vor allem mit Blick auf so genannte «Hassprediger» in den Deliktskatalog aufgenommen (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. h StGB).

Im Gegensatz zu den Varianten 2–4 umfasst der Vorschlag gemäss Variante 1 auch die einfache Körperverletzung, den Raufhandel und den Angriff.

Deren Weglassung im Deliktskatalog verstiesse aus Sicht der Initianten gegen den Willen des Verfassungsgebers, der die Ausländerkriminalität im Bereich der Gewaltdelikte bekämpfen wollte.

Hervorzuheben ist auch, dass der Verweisungsbruch nach Art. 291 StGB und vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen Art. 115 AuG zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. j StGB). Schliesslich wird in E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. k auf eine Strafbestimmung des Sozialmissbrauchs verwiesen (E-Art. 151^{bis} StGB), die in Variante 1 abweichend von den Varianten 2–4 geregelt wird.

Der Deliktskatalog kennzeichnet sich weniger durch die abstrakte Schwere der einzelnen Delikte, die zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen, als vielmehr durch eine breite Auswahl von Straftaten (insbesondere Gewaltstraftaten), die von Ausländern in der Schweiz als nicht tolerierbar erachtet werden. Die abstrakte Schwere der Delikte reicht daher von den schwersten Verbrechen (wie vorsätzliche Tötung, Mord, Raub, Brandstiftung und Vergewaltigung) über leichtere Verbrechen (wie Aussetzung oder Gefährdung des Lebens) bis zu Vergehen (wie das Antragsdelikt der einfachen Körperverletzung, Raufhandel, Ausnützen einer Notlage oder Verweisungsbruch).

6.9.1.2 Mindeststrafe

In Variante 1 wird keine Mindeststrafe vorausgesetzt und damit auf die Berücksichtigung der konkreten Schwere einer Straftat im Einzelfall verzichtet. Vielmehr soll für eine zwingende Landesverweisung genügen, dass ein Ausländer wegen einer der im Deliktskatalog aufgeführten Taten verurteilt wird (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 StGB). Das heisst, 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) oder die Strafe aufgrund einer Notwehrsituations mildert (Art. 16 StGB).

Der Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees geht davon aus, dass die Bestrafung im konkreten Einzelfall für die Schwere oder Verwerflichkeit einer Straftat unerheblich ist. Massgebend ist in erster Linie die Art der Verletzung bestimmter Rechtsgüter.

Die Begründung dieser Auffassung liegt darin, dass eine Mindeststrafe nicht mit dem klaren Wortlaut der Verfassungsbestimmung vereinbar sei.

6.9.1.3 Würdigung

Der Deliktskatalog konzentriert sich neben dem Sozialmissbrauch und dem Einbruch eher auf die offen zu Tage tretende Alltagskriminalität im Bereich der Gewalt- und Sexualstraf- taten, die in der Praxis häufig auftritt. Indem auf eine Mindeststrafe verzichtet wird, werden gerade im Bereich der vergleichsweise leichten Alltagskriminalität deutlich mehr Täter erfasst als durch die Varianten 2–4.

6.9.2 Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)

6.9.2.1 Deliktskatalog im engeren Sinne

Der Deliktskatalog gemäss Variante 2 enthält neben den schweren Delikten, die in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnt sind (Tötungsdelikte, Raub, Menschenhandel und Vergewaltigung), weitere *schwere Verbrechen*. Als Massstab für die abstrakte Schwere dieser Verbrechen dienen die Grundtatbestände der Vergewaltigung (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) und des Raubes (Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen), wie dies in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV vorgegeben wird («wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub»). Die Delikte, welche diesen Vorgaben entsprechen, werden nicht im Einzelnen aufgelistet, sondern mit einer Auffangklausel erfasst (E-Art. 73a Abs. 1 Bst. a).

Unter die Auffangklausel fallen namentlich Delikte wie Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Schändung (Art. 191 StGB), Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB), Brandstiftung (Art. 221 StGB), Verursachen einer Explosion (Art. 223 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe und Giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 StGB), Völkermord (264 StGB) und Kriegsverbrechen (Art. 264c–264h StGB), die als schwere Sexualdelikte respektive schwere Gewaltdelikte nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV eingestuft werden können. Mit der Auffangklausel werden aber auch weitere schwere Verbrechen des StGB und des Nebenstrafrechts erfasst, die aufgrund von Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV in den Deliktskatalog aufgenommen werden können. Zu erwähnen sind im StGB namentlich Verbrechen gegen die öffentliche Gesundheit (Art. 230^{bis}, Art. 231 Abs. 2, Art. 232 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 233 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), Verbrechen gegen den öffentlichen Verkehr (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2

und Art. 238 Abs. 1 StGB) oder Geldfälschung (Art. 240 StGB); im Nebenstrafrecht Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz¹⁶¹ (Art. 34 Abs. 1 und 2 und Art. 35 Abs. 2 und 3) oder Widerhandlungen gegen das Kernenergiegesetz¹⁶² (Art. 88 Abs. 2 und Art. 89 Abs. 2).

Neben den schweren Verbrechen enthält der Deliktskatalog nur mehr die weniger schweren Straftaten, die in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnt werden: Einbruchsdelikte, Betrug und Missbrauch im Bereich der Sozialversicherung oder Sozialhilfe sowie Betäubungsmitteldelikte im Sinne von Art. 19 BetmG. Sowohl die Einbruchsdelikte (E-Art. 73a Abs. 1 Bst. b StGB) als auch der Sozialmissbrauch werden abweichend von Variante 1 definiert (E-Art. 151^{bis} StGB).

6.9.2.2 Mindeststrafe

Die Landesverweisung nach Variante 2 setzt nicht nur die Begehung eines Deliktes voraus, das sich durch seine abstrakte Schwere auszeichnet. Vielmehr muss die Tat auch im konkreten Einzelfall eine gewisse Mindestschwere aufweisen (E-Art. 73a Abs. 2 Bst. a StGB) oder der Täter muss durch die wiederholte Begehung von einschlägigen Straftaten ein bestimmtes Strafmaß erreichen (E-Art. 73a Abs. 2 Bst. b StGB). Zur Thematik der Mindeststrafe vgl. oben, Ziff. 6.7.

Auf die Voraussetzung der Mindeststrafe soll jedoch in den Fällen verzichtet werden, in denen die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländer am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen (E-Art. 73a Abs. 3 StGB). Damit wird für Straftaten des Deliktskatalogs eine fakultative Landesverweisung vorgesehen.

6.9.2.3 Fakultative Landesverweisung

Zusätzlich zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über die zwingende Landesverweisung sieht Variante 2 auch eine fakultative Landesverweisung vor (E-Art. 73b StGB)¹⁶³.

Sie soll bewusst machen, dass auch Ausländer, die eine Straftat begehen, welche nicht im Deliktskatalog enthalten ist, des Landes verwiesen werden können und für diese Anordnung ebenfalls das Strafgericht zuständig ist. Die Bestimmung entspricht im Ausgangspunkt einem Vorschlag, den der Bundesrat am 30. Juni 2010 in die Vernehmlassung geschickt hat.¹⁶⁴ In Analogie zu E-Art. 73a Abs. 2 StGB wird jedoch auch bei der fakultativen Landesverweisung ein Mindeststrafmaß von sechs Monaten vorausgesetzt, welches durch eine einzelne oder durch mehrere Taten erfüllt werden kann.

¹⁶¹ Bundesgesetz vom 13.12.1996 über das Kriegsmaterial (KMG; SR 514.51).

¹⁶² Kernenergiegesetz vom 21.3.2003 (KEG; SR 731.1).

¹⁶³ Die fakultative Landesverweisung nach E-Art. 73a Abs. 3 StGB knüpft an die verfassungsrechtlichen Vorgaben an: E-Art. 73a Abs. 1 StGB enthält die Straftaten, die nach der Wertung in Art. 121 Abs. 3 (und 4) BV zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen. Begeht die ausländische Person ein solches Delikt, kann sie unter Umständen auch des Landes verwiesen werden, wenn die grundsätzlich vorausgesetzte Mindeststrafe von 6 Monaten nicht erreicht worden ist. Demgegenüber erlaubt die fakultative Landesverweisung gemäss E-Art. 73b StGB dem Gericht, auch unabhängig von den neuen Verfassungsbestimmungen gemäss Art. 121 Abs. 3–6 BV eine Landesverweisung auszusprechen.

¹⁶⁴ Vgl. Fn. 133.

6.9.2.4 Würdigung

Der Deliktskatalog erfasst zusätzlich zu den in der neuen Verfassungsbestimmung erwähnten Straftaten nur die schwersten Verbrechen des StGB und des Nebenstrafrechts. Damit wird ein deutlich höherer Massstab angesetzt als in Variante 1. Die Konkretisierung und Ergänzung des Deliktskatalogs ist zudem weniger auf eine wie immer geartete Ausländerkriminalität ausgerichtet als vielmehr auf eine gewisse innere Konsequenz bedacht. Dadurch werden zwar auch zahlreiche Delikte vom Deliktskatalog erfasst, die in der Praxis eher selten vorkommen, jedoch eine zwingende Landesverweisung ebenso zu rechtfertigen vermögen, wie bestimmte Alltagsdelikte. Mit der Mindeststrafe und der Erfassung der Wiederholungstäter wird namentlich im Bereich der Alltagskriminalität dem Verhältnismässigkeit Rechnung getragen.

6.9.3 Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)

6.9.3.1 Deliktskatalog im engeren Sinne

Im Unterschied zu den Varianten 1 und 2 wird die neue Verfassungsbestimmung nicht in erster Linie mit weiteren *Sexual- und Gewaltstraftaten* (Variante 1) und nicht generell mit *schweren Verbrechen* (Variante 2) konkretisiert und ergänzt, sondern gezielt mit *Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter* (E-Art. 67c Abs. 1 Bst. a StGB). Es handelt sich dabei um die von der Verfassungsbestimmung vorrangig erfassten Rechtsgüter «Leib und Leben», «Freiheit» und «sexuelle Integrität». Zudem werden im Gegensatz zu den Varianten 1 und 2 auch Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden in den Deliktskatalog aufgenommen. Darunter fallen strafbare Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} StGB), kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB), Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen (Art. 260^{quater} StGB) und Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB).

In Variante 3 wird bewusst darauf verzichtet, zusätzlich zu den in der Verfassung genannten Straftaten (Einbruch und Raub), weitere Straftaten gegen das Vermögen in den Deliktskatalog aufzunehmen.

Ein weiteres Merkmal von Variante 3 ist, dass die Verfassungsbestimmung grundsätzlich mit «Verbrechen» ergänzt und konkretisiert wird. Dieser Massstab ist weniger hoch als in Variante 2 (mit *schweren Verbrechen*), jedoch immer noch hoch, indem die schwerste der drei Kategorien von Straftaten (Verbrechen, Vergehen, Übertretungen) erfasst wird. Damit erfasst der Deliktskatalog im Gegensatz zu Variante 2 bei bestimmten Rechtsgütern auch die Verbrechen, die nicht mit einer Mindeststrafe von einem Jahr und nur mit einer Höchststrafe von 5 Jahren bedroht sind.

Konkret bedeutet dies, dass im Gegensatz zu Variante 2 auch Delikte wie Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB), Strafbarer Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der schwangeren Frau (Art. 118 StGB), Aussetzung (Art. 127 StGB), Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), Angriff (Art. 134 StGB), einfacher Betrug (Art. 146 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (ohne erschwerende Umstände, Art. 183 StGB), sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) sowie die oben erwähnten Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden erfasst werden. Allerdings gibt es bei diesen Delikten nur wenige Fälle, in denen die Mindeststrafe von sechs Monaten erreicht wird, welche Variante 3 für eine Ausschaffung generell verlangt (vgl. sogleich Ziff. 6.9.3.2). Von praktischer Relevanz ist vor allem der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern, der bei grossem Altersunterschied ein schweres Delikt sein kann, während es im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs kaum je Fälle mit Verurteilungen zu mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe geben wird.

6.9.3.2 Mindeststrafe

Die Regelung in Variante 3 ist zwar redaktionell anders aufgebaut, stimmt aber in Bezug auf die Voraussetzungen der Mindeststrafe mit Variante 2 weitgehend überein (vgl. oben, Ziff. 6.7). Der Unterschied zu Variante 2 besteht darin, dass nicht eine Strafe von mindestens sechs Monaten, sondern von mehr als sechs Monaten verlangt wird, damit es zu einer Landesverweisung kommt. Damit wird unter anderem erreicht, dass in der Regel bei Ersttätern Fälle ausgeschlossen bleiben, die mit Strafbefehlsverfahren erledigt werden können. Variante 3 sieht im Gegensatz zu Variante 2 keine Möglichkeit für den Richter vor, auch bei Ersttätern, die eine Straftat gemäss Deliktskatalog begangen haben und mit einer Strafe von sechs Monaten oder weniger bestraft wurden, eine Landesverweisung zu verhängen. Es wäre jedoch denkbar, die entsprechende Regelung von Variante 2 (E-Art. 73a Abs. 3 StGB) in Variante 3 zu übernehmen.

6.9.3.3 Fakultative Landesverweisung

Variante 3 sieht (wie Variante 2) eine fakultative Landesverweisung für alle Delikte vor, die nicht im Deliktskatalog enthalten sind. Im Gegensatz zu Variante 2, die eine verhängte Mindeststrafe voraussetzt, ist die fakultative Landesverweisung nach Variante 3 von einem überwiegenden öffentlichen Interesse abhängig.

6.9.3.4 Würdigung

Der Deliktskatalog in Variante 3 kann als pragmatische Lösung zwischen Variante 1 (bezüglich der Konzentration auf bestimmte Delikte) und Variante 2 (bezüglich der abstrakten Schwere der Straftatbestände) bezeichnet werden. Die Verfassungsnorm wird mit schweren Straftaten gegen bestimmte Rechtsgüter konkretisiert und ergänzt. Dabei stehen Straftaten, die sich gegen Personen richten, im Vordergrund. Obwohl der Deliktskatalog in bestimmten Bereichen auch weniger schwere Verbrechen erfasst, ist er weniger umfangreich, als der Katalog nach Variante 2. Bis auf die Brandstiftung fehlen jedoch keine schweren Straftaten, die in der Praxis häufig vorkommen. Mit der Mindeststrafe und der Erfassung der Wiederholungstäter namentlich im Bereich der Alltagskriminalität wird auch in Variante 3 dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen.

6.9.4 Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)

6.9.4.1 Zwingender Widerruf von Bewilligungen

Die Arbeitsgruppe hat sich dafür entschieden, auch eine Umsetzungsvariante im Ausländerrecht auszuarbeiten. Statt einer *zwingenden Landesverweisung* als strafrechtliche Massnahme gemäss den Varianten 1–3 sind bei der Variante 4 ein zwingender Widerruf von Bewilligungen und ein zwingendes Einreiseverbot im Ausländerrecht vorgesehen. Der Deliktskatalog und die weiteren Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen entsprechen der Variante 2 (E-Art. 73a StGB).

Das AuG sieht bereits nach geltendem Recht einen *fakultativen Widerruf* von Bewilligungen vor bei Ausländerinnen und Ausländern, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen haben.¹⁶⁵ Eine analoge Regelung zur fakultativen Landesverweisung

¹⁶⁵ Vgl. die «Kann-Bestimmungen» in Art. 62 Bst. b und c und Art. 63 Abs. 1 Bst. a und b AuG.

gemäss Variante 2 (E-Art. 73a Abs. 3 und E-Art. 73b StGB) und Variante 3 (E-Art. 67c Abs. 3 StGB) ist bei einer Umsetzung im Ausländerrecht somit nicht erforderlich. Dies gilt auch für den Erlass eines fakultativen Einreiseverbots (Art. 67 AuG).

In E-Art. 63a AuG wird der *zwingende Widerruf* aller Bewilligungen geregelt. Er umfasst auch alle Bewilligungen, auf die ein gesetzlicher Anspruch besteht, wie er sich vor allem aus den Art. 42, 43, 50 und 59 AuG sowie aus Art. 60 AsylG ergibt. Ein zwingender Widerruf der Bewilligungen ist nur ausgeschlossen, wenn er zu einer Verletzung des FZA führen würde (E-Art. 63b AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73c StGB]).

6.9.4.2 Zwingendes Einreiseverbot

Die strafrechtliche Landesverweisung gemäss den Varianten 1–3 führt zum Erlöschen der ausländerrechtlichen Bewilligung und umfasst ein Einreiseverbot. Bei einer Umsetzung im Ausländerrecht muss in Ausführung der neuen Verfassungsbestimmungen zusätzlich zum zwingenden Widerruf der Bewilligungen auch ein zwingendes Einreiseverbot von einer bestimmten Dauer verfügt werden (vgl. E-Art. 67 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3^{bis} AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73a Abs. 1 Einleitungssatz]).

Zudem wird auch die Unterbrechung und Aufhebung des zwingenden Einreiseverbots geregelt (E-Art. 67 Abs. 6 und 7 AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73f StGB]). Die Voraussetzungen für die Unterbrechung und Aufhebung sind beim zwingenden Einreiseverbot strenger als beim bisherigen fakultativen Einreiseverbot (Art. 67 Abs. 5 AuG). Dies ergibt sich aus der neuen Verfassungsbestimmung, wonach bei gewissen Straftaten alle Aufenthaltsrechte entzogen werden und ein Einreiseverbot angeordnet werden muss. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur sehr eingeschränkt zu gewähren.¹⁶⁶

6.9.4.3 Würdigung

Die Tatbestände, die zu einem zwingenden Widerruf von Bewilligungen und zu einem zwingenden Einreiseverbot führen, entsprechen den Voraussetzungen für die Anordnung einer zwingenden Landesverweisung gemäss Variante 2. Im Unterschied zur Variante 2 werden die zwingenden Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen nicht durch den Strafrichter, sondern durch die Migrationsbehörden gestützt auf das AuG angeordnet. Dies führt insbesondere dazu, dass der gleiche Fall durch den Strafrichter im Rahmen des Strafverfahrens und zusätzlich durch die Migrationsbehörden behandelt werden muss. Dies führt zu einem komplizierteren Verfahren als bei der Variante 2. Die Migrationsbehörden haben bei der Anordnung der Massnahmen je nach Urteil des Strafrichters keinerlei Ermessensspielraum.

¹⁶⁶ Variante 2 macht bei diesen Voraussetzungen keinen Unterschied zwischen der fakultativen und der zwingenden Landesverweisung (vgl. E-Art. 73f StGB).

7. Vollzugsfragen, Änderungen bisherigen Rechts und statistische Angaben

7.1 Einleitung

Antworten auf die sich stellenden Vollzugsfragen variieren je nach Umsetzungsvariante. Die von der Mehrheit der Arbeitsgruppe entwickelten Varianten 2 (vgl. E-Art. 73a–73h StGB) und 3 (E-Art. 67c–67i StGB) sehen die Umsetzung im StGB vor und stimmen in zahlreichen Punkten auch inhaltlich überein (vgl. für Formulierungsvorschläge den Anhang). Die Erörterungen zu den Vollzugsnormen in den nachfolgenden Ziff. 7.2–7.6 beziehen sich auf die Variante 2 und weisen, wo es sie gibt, auf Abweichungen bei der Variante 3 hin.

Die Vertreter des Initiativkomitees haben in ihren Umsetzungsvorschlag (Variante 1) mit E-Art. 73^{quater} StGB ebenfalls eine Vollzugsnorm aufgenommen (vgl. unten, Ziff. 7.7). Bei einer Umsetzung im AuG gemäss Variante 4 kann im Wesentlichen an die bestehende Vollzugsordnung angeknüpft werden (vgl. unten, Ziff. 7.8).

7.2 Aufgaben des Strafgerichts

7.2.1 Prüfungsbefugnis

Um den verfassungsrechtlich vorgegebenen Ausweisungsautomatismus zu befolgen, ist dem Strafgericht die Prüfung von völkerrechtlichen Ausschaffungshindernissen bei der Anwendung von E-Art. 73a Abs. 1 und 2 StGB (Variante 2) grundsätzlich untersagt.¹⁶⁷ Sind die strafrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen gegeben, muss es die Landesverweisung anordnen.

Ausgenommen sind Fälle, in denen im Zeitpunkt der Ausfällung des Strafurteils feststeht, dass die Anordnung der (zwingenden) Landesverweisung einem offenkundigen Verstoss gegen ein Ausschaffungshindernis (insb. Non-Refoulement-Gebot) gleichkommt bzw. offensichtlich undurchführbar ist. Denn nach der sog. *Evidenztheorie* des Bundesgerichts sind Verfügungen nichtig, die schwerste inhaltliche Mängel aufweisen.¹⁶⁸ Die Evidenztheorie entspricht ständiger Praxis des Bundesgerichts und muss nicht normativ verankert werden. Die eingeschränkte Prüfungsbefugnis des Strafgerichts geht aus dem Einleitungssatz von E-Art. 73a Abs. 1 StGB hinreichend deutlich hervor («Das Gericht verweist einen Ausländer für 5 bis 15 Jahre des Landes, wenn [...]»).

E-Art. 73c StGB überträgt aber dem Strafgericht die Pflicht, auf die Landesverweisung zu verzichten, wenn sich deren Anordnung als FZA-widrig erweist. Die Notwendigkeit, bereits das Strafgericht – und nicht erst die Vollzugsbehörde – mit dieser Prüfung zu betrauen, ergibt sich aus dem Freizügigkeitsabkommen (vgl. oben, Ziff. 3.4.4 und 3.4.5).

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Varianten 2 und 3 besteht darin, dass letztere dem Strafgericht auch die Prüfung weiterer völkerrechtlicher Ausschaffungshindernisse auferlegt und gegebenenfalls der Vollzug der Landesverweisung vorläufig *gerichtlich* auf-

¹⁶⁷ Mit dem verfassungsrechtlichen Ausweisungsautomatismus vereinbar ist indessen die in den E-Art. 73a Abs. 3 sowie E-Art. 73b StGB dem Strafrichter auferlegte Pflicht zur Interessenabwägung bzw. Prüfung der Verhältnismässigkeit bei der «fakultativen Landesverweisung».

¹⁶⁸ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N. 16 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

geschoben werden muss (vgl. E-Art. 67d Abs. 2 StGB [Variante 3]). Darin mag der Vorteil erblickt werden, dass die Prüfung von Ausschaffungshindernissen in der Hand der Strafrichterin bzw. des Strafrichters konzentriert wird, und danach nicht ein zweites Verfahren unter Einschluss von Rechtsmitteln zur Frage von Ausschaffungshindernissen durchgeführt werden muss (so demgegenüber die Variante 2; vgl. unten, Ziff. 7.5). Kehrseite dieser Lösung ist der nicht zu unterschätzende Zusatzaufwand für die Strafgerichte vor allem bei ausländischen Personen, die eine längere Freiheitsstrafe zu verbüßen haben. Den allenfalls geänderten Sachverhalt müssen die Strafgerichte in der Vollzugsphase nämlich nochmals würdigen. Ausserdem steht die von der Variante 3 vorgesehene Prüfung der Völkerrechtskonformität durch das Strafgericht im Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen «Ausweisungautomatismus». Dieser ist indessen auch bei Variante 2 nur in der ersten Phase der Anordnung der Landesverweisung so weit wie möglich umgesetzt, während in der zweiten Phase eine – völkerrechtlich gebotene – Einzelfallprüfung durch die Vollzugsbehörde erfolgt.

7.2.2 Strafrechtlicher Instanzenzug

Das Strafurteil mit Einschluss der Landesverweisung untersteht dem ordentlichen Instanzenzug in Strafsachen. Innerkantonal ist 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). Als allgemeiner prozessualer Grundsatz gilt, dass die Prüfungszuständigkeit (Kognition) im Instanzenzug zwar eingeschränkt, aber nicht ausgedehnt werden kann. Demzufolge verfügen das kantonale Berufungsgericht und das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanzen über die gleiche (eingeschränkte) Kognition wie das erstinstanzliche Strafgericht (vgl. zur unterschiedlichen Prüfungsbefugnis nach den Varianten 2 und 3 Ziff. 7.2.1 hiervor).

7.2.3 Strafbefehlsverfahren

Die StPO bestimmt die Zuständigkeit zur Beurteilung von Delikten nach Massgabe der im konkreten Fall auszufällenden Sanktion: Übertretungen, d.h. mit Busse bedrohte Widerhandlungen, können durch Verwaltungsbehörden geahndet werden (Art. 17 und 357 StPO); soweit eine Sanktion bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe (oder das Äquivalent in Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit) ausgesprochen wird, kann die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlassen (Art. 352 StPO); für Strafen bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe kann ein Einzelgericht vorgesehen werden (Art. 19 StPO); schwerere Sanktionen sind zwingend von einem Kollegialgericht auszusprechen. Art. 352 StPO legt die Voraussetzungen für ein Strafbefehlsverfahren wie folgt fest:

Art. 352 Voraussetzungen

¹ Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie, unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung, eine der folgenden Strafen für ausreichend hält:

- a. eine Busse;
- b. eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen;
- c. eine gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden;
- d. eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten.

² Jede dieser Strafen kann mit einer Massnahme nach den Artikeln 66–73 StGB verbunden werden.

³ Strafen nach Absatz 1 Buchstaben b–d können miteinander verbunden werden, sofern die insgesamt ausgesprochene Strafe einer Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten entspricht. Eine Verbindung mit Busse ist immer möglich.

Daraus ergibt sich, dass das Strafbefehlsverfahren von zwei Prämissen ausgeht:

- Der Fall muss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach und klar sein und
- es darf nur eine relativ geringe Sanktion in Betracht kommen.

Nur unter diesen Voraussetzungen erscheint es überhaupt angängig, 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. In Fällen, bei denen eine Landesverweisung ausgesprochen wird, mag das erste Kriterium in bestimmten Fällen erfüllt sein, nicht aber das zweite.

Gerade bei den Strafen unter sechs Monaten soll gemäss Variante 2 (E-Art. 73a Abs. 3 StGB) eine Interessenabwägung vorgenommen werden, eine Aufgabe für die ein rasches und schriftliches Verfahren wenig geeignet erscheint – mit anderen Worten: Viele dieser Fälle sind weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einfach und klar; eine Ausnahme sind hier gegebenenfalls die Kriminaltouristen.

Eine Landesverweisung von fünf Jahren oder mehr stellt zudem keine geringfügige Sanktion dar. Dies zeigt auch ein Blick auf die 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 – immerhin ein unabhängiges Gericht – gilt, muss umso stärker für die den Strafbefehl erlassende Staatsanwaltschaft Gültigkeit haben.

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 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.¹⁶⁹

In den einzelnen Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen kommt das Strafbefehlsverfahren ganz unterschiedlich zum Zug:

- Die Vertreter des Initiativkomitees gehen davon aus, dass die Landesverweisung grundsätzlich auch im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens verhängt werden kann, weil es in der Hand des Verurteilten liegt, durch eine Einsprache gegen den Strafbefehl ein ordentliches gerichtliches Verfahren einzuleiten. In diesem Fall müsste Art. 352 Abs. 2 StPO entsprechend angepasst werden.

¹⁶⁹ Nach Variante 3 kann im Rahmen der fakultativen Landesverweisung das Gericht einen Ausländer für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen (E-Art. 67c Abs. 2 StGB).

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe weist auf damit verbundene mögliche Verfahrensverzögerungen hin.

- In Variante 2 wird aufgrund der oben dargestellten Überlegungen davon abgesehen, dass eine Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren verhängt werden kann.
- In Variante 3 wird eine Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren ausdrücklich in den Fällen erlaubt, in denen eine Person die Schweiz aufgrund des fehlenden Anwesenheitsrechts so oder so verlassen müsste (E-Art. 67c Abs. 3 StGB). Eine Änderung der StPO ist nicht notwendig, da E-Art. 67c StGB durch Art. 352 Abs. 2 StPO erfasst wird.

Der Vertreter des BJ hat gegenüber dieser Lösung verfassungsrechtliche Bedenken geäussert: Angesichts der Schwere der in Frage stehenden Sanktion (Landesverweisung und mehrjähriges Einreiseverbot) erscheine fraglich, ob den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 ff. BV hinreichend Rechnung getragen werden kann. Auf diese Garantien können sich alle ausländischen Personen berufen, unabhängig davon, ob ihre Anwesenheit in der Schweiz rechtmässig ist. Ferner könne ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot darin erblickt werden, dass nur über Personen *ohne Anwesenheitsrecht* im Strafbefehlsverfahren ein Urteil gefällt wird.

- Für Variante 4, welche die neue Verfassungsbestimmung im AuG umsetzt, ist die Frage des Strafbefehlsverfahrens ohne Bedeutung.

7.3 Beginn und Dauer der Landesverweisung und Verhältnis zur Hauptsanktion

7.3.1 Einleitung

Jede Landesverweisung ist grundsätzlich ab Rechtskraft des Urteils vollziehbar, unabhängig von der Art der neben der Landesverweisung ausgesprochenen Sanktion. Die Rechtskraft wird gemäss Art. 437 Abs. 2 StPO auf den Tag zurückbezogen, an dem der Entscheid gefällt wurde. Bei den ehemaligen Nebenstrafen und den heutigen «anderen Massnahmen» ist teilweise festgehalten, dass ein bestimmtes Verbot oder eine Massnahme mit Rechtskraft des Urteils «wirksam» wird.¹⁷⁰ Die Wirksamkeit bzw. Vollziehbarkeit bedarf jedoch nach Ansicht der Arbeitsgruppe keiner ausdrücklichen Erwähnung. Wichtiger scheint, den eigentlichen Beginn der Dauer der Landesverweisung klar zu regeln.

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 Art. 55 aStGB¹⁷¹ ging man davon aus, dass vor dem Vollzug der Landesverweisung

¹⁷⁰ Vgl. Art. 51 Ziff. 3, Art. 54 Abs. 2 oder Art. 56 Abs. 3 aStGB (StGB in der bis 31.12.2006 in Kraft stehenden Fassung); Art. 67a Abs. 1 StGB.

¹⁷¹ StGB in der bis 31.12.2007 in Kraft stehenden Fassung.

die freiheitsentziehende Strafe oder Massnahme ganz oder teilweise verbüsst wird.¹⁷² Dies ist auch bei der vom Bundesrat neu vorgeschlagenen fakultativen Landesverweisung¹⁷³ so vorgesehen.

E-Art. 73e StGB regelt einerseits den grundsätzlichen Vorrang des Straf- und Massnahmenvollzugs vor der Landesverweisung (Abs. 1) und andererseits, ab wann die Dauer des Einreiseverbots zu laufen beginnt (Abs. 2). Beide Fragen betreffen letztlich den Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung bzw. des Einreiseverbots. Als Marginalie von E-Art. 73e StGB wurde deshalb die Bezeichnung «Zeitpunkt des Vollzugs» gewählt. Dieser Bestimmung in Variante 2 entspricht E-Art. 67f StGB in Variante 3.

7.3.2 Zum Vorrang der einzelnen Sanktionen

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 Art. 59–61 StGB oder die Verwahrung nach Art. 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 Art. 35 Abs. 2 StGB deren sofortige Bezahlung oder eine Sicherheitsleistung verlangen.

Die Strafart der gemeinnützigen Arbeit bezweckt die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft und die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sich deren Anordnung daher nur, solange die Aussicht besteht, dass der Verurteilte nach dem Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵

¹⁷² KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 57.

¹⁷³ Vgl. Art. 67c Abs. 2 VE-StGB in der Gesetzesvorlage zur Revision des Sanktionensystems, die am 30.6.2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde; einsehbar unter: <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Sicherheit», «Gesetzgebung», «Änderung des Sanktionensystems»).

¹⁷⁴ BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4.

¹⁷⁵ Schon unter altem Recht ging man davon aus, dass die Landesverweisung sogleich vollzogen wird: KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 57.

Der Vollzug einer Geldstrafe, gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe zwischen einem und 3 Jahren kann nach Art. 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.

Anzufügen bleibt, dass die während des Verfahrens bereits ausgestandene Untersuchungshaft auf die Freiheits- oder Geldstrafe bzw. auf die gemeinnützige Arbeit ange rechnet wird (Art. 51 StGB). Es kann somit vorkommen, dass der ausländische Verurteilte die Strafe nicht antreten bzw. bezahlen muss, da diese bereits abgegolten ist. In diesem Falle muss die Strafe als verbüsst gelten und die Landesverweisung kann mit Rechtskraft des Urteils vollzogen werden.

7.3.3 Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung und der vorangehenden Sanktionen

7.3.3.1 Einleitung

Die Landesverweisung wird mit Rechtskraft des Urteils vollziehbar (vgl. oben, Ziff. 7.3.1). Das Urteil ist nicht sofort wirksam, wenn ein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Die Wirksamkeit tritt erst ein, wenn die Rechtsmittelfrist unbenutzt abgelaufen ist, auf das Rechtsmittel verzichtet oder dieses zurückgezogen wird bzw. wenn die Rechtsmittelinstanz auf das Rechtsmittel nicht eintritt oder es abweist. Wird das Urteil wirksam, wird die Rechtskraft auf den Tag zurückbezogen, an dem der Entscheid gefällt wurde (Art. 437 Abs. 1 und 2 StPO).

Bevor die Landesverweisung bzw. die Strafe vollzogen werden kann, muss folglich die Rechtsmittelfrist abgewartet werden. Diese kann zwischen 10 und 30 Tagen betragen. Ferner kann sich vor Antritt des Strafvollzugs, beispielsweise mangels freier Vollzugsplätze, eine Übergangsphase ergeben. Es stellt sich daher die Frage, welche Sicherheitsmassnahmen bestehen, um den Vollzug der Strafen und Massnahmen sicherzustellen und ob entsprechende Sicherheitsmassnahmen notwendig sind, um den Vollzug der Landesverweisung zu gewährleisten.

7.3.3.2 Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der vorangehenden Sanktionen

Rechtskräfte unbedingte Freiheitsstrafen und freiheitsentziehende Massnahmen werden sofort vollzogen, wenn Fluchtgefahr oder eine erhebliche Gefährdung der Öffentlichkeit besteht (Art. 439 Abs. 3 StPO). Zur Durchsetzung des Vollzugsbefehls kann die verurteilte Person zudem verhaftet werden (Art. 439 Abs. 4 StPO). In dringenden Fällen kann Sicherheitshaft angeordnet werden (Art. 221 und 440 StPO). Diese bezweckt namentlich, den Vollzug der freiheitsentziehenden Sanktion sicher zu stellen.¹⁷⁶ Sie kann nicht nur für die Zeit der Rechtsmittelfrist und die Zeit danach, sondern bereits nach Eingang der Anklageschrift beim erstinstanzlichen Gericht angeordnet werden (vgl. für Zuständigkeiten das Verfahren Art. 229 ff. StPO).

Die Sicherheitshaft steht auch zur Sicherstellung des Vollzugs von unbedingten und teilbedingten Geldstrafen zur Verfügung (Art. 220 und 440 StPO). Im Prinzip gilt dies auch in

¹⁷⁶ BBL 2006 1228; vgl. zum Begriff der Sicherheitshaft Art. 220 Abs. 2 StPO.

Bezug auf die gemeinnützige Arbeit. Diese Strafart kommt im Falle einer Landesverweisung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nicht in Betracht (vgl. Ziff. 7.3.2 hiervor).

7.3.3.3 Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung

Geht es nicht um den vorangehenden Vollzug einer Strafe oder Massnahme, sondern allein um den Vollzug der Landesverweisung (z.B. bei einer Landesverweisung in Verbindung mit einer bedingten Strafe), könnte die analoge Anwendung der ausländerrechtlichen Haftbestimmungen in Frage kommen: Erstens (und als mildere Variante) die *Eingrenzung* (Art. 74 AuG); zweitens (wenn der Eingrenzung zuwider gehandelt wurde, wenn eine qualifizierte Straftat begangen worden ist oder evtl. generell bei Personen ohne Aufenthaltstitel) die *Ausschaffungshaft* (Art. 76 AuG).

Mit der Eingrenzung nach Art. 74 AuG kann der betroffenen Person die Auflage gemacht werden, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen. Dies namentlich, wenn ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt und konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person nicht innerhalb der Ausreisefrist ausreisen wird oder sie die ihr angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat (Bst. b) oder wenn die Ausschaffung aufgeschoben wurde (Bst. c). Die analoge Anwendung dieser Zwangsmassnahme könnte insbesondere bei Personen zur Anwendung kommen, von denen keine grosse Gefahr der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgeht.

Die Ausschaffungshaft gemäss Art. 76 AuG dient der Sicherstellung des Vollzugs, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet wurde. Die betroffene Person kann in Haft genommen werden, wenn besondere Haftgründe vorliegen. Ausschaffungshaft kommt damit in Frage, wenn der Betroffene wegen eines Verbrechens oder wegen ernsthafter Bedrohung oder erheblicher Gefährdung an Leib und Leben verurteilt worden ist oder wenn der Betroffene das ihm zugewiesene Gebiet verlässt (Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AuG).

7.3.3.4 Regelungsbedarf

Die geltenden Bestimmungen zur Sicherstellung des Vollzugs der Strafe oder Massnahme bzw. der Landesverweisung sind grundsätzlich genügend, sofern die ausländerrechtlichen Massnahmen auch für den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung herangezogen werden. Eine diesbezügliche Klarstellung im AuG wäre indessen angezeigt.

Eine andere Möglichkeit würde darin bestehen, die Bestimmungen der StPO so zu präzisieren, dass die Sicherheitshaft ausdrücklich auch zur Sicherstellung der Landesverweisung angeordnet werden kann. Damit könnte auf eine analoge Anwendung der ausländerrechtlichen Massnahmen für eine strafrechtliche Sanktion verzichtet werden. – Die Arbeitsgruppe hat keiner der beiden Varianten den Vorzug gegeben.

7.3.4 Beginn, Dauer und Ende der Landesverweisung

7.3.4.1 Beginn

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 ausgeschafft wird. Andere Personen können nicht ausgeschafft werden, weil ihre 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.¹⁷⁷ Die Dauer der Landesverweisung soll daher an dem Tag zu laufen beginnen, an dem die verurteilte Person aus der Schweiz ausreist (E-Art. 73e Abs. 2 StGB).¹⁷⁸ Nicht diskutiert worden ist die Frage was gilt, wenn der Vollzug – gegebenenfalls auch während mehreren Jahren – aufgeschoben ist.

7.3.4.2 Dauer

Die Landesverweisung dauert grundsätzlich während der im Urteil festgelegten Zeitspanne. Es stellt sich die Frage, ob ein widerrechtlicher Aufenthalt der verurteilten Person in der Schweiz einen Einfluss auf die Dauer haben soll. Eine Möglichkeit wäre, die Zeit von der widerrechtlichen Einreise bis zur erneuten Ausreise nicht anzurechnen (d.h. das Ende der Landesverweisung um diese Zeitspanne nach hinten zu verschieben). Dieses Vorgehen wäre jedoch mit Aufwand und Unsicherheiten verbunden. So müsste eine Behörde die relevante Zeitspanne ermitteln und ein neues Enddatum für die Landesverweisung festlegen. In vielen Fällen wäre es jedoch schwierig, das genaue Datum der illegalen Einreise festzustellen. Nach Meinung der Arbeitsgruppe soll deshalb in diesen Fällen auf das «Ruhens» der Landesverweisung verzichtet werden.

Im Weiteren stellt sich die Frage, wie die Dauer berechnet werden soll, wenn der Täter vor Ablauf der Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz einreist, neue Delikte begeht und wiederum zu einer Landesverweisung verurteilt wird. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 55 aStGB werden in mehreren Urteilen verhängte Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach Absorptionsprinzip vollzogen.¹⁷⁹ Das heisst, dass die im Zeitpunkt des neuen Urteils weniger lange dauernde Landesverweisung in der längeren Landesverweisung aufgeht.

Dieses Prinzip wurde vom Bundesgericht zwar gestützt auf die Regelung zur altrechtlichen Landesverweisung statuiert. Denkbar wäre jedoch auch, dass der Gesetzgeber ausdrücklich eine Kumulation der Dauern von mehreren Landesverweisungen vorschreibt. So werden im Strafrecht die Strafen kumuliert, weil diese auf dem Verschulden des Täters basieren und eine schuldausgleichende Aufgabe haben.¹⁸⁰ Bei den Massnahmen sollte hingegen im Zeitpunkt eines späteren Urteils eine Gesamtbeurteilung der Situation vorgenommen werden und die in diesem Zeitpunkt als notwendig erachtet Massnahme verhängt werden. Eine zeitliche Kumulation von gleichartigen Massnahmen wird daher nicht vorgenommen.¹⁸¹ Dies soll auch für die Landesverweisung so gehandhabt werden.

¹⁷⁷ Vgl. dazu die Ausreisefrist und die sofortige Vollstreckung nach Art. 64d AuG.

¹⁷⁸ So im Ansatz bereits in Art. 55 Abs. 3 Satz 2 aStGB vorgesehen; vgl. auch KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 56 f.

¹⁷⁹ Vgl. KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 55 mit Hinweis auf BGE 117 IV 229.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 4 f. der Verordnung vom 19.9.2006 zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz (V-StGB-MStG; SR 311.01).

¹⁸¹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 V-StGB-MStG.

7.3.4.3 Ende der Landesverweisung

Die Landesverweisung endet mit dem Ablauf der ausgesprochenen Dauer. Die altrechtliche Landesverweisung war als Nebenstrafe ausgestaltet und unterlag daher der Verjährung. Für Massnahmen (und andere Massnahmen) gelten hingegen keine Verjährungsfristen. Sie gelten so lange als ihre Voraussetzungen gegeben sind. Die altrechtliche Landesverweisung als Nebenstrafe konnte zudem durch eine Begnadigung beendet werden.¹⁸² Die Begnadigung ist jedoch bei Massnahmen (und anderen Massnahmen) nicht möglich (vgl. Art. 383 StGB).

Die Landesverweisung wird im Rahmen des Urteils im Strafregister eingetragen. Es erscheint zudem sinnvoll, wenn die Vollzugsbehörde das Datum, an dem die Landesverweisung zu laufen beginnt, und das Datum, an dem sie endet, in das Strafregister einträgt. 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. Zudem stellt die Landesverweisung nach den Varianten 1–3 eine Massnahme dar, bei der die Vollzugsentscheide in der Regel in das Strafregister eingetragen werden.¹⁸³ Gerade für die Strafverfolgungsbehörden, welche für die Strafzumessung auf die Informationen im Strafregister zugreifen, wäre es dienlich, wenn sie sehen würde, ob ein neues Delikt in die Dauer einer Landesverweisung fällt oder nicht. – Ein formeller Entscheid über das Ende der Landesverweisung ist nicht notwendig.

7.4 Unterbrechung und Aufhebung der Landesverweisung

7.4.1 Folgerungen aus dem Massnahmencharakter der Landesverweisung

Die Ausgestaltung der Landesverweisung als Massnahme bringt mit sich, dass diese grundsätzlich nur solange aufrecht erhalten werden darf, als ihr Zweck es erfordert.¹⁸⁴ Art. 121 Abs. 5 BV verlangt allerdings, dass die Landesverweisung mit einem Einreiseverbot von mindestens 5 Jahren zu verbinden ist und statuiert somit eine bestimmte Frist, innert welcher das Prinzip der Zweckbindung nicht spielen kann. Dies erlaubt es nur beschränkt, dem Wesen der Landesverweisung als Massnahme Rechnung zu tragen. Gleichwohl scheint es angezeigt, im Rahmen des verfassungsmässig Zulässigen eine Unterbrechung oder Aufhebung der Landesverweisung zu ermöglichen.

Die nachstehenden Ausführungen über die Folgen davon, dass die Landesverweisung als Massnahme ausgestaltet ist, gelten nicht für die Variante 1. Danach ist nach Auffassung der Vertreter des Initiativkomitees die Landesverweisung eine Sanktionsart sui generis.

7.4.2 Unterbrechung durch die Vollzugsbehörde

Die Unterbrechung der Landesverweisung stellt eine vorübergehende und eher auf kurze Fristen angelegte Möglichkeit dar, um einerseits Interessen der verurteilten ausländischen

¹⁸² BGE 104 I^b 275 E. 1a S. 278.

¹⁸³ Vgl. Art. 5 f. der Verordnung vom 29.9.2006 über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung; SR 331).

¹⁸⁴ STRATENWERTH, § 8 N. 34.

Person, andererseits aber auch Interessen der schweizerischen Strafverfolgung und Rechtspflege Rechnung zu tragen. Dieser Zweck sowie Gesichtspunkte der Praktikabilität und Verfahrensökonomie legen es nahe, die Anordnungskompetenz zur Unterbrechung in die Hand der kantonalen Vollzugsbehörde zu legen. Die richterliche Festsetzung der Dauer des Einreiseverbots ist durch dessen (kurzzeitige) Unterbrechung nicht tangiert.

Es dürften vorab humanitäre, familiäre, aber auch etwa medizinisch indizierte Gründe nahelegen, einer von einer Landesverweisung betroffenen ausländischen Person die Einreise in die Schweiz zu erlauben: Nur so würde ihr beispielsweise ermöglicht, an der Trauerfeier eines nahen Familienmitglieds in der Schweiz teilzunehmen. Andererseits kann die Unterbrechung auch im öffentlichen Interesse sein. Stehen beispielsweise die Straftaten, die zur Landesverweisung geführt haben, im Zusammenhang mit der deliktischen Tätigkeit einer anderen Person, kann der ausgeschafften Person eine Zeugenpflicht obliegen. Hier erscheint es angemessen, das Einreiseverbot auszusetzen. Da die Unterbrechung somit nicht zwingend im Interesse des Verurteilten liegen muss, wird darauf verzichtet, einen Antrag des Verurteilten vorauszusetzen. Diese Erwägungen sollen durch die gewählten Formulierungen in den E-Art. 73f Abs. 1 und E-Art. 67g Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommen.

Die in Art. 121 Abs. 5 BV vorgesehene fünfjährige Mindestdauer des Einreiseverbots steht einer Unterbrechung bereits vor Ablauf von 5 Jahren nicht entgegen. Denn bei der Unterbrechung handelt es sich um eine Vollzugsmassnahme, welche die (richterliche) Festsetzung bzw. die Bemessung der Dauer des Einreiseverbots nicht berührt.

Schliesslich sind die Auswirkungen eines Vollzugsunterbruchs auf die Gesamtdauer des Einreiseverbots zu untersuchen. Eine Möglichkeit wäre, vorzusehen, dass das Einreiseverbot während der Unterbrechung *ruht*; das heisst, die bereits laufende Frist würde für eine bestimmte Zeit angehalten, um anschliessend weiter zu laufen.¹⁸⁵ Dieses Vorgehen wäre jedoch mit grossem Aufwand verbunden: Die Vollzugsbehörde müsste ein neues Enddatum des Einreiseverbots festsetzen und würde insofern den richterlichen Entscheid korrigieren. Auch müsste eine Änderung des Strafregistereintrags erfolgen. Deshalb sollte die Unterbrechung keine Auswirkung auf die Gesamtdauer des Einreiseverbots bzw. dessen Enddatum haben. Die Vollzugsbehörde wird die – oft nur wenige Tage dauernde und bisweilen auch vom öffentlichen Interesse gebotene – Unterbrechung jeweils nur für die konkret erforderliche Zeitspanne anordnen und im Rahmen ihres Ermessens bei der Anordnung weiterer Vollzugsunterbrüche einer allfälligen Gefahr des Missbrauchs Rechnung tragen.

7.4.3 Aufhebung durch das Gericht

Das Strafgericht darf gegenüber der straffälligen freizügigkeitsberechtigten Person die Landesverweisung nicht aussprechen (das Aufenthaltsrecht nicht aberkennen), wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des FZA vorliegt (vgl. E-Art. 73c StGB sowie oben, Ziff. 7.2.1). Wenn das Strafgericht im Zeitpunkt der Anordnung der Landesverweisung keine FZA-Widrigkeit erkennt, kann sich in der Vollzugsphase infolge seither ergangener Änderungen des freizügigkeitsrechtlich relevanten Sachverhalts die Notwendigkeit zur erneuten Überprüfung

¹⁸⁵ Art. 75 aStGB unterschied im Zusammenhang mit der Vollstreckungsverjährung die *Unterbrechung* (die Verjährungsfrist beginnt nach der Unterbrechung von Neuem zu laufen) und das *Ruhen* (die laufende Verjährungsfrist wird angehalten, um nachher weiter zu laufen). Zum Ganzen MÜLLER, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 75 StGB Rz. 1.

ergeben. Namentlich erscheint nicht ausgeschlossen, dass bei Straftätern nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe nachträglich ein Ausschlussgrund im Sinne von E-Art. 73c StGB eintritt. In einem solchen Fall hebt das Gericht – nicht die Vollzugsbehörde – die Landesverweisung auf Gesuch hin auf (vgl. E-Art. 73f Abs. 2 StGB).

7.5 Vollzugsverfahren

7.5.1 Kantonale Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug

Gemäss Art. 123 Abs. 2 BV sind für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den *Straf- und Massnahmenvollzug* die Kantone zuständig, soweit das (Bundes-)Gesetz nichts anderes vorsieht. Diese Bestimmung hat in erster Linie die Funktion, den Bundesgesetzgeber in den genannten Sachbereichen zur Zurückhaltung bei seiner Rechtsetzungstätigkeit zu mahnen.¹⁸⁶ Seit dem 1. Januar 2008 sieht zwar Art. 123 Abs. 3 BV ausdrücklich vor, dass der Bund Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen kann. Von dieser Kompetenz wird allerdings nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Wie bisher beschränkt sich der Bundesgesetzgeber im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs auf eine Rahmengesetzgebung, die insbesondere dazu dient, den einzelnen strafrechtlichen Sanktionen Konturen und Gehalt zu geben. Insoweit können diese Vollzugsregelungen auch als materielles Strafrecht angesehen werden.

Ferner verankert Art. 372 StGB auf Gesetzesebene die allgemeine kantonale Pflicht, die von Strafgerichten aufgrund des StGB ausgefallenen Urteile zu vollziehen (Pflicht zum Straf- und Massnahmenvollzug).

Vor dem Hintergrund dieses «Zurückhaltungsgebots» sollen sich zusätzliche eidgenössische Regeln für den Vollzug der Landesverweisung auf das Notwendige beschränken. Wo immer möglich, erscheint bei einer Umsetzung im Strafgesetzbuch die Anknüpfung an die bestehende eidgenössische (StPO) und kantonale Vollzugsordnung naheliegend. Allgemein gilt, dass sich die mit dem Erlass einer Vollstreckungsverfügung verbundenen Verfahrensfragen (z.B. aufschiebende Wirkung, Rechtsmittelfristen usw.) nach kantonalem Recht richten; einschlägig ist in der Regel das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht.¹⁸⁷

7.5.2 Zuständige kantonale Vollzugsbehörde und gebotene Handlungsform

Als Ausfluss des hiervor erwähnten Zurückhaltungsgebots überlassen es E-Art. 73g Abs. 1 und E-Art. 67h Abs. 1 StGB der kantonalen Gesetzgebung, die zuständige Vollzugsbehörde zu bezeichnen. Wie bereits bei der Landesverweisung nach Art. 55 aStGB regeln die Kantone, wie und in Zusammenarbeit mit welchen Stellen (Polizei-, Ausländer- und Strafvollzugsbehörde) sie die strafrechtliche Landesverweisung vollziehen. Immerhin

¹⁸⁶ BIAGGINI, Art. 123 N. 5.

¹⁸⁷ Vgl. BRÄGGER BENJAMIN F., BaKomm, Strafprozessordnung, Art. 439 StPO, Rz. 4 f., 22. Vgl. konkret bspw. für den Kanton Bern Art. 81a des Gesetzes vom 25.6.2003 über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG; BSG 341.1): «Gegen Verfügungen und Beschwerdeentscheide der Polizei- und Militärdirektion kann beim Obergericht Beschwerde geführt werden.» Gemäss Art. 82 SMVG richtet sich das Verfahren nach dem Gesetz vom 23.5.1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

weisen die vorgeschlagenen Normen die Kantone zur «unverzüglichen» Vollstreckung der Landesverweisung an.

Die vom Strafgericht ausgesprochene Landesverweisung kann als *Sachverfügung* qualifiziert werden. Der Verwaltungsakt, mit welchem die kantonale Vollzugsbehörde diese Anordnung vollzieht, regelt die Vollzugsmodalitäten, insbesondere den Zeitpunkt sowie die Art und Weise der Ausschaffung. Dieser Verwaltungsakt weist die Merkmale einer anfechtbaren *Vollstreckungsverfügung* auf und muss sich namentlich zur Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Vollzugshindernissen äussern (vgl. sogleich Ziff. 7.5.3). Bei freiwilliger Ausreise der von einer Landesverweisung betroffenen ausländischen Person kann die kantonale Vollzugsbehörde vom Erlass einer Vollstreckungsverfügung absehen.

7.5.3 Gründe für den Aufschub der Landesverweisung

Einig ist sich die Arbeitsgruppe, dass die Landesverweisung grundsätzlich vom Strafgericht anzuordnen ist. Unterschiedliche Meinungen bestehen hinsichtlich der Frage, ob die Vollzugshindernisse ebenfalls durch das Strafgericht (so die Variante 3; vgl. auch oben, Ziff. 7.2.1) oder durch die Vollzugsbehörde geprüft werden sollen (so die Variante 2).

Werden Vollzugshindernisse erkannt, sei es von Amtes wegen oder gestützt auf Hinweise der betroffenen ausländischen Person, bleiben zwar die vom Strafgericht angeordnete 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 (vgl. zum Ganzen ausführlich oben, Ziff. 3.2.2.2).

Im Ausländerrecht sind die Ausschaffungs- bzw. Wegweisungsvollzugshindernisse¹⁸⁸ in Art. 83 Abs. 1–4 AuG geregelt. Es sind dies die Unmöglichkeit, die Unzulässigkeit und die Unzumutbarkeit der Weg- oder Ausweisung.¹⁸⁹ Die in E-Art. 73g Abs. 2 Bst. a–c StGB aufgeführten Aufschubgründe sind zwar in den Grundzügen an die Wegweisungsvollzugshindernisse gemäss Art. 83 Abs. 1–4 AuG angelehnt, weisen aber einen eigenständigen Gehalt auf:

- Unter die *Unzulässigkeit* des Vollzugs gemäss Art. 80 Abs. 3 AuG werden das flüchtlings- und menschenrechtliche Non-Refoulement-Prinzip subsumiert. Der Klarheit halber verzichtet indessen der Formulierungsvorschlag in E-Art. 73g Abs. 2 Bst. a StGB auf den Begriff der Unzulässigkeit und benennt direkt das Verbot der Rückschiebung als Aufschubgrund.
- Die *Unmöglichkeit* des Vollzugs 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 sodann ausserhalb des Einflussbereichs der betroffenen Person liegen. Bei der Dauer der Unmöglichkeit geht die Rechtsprechung zu Art. 83 Abs. 2 AuG davon aus, dass diese mindestens ein Jahr andauern muss und auch in Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit weiterbestehen wird.¹⁹⁰ Wichtigster praktischer Unmöglichkeitsgrund ist die Weigerung der Heimatbehörde, Reisepapiere auszustellen. Art. 121 Abs. 3 und 5 BV lassen Raum für

¹⁸⁸ So die Terminologie bei BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Vorbemerkungen zu Art. 83–88 AuG, N. 1.

¹⁸⁹ Vgl. für eine ausführliche Kommentierung ILLES, Kommentar AuG, Art. 83 N. 4 ff.

¹⁹⁰ Vgl. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung ILLES, Kommentar AuG, Art. 83 N. 10.

eine entsprechende Prüfung durch die Strafvollzugsbehörde, was letztlich auch einem zwingenden Gebot der Praktikabilität entspricht. Der Formulierungsvorschlag in E-Art. 73g Abs. 2 Bst. b StGB soll die zu Art. 83 Abs. 2 AuG ergangene Rechtsprechung zum Ausdruck bringen.

- Gemäss beispielhafter Aufzählung in Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer *unzumutbar* sein, wenn sie «in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind.» E-Art. 73g Abs. 2 Bst. c (Variante 2) und E-Art. 67d Abs. 2 Bst. c StGB (Variante 3) übernehmen diese Aufzählung und zwar abschliessend, nicht bloss beispielhaft. Sie nennen aber zusätzlich die Unzumutbarkeit der Ausschaffung infolge schwerwiegender persönlicher Gründe als Aufschubgrund. Mit diesem Zusatz wird die Vollzugsbehörde (Variante 2) bzw. das Gericht (Variante 3) angehalten, im Einzelfall zu untersuchen, ob Anforderungen, wie sie sich aus der EMRK, dem UNO-Pakt II und der KRK ergeben, einer Ausschaffung (vorübergehend) entgegenstehen. Der Zusatz bildet schliesslich den normativen Anknüpfungspunkt für die Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall.

In Zweifelsfällen können die Behörden beim BFM einen Amtsbericht zu den Aufschubgründen einholen. Wird der Aufschub gewährt, verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme. Im Vergleich mit ausländischen Personen, die eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbe willigung haben, ergeben sich aus dem Status der vorläufigen Aufnahme insbesondere in den Bereichen der Erwerbstätigkeit, des Familiennachzugs und des Kantonswechsels wesentliche Schlechterstellungen (vgl. dazu auch hinten, Ziff. 7.9.2.6; Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen).

Die Nichtdurchführbarkeit der Ausschaffung beruht auf den in E-Art. 73g Abs. 2 (Variante 2) bzw. E-Art. 67d Abs. 2 StGB (Variante 3) aufgeführten Aufschubgründen. Ob diese noch vorliegen, soll von der Vollzugsbehörde (Variante 2) bzw. vom Gericht (Variante 3) regelmässig überprüft werden. Die Überprüfung dürfte in der Regel jährlich und anlässlich der Verlängerung des Ausweises für vorläufig aufgenommene Personen erfolgen (vgl. Art. 41 Abs. 2 AuG). Je nach Ausschaffungshindernis fällt aber auch ein anderer Überprüfungszeitpunkt in Betracht. Deshalb wird – in Anlehnung an die Formulierung in Art. 84 Abs. 1 AuG – die Vollzugsbehörde durch E-Art. 73g Abs. 3 StGB zur «periodischen» Überprüfung verpflichtet.

7.6 Rechtsmittelverfahren

7.6.1 Verfassungsrechtliche Rechtsschutzanforderungen

Art. 121 Abs. 3–6 BV enthalten die Idee des «Ausweisungsautomatismus». Verfahrens rechtliche Konsequenz muss die Errichtung eines raschen Verfahrens vor der verfügenden und der Rechtsmittelbehörde sein. Dabei sind insbesondere die folgenden verfassungsrechtlichen Vorgaben wegleitend:

- Eine von der kantonalen Vollzugsbehörde erlassene Vollstreckungsverfügung muss von einer Rechtsmittelbehörde überprüft werden können. Ein gesetzlicher Ausschluss der Anfechtbarkeit dieser Vollstreckungsverfügung, sei er im eidgenössischen oder im kantonalen Recht vorgesehen, ist mit Art. 29a BV nicht vereinbar. Zwar weist der Wortlaut von Art. 29a BV auf mögliche gesetzliche Ausnahmen vom Anspruch auf eine richterliche Beurteilung hin. Solche halten indessen nur vor der Verfassung stand

bei mangelnder Justizierbarkeit des betreffenden Rechtsakts oder wenn dieser einen überwiegend politischen Charakter aufweist (sog. *actes de gouvernement*). Solche Eigenschaften liegen bei den hier fraglichen Vollstreckungsverfügungen offenkundig nicht vor.

- Art. 29a BV verlangt weiter, dass die Vollstreckungsverfügung durch mindestens eine *gerichtliche Instanz* beurteilt wird. Ein Rechtsmittelzug ans Bundesgericht ist indes- sen verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.¹⁹¹
- Die betroffene ausländische Person kann sich nur gegen die verfügte Zwangsmass- nahme, also gegen den eigenständigen Gehalt der Vollstreckungsverfügung zur Wehr setzen. Rügen gegen die der Vollstreckungsverfügung zugrunde liegende Sachverfügung und damit gegen die strafrechtliche Landesverweisung an sich sind nicht mehr möglich; sie können nur im (strafrechtlichen) Rechtsmittelverfahren vorge- bracht werden.

7.6.2 Oberes kantonales Gericht als endgültig entscheidende Rechtsmit- telinstanz

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe favorisiert einen *einstufigen Instanzenzug* und möchte *keine Zuständigkeit von Gerichten des Bundes* vorsehen. Dies mit dem Ziel, Konkordanz herzustellen mit dem geltenden Rechtsmittelsystem. Demnach liegt es grundsätzlich in der Kompetenz der kantonalen Behörden und Gerichte, bei illegal anwesenden Ausländerinnen und Ausländern und solchen, deren Bewilligung nicht verlängert oder widerrufen wird, über die Wegweisung zu befinden.

Der Vertreter des BJ hat Einwände geäussert und dabei allgemeine Grundsätze für die Rechtsetzung im Bereich der Bundesrechtspflege dargelegt:

- Wo der Vollzug von Bundesrecht in Frage steht, sollte mindestens eine gericht- liche Beschwerdeinstanz des Bundes eingesetzt werden. Andernfalls hat der Bund kaum mehr Einflussmöglichkeiten auf Vollzugsfragen, obwohl er bei- spielsweise gegenüber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in der Verantwortung steht. Bei einer StGB-Umsetzung wäre folglich konsequent, das *Bundesstrafgericht*¹⁹² als (letztinstanzliche) Beschwerdeinstanz vorzuse- hen. Die nötigen Ressourcen vorausgesetzt, ist das Bundesstrafgericht ohne weiteres auch in der Lage einen raschen Entscheid zu treffen.¹⁹³
- Wo Vollzugsfragen abschliessend in der (Gerichts-)Zuständigkeit der Kantone liegen, bestehen Risiken einer uneinheitlichen Rechtsanwendung. Hier umso mehr, als das materielle Recht zwangsläufig auf allgemeine Rechtsbegriffe ab- stellt.

¹⁹¹ Vgl. indessen Art. 78 Abs. 2 Bst. b BGG: Nach dieser Norm beurteilt das Bundesgericht auf Beschwerde in Strafsachen hin auch Entscheide über den Vollzug von Strafen und Mass- nahmen. Ferner beurteilt das Bundesgericht nach Art. 113 BGG («subsidiäre») Verfas- sungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen, soweit keine Beschwerde nach den Art. 72–89 BGG zulässig ist (vgl. dazu auch unten, Ziff. 7.9.1).

¹⁹² Alternative: Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mit der Begründung, es stünden überwiegend ausländerrechtliche (nicht: strafrechtliche) Rechtsfragen zur Beurteilung an.

¹⁹³ Vgl. auch die bundesgerichtliche Zuständigkeit bei der Überprüfung der Anordnung der aus- länderrechtlichen Ausschaffungshaft: Das Bundesgericht urteilt in aller Regel innerhalb we- niger Tage. Diese Rechtsprechung hat erheblich zur Rechtssicherheit hinsichtlich der Haft- voraussetzungen geführt und erleichtert damit auch den kantonalen Behörden den Vollzug.

In den Varianten 2 (E-Art. 73h Abs. 1 StGB) und 3 (E-Art. 67i Abs. 1 StGB) wird in Anlehnung an Art. 86 Abs. 2 BGG die Einsetzung eines – erstinstanzlich und endgültig urteilenden – «oberen Gerichts» vorgeschlagen. Die Kantone sind damit namentlich frei, ob sie als Rechtsmittelinstanz die strafrechtliche oder die verwaltungsrechtliche Abteilung ihres Kantons- oder Obergerichts einsetzen wollen. Ausgeschlossen ist indessen, dass der Kanton einen Rechtsweg zunächst an eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz vor sieht.¹⁹⁴

7.6.3 Beschwerde- und Behandlungsfristen

Die normale Beschwerdefrist beträgt 30 Tage. Vorliegend erscheint es vor dem Hintergrund der Verfassungsbestimmung angezeigt und für die Beschwerdeführenden zumutbar, gegen Entscheide der Vollzugsbehörde eine *Rechtsmittelfrist* von 10 Tagen vorzusehen (vgl. auch Art. 100 Abs. 2 BGG).

Gesetzliche *Behandlungsfristen* sind in aller Regel kein taugliches Instrument zur Verfahrensbeschleunigung, weil sie zu wenig auf die verschiedenen möglichen Fallkonstellationen abgestimmt werden können. Ausserdem kann die Überschreitung solcher Behandlungsfristen meistens nicht mit wirksamen Rechtsfolgen verbunden werden. Eine Behandlungsfrist kann ausnahmsweise angebracht sein, wenn die Verfahrensdauer aus übergeordneten Interessen zwingend limitiert werden muss.¹⁹⁵

Weil vorliegend die Fallkonstellationen und der behördliche Abklärungsaufwand sehr unterschiedlich sein können, ist von einer taggenauen Behandlungsfrist abzusehen. Vorgeschlagen wird, in E-Art. 73g Abs. 1 und E-Art. 67h Abs. 1 StGB lediglich die Vollzugsbehörde zu einem «unverzüglichen» Entscheid zu verpflichten (vgl. oben, Ziff. 7.5.2). Gründe für die Zurückhaltung bei Eingriffen in die kantonale Gerichtshoheit gebieten es, auf eine entsprechende Vorschrift bei der Rechtsmittelinstanz zu verzichten. Aus den Vollzugsbestimmungen insgesamt (unverzüglicher Entscheid der Vollzugsbehörde, abgekürzte Rechtsmittelfrist) wird aber hinreichend deutlich, dass das obere Gericht die Vollzugsverfügungen ebenfalls in einem raschen Verfahren und gegebenenfalls ausserhalb der Reihe zu beurteilen hat.

7.6.4 Beschwerdegründe und weitere Verfahrensbestimmungen

Bundesrechtlich soll vorgegeben sein, dass im Rechtsmittelverfahren gegen die Vollstreckungsverfügung grundsätzlich nur die Verletzung von Aufschubgründen gerügt werden kann, wie sie für die Varianten 2 und 3 entwickelt wurden.¹⁹⁶ Ferner können sich Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer auf Verfahrensgarantien berufen, die sich direkt aus der Bundesverfassung ergeben (z.B. Gehörsansprüche).

¹⁹⁴ Vgl. etwa Art. 80 Abs. 2 SMVG-BE (Fn. 187), wonach im Strafvollzugsbereich Verfügungen des Amts für Freiheitsentzug und Betreuung und der Leitungen der Vollzugsinstitutionen (vor dem Gang an das Obergericht) bei der Polizei- und Militärdirektion angefochten werden können.

¹⁹⁵ Art. 226 Abs. 1 StPO (Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts innerhalb von 48 Stunden); Art. 109 Abs. 3 AsylG («unverzüglicher» Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts).

¹⁹⁶ Vgl. E-Art. 73h Abs. 2 bzw. E-Art. 67i Abs. 2 StGB i.V.m. E-Art. 73g Abs. 2 bzw. E-Art. 67d Abs. 2 StGB.

Zahlreiche weitere Festlegungen, wie das Verfahren vor der gerichtlichen Rechtsmittelinstanz auszustalten ist, sollen vor dem Hintergrund des Art. 123 Abs. 2 BV in der kantonalen Regelungskompetenz verbleiben. Das betrifft etwa die folgenden Punkte: Beschwerdebefugnis, (Nicht-)Gewährung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, Mündlichkeit bzw. Schriftlichkeit des Verfahrens, Begründungsdichte des Rechtsmittelentscheids, Verfahrenskosten und Regelung der unentgeltlichen Prozessführung usw. Selbstverständlich sind die Kantone dabei an die – teilweise relativ engmaschigen – Verfassungsvorgaben im Bereich der Verfahrensgarantien gebunden (Art. 29 ff. BV).

7.7 Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)

Mit E-Art. 73^{quater} StGB haben auch die Vertreter des Initiativkomitees einen Vorschlag für eine Vollzugsnorm unterbreitet. Demzufolge sollen – übereinstimmend mit den Vorschlägen gemäss den Varianten 2 und 3 – kantonale Behörden den Vollzug der Landesverweisung sicherstellen und ein kantonales Gericht erstinstanzlich und endgültig über Beschwerden urteilen.

Abweichend von den Vorschlägen gemäss den Varianten 2 und 3 können die Vollzugsbehörden (und das kantonale Gericht als Rechtsmittelinstanz) nur das Verbot der Rückschiebung als Aufschubgrund anerkennen (E-Art. 73^{quater} Abs. 2 StGB). Zudem sollen die Vollzugsbehörden und die kantonalen Gerichte mit der in E-Art. 73^{quater} Abs. 4 StGB verankerten 30-tägigen Behandlungsfrist zu besonders raschem Vorgehen verpflichtet werden. Schliesslich hat die kantonale Vollzugsbehörde nach Art. 73^{quater} Abs. 3 StGB von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Art. 6a Abs. 2 AsylG als sicher bezeichnet, nicht gegen das Verbot der Rückschiebung verstössst.

Die verfahrensrechtliche Konsequenz dieser Bestimmung dürfte analog sein zur Regelung in Art. 34 Abs. 1 AsylG:¹⁹⁷ Auf ein entsprechendes Gesuch bzw. Rechtsmittel braucht nicht eingetreten zu werden, ausser es lägen im Einzelfall konkrete Hinweise vor, welche die Richtigkeit der gesetzlichen Vermutung in Frage stellen. In einem solchen Fall wären das Gesuch bzw. das Rechtsmittel auch materiell zu behandeln.

Schliesslich wird aus den Formulierungsvorschlägen der Variante 1 deutlich, dass auch in der Vollzugsphase die Prüfung des Einzelfalls, namentlich die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Ausweisung, ausgeschlossen sein soll.

7.8 Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)

7.8.1 Anpassungen im Ausländerrecht

Die Anordnung des zwingenden Bewilligungsentzugs und des zwingenden Einreiseverbots sind in Ziff. 6.9.4 hiervor erläutert. Bei Variante 4 sind die Migrationsbehörden sowohl für die Anordnung also auch für den Vollzug dieser Massnahmen zuständig.

¹⁹⁷ Vgl. dazu ILLES / SCHREPFER / SCHERTENLEIB, S. 134 ff.

Ausländerinnen und Ausländer, die sich illegal in der Schweiz aufhalten oder deren Bewilligung nicht verlängert oder widerrufen wurde, müssen umgehend aus der Schweiz weggewiesen werden (Art. 64 ff. AuG). Eine besondere Vollzugsbestimmung ist nach einem zwingenden Widerruf einer Bewilligung nicht erforderlich (anders in Variante 2: E-Art. 73g Abs. 1 StGB).

Bei Personen, welche die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf einer Bewilligung erfüllen (E-Art. 63a AuG), gelten *erhöhte Anforderungen* an die Vollzugshindernisse, die zu einer vorläufigen Aufnahme führen (E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73g Abs. 2 StGB]). Dies ergibt sich aus der neuen Verfassungsbestimmung, wonach bei gewissen Straftaten alle Aufenthaltsrechte entzogen werden und ein Einreiseverbot angeordnet werden muss. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur sehr eingeschränkt zu gewähren. In Variante 2 gelten demgegenüber bei der zwingenden als auch bei der fakultativen Landesverweisung die gleichen Anforderungen.

Sind die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme nicht mehr erfüllt, hebt sie das BFM auf (Art. 84 Abs. 2 AuG). Dies gilt auch bei vorläufig aufgenommenen Personen, die wegen einer Straftat erst nachträglich die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf der Bewilligung nach Art. 63a AuG erfüllen. Vorbehalten bleibt auch in diesen Fällen E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG (vgl. dazu auch hinten, Ziff. 7.9.2.6; Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen).

Die Variante 4 sieht keine besonderen Bestimmungen für eine Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens vor (anders in Variante 2: E-Art. 73h StGB). Vielmehr gelten die allgemeinen Bestimmungen des AuG, die bereits Beschleunigungsmassnahmen in bestimmten Fällen vorsehen. Demnach kann eine erstinstanzliche Wegweisung sofort vollstreckt werden, wenn die betroffene Person insbesondere eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt oder konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will (Art. 64d Abs. 2 AuG). Bei Ausländerinnen und Ausländern, die sich illegal in der Schweiz aufgehalten haben, besteht zudem eine verkürzte Beschwerdefrist von 5 Tagen; die Wegweisungsverfügung hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz entscheidet innerhalb von zehn Tagen über deren Wiederherstellung (Art. 64 Abs. 3 AuG).

7.8.2 Anpassungen im Asylrecht

Sind die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen erfüllt (E-Art. 63a AuG) und ist ein Asylverfahren hängig, muss es möglichst rasch rechtskräftig abgeschlossen werden. Es wird daher eine Bestimmung vorgeschlagen, wonach sowohl das BFM als auch das Bundesverwaltungsgericht mit besonderer Beförderlichkeit entscheiden, wenn die asylsuchende Person straffällig geworden ist (E-Art. 37 Abs. 4 und 109 Abs. 5 AsylG). Dies ist in der Praxis bereits heute der Fall.

Sind die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen erfüllt (E-Art. 63a AuG) und wird das Asylgesuch abgelehnt, erfolgt wie üblich eine Wegweisung (Art. 44 Abs. 2 AsylG). Auch in diesen Fällen sind die Vollzugshindernisse eingeschränkt, die zur Anordnung einer vorläufigen Aufnahme führen (E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG).

Die strafrechtliche Verurteilung nach E-Art. 63a AuG stellt einen neuen Asylausschlussgrund dar (E-Art. 53 Bst. c AsylG). Das anerkannten Flüchtlingen gewährte Asyl und auch das damit verbundene Aufenthaltsrecht gemäss Art. 60 AsylG erlischt, wenn eine strafrechtliche Verurteilung nach E-Art. 63a AuG vorliegt (E-Art. 64 Abs. 1 Bst. e AsylG). Dies entspricht der neuen Verfassungsbestimmung, wonach bei bestimmten Straftaten alle

Aufenthaltsrechte erloschen (Art. 123 Abs. 3 BV). Dazu gehört auch die Asylgewährung, die den anerkannten Flüchtlingen eine besondere Rechtsstellung gewährt.

Anerkannte Flüchtlinge ohne Asyl werden vorläufig aufgenommen (E-Art. 83 Abs. 8 AuG). Sie dürfen nur ausgewiesen werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Dieser Grundsatz ergibt sich aus Art. 32 Ziff. 1 der Flüchtlingskonvention¹⁹⁸ (vgl. auch Art. 65 AsylG). Festzuhalten ist, dass auch in diesen Fällen immer das Non-Refoulement-Gebot beachtet werden muss (Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK). Sollen anerkannte Flüchtlinge weggewiesen werden, weil sie die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen erfüllen, ist in der Regel ein Amtsbericht des BFM erforderlich.

7.9 Hinweise auf Änderungen anderer Bundesgesetze

7.9.1 Auswirkungen auf Strafgesetze und Prozessordnungen

Die Vorschläge zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im StGB gemäss den Varianten 1–3 ziehen Anpassungen der StPO nach sich. Aufgrund der jeweiligen Lösung werden z.B. die Bestimmungen über die Voraussetzungen des Strafbefehlsverfahrens angepasst werden müssen (vgl. oben, Ziff. 7.2.3) oder Präzisierungen sind vorzunehmen, wenn die Sicherheitshaft ausdrücklich auch zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung dienen soll (vgl. oben, Ziff. 7.3.3.4).

Indem die Varianten 1–3 eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im StGB vorschlagen, sind sie nur auf Personen anwendbar, die das 18. Altersjahr erreicht haben und deren Taten nicht nach dem Militärstrafrecht zu beurteilen sind (Art. 9 StGB). Die neuen Verfassungsbestimmungen sind jedoch grundsätzlich auf alle ausländischen Personen anwendbar, unabhängig ihres Alters und unabhängig davon, nach welchem Strafgesetz sie beurteilt werden. Dasselbe gilt bereits heute für die Verhängung von ausländerrechtlichen Fernhaltemassnahmen nach dem AuG. Es wird daher zu prüfen sein, inwieweit auch für jugendliche Täter und für Täter, die dem Militärstrafrecht unterstehen, eine zwingende Landesverweisung vorzusehen ist. Aufgrund der getroffenen Regelungen wird zudem zu prüfen sein, welche Anpassungen der jeweiligen Prozessordnungen vorzunehmen sind. Die Varianten 1–3 werden somit allenfalls mit Änderungen des Jugendstrafgesetzes (JStG)¹⁹⁹, des Militärstrafgesetzes (MStG)²⁰⁰, der Jugendstrafprozessordnung (JStPO)²⁰¹ und des Militärstrafprozesses (MStP)²⁰² ergänzt werden müssen.

Schliesslich sind zur Umsetzung des in den Varianten 1–3 vorgesehenen Instanzenzugs Anpassungen im BGG notwendig. Namentlich wäre die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. die Beschwerde in Strafsachen gegen Vollzugssentscheide auszuschliessen. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach den Art. 113 ff. BGG bliebe aber zulässig. Eine abgekürzte Rechtsmittelfrist in solchen Beschwerdever-

¹⁹⁸ Abkommen vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK; SR 0.142.30).

¹⁹⁹ Bundesgesetz vom 20.6.2003 über das Jugendstrafrecht (SR 311.1).

²⁰⁰ Militärstrafgesetz vom 13.6.1927 (SR 321.0).

²⁰¹ Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20.3.2009 (SR 312.1).

²⁰² Militärstrafprozess vom 23.3.1979 (SR 322.1).

fahren müsste beispielsweise durch Einfügen eines neuen Art. 118a BGG ausdrücklich statuiert werden.

7.9.2 Auswirkungen im Ausländergesetz (AuG)

7.9.2.1 Verhältnis der ausländerrechtlichen Massnahmen zur Landesverweisung

Auch mit der Einführung der neuen strafrechtlichen Landesverweisung gemäss den Varianten 1–3 sind weiterhin ausländerrechtliche Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen notwendig, namentlich der Widerruf der Bewilligungen (Art. 62 und 63 AuG), die Wegweisung (Art. 64 ff AuG), Einreiseverbote (Art. 67 AuG), die Ausweisung (Art. 68 AuG) und die Anordnung der Ausschaffung (Art. 69 AuG).

Die vorgeschlagene zwingende oder fakultative Landesverweisung deckt nicht alle Sachverhalte ab, welche zu einem Widerruf der Bewilligung oder zu einem Einreiseverbot führen können. So sind ausländerrechtliche Massnahmen insbesondere auch bei strafrechtlich nicht erfassten Sachverhalten möglich, beispielsweise bei Sozialhilfeabhängigkeit (Art. 62 Bst. e und Art. 63 Abs. 1 Bst. c AuG) oder bei falschen Angaben im Bewilligungsverfahren (Art. 62 Bst. a AuG).

In Variante 1 werden die Delikte, die zwingend zur Anordnung der Landesverweisung führen, abschliessend im Strafgesetzbuch aufgeführt. Eine fakultative Landesverweisung ist nicht vorgesehen. Es muss den zuständigen kantonalen Ausländerbehörden möglich sein, einen Widerruf der Bewilligungen zu verfügen, wenn ein Delikt begangen wurde, das nicht im Deliktskatalog der Variante 1 enthalten ist.

Bei den Varianten 2 und 3 ist zusätzlich eine fakultative Landesverweisung vorgesehen. Es liegt hier im Ermessen des Strafrichters, ob eine solche strafrechtliche Massnahme angeordnet werden soll. Die Migrationsbehörden können unabhängig vom Entscheid des Strafrichters darüber befinden, ob ausländerrechtliche Massnahmen angeordnet werden sollen. Die fakultative Landesverweisung und der im AuG vorgesehene Widerruf von Bewilligungen verfolgen nicht die gleichen Ziele. Eine Koordination der von den verschiedenen Behörden getroffenen Massnahmen ist jedoch anzustreben. Die gleiche Problematik ergab sich bei der altrechtlichen Landesverweisung.²⁰³

7.9.2.2 Wirkungen der Landesverweisung

Die strafrechtliche Landesverweisung umfasst bei den Varianten 1–3 das Erlöschen von ausländerrechtlichen Bewilligungen (sofern vorhanden), die Wegweisung aus der Schweiz und ein Einreiseverbot.

7.9.2.3 Erlöschen der Bewilligungen und der vorläufigen Aufnahme

Im AuG ist eine Bestimmung erforderlich, wonach die Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen mit der Anordnung der (zwingenden oder fakultativen) Landesverweisung erlöschen. Dies gilt auch dann, wenn ein gesetzlicher Anspruch besteht (z.B. Staatenlose: Art. 31 AuG; Familiennachzug: Art. 42 ff. AuG; bei Asylgewährung: Art. 60 AsylG).

²⁰³ Vgl. dazu ausführlich ZÜND, S. 73 ff.

Die vorläufige Aufnahme soll mit dem *Vollzug* der Landesverweisung erlöschen. Ein Erlöschen bereits mit der *Anordnung* könnte bei gewissen Vollzugshindernissen dazu führen, dass die vorläufige Aufnahme umgehend wieder erteilt werden müsste.

7.9.2.4 Wegweisung

In den Varianten 1–3 können die Kantone die für den Vollzug der Landesverweisung zuständige Behörde selber bestimmen (Strafvollzugs- oder Migrationsbehörde).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die für die Schweiz anwendbare EG-Rückführungsrichtlinie (2008/115/EG). Die Vertragsstaaten können allerdings beschliessen, diese *nicht* auf Angehörige von Drittstaaten anzuwenden, die auf Grund einer strafrechtlichen Sanktion oder in Folge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die Auslieferungsverfahren anhängig sind (Art. 2 Abs. 2 Bst. b und Art. 4 Abs. 4 Bst. a Rückführungsrichtlinie).

Setzen die Kantone die Strafvollzugsbehörden für den Vollzug der Landesverweisung ein, können sie somit das Vollstreckungsverfahren unabhängig von der Rückführungsrichtlinie ausgestalten. Beschliessen die Kantone, dass die Migrationsbehörden für den Vollzug der Landesverweisung zuständig sind, gelten die Bestimmungen des AuG zum Wegweisungsverfahren (Art. 64 ff. AuG). Diese Bestimmungen entsprechen den Anforderungen der Rückführungsrichtlinie.

Die Ausreisefrist soll in der Regel von der Vollzugsbehörde auf den Zeitpunkt der Haftentlassung festgelegt werden. Handelt es sich um eine bedingte Strafe oder eine Geldstrafe, ist die Landesverweisung sofort vollziehbar.

7.9.2.5 Einreiseverbot

Art. 121 Abs. 5 BV sieht zusätzlich vor, dass Ausländerinnen und Ausländer von der zuständigen Behörde mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen sind. Im Wiederholungsfall ist das Einreiseverbot auf 20 Jahre anzusetzen.

Ausländerinnen und Ausländer mit einer Landesverweisung dürfen die Schweiz während deren Dauer nicht mehr betreten. Der Erlass eines zusätzlichen ausländerrechtlichen Einreiseverbotes (Art. 67 AuG) ist in diesen Fällen nicht erforderlich. Mit der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) ist die Einreise in den ganzen Schengenraum untersagt.

7.9.2.6 Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen

Liegt ein Vollzugshindernis gemäss den Varianten 1–3 vor, erfolgt eine vorläufige Aufnahme durch das BFM. Art. 83 AuG muss entsprechend ergänzt werden.²⁰⁴ Bei Variante 1 darf der Vollzug der Landesverweisung lediglich aufgeschoben werden, wenn dadurch

²⁰⁴ Art. 83 Abs. 7 AuG sieht vor, dass in gewissen Fällen keine vorläufige Aufnahme erteilt werden kann, wenn die betroffene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder wenn sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat. Die Arbeitsgruppe hat sich nicht zur Frage geäussert, ob diese Regelung auch nach der automatischen Anordnung einer Landesverweisung gemäss der neuen Verfassungsbestimmung zur Anwendung gelangen soll.

gegen zwingendes Völkerrecht verstossen würde. Bei den Varianten 2–3 werden die möglichen Vollzugshindernisse aufgeführt; dabei wird auch nicht zwingendes Völkerrecht berücksichtigt.

Entscheiden die zuständigen kantonalen Behörden über den Vollzug der Landesverweisung, können sie bei Bedarf beim BFM einen Amtsbericht einholen.

Die Möglichkeit der späteren Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an vorläufig aufgenommene Personen, gegen die eine Landesverweisung besteht, soll für deren Dauer ausgeschlossen werden. Die Arbeitsgruppe hat sich nicht zur Frage geäussert, ob vorläufig Aufgenommene mit einer Landesverweisung die gleiche Rechtsstellung erhalten sollen wie andere vorläufig Aufgenommene. Dies betrifft zum Beispiel die Möglichkeit des Familiennachzugs, des Zugangs zur Erwerbstätigkeit sowie Integrationsmassnahmen.

7.9.3 Auswirkungen im Asylgesetz (AsylIG)

7.9.3.1 Landesverweisung bei hängigem Asylverfahren

Die Landesverweisung (Varianten 1–3) ist auch dann anzuordnen, wenn ein Asylverfahren hängig ist. Allfällige Vollzugshindernisse sind beim Entscheid über den Vollzug zu prüfen.

Es ist sinnvoll, im Asylverfahren ein generelles Beschleunigungsgebot einzuführen, wenn der Gesuchsteller eine Straftat begangen hat. Dies entspricht der heutigen Praxis.

Die Landesverweisung soll als zusätzlicher Asylausschlussgrund aufgenommen werden (Art. 53 AsylIG). Damit verlieren die betroffenen Personen die mit der Asylgewährung verbundenen Rechte (z.B. Anspruch auf Erteilung der Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung nach Art. 60 AsylIG), auch wenn sie als Flüchtlinge anerkannt werden.

7.9.3.2 Hängiges Asylverfahren beim Vollzug der Landesverweisung

Ist im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung ein Asylgesuch hängig, soll der Vollzug durch die kantonalen Behörden bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Asylgesuch sistiert werden. Ein vorfrageweiser Entscheid über das Asylgesuch durch die kantonalen Vollzugsbehörden ist nicht sinnvoll.

7.9.3.3 Erlöschen des Asyls

Das anerkannten Flüchtlingen gewährte Asyl und auch das damit verbundene Aufenthaltsrecht (Art. 60 AsylIG) soll mit der Anordnung der Landesverweisung erlöschen. – Anerkannte Flüchtlinge ohne Asyl werden vorläufig aufgenommen.

7.9.3.4 Ausweisung von anerkannten Flüchtlingen

Nach Art. 65 AsylIG dürfen anerkannte Flüchtlinge nur ausgewiesen werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Diese «Ausweisung» umfasst gemäss Botschaft des Bundesrates zum AsylIG vom 31. August 1977 auch die Landesverweisung. Der Grundsatz von Art. 65 AsylIG ergibt sich aus Art. 32 Ziff. 1 der Flüchtlingskonvention. Fest-

zuhalten ist, dass im Rahmen der Vollzugsverfügung immer das Non-Refoulement-Gebot beachtet werden muss, das einen hohen Schutz gewährt.

Die Landesverweisung ist unabhängig von Art. 65 AsylG auszusprechen; sie soll zum Erlöschen des Asyls führen. Wird die Landesverweisung gegen einen anerkannten Flüchtling ausgesprochen, müssen die Vollzugsbehörden in der Regel einen Amtsbericht beim BFM einholen.

7.9.4 Schlussbestimmungen

Im Strafrecht gilt grundsätzlich das *Rückwirkungsverbot*: Art. 2 Abs. 1 StGB verbietet die Anwendung des Gesetzes auf Taten, welche vor seinem Inkrafttreten begangen wurden.²⁰⁵ Eine Ausnahme gilt, wenn das Gesetz zwischen Tat und Urteil ändert. Nach Art. 2 Abs. 2 StGB gilt in diesem Fall der Grundsatz des mildernden Rechts (*lex mitior*): Das neue Recht ist auf Taten anwendbar, die vor dessen Inkrafttreten begangen wurden, sofern es für den Betroffenen milder ist als das Recht zur Zeit der Tat.

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. Gemäss den Varianten 2 und 3 stellt die neue Landesverweisung eine «andere Massnahme» dar. In der Lehre ist zwar umstritten, inwieweit der Grundsatz des mildernden Rechts (Art. 2 Abs. 2 StGB) auch für Massnahmen gilt.²⁰⁶ Dieser Aspekt dürfte jedoch im vorliegenden Zusammenhang unerheblich sein, da die neue, zwingende Landesverweisung eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht darstellt.

Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, hat der Bundesgesetzgeber entgegen der oben genannten Grundsätze die rückwirkende Anwendung der neuen Bestimmungen über die Massnahmen (Art. 59–65 StGB) vorgesehen.²⁰⁷ Für die anderen Massnahmen (Art. 66 ff. StGB) galt indessen das Rückwirkungsverbot nach Art. 2 StGB.

Im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot stellt sich schliesslich die Frage nach dem massgebenden Datum. Zwei Möglichkeiten fallen in Betracht: Das Datum des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen des StGB über die Landesverweisung oder das Datum des Inkrafttretens der neuen Verfassungsbestimmungen (28. November 2010). Im Rahmen der Umsetzung von Art. 123b BV über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät wird für das Rückwirkungsverbot auf das Datum des Inkrafttretens der neuen Verfassungsbestimmung abgestellt.²⁰⁸

Die hier angesprochenen Fragen sind bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative in der Form von Schlussbestimmungen zu regeln.

²⁰⁵ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007 Art. 2 StGB Rz. 1.

²⁰⁶ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007, Art. 2 StGB Rz. 12.

²⁰⁷ Vgl. Ziff. 2 der Schlussbestimmungen der Änderungen vom 13.12.2002.

²⁰⁸ Erläuternder Bericht zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät, Bundesamt für Justiz, Bern, Mai 2010; einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Kriminalität», «Gesetzgebung», «Unverjährbarkeit»).

7.10 Statistische Angaben

7.10.1 Erhebungen des Bundesamtes für Statistik²⁰⁹ zu den einzelnen Varianten

7.10.1.1 Variante 1

2009 verurteilte Personen	Total	Nationalität							
		Schweizer	Ausländer						
			Total	Aufenthaltsstatus ²¹⁰					
				Wohnbevölkerung (Ausweis B/C)	Asylbereich (Ausweis N/F)	Temporär (Ausweis G/L)	Ohne Aufenthalts- bewilligung	Unbe- kannter Status	
	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	24'192	7'784	16'408	4'452	2'469	297	8'013	1'177	
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	-	-	3'183	1'631	6	255	873	418	

7.10.1.2 Variante 2 (und 4)

2009 verurteilte Personen	Total	Nationalität							
		Schweizer	Ausländer						
			Total	Aufenthalts- status ²¹⁰					
				Wohnbevölke- rung (Ausweis B/C)	Asylbereich (Ausweis N/F)	Temporär (Ausweis G/L)	Ohne Aufent- haltsbewillig- ung	Unbe- kannter Status	
	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	10'041	4'163	5'878	2'316	911	106	1'895	650	
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	1'532	-	1'532	854	1	100	330	247	
Strafdauer ²¹² von 180 Tagen oder mehr (Ersttäter) ²¹³	4'078	1'409	2'669	971	249	38	1'067	344	
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	612	-	612	308	0	36	166	102	
Strafdauer ²¹² von 180 Tagen oder mehr innerhalb von 10 Jahren (nur Wiederholungstäter) ²¹⁴	1'376	653	723	334	87	4	234	64	
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	174	-	174	132	0	3	19	20	
Strafdauer ²¹² von weniger als 180 Tagen (nur Ersttäter) ²¹⁵	4'587	2101	2486	1'011	575	64	594	242	
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	746	-	746	414	1	61	145	125	

²⁰⁹ Einsehbar unter <http://www.bfs.admin.ch> (Rubriken «19 Kriminalität, Strafrecht», «Querschnittsthemen», «Ausländer und Strafrecht», «Daten, Indikatoren»).

²¹⁰ Zum Aufenthaltsstatus (Ausweise B, C, N, F, G und L), vgl. oben, Ziff. 3.2.1 hiervor. Ohne Aufenthaltsbewilligung: Bewilligungsfreier Aufenthalt (bis 3 Mte. ohne Erwerbstätigkeit; für Personen ausserhalb EU/EFTA ist i.d.R. Visum erforderlich) oder rechtswidriger Aufenthalt.

²¹¹ EU-Staaten sowie Norwegen und Island.

²¹² Die Strafdauer ist eine Summe der Dauer des Freiheitsentzugs, der Geldstrafen und der gemeinnützigen Arbeit (GA).

²¹³ E-Art. 73a Abs. 2 Bst. a StGB; E-Art. 63a Abs. 2 Bst. a AuG.

²¹⁴ E-Art. 73a Abs. 2 Bst. b StGB; E-Art. 63a Abs. 2 Bst. b AuG.

²¹⁵ E-Art. 73a Abs. 3 StGB.

7.10.1.3 Variante 3

2009 verurteilte Personen	Total	Nationalität						
	Schweizer	Ausländer						
		Total	Aufenthaltsstatus ¹					Unbekannter Status
			Wohnbevölkerung	Asylbereich	Temporär	Ohne Aufenthaltsbewilligung		
			(Ausweis B/C)	(Ausweis N/F)	(Ausweis G/L)			
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total Strafdauer ²¹² von mehr als 180 Tagen	5'373	2'037	3'336	1'316	329	47	1'259	385
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	766	-	766	430	0	44	174	118
Strafdauer ²¹² von mehr als 180 Tagen (Ersttäter) ²¹⁶	3'898	1'324	2'574	951	242	41	1'021	319
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	583	-	583	292	0	39	154	98
Strafdauer ²¹² von mehr als 180 Tagen ²¹⁵ innerhalb von 10 Jahren (nur Wiederholungstäter)	1'475	713	762	365	87	6	238	66
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	183	-	183	138	0	5	20	20

7.10.2 Allgemeine Bemerkungen

Die Zahlen in Ziff. 7.10.1 hiervor erfassen nur die Personen, welche aufgrund einer Straftat, die in einem der Deliktskataloge enthalten ist, verurteilt worden sind. Die Gründe, die im Einzelfall einer Landesverweisung entgegenstehen könnten, werden nicht berücksichtigt. Die Zahlen sind daher nicht gleichzusetzen mit der Anzahl Personen, die effektiv des Landes verwiesen werden müssten.

Werden bei den einzelnen Varianten die Straftaten unabhängig von der Staatsangehörigkeit erhoben, ergibt sich ein Ausländeranteil von jeweils rund zwei Dritteln.

Von den verurteilten Ausländern besitzt bei allen Varianten jeweils nur rund ein Drittel ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht in der Schweiz (Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung). Die übrigen zwei Drittel haben keine Bewilligung oder befinden sich im Rahmen eines Asylverfahrens oder einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz. Nur ein kleiner Teil besitzt eine Grenzgänger- oder Kurzaufenthaltsbewilligung.

Ausländerinnen und Ausländer ohne Bewilligung (d.h. mit rechtswidrigem Aufenthalt: illegale Einreise, abgelaufene Bewilligung oder abgelaufenes Visum, abgelehntes Asylgesuch mit abgelaufener Ausreisefrist) müssen die Schweiz gemäss geltendem Recht unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung verlassen (Wegweisung nach dem AuG).

In den Statistiken nicht erfasst sind die Fälle des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe (Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV). Die entsprechende Strafbestimmung im StGB soll im Rahmen der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen geschaffen werden (vgl. E-Art. 151^{bis} StGB in den verschiedenen Varianten im Anhang).

²¹⁶ E-Art. 67c Abs. 1 StGB.

7.10.3 Bemerkungen zu den einzelnen Varianten

7.10.3.1 Variante 1

Im Jahr 2009 wären von Variante 1 insgesamt 16'408 Ausländerinnen und Ausländer erfasst worden. Davon sind 3'183 EU-Bürger (rund 20%), für welche das FZA gilt. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich nicht nur EU-Bürger auf das FZA berufen können, sondern auch deren Familienangehörige, unabhängig ihrer Nationalität, also etwa der palästinensische Ehegatte einer Spanierin. Statistische Angaben dazu bestehen nicht.

Von den 16'408 im Jahr 2009 verurteilten Ausländerinnen und Ausländern hatten 4'452 eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. 10'779 Ausländerinnen und Ausländer stammten aus dem Asylbereich, hatten keine Bewilligung oder waren als Grenzgänger oder Kurzaufenthalter zugelassen. Bei 1'177 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben.

Ein Widerruf oder eine Nichtverlängerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung müsste somit bei dieser Variante 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 den Varianten 2 und 3 werden bei Variante 1 deutlich mehr Ausländerinnen und Ausländer erfasst. Dies erklärt sich insbesondere dadurch, dass Variante 1 nur auf das begangene Delikt abstellt und die Varianten 2 und 3 neben der Art des Delikts auch dessen Schwere mitberücksichtigen (Mindeststrafe von 6 Monaten bzw. von mehr als 6 Monaten; vgl. oben, Ziff. 6.7 und sogleich Ziff. 7.10.3.2).

7.10.3.2 Varianten 2 und 3

Die Varianten 2 und 3 unterscheiden sich kaum in der Anzahl der statistisch erfassten Fälle. Der Hauptunterschied besteht vor allem darin, dass in Variante 2 zusätzlich die Personen erfasst sind, welche zu einer Strafe von weniger als 180 Tagen verurteilt worden sind (und fakultativ des Landes verwiesen werden können). Unterschiede ergeben sich auch durch die unterschiedlichen Mindeststrafen (Variante 2: Strafe von 180 Tagen oder mehr; Variante 3: Strafe von mehr als 180 Tagen).

Die Wiederholungstäter, die innerhalb von 10 Jahren zu mehreren Strafen von insgesamt 180 Tagen oder mehr bzw. von insgesamt mehr als 180 Tagen verurteilt wurden, fallen weniger stark ins Gewicht, als man annehmen könnte. Sie betragen im Bezugsjahr 2009 nur 723 (Variante 2) bzw. 762 (Variante 3) Personen.

Da die Zahlen der Varianten 2 und 3 sehr ähnlich sind, wird im Folgenden nur Variante 2 näher kommentiert. Im Jahr 2009 wären von der zwingenden Landesverweisung gemäss Variante 2 insgesamt 3'392 Ausländerinnen und Ausländer erfasst worden. Davon sind rund 23% EU-Bürger (vgl. dazu die Ausführungen oben, Ziff. 7.10.3.1). 2'669 Personen sind Ersttäter (mit einer Strafe von mindestens 180 Tagen) und 723 sind Wiederholungstäter (mit kumulierten Strafen von insgesamt mindestens 180 Tagen innerhalb von 10 Jahren).

Von den 3'392 Personen, die von der Regelung über die zwingende Landesverweisung erfasst werden, hatten 1'305 eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. 1'679 Ausländerinnen und Ausländer stammen entweder aus dem Asylbereich, hatten keine

Bewilligung oder waren als Grenzgänger oder Kurzaufenthalter zugelassen. Bei 408 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben.

Die zwingende Landesverweisung müsste somit bei dieser Variante jährlich bei rund 1'305 Personen mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht angeordnet werden. Bei 336 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 1'751 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.

Bei Variante 2 ist zusätzlich die *fakultative* Landesverweisung im Strafbereich unter 180 Tagen zu berücksichtigen. Sie erfasste im Jahr 2009 2'486 Personen. Diese können des Landes verwiesen werden, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen. Von dieser fakultativen Landesverweisung dürften vor allem Kriminaltouristen, im weitesten Sinne straffällige Personen ohne Anwesenheitsrecht, betroffen sein (d.h. rund 1'800 Personen). Es kann jedoch nicht abgeschätzt werden, wie viele Personen gestützt auf E-Art. 73a Abs. 3 StGB wirklich des Landes verwiesen würden.

7.10.3.3 Variante 4

Inhaltlich entspricht die Variante 4 der Variante 2; es sind daher gleich viele Fälle betroffen. Die Ausländerbehörden haben aber im Gegensatz zu den Varianten 2 und 3 bei den fakultativen Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen grundsätzlich keine Einschränkungen bezüglich der Schwere der Straftat im Einzelfall (Art. 62, 63, 67 und 68 AuG).

7.10.4 Vergleichszahlen

Bereits im Vorfeld zur Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative wurden beim Bundesamt für Statistik Untersuchungen darüber angestellt, wie viele ausländische Personen aufgrund der *Ausschaffungsinitiative* ausgewiesen werden müssten. Folgende Zahlen wurden veröffentlicht:²¹⁷

- 2007: 4'072 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssen (davon 1'852 Personen ohne Aufenthaltsrecht).
- 2008: 4'200 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssen (davon 1'894 Personen ohne Aufenthaltsrecht).

Zum *direkten Gegenentwurf des National- und Ständerates* wurden folgende Zahlen veröffentlicht:²¹⁸

²¹⁷ Berücksichtigt wurden folgende Straftaten der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»: Art. 111–113, 140, 182, 189, 190 StGB, Kombination Art. 139 StGB mit Art. 144 StGB und Art. 186 StGB, Art. 19 BetmG; ohne Fälle des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe. Einsehbar unter <http://www.bfs.admin.ch> (Rubriken «19 Kriminalität, Strafrecht», «Querschnittsthemen», «Ausländer und Strafrecht», «Daten, Indikatoren»).

²¹⁸ Berücksichtigt wurden folgende Straftaten gemäss direktem Gegenentwurf des National- und Ständerates: Art. 111–113, 118 Abs. 2, Art. 122, 140 Ziff. 2, 3 und 4, Art. 146 (Freiheitsstrafen von mindestens 18 Monaten), 156 Ziff. 2, 3 und 4, Art. 189 Abs. 3, Art. 190, 221, 223, 224, 227 Ziff. 1, Art. 228 Ziff. 1, Art. 240 Abs. 1 StGB, Art. 19 Ziff. 2 BetmG. Einsehbar unter

- 2007: 2'169 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssen (davon 1'045 Personen ohne Aufenthaltsrecht).
- 2008: 2'128 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssen (davon 1'049 Personen ohne Aufenthaltsrecht).

Variante 1 würde das Vierfache der im Vorfeld der Abstimmung für die Umsetzung der Initiative publizierten Anzahl an verurteilten Personen erfassen. Die Varianten 2, 3 und 4 erreichen die vor der Abstimmung getroffenen Annahmen für die Initiative knapp nicht (insgesamt zu 80%; in Bezug auf die Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbe- willigung zu 90%). Variante 2 übersteigt die Annahmen, wenn die fakultative Landesver-weisung aufgrund von Taten des Deliktskatalogs mitberücksichtigt wird. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die Varianten 2 bis 4 die Zahlen, die für die Umsetzung des Gegen-entwurfes angenommen wurden, deutlich übertreffen (um rund 60%).

7.10.5 Strafbereich unter 6 Monaten

Die Varianten 2 bis 4 stellen für die zwingende Landesverweisung nicht nur auf die Verur- teilung wegen eines bestimmten Deliktes ab, sondern auch auf die im Einzelfall ausgefällt- te Strafe. Damit soll dem Verhältnismässigkeitsprinzip bis zu einem gewissen Grad Rech- nung getragen werden.

In der Regel wird eine Mindeststrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe oder von 180 Tages- sätzen Geldstrafe (bzw. von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe gemäss Variante 3) vorausgesetzt. Da der grösste Teil der Straftaten mit Stra- fen im Bereich unter 6 Monaten bestraft wird, könnte die Annahme entstehen, die Varian- ten 2 bis 4 würden nur einen marginalen Teil der Straftäter erfassen. Dies trifft jedoch nicht zu.

Im Jahr 2009 lagen zwar 84% aller Strafen, die wegen Verbrechen und Vergehen des StGB verhängt wurden, im Bereich unter 6 Monaten (bzw. nicht über 6 Monaten).²¹⁹ Die Deliktskataloge der Varianten 2 bis 4 umfassen jedoch zum grossen Teil schwere Straftaten (insbesondere Straftaten mit einer Mindeststrafe von 1 Jahr oder mehr), bei denen eine Strafe unter 6 Monaten praktisch ausgeschlossen werden kann oder nur bei Vorlie- gen von Strafmilderungsgründen möglich ist. Bei zahlreichen dieser Straftaten liegt daher der Anteil an Strafen unter 6 Monaten weit unter den oben genannten 84%. Tendenziell gilt: je tiefer die für die Tat angedrohte Strafe, desto höher der Prozentsatz von Strafen, die nicht mehr als 6 Monate betragen.²²⁰ Dies kann anhand folgender Beispiele illustriert werden:

Strafen unter 6 Monaten bei schweren Verbrechen durch Ausländer (die erste Kolonne enthält das Total der Verurteilungen, die zweite den Prozentsatz der Strafen unter 6 Mo- naten):

²¹⁹ <http://www.bfs.admin.ch> (Rubriken «19 Kriminalität, Strafrecht», «Querschnittsthemen», «Ausländer und Strafrecht», «Daten, Indikatoren»).

²²⁰ 2009 wurden wegen Verbrechen und Vergehen nach dem Strafgesetzbuch 28'635 Strafen verhängt (5'012 Freiheitsstrafen, 21'531 Geldstrafen und in 2'092 Fällen gemeinnützige Ar- beit). 24'248 dieser Strafen lagen im Bereich unter 6 Monaten (resp. nicht über 6 Monaten).

²²⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass mehr Personen wegen Delikten verurteilt werden, die mit einer geringen Strafe bedroht sind. Das heisst, dass 10% bei einem schweren Verbrechen weniger Urteile umfassen, als 10% bei einem Vergehen.

– Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB):	43	0%
– Mord (Art. 112 StGB):	5	0%
– Schwere Körperverletzung:	66	10%
– Einfacher Raub (Art. 140 Ziff. 1 StGB):	221	12%
– Raub mit Waffe (Art. 140 Ziff. 2 StGB):	18	5%
– Bandenmässiger Raub (Art. 140 Ziff. 3 StGB):	28	0%
– Raub mit Lebensgefährdung (Art. 140 Ziff. 4 StGB):	8	0%

Strafen unter 6 Monaten bei leichteren Verbrechen (Strafdrohung: Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahre oder Geldstrafe) durch Ausländer (die erste Kolonne enthält das Total der Verurteilungen, die zweite den Prozentsatz der Strafen unter 6 Monaten):

– Strafbarer Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der Frau (Art. 118 Abs. 1 StGB):	2	50%
– Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB):	61	29%
– Angriff (Art. 134 StGB):	149	75%
– Einfache Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 StGB):	34	52%
– Einbruch (Art. 186 i.V.m. Art. 139 StGB):	1'525	60%
– Sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB):	77	67%

Strafen unter 6 Monaten bei Vergehen durch Ausländer (die erste Kolonne enthält das Total der Verurteilungen, die zweite den Prozentsatz der Strafen unter 6 Monaten):

– Einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 StGB):	882	92%
– Einfache Körperverletzung mit gefährlichen Mitteln etc. (Art. 123 Ziff. 2 StGB):	391	80%
– Raufhandel (Art. 133 Abs. 1 StGB):	253	93%
– Einbruch (Art. 186 in Verb. mit Art. 144 StGB):	1'289	55%

8. Völkerrechtskonformität der Deliktskataloge und der Vorschläge zur Vollzugsregelung

Die Anforderungen, die sich aus den einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte sowie aus dem FZA ergeben, wurden in den Ziff. 3.4.2–3.4.5 hier vor dargelegt. Auf die Folgen einer völkerrechtswidrigen Umsetzung geht die Ziff. 3.5 hier vor ein.

8.1 Variante 1

Mit Bezug auf die EMRK folgt daraus, dass ein Abstellen allein auf das begangene Delikt den Anforderungen von Art. 8 EMRK nicht genügt. Insofern widerspricht die *Variante 1* bereits in Ihrem Ansatz den Anforderungen der Konvention. Dies gilt umso mehr, als nach Variante 1 auch in der Vollzugsphase die Prüfung der Verhältnismässigkeit zu unterbleiben droht.

ben hat (E-Art. 73^{quater} Abs. 1 und 2 StGB). Analoges gilt für die Vereinbarkeit der Variante 1 mit Art. 17 UNO-Pakt II, welcher ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall verlangt. Was die verfahrensrechtlichen Garantien betrifft, wird bei Anwendbarkeit von Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK und von Art. 13 UNO-Pakt II auch eine Verletzung dieser Bestimmungen vorliegen, da mit dem Automatismus der Ausweisung nicht alle dagegen sprechenden Gründe mehr in das Verfahren eingebracht werden können. Sind Kinder von der Ausweisung betroffen, verstösst der vorgesehene Automatismus in Variante 1 auch gegen die Kinderrechtskonvention, welche verlangt, dass dem Kindeswohl in Ausweisungsentscheiden eine grosse Bedeutung beizumessen ist.

Unter dem FZA ist zudem bereits der Entzug der Aufenthaltsbewilligung und die Landesverweisung im Urteilszeitpunkt problematisch. Das FZA schliesst grundsätzlich aus, dass der Entzug einer Aufenthaltsbewilligung oder eine Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion ausgesprochen werden. Beides ist nur dann zulässig, wenn im Urteils- und Vollzugszeitpunkt eine aktuelle Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt.

Der Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts ist ein autonomer Begriff des Landesrechts (vgl. Art. 139 Abs. 3 BV).²²¹ Er umfasst das zwingende Völkerrecht (*ius cogens*) und namentlich gewisse im Völkerrecht verankerten notstandsfesten Garantien (vgl. oben, Ziff. 2.3.1). Die Legaldefinition gemäss E-Art. 73^{quinquies} StGB ist folglich problematisch, weil sie zum einen den Begriff des zwingenden Völkerrechts zu eng fasst und zum anderen den Inhalt des *ius cogens* nicht vollständig wiedergibt.

Die Vertreter des Initiativkomitees sind der Ansicht, dass Variante 1 mit dem Wortlaut der EMRK und des FZA vereinbar ist. Sie zielen darauf ab, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die sich weit vom Vertragswortlaut entfernt hat, anzupassen. Bezuglich FZA gibt es keine Gerichtsbarkeit, die schweizerische Urteile aufheben könnte. Allfällige Differenzen wären gemäss den Vertretern der Initianten im vom FZA vorgesehenen Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten im Gemischten Ausschuss zu klären.

8.2 Variante 2

Bei der Variante 2 wird mit der Schwere der verhängten Sanktion ein zusätzliches Kriterium eingeführt. Auch hier werden indes weitere – gleichwertige – Kriterien, die der EGMR in seine Interessenabwägung einbezieht, ausgeblendet. Dazu kommt, dass die vorgesehenen Mindeststrafen angesichts der Rechtsprechung des EGMR tendenziell zu tief angesetzt sind. So betraf der Fall *Boultif gegen die Schweiz* einen Erwachsenen, der wegen Raubs zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war, und im Fall *Emre gegen die Schweiz* ging es um mehrere Delikte eines jungen Erwachsenen, für die Freiheitsstrafen von insgesamt 18,5 Monaten ausgefällt worden waren.²²² Auch die Variante 2 ist demzufolge im Lichte von Art. 8 EMRK problematisch. Anders als bei Variante 1 erlaubt sie jedoch, im Vollzugsstadium die konventionsrechtlich gebotene Abwägung aller auf dem Spiele stehenden Interessen vorzunehmen (E-Art. 73g Abs. 2 StGB), sofern bei der Auslegung des Begriffs «schwerwiegende persönliche Gründe» (E-Art. 73g Abs. 2 Bst. c StGB) auch die familiäre (Kinder, Partner), soziale (kein Beziehungsnetz im Heimatstaat)

²²¹ Vgl. Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 32), Ziff. 2.4.1.

²²² Vgl. die Hinweise in Fn. 73; in beiden Fällen qualifizierte der EGMR die Landesverweisung auf Grund aller Umstände als unverhältnismässig.

und kulturelle Situation (kein Bezug zum Heimstaat) der betroffenen Person Berücksichtigung finden. Analoges gilt in Bezug auf die Vereinbarkeit der Variante 2 mit Art. 17 UNO-Pakt II, welcher ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung verlangt. Da die Gründe gegen eine Ausweisung erst im Vollzugsstadium vorgebracht werden können, dürfte die Variante 2 auch in Bezug auf Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls und Art. 13 UNO-Pakt II problematisch sein. Mit der Kinderrechtskonvention ist die Variante 2 vereinbar, sofern bei der Auslegung der schwerwiegenden persönlichen Gründe gemäss E-Art. 73g Abs. 2 Bst. c StGB) dem Kindeswohl genügend Rechnung getragen wird.

Den spezifischen Anforderungen des FZA trägt die Variante 2 Rechnung. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof der EU in Bezug auf die menschenrechtlichen Aspekte die Praxis des EGMR berücksichtigt.

8.3 Varianten 3 und 4

Die Bemerkungen zur Variante 2 gelten auch für die Variante 3 (E-Art. 67d Abs. 2 StGB) und die Variante 4 (E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG).

9. Gesamtwürdigung

9.1 Würdigung der verfassungs- und völkerrechtlichen Ausgangslage

1. Die schon im Vorfeld der Abstimmung über die «Ausschaffungsinitiative» geführte Diskussion über die Vereinbarkeit der neuen Verfassungsbestimmung mit dem Völkerrecht und dem übrigen Verfassungsrecht beruht auf zwei Gegebenheiten, die es hier in Erinnerung zu rufen gilt: Erstens kann eine Volksinitiative nur für ungültig erklärt werden, wenn sie gegen *zwingende Bestimmungen des Völkerrechts* verstösst (Art. 139 Abs. 3 BV). In der Volksabstimmung gutgeheissene Verfassungsinitiativen, die gegen *übrige Bestimmungen des Völkerrechts* verstossen, sind hingegen zulässig (durchführbar) und umzusetzen. Lehre und Praxis haben dafür entsprechende Instrumentarien entwickelt (völkerrechtskonforme Auslegung, Neuverhandlung oder allenfalls Kündigung des völkerrechtlichen Abkommens). Zweitens kann einer Volksinitiative grundsätzlich auch bestehendes Verfassungsrecht nicht entgegengehalten werden. Die Funktion der Verfassungsinitiative besteht ja gerade darin, das geltende Verfassungsrecht zu ergänzen, abzuändern oder aufzuheben. Eine solche Schranke könnte es nur geben, wenn (wie zum Beispiel in Deutschland) zwischen übergeordneten Kernbestimmungen und gewöhnlichen Verfassungsnormen unterschieden würde. Die schweizerische Praxis folgt solchen Überlegungen nicht und geht von der Gleichrangigkeit der Normen aus, auch wenn in der Lehre immer wieder über *materialie* Schranken der Verfassungsrevision nachgedacht wurde und wird.
2. Die Schwierigkeiten der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländer und Ausländerinnen (Art. 121 Abs. 3–6 BV) sind eine Folge dieser rechtlichen Ausgangslage. Der Gesetzgeber hat in den vergangenen zwei Jahrzehnten lernen müssen, mit Initiativtexten und neuen verfassungsrecht-

lichen Bestimmungen umzugehen, die mit Völkerrecht und bestehendem Verfassungsrecht im Widerspruch stehen oder damit nur schwer vereinbar sind. Die Bundesbehörden waren dabei stets bemüht, diese Bestimmungen in völkerrechtskonformer Weise umzusetzen. Die Diskussionen drehten sich in diesen Fällen meistens um die Frage, welches genau die verfassungsrechtlichen Vorgaben der neuen Bestimmungen sind, wie sie sich zu den übrigen Normen und Werten der Verfassung verhalten und in die Gesamtrechtsordnung (einschliesslich des Völkerrechts) einfügen lassen. Die Umsetzung des vom Verfassungsgeber Gewollten hängt dabei wesentlich von der Auslegung ab, die der Gesetzgeber vornimmt, wenn er sich an die Ausführungsgesetzgebung macht.

3. Jeder Rechtssatz ist auslegungsbedürftig. Das gilt in besonderer Weise für die Verfassung und ihre Bestimmungen, die häufig abstrakt gehalten und offen formuliert sind und in der Regel der Ergänzung durch den Gesetzgeber bedürfen. Auch die neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländer und Ausländerinnen bedürfen der Auslegung, der Präzisierung und der Ergänzung (vgl. insb. Art. 121 Abs. 4 BV). Dabei hat der Gesetzgeber vorab vom Wortlaut der neuen Norm auszugehen. Rechtliche Regelungen sind jedoch stets auch im Kontext der Rechtsordnung und des betroffenen Regelungsbereichs bzw. eines bestimmten Erlasses auszulegen. Im Verfassungsrecht gilt der Grundsatz der «Herstellung praktischer Konkordanz» (auch integrale, integrierende oder harmonisierende Auslegung genannt), der darauf ausgerichtet ist, die Verfassung im Gesamtzusammenhang zu betrachten und als Sinneinheit zu deuten, Widersprüche möglichst zu vermeiden und eine in spezifischer Weise rationale, logisch überzeugende und verlässliche rechtliche Grundordnung herzustellen.
4. Der Bundesgesetzgeber ist auf Grund der von Lehre und Praxis anerkannten Auslegungsregeln somit befugt *und* verpflichtet, die neuen Bestimmungen von Art. 121 Abs. 3–6 BV so auszulegen und umzusetzen, dass die grundlegenden Werte und Entscheide der geltenden Bundesverfassung sowie die im vorliegenden Zusammenhang relevanten verfassungsrechtlichen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Beachtung des Völkerrechts; vgl. Art. 5 BV) respektiert werden.²²³ Darüber ist sich die für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen eingesetzte Arbeitsgruppe grundsätzlich einig. Diametral auseinander gehen die Meinungen hingegen hinsichtlich der Frage, ob und inwiefern der Verfassungs- und der Gesetzgeber vom allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit des staatlichen Handelns abweichen dürfen und wie mit allfälligen Verstössen gegen nicht zwingendes Völkerrecht umzugehen ist. Die von der Arbeitsgruppe vorgelegten Varianten der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen auf der Gesetzesstufe beruhen auf diesen unterschiedlichen Auffassungen.
5. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns durchzieht als machthemmender Leitgedanke die gesamte Verfassungs- und Rechtsordnung – zum Schutz der Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates. Er ist von Lehre und Praxis in erster Linie im Zusammenhang mit den Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen entwickelt worden (vgl. Art. 36 BV) und beansprucht Geltung sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung. Verhältnismässiges Handeln setzt allemal eine Interessenabwägung voraus zwischen dem angestrebten,

²²³ Dazu ausführlich HANGARTNER, S. 473 ff. und oben, Ziff. 2.2.

durch das öffentliche Interesse gedeckten Ziel und der mit der staatlichen Massnahme konkret erzielten Eingriffswirkung. Die staatliche Massnahme muss geeignet und zur Erreichung des Ziels erforderlich sein und in einem angemessenen Verhältnis zur Freiheitsbeschränkung stehen.

6. Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten nun die Auffassung, der Verfassungsgeber selbst habe diese Interessenabwägung vorgenommen, in dem er den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV in Art. 121 Abs. 3 BV konkretisiert habe, und zwar durch die Auswahl ausgewählter (auf die sog. Ausländerkriminalität fokussierter) Straftatbestände und durch das Abstellen auf eine blosse Verurteilung (unabhängig von der ausgefallenen Strafe). Die Verfassungsnorm sei diesbezüglich klar, gehe als jüngere (zudem speziellere) Norm dem allgemeinen Grundsatz vor und lasse keinen Handlungsspielraum offen bezüglich einer verschuldensabhängigen Mindeststrafe als Voraussetzung der Ausschaffung oder einer Abwägung der Zulässigkeit, Möglichkeit und Zumutbarkeit der Vollstreckung im Einzelfall (ausser beim völkerrechtlich zwingend gebotenen Rückschiebungsverbot). Diese Eckpunkte bilden die Grundlage des von den Vertretern des Initiativkomitees vorgelegten Vorschlags (Variante 1). Diese Argumentation verstösst nach Auffassung der Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe gegen anerkannte, von Lehre und Praxis entwickelte rechtsstaatliche Prinzipien. Sie konnten sich deshalb dieser Meinung nicht anschliessen. Aus diesem Grund hat die Arbeitsgruppe verschiedene Vorschläge erarbeitet (Varianten 2 bis 4), die dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismässigkeit, der Beachtung der Grundrechte und der Kohärenz der Rechtsordnung nach Auffassung der Mehrheit besser Rechnung tragen.
7. Eine ähnliche Situation hat sich bezüglich der Geltung und Beachtung des nicht zwingenden Völkerrechts (Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht, anerkannte Rechtsgrundsätze) sowie bezüglich des Umgangs mit allfälligen Verstößen ergeben. Bundesrat und Parlament haben die Ausschaffungsinitiative in mehreren Punkten als völkerrechtswidrig bezeichnet und Verstöße insb. gegen die EMRK, den UNO-Pakt II, die KRK und das FZA geortet. Volk und Stände haben der Initiative dennoch zugestimmt und zur Verfassungsbestimmung erhoben. Die Arbeitsgruppe hat sich deshalb intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, wie der Konflikt zwischen der neuen Verfassungsnorm und dem Völkerrecht zu lösen ist. Lehre und Praxis sind sich darin einig, dass Art. 5 Abs. 4, der den (prinzipiellen) Vorrang des Völkerrechts verankert, nur als Grundsatz, nicht als Kollisionsnorm verstanden werden kann. Als Regel gilt, dass nationales und internationales Recht auf dem Wege der Auslegung miteinander in Einklang gebracht werden (Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung). Auch die Praxis der Bundesversammlung zielt deshalb darauf ab, «Volksinitiativen völkerrechtskonform umzusetzen und dabei den Willen der Initiantinnen und Initianten möglichst weitgehend zu berücksichtigen.»²²⁴
8. Solange eine landesrechtliche Norm (Verfassungs- oder Gesetzbestimmung) völkerrechtskonform ausgelegt werden kann, besteht kein Konflikt. Lässt sich eine Norm nicht mehr völkerrechtskonform auslegen, braucht es Konfliktregeln. Lehre und Praxis haben dazu verschiedene Möglichkeiten diskutiert und erprobt, ohne zu einer gefes-

²²⁴ Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, 2315.

tigten Behördenpraxis zu gelangen.²²⁵ Immerhin hat der Bundesrat wiederholt betont, dass der Gesetzgeber gehalten ist, Verfassungsbestimmungen (auch völkerrechtswidrige) «getreulich und vollständig» umzusetzen.²²⁶ Lässt sich dies völkerrechtskonform nicht bewerkstelligen, müssen entgegenstehende Verträge – soweit möglich – neu ausgehandelt oder gekündigt werden.

9. Nach Auffassung der Vertreter des Initiativkomitees verstösst der von ihnen vorgelegte Umsetzungsvorschlag im StGB (Variante 1) nicht gegen den Wortlaut der von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Verträge, sondern allenfalls gegen die von den einschlägigen internationalen Gerichts- und Kontrollorganen (EGMR, EuGH, MRA usw.) entwickelte Anwendungspraxis. Vor allem die Rechtsprechung des EGMR habe im Verlaufe der Zeit die Tragweite der internationalen Verpflichtungen in einer Art und Weise weiterentwickelt, die zum Zeitpunkt der Genehmigung der EMRK nicht absehbar war. Dieser Rechtsprechung fehle deshalb eine der neuen Verfassungsbestimmung auch nur annähernd vergleichbare demokratische Legitimation. Die Schweiz habe deswegen eine Verurteilung notfalls in Kauf zu nehmen und gezielt auf eine Änderung der Rechtsprechung hinzuarbeiten. Eine Kündigung der Verträge (etwa der EMRK oder des FZA) sei aus den genannten Gründen nicht erforderlich; allenfalls seien Neuverhandlungen aufzunehmen.
10. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe kann sich dieser Auffassung nicht anschliessen, weil sie mit der herkömmlichen Praxis der Schweiz unvereinbar ist und im Widerspruch steht zu anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts. Danach hat der Schweizer Richter auf die Auslegung abzustellen, welche die anzuwendende Konventionsbestimmung von der obersten Konventionsbehörde erfahren hat.²²⁷ Der völkerrechtskonformen Auslegung sind jedoch dort Grenzen gesetzt, wo ein unüberbrückbarer Widerspruch zwischen dem schweizerischen Recht und dem Völkerrecht besteht. Wollte man in diesen Fällen die zur Lösung von Konflikten zwischen *Völkerrecht* und *Bundesgesetzen* entwickelte sog. «Schubert-Praxis» für den hier bestehenden Konflikt zwischen *Völkerrecht* und *Verfassungsrecht* analog zur Anwendung bringen, ginge das Völkerrecht, umfassend die völkerrechtlichen Verträge, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze vor, seien diese jünger oder älter.²²⁸ Davon ausgenommen ist der Fall, dass die Bundesversammlung bzw. Volk und Stände einen Verstoss gegen das Völkerrecht bewusst in Kauf genommen haben. Ein solcher Vorbehalt der bewussten Völkerrechtsverletzung kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings dann nicht zum Tragen, wenn es um einen Verstoss gegen eine internationale Menschenrechtsgarantie geht.²²⁹ Ähnlich argumentiert HANGARTNER,²³⁰ 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.

²²⁵ Vgl. Bericht des Bundesrats (Fn. 224), S. 2307 ff.

²²⁶ Vgl. Bericht des Bundesrats (Fn. 224), S. 2310.

²²⁷ BGE 122 II 464 E. 3b.

²²⁸ Vgl. Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 32), Ziff. 5.2.

²²⁹ BGE 125 II 417 E. 4c und 4d.

²³⁰ HANGARTNER, S. 473 ff.

11. Diesen Überlegungen folgend hat die Mehrheit der Arbeitsgruppe auf der Erarbeitung von Umsetzungsvarianten bestanden, die mit dem Völkerrecht und den bestehenden Abkommen im Einklang stehen (Varianten 2 bis 4). Dabei war sich die Arbeitsgruppe bewusst, dass die völkerrechtskonforme Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung möglicherweise mit Abstrichen an den von der Initiative verfolgten Zielen verbunden sein könnte. Es galt also den schmalen Weg zu finden zwischen den verfassungsrechtlichen Vorgaben der neuen Bestimmung einerseits und den völkerrechtlichen Verpflichtungen bzw. anerkannten Verfassungsgrundsätzen andererseits. Ausgangspunkt war dabei der *lege artis* auszulegende Verfassungstext bzw. die sich daraus ergebenden Zwänge und Handlungsspielräume. In Befolgung des verfassungs- und völkerrechtlich gebotenen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit in Rechtsetzung und Rechtsanwendung und der notwendigen Einzelfallbeurteilung sehen diese Varianten nicht nur eine Verurteilung, sondern eine Mindeststrafe als Voraussetzung der Ausschaffung (bzw. neu der Landesverweisung) vor. Kein Entschliessungsermessen lässt der Verfassungstext bezüglich der Rechtsfolgen einer solchen «Verurteilung» zu (Verlust des Aufenthaltsrechts und allfälliger Rechtsansprüche, Ausweisung und Einreiseverbot). Insofern besteht ein «Ausweisungautomatismus». Hingegen ist es mit dem Verfassungswortlaut vereinbar, in der Vollzugsphase (nach Vollstreckung der richterlich angeordneten Sanktion) verfassungs- oder völkerrechtliche Vollzugshindernisse zu berücksichtigen. Die Varianten 2 bis 4 tragen diesen Anforderungen durch die Aufnahme von Bestimmungen über den Ausschluss bzw. den Aufschub der Landesverweisung Rechnung.

9.2 Unterschiede und Auswirkungen der vier Varianten

12. Die unterschiedlichen Auffassungen über die Einordnung der neuen Verfassungsnormen in die geltende Rechtsordnung und über die Tragweite verfassungsrechtlicher Grundsätze und völkerrechtlicher Vorgaben blieben verständlicherweise nicht ohne Auswirkungen auf die von der Arbeitsgruppe verlangten «Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen [...] auf der Gesetzesstufe» und der damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen. Die Varianten 1 bis 4 unterscheiden sich sowohl hinsichtlich des Umfangs und der Dichte der Deliktskataloge (Art und Schwere der Delikte, Auffangklauseln usw.) als auch hinsichtlich der geforderten Voraussetzungen der Anordnung einer Landesverweisung (Erfordernisse einer Mindeststrafe, Ausschlussgründe beim FZA). Klare Unterschiede bestehen schliesslich auch bezüglich der Vollzugsphase, die in Berücksichtigung allfälliger verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Vollzugshindernisse bei den Varianten 2 bis 4 eine besondere Ausgestaltung erfährt.

Die nachfolgenden Gegenüberstellungen machen die wichtigsten Merkmale der vier Varianten nochmals deutlich:

13. Die *Deliktskataloge* der vier Varianten stimmen insoweit überein, als sie sämtliche in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnten Tatbestände enthalten. Sie unterscheiden sich hauptsächlich dadurch, wie sie die Vorgaben der neuen Verfassungsbestimmungen in Bezug auf die schweren Sexualdelikte und die Gewaltdelikte, die zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen, konkretisieren. Sie unterscheiden sich zudem durch das Ausmass, in welchem sie mit zusätzlichen Tatbeständen ergänzt werden.

- Im Deliktskatalog der Variante 1 bilden die Sexual- und Gewaltstraftaten den Schwerpunkt. Diese Straftaten werden bereits aufgrund der Art der Rechtsgutverletzung als schwer eingestuft. Die Schwere der Straftaten, die sich im StGB nach der angedrohten Strafe bemisst, wird demgegenüber als zweitrangig erachtet. Der Deliktskatalog umfasst daher schwerste Verbrechen wie Mord, als auch leichte Vergehen wie die einfache Körperverletzung, die im Grundtatbestand ein Antragsdelikt ist. Allerdings können die leichteren Delikte in diesen Bereichen auch als Ergänzung im Sinne von Art. 121 Abs. 4 BV eingestuft werden. Dem Deliktskatalog haftet eine gewisse Unstimmigkeit an, indem die schwersten Verbrechen mit denselben einschneidenden Konsequenzen verbunden sind wie sehr leichte Vergehen. Diese Unstimmigkeit ist indessen im Grundsatz bereits in der Verfassungsnorm angelegt.
- Die Deliktskataloge der Varianten 2 und 4 sind identisch. Sie enthalten im Bereich der Sexual- und Gewaltdelikte nur Tatbestände, die als *schwere Verbrechen* einzustufen sind. Als Massstab für die abstrakte Schwere der Delikte dienen die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV genannten Grundtatbestände der Vergewaltigung und des Raubes. Im Gegensatz zu den Varianten 1 und 3 enthalten die Varianten 2 und 4 eine *Auffangklausel*, welche zahlreiche weitere Delikte des StGB und des Nebenstrafrechts erfasst, deren Schwere mit dem Raub und der Vergewaltigung vergleichbar ist und eine zwingende Landesverweisung ebenso zu rechtfertigen vermag. Die Varianten 2 und 4 enthalten dadurch einen umfangreichen Deliktskatalog, der keine bestimmte Deliktskategorie in den Mittelpunkt stellt. Sie versuchen vielmehr eine innere Logik und Ausgewogenheit herzustellen und mit der vorausgesetzten abstrakten Schwere der Delikte dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.
- Der Deliktskatalog in Variante 3 setzt den Massstab bezüglich der Deliktsschwere etwas tiefer als die Varianten 2 und 4. Er erfasst im Bereich der Sexual- und Gewaltdelikte neben der Vergewaltigung und dem Raub die Taten bestimmter Titel des StGB, die als *Verbrechen* eingestuft sind. Bei diesem Deliktskatalog stehen Straftaten, die sich gegen Personen richten, im Vordergrund. Er enthält keine Auffangklausel und ist daher weniger umfangreich, als der Katalog nach Variante 2. Dieser Deliktskatalog stellt eine pragmatische, eher zurückhaltende Lösung zwischen den Varianten 1 und 2 (bzw. der Variante 4) dar und legt den Akzent auf das durch die Verfassungsnorm ausgedrückte Ziel der Bekämpfung der Ausländerkriminalität.

14. Neben dem Umfang der Deliktskataloge unterscheiden sich die vier Varianten durch *weitere Voraussetzungen* der zwingenden Landesverweisung.

- Gemäss Variante 1 soll für eine zwingende Landesverweisung genügen, dass ein Ausländer wegen einer der im Deliktskatalog aufgeführten Taten verurteilt wird. Welche Strafe das Gericht im konkreten Fall verhängt, ob es sie aufgrund einer Notwehrsituation mildert oder wegen fehlendem Strafbedürfnis auf eine Bestrafung gar verzichtet, ist dabei unerheblich. Indem Variante 1 die zwingende Landesverweisung namentlich auch für Bagatelfälle vorsieht, führt sie nach Auffassung der Mehrheit der Arbeitsgruppe zu unverhältnismässigen Massnahmen des Staates.
- Die Varianten 2 bis 4 tragen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung, indem sie vorsehen, dass eine Landesverweisung grundsätzlich nur dann zwingend erfolgen muss, wenn gegen die Ausländerin oder den Ausländer eine Strafe von mindestens 6 Monaten (bzw. mehr als sechs Monaten in Variante 3) verhängt

wird. Diese Mindestgrenze soll mit Blick auf Wiederholungstäter nicht absolut gelten. Auch wer wiederholt wegen Straftaten des Deliktskatalogs zu leichten Strafen verurteilt wird und dadurch innerhalb von 10 Jahren die Strafgrenze von 6 Monaten erreicht bzw. überschreitet, soll zwingend des Landes verwiesen werden.

Variante 2 sieht insbesondere mit Blick auf Kriminaltouristen zudem vor, dass eine ausländische Person auch aufgrund einer einmaligen Strafe unter sechs Monaten, die aufgrund einer Straftat des Deliktskatalogs verhängt wurde, des Landes verwiesen werden kann. Vorausgesetzt wird in diesem Fall, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen. Variante 2 erfasst somit grundsätzlich – wie die Variante 1 – alle Täter, die Straftaten des Deliktskatalogs begangen haben und relativiert damit die Voraussetzung der Mindeststrafe. Im Gegensatz zu Variante 1 enthält sie eine abgestufte Lösung, welche dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trägt. Die Variante 3 enthält keine solche Möglichkeit der Relativierung der Mindeststrafe bei der zwingenden Landesverweisung.

15. Hinsichtlich der *Behördenzuständigkeit*, der Prüfungsbefugnis von *Vollzugshindernissen* sowie dem anwendbaren *Verfahren* unterscheiden sich die vier Varianten wie folgt:

- Variante 1: Zuständig zur Anordnung der Landesverweisung und zur Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots ist das Strafgericht bzw. die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren. Die Strafbehörden prüfen keine Vollzugshindernisse und ordnen in diesem Sinne – bei gegebenem Straftatbestand – die Ausweisung «automatisch» an.

Die «zuständige kantonale Behörde» vollzieht die Landesverweisung unverzüglich. Macht die betroffene ausländische Person geltend, die Ausschaffung verletze das Non-Refoulement-Gebot, schiebt die Vollzugsbehörde, wenn sie dem Einwand stattgibt, die Landesverweisung vorübergehend auf. Weitere Vollzugshindernisse können nicht geprüft werden; für eine Unterbrechung oder eine spätere Aufhebung der Landesverweisung besteht keine Handhabe. Selbst für Fälle, wo als Folge fehlender Reisepapiere oder mangelnder Kooperation der Behörden im Zielstaat die Ausschaffung rein faktisch (vorübergehend) unmöglich ist, sieht die Variante 1 keinen Aufschubgrund vor. Welchen Status die betreffenden ausländischen Personen haben, lässt die Variante 1 offen.

Die betroffene ausländische Person kann den Ausschaffungsentscheid der Vollzugsbehörde dem kantonalen Gericht zur Prüfung unterbreiten. Die auf das Non-Refoulement-Gebot beschränkte Prüfungsbefugnis gilt auch für das kantonale Gericht, das innerhalb von 30 Tagen endgültig entscheidet.

Die Variante 1 setzt den verfassungsrechtlichen «Ausweisungsautomatismus» vollständig um, steht aber nach Auffassung der Mehrheit der Arbeitsgruppe im Widerspruch zu den nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (EMRK, FZA, UNO-Pakt II, KRK) und lässt für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips keinen Raum. Das für bestimmte Fälle vorgesehene Strafbefehlsverfahren erscheint angesichts der Schwere des Eingriffs, den eine Landesverweisung darstellt, in mehrfacher Hinsicht ungeeignet und verfassungsrechtlich problematisch.

- Variante 2: Zuständig zur Anordnung der Landesverweisung und zur Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots ist ausschliesslich das Strafgericht. Das Strafbefehlsverfahren findet keine Anwendung. Bei gegebenen Straftatbeständen

folgt die Anordnung der Landesverweisung grundsätzlich «automatisch» und das bestehende Aufenthaltsrecht wird entzogen. Von diesen Anordnungen sieht das Strafgericht einzig ab, wenn Rechtsansprüche des FZA entgegenstehen.

Die kantonale Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich bzw. nach dem Vollzug einer gegen die verurteilte ausländische Person verhängten (unbedingten) Strafe. Die Vollzugsbehörde prüft dabei von Amtes wegen, ob völkerrechtliche Hindernisse, wie sie sich namentlich aus der EMRK, dem UNO-Pakt II oder der KRK ergeben können, der Ausschaffung entgegenstehen. Gegebenenfalls schiebt sie den Vollzug der Landesverweisung auf.

Gegen Vollstreckungsentscheide steht der Rechtsmittelweg an das obere kantonale Gericht offen. Das Bundesgericht kann nur im subsidiären Verfassungsbeschwerdeverfahren über die Streitsache urteilen.

Die Variante 2 lässt in der Vollzugsphase Raum für eine Prüfung völkerrechtlicher Ausschaffungshindernisse (Einzelfallprüfung mit Einschluss einer Verhältnismäsigkeitsprüfung) und nimmt damit einen gewissen Konflikt mit dem Willen des Verfassungsgabers in Kauf. Die Variante 2 geht davon aus, dass der Strafrichter anders als die Vollzugsbehörde nur bei offensichtlichem Vorliegen von Hinderungsgründen in der Lage ist, diese tendenziell «funktionsfremde» Prüfung vorzunehmen.

- Variante 3: Bei ausländischen Personen, die eine Straftat des Deliktskatalogs begangen haben und zu einer Strafe von (insgesamt) über 6 Monaten verurteilt werden, ordnet die Strafbehörde – das Strafgericht und bei Personen mit illegalem Aufenthalt in der Schweiz die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren – die Landesverweisung an. Personen, die erstmals wegen einer *Straftat des Deliktskatalogs* zu einer Strafe von 6 Monaten oder weniger verurteilt werden, können jedoch nicht durch Strafbehörden des Landes verwiesen werden. Hier müssen allenfalls die Migrationsbehörden in einem separaten Verfahren ausländerrechtliche Massnahmen treffen. Demgegenüber wird bei einem Täter, der eine Tat begeht, die *nicht* im Deliktskatalog nach Variante 3 aufgeführt ist, in jedem Fall wieder eine Strafbehörde über die Landesverweisung befinden – auch dann, wenn die Strafe unter sechs Monaten liegt.

Wenn Rechtsansprüche des FZA entgegenstehen, sehen die Strafbehörden von der Anordnung der Landesverweisung ab. Ferner prüft das Strafgericht, ob völkerrechtliche Hindernisse, wie sie sich namentlich aus der EMRK, dem UNO-Pakt II oder der KRK ergeben können, der Ausschaffung entgegenstehen.

Die kantonale Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich bzw. nach dem Vollzug einer gegen die verurteilte ausländische Person verhängten (unbedingten) Strafe. Die Vollzugsbehörden haben in Bezug auf völkerrechtliche Hindernisse keine Entscheidkompetenzen. Wenn sich seit der strafgerichtlichen Verurteilung – etwa infolge einer längeren Freiheitsstrafe – Änderungen der massgebenden Verhältnisse ergeben haben, befindet das Strafgericht auf Antrag der Vollzugsbehörde bzw. der betroffenen ausländischen Person, ob am allfälligen Aufschub der Landesverweisung noch festzuhalten ist bzw. ob neue Vollzugshindernisse bestehen.

Gegen Vollzugsentscheide des Gerichts steht der Rechtsmittelweg an das obere kantonale Gericht offen. Das Bundesgericht kann nur im subsidiären Verfassungsbeschwerdeverfahren über die Streitsache urteilen.

Die Variante 3 überträgt die Anordnung der Landesverweisung und die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse dem Strafrichter (bzw. der Staatsanwaltschaft beim

Strafbefehlsverfahren). Sie verzichtet auf die Unterscheidung zwischen der Anordnungsphase (Verurteilung und Anordnung der Landesverweisung) und der Vollzugsphase. Es kommt nur dann zu einem besonderen Vollstreckungsverfahren, wenn sich die Verhältnisse zwischen der Anordnung und dem Vollzug der Landesverweisung wesentlich geändert haben. Auf Antrag der betroffenen Person oder der Vollzugsbehörde wäre in diesem Fall wiederum der Strafrichter bzw. die Staatsanwaltschaft zur Neubeurteilung zuständig, was gegebenenfalls zu Verfahrensverzögerungen führen könnte. Im Unterschied dazu sieht die Variante 2 vor, dass die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse in jedem Fall von der Vollzugsbehörde (allenfalls nach Einholung eines Amtsberichts beim BFM) vorzunehmen ist.

- Variante 4 knüpft an die bestehende Behördenorganisation und deren Zuständigkeiten an. Zuständig für die Anordnung und den Vollzug des «zwingenden Bewilligungsentzugs» und des «zwingenden Einreiseverbots» sind die Migrationsbehörden. Die Variante 4 ist bezüglich der Möglichkeit, völkerrechtliche Vollzugshindernisse zu berücksichtigen und eine Einzelfallprüfung zu ermöglichen, der Variante 2 nachgebildet.

Mit der Umsetzung im AuG wären sämtliche Aus- und Wegweisungstatbestände im Ausländerrecht verankert. Für diese Lösung sprechen aus Verfassungsoptik die Verortung der neuen Verfassungsbestimmung (anschliessend an die Art. 121 Abs. 1 und 2 BV) sowie die in den Art. 121 Abs. 3–6 BV gewählte ausländerrechtliche Terminologie. Erfolgt die Prüfung von allfälligen Vollzugshindernissen ebenfalls durch den Richter, bleibt das Dossier grundsätzlich in den Händen der Strafbehörden (auch wenn später allfällige neue Hindernisse geltend gemacht werden sollten). Deshalb scheint eine Verortung der Landesverweisung im StGB insbesondere dann als konsequent, wenn die betroffenen Personen zu einer Geldstrafe oder einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und die Schweiz sofort verlassen können. Es wäre auch folgerichtig, die zwingende Landesverweisung gemäss der neuen Verfassungsbestimmung im StGB aufzunehmen, wenn der Bundesrat die in einem früheren Vernehmlassungsverfahren vorgeschlagene Wiedereinführung der fakultativen Landesverweisung erneut aufgreifen sollte. Vgl. zu den Vor- und Nachteilen der Umsetzung im StGB bzw. AuG generell vorne Ziff. 5.2.

16. Die mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative verbundene Zunahme von Ausweisungen und der neue Straftatbestand des Sozialmissbrauchs führen – unabhängig von der gewählten Variante – bei den Behörden vor allem der Kantone aber auch des Bundes (namentlich BFM) zu Mehrbelastungen mit den entsprechenden personellen und finanziellen Konsequenzen. Freilich können diese Konsequenzen im jetzigen Stadium der Umsetzung noch nicht präzis festgelegt werden. Im Einzelnen:

- Bei Variante 1 obliegt die Anordnung der Landesverweisung dem Strafgericht; die kantonale Behörde ist in der Vollzugsphase zuständig. Deren Prüfungszuständigkeit ist zwar auf die Einhaltung des Non-Refoulement-Gebots (und die faktische Möglichkeit der Ausschaffung) beschränkt. Wie aber die statistischen Angaben zeigen, ist bei Variante 1 mit rund vier- bis fünfmal mehr Ausweisungen zu rechnen als bei den übrigen Varianten. Die kantonalen Vollzugsbehörden müssten ihre personellen und finanziellen Ressourcen entsprechend anpassen.
- Auch bei Variante 2 sind es die Strafgerichte, welche die Landesverweisung anordnen. Strafverfahren gegenüber ausländischen Personen werden aufwändiger. Zum einen infolge der Handhabung der neuen Strafnormen zur zwingenden und

fakultativen Landesverweisung. Zum anderen weil E-Art. 73c und 73f Abs. 2 StGB bei freizügigkeitsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern dem Strafgericht die (fremd-, weil ausländerrechtliche) Prüfung der FZA-Konformität abverlangen. Die Belastung dürfte auch bei den strafrechtlichen Rechtsmittelinstanzen (kantonales Berufungsgericht und Bundesgericht) zunehmen. Weil bei Variante 2 das Strafbefehlsverfahren ausgeschlossen ist, sollte bei den Staatsanwaltschaften kein direkter Zusatzaufwand anfallen. In der Vollzugsphase sind die kantonalen Migrationsämter bzw. Justiz- oder Strafvollzugsbehörden zuständig. Vor allem bei diesen Behörden und tendenziell auch bei den oberen kantonalen Gericht fällt erheblicher Zusatzaufwand an, weil sie die – in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht anspruchsvolle – Prüfung der Aufschubgründe vornehmen müssen.

- Auch für die Variante 3 gelten die zur Variante 2 gemachten Ausführungen zur Mehrbelastung der Strafgerichte und der Rechtsmittelinstanzen in der Anordnungsphase. Weil in gewissen Fällen die Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren angeordnet wird, fällt Aufwand auch bei den Staatsanwaltschaften an, der indessen in diesem Umfang die Strafgerichte entlastet. Nach Variante 3 sind in der Vollzugsphase erneut die Strafgerichte zuständig. Sie prüfen die Aufschubgründe und damit Rechtsfragen ausserhalb des Strafrechts. Das bedeutet entsprechend hohen zusätzlichen Ressourcenbedarf. Auch nach Variante 3 sind die kantonalen Migrationsämter bzw. die Justiz- und Strafvollzugsbehörden für die Vollstreckung zuständig. Entscheidkompetenz hinsichtlich der Aufschubgründe haben sie indessen keine. Vielmehr müssen sie gegebenenfalls das Dossier dem Strafgericht zu erneuter Prüfung und Entscheidung unterbreiten und auf entsprechende Fachfragen der Strafbehörden antworten. Damit wird deutlich, dass bei Variante 3 vor allem bei den Strafbehörden der grösste Teil des Zusatzaufwands anfällt. Die Strafgerichte mit der Prüfung von Aufschubgründen zu betrauen ist in Fällen effizient, in denen keine oder nur eine kurze Freiheitsstrafe ausgefällt wird und die Ausweisung rasch vollzogen werden kann.
- Variante 4 knüpft an die bestehende Behördenorganisation und deren Zuständigkeiten an. Der allgemein durch die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative bedingte behördliche Zusatzaufwand trifft demnach in erster Linie die kantonalen Migrationsbehörden und die entsprechenden Rechtsmittelinstanzen.

Bei allen Varianten ist die Zahl der ausländischen Personen nicht zu unterschätzen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht ausgeschafft und daher vorläufig aufgenommen werden müssen. Die mit diesem Status verbundenen Einschränkungen namentlich in Bezug auf die Möglichkeiten zur Erwerbstätigkeit ziehen finanziellen Aufwand der kantonalen und kommunalen Sozialbehörden nach sich.

17. Gemäss den vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten Zahlen würde die Variante 1 mit Abstand die meisten Personen erfassen: insgesamt rund 16'400 pro Jahr (unabhängig vom Aufenthaltsstatus und ohne Berücksichtigung der möglichen Ausschaffungshindernisse). Die Varianten 2, 3 und 4 erfassen demgegenüber rund 3'400 Personen pro Jahr. Die hohe Zahl in Variante 1 ist nicht in erster Linie auf einen umfangreichen Deliktskatalog zurückzuführen, sondern darauf, dass diese Variante keine Mindeststrafe voraussetzt und so im Bereich der Alltagskriminalität eine sehr grosse Zahl von eher leichten Delikten oder sogar Bagateldelikten erfasst.

Das Bundesamt für Statistik publizierte im Vorfeld der Abstimmung zur Ausschaffungsinitiative Zahlen zu den Auswirkungen der Initiative und zu den Auswirkungen des Gegenentwurfs. Variante 1 würde das Vierfache der im Vorfeld der Abstimmung

für die Umsetzung der *Initiative* publizierten Anzahl an verurteilten Personen erfassen. Die Varianten 2, 3 und 4 erreichen die vor der Abstimmung getroffenen Annahmen für die *Initiative* knapp nicht (insgesamt zu 80%; in Bezug auf die Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zu 90%). Variante 2 übersteigt sie, wenn die *fakultative* Landesverweisung aufgrund von Taten des Deliktskatalogs mitberücksichtigt wird. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die Varianten 2 bis 4 die Zahlen, die für die Umsetzung des *Gegenentwurfs* angenommen wurden, deutlich übertreffen (um rund 60%).

9.3 Ergebnisse und Empfehlungen

Die Arbeitsgruppe hat sich in ihren elf Sitzungen ausführlich mit den Grundsatzfragen der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern auseinandergesetzt und auftragsgemäss verschiedene Möglichkeiten der Umsetzung geprüft. Sie hat vier Varianten erarbeitet und die rechtlichen Konsequenzen dieser Vorschläge analysiert. Dabei ist sie zu folgenden Erkenntnissen gelangt:

1. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe befürwortet eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung im Strafrecht (Varianten 1–3). Sie verkennt aber nicht, dass eine rechtskonforme Lösung auch im Ausländerrecht möglich wäre (Variante 4, die auf der Basis der Variante 2 erarbeitet worden ist).
2. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe lehnt die von den Vertretern des Initiativkomitees an der ersten Sitzung vorgelegte Variante 1 ab, weil sie gegen Grundprinzipien des Verfassungsrechts verstösst und im Widerspruch steht zu nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (EMRK, FZA, UNO-Pakt II und KRK). Sie würde zu einer Verurteilung der Schweiz durch die internationalen Kontrollorgane führen bzw. zur Neuverhandlung oder allenfalls Kündigung der einschlägigen Konventionen und Abkommen.
3. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe empfiehlt dem EJPD die Fortführung der Arbeiten auf der Basis der Varianten 2 und 3. Diese halten sich grundsätzlich an die völkerrechtlichen Vorgaben und versuchen, die neue Verfassungsbestimmung in Einklang zu bringen mit den tradierten Grundsätzen der Verfassungsauslegung, mit dem Verfassungsrecht und der Praxis der Bundesbehörden. Daraus ergibt sich unausweichlich ein gewisser Widerspruch zur neuen Verfassungsbestimmung.
4. Falls eine Umsetzung im Ausländerrecht (Variante 4) als richtig erachtet werden sollte, wäre ein Verzicht auf die Wiedereinführung der *fakultativen* Landesverweisung im StGB folgerichtig.
5. Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen die Varianten 2–4 ab. Sie werten diese als Abschwächung der vom Verfassungsgeber angestrebten Verschärfung der Ausschaffungspraxis. Sie bestehen auf dem Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts und nehmen Verstöße gegen das nicht zwingende Völkerrecht bewusst in Kauf. Sie befürworten eine Aufnahme ihres Vorschlages in die Vernehmlassungsvorlage.

Anhang: Formulierungsvorschläge

Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)

Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen

Erster Teil: Verbrechen und Vergehen

Dritter Titel: Strafen, Massnahmen und Landesverweisung *[neue Fassung]*

neu: Drittes Kapitel: Landesverweisung

Art. 73^{bis} Landesverweisung

¹ Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft verweist Ausländerinnen und Ausländer, die wegen einer oder mehrerer der folgenden strafbaren Handlungen verurteilt werden, unabhängig von der Höhe der Strafe aus dem Gebiete der Schweiz:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB), Totschlag (Art. 113 StGB);
- b. schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB), Aussetzung (Art. 127 StGB), Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), Raufhandel (Art. 133 StGB), Angriff (Art. 134 StGB), Raub (Art. 140 StGB), Erpressung (Art. 156 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 f. StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB);
- c. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Schändung (Art. 191 StGB), sexuelle Handlungen mit Anstaltpfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192 StGB), Ausnützung der Notlage (Art. 193 StGB), Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB), Pornographie (Art. 197 StGB);
- d. Menschenhandel (Art. 182 StGB);
- e. Zu widerhandlung gegen Art. 19 BetmG;
- f. Einbruchsdelikt (Art. 186 StGB i.V.m. Art. 139 StGB oder 144 StGB), gewerbsmässiger oder bandenmässiger Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB);
- g. Brandstiftung (Art. 221 StGB), Verursachung einer Explosion (Art. 223 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 StGB); Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen (Art. 226 StGB);
- h. öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB);
- i. Völkermord (Art. 264 StGB) sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a StGB);
- j. Verweisungsbruch (Art. 291 StGB) und vorsätzliche Zu widerhandlung gegen Art. 115 AuG;
- k. Betrug (Art. 146 StGB) im Bereich der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen sowie Sozialmissbrauch (Art. 151^{bis} Abs. 1 StGB).

² Die zu einer Landesverweisung verurteilte Person verliert, da sie die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Verbleib in der Schweiz und Wiedereinreise in die Schweiz.

Art. 73^{ter}

Ausreisefrist und Einreiseverbot

¹ Spricht das Gericht oder die Staatsanwaltschaft eine Landesverweisung aus, setzt es oder sie der ausgewiesenen Person eine Ausreisefrist und belegt sie gleichzeitig für die Dauer von 5 bis 15 Jahren mit einem Einreiseverbot.

² Bei einer Verurteilung gemäss Art. 73^{bis} Abs. 1 lit. a, b, c, d und e StGB ist die Dauer auf mindestens 10 Jahre anzusetzen.

³ Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots 20 Jahre.

Art. 73^{quater}

Vollzug

¹ Die Landesverweisung ist durch die zuständige kantonale Behörde im Anschluss an die Verurteilung bzw. nach Verbüßung der Strafe unverzüglich zu vollziehen.

² Die Landesverweisung kann nur vorübergehend aufgeschoben werden, wenn zwingende Gründe gemäss Art. 25 Abs. 2 und 3 BV entgegenstehen.

³ Bei ihrem Entscheid hat die kantonale Vollzugsbehörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Art. 6a Abs. 2 AsylG als sicher bezeichnet, nicht gegen Art. 25 Abs. 2 und 3 BV verstösst.

⁴ Werden Gründe nach Art. 25 Abs. 2 und 3 BV geltend gemacht, entscheidet die kantonale Vollzugsbehörde innerhalb von 30 Tagen. Der Entscheid kann an das zuständige kantonale Gericht weitergezogen werden, welches innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Rechtsmittels endgültig entscheidet.

Art. 73^{quinquies}

Massgebendes Recht

Die Artikel 73^{bis}–73^{quater} StGB gehen nicht zwingendem Völkerrecht vor. Als zwingendes Völkerrecht gelten 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.

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis}

Sozialmissbrauch

¹ Wer für sich oder andere durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von veränderten Verhältnissen oder in anderer Weise Leistungen der Sozialhilfe oder der Sozialversicherungen unrechtmässig erwirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen kann auf Busse erkannt werden.

Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)

Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen

Erster Teil: Verbrechen und Vergehen

Dritter Titel: Strafen und Massnahmen

Zweites Kapitel: Massnahmen

neu: Dritter Abschnitt: Landesverweisung

Art. 73a Zwingende Landesverweisung

¹ Das Gericht verweist einen Ausländer für 5 bis 15 Jahre des Landes, wenn er eine der folgenden Straftaten begangen hat und zu einer Strafe nach Absatz 2 verurteilt wird:

- a. ein vorsätzliches Tötungsdelikt (nach den Art. 111–113), einen Raub (Art. 140), Menschenhandel (Art. 182), eine Vergewaltigung (Art. 190) oder ein anderes schweres Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht ist;
- b. einen Diebstahl (Art. 139) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186);
- c. einen Betrug (Art. 146 Abs. 1) im Bereich der Sozialversicherung oder Sozialhilfe, einen missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe (Art. 151^{bis});
- d. eine Widerhandlung nach Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes²³¹.

² Die Landesverweisung setzt voraus, dass das Gericht den Ausländer:

- a. in einem Urteil, das eine Straftat nach Absatz 1 enthält, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt oder
- b. innerhalb von zehn Jahren in mehreren Urteilen, die eine Straftat nach Absatz 1 enthalten, zu Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder zu gemeinnütziger Arbeit von mindestens 180 Tagen oder Tagessätzen oder 720 Stunden verurteilt.

³ Verhängt das Gericht in einem Urteil, das eine Straftat nach Absatz 1 enthält, eine Strafe von weniger als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit, so kann es den Täter des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländer am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen.

Art. 73b Fakultative Landesverweisung

Das Gericht kann einen Ausländer für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn es ihn wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Artikel 73a erfasst wird, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder innerhalb von zehn Jahren zu mehreren Strafen im Masse von mindestens 6 Monaten verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme im Sinne der Artikel 59–61 oder 64 anordnet.

²³¹ SR 812.121

Art. 73c Ausschluss der Landesverweisung

Bei freizügigkeitsberechtigten Ausländern oder bei einem Familienangehörigen, welcher diese Person begleitet oder ihr nachzieht, ist die Landesverweisung ausgeschlossen, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999²³² und des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001²³³ vorliegt.

Art. 73d Wiederholungsfall

Begeht jemand in der Zeit, in der er mit einer Landesverweisung nach Artikel 73a Absätze 1 und 2 belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine zwingende Landesverweisung erfüllt, so ist diese auf 20 Jahre auszusprechen. In anderen Wiederholungsfällen kann die Landesverweisung auch auf 20 Jahre ausgesprochen werden.

Art. 73e Zeitpunkt des Vollzugs

¹ Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die gegen die verurteilte Person verhängten unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen. Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Vollzug entlassen oder die Massnahme ersetztlos aufgehoben wird.

² Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an welchem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

Art. 73f Unterbrechung und Aufhebung

¹ Die Vollzugsbehörde kann aus wichtigen humanitären oder prozessualen Gründen den Vollzug der Landesverweisung unterbrechen.

² Das Gericht hebt auf Gesuch hin die Landesverweisung auf, wenn nachträglich ein Ausschlussgrund gemäss Artikel 73c eintritt.

Art. 73g Vollzugsverfahren

¹ Die Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich.

² Sie schiebt den Vollzug der Landesverweisung auf, wenn

- a. Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen;
- b. aus Gründen, welche die verurteilte Person nicht beeinflussen kann, die Ausreise unmöglich ist;
- c. dieser infolge Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe unzumutbar ist.

³ Die Vollzugsbehörde überprüft periodisch, ob die Voraussetzungen für den Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung noch gegeben sind.

²³² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR **0.142.112.681**).

²³³ AS **2003** 2685; SR **0.632.31**.

Art. 73h Beschwerdeverfahren

¹ Gegen Entscheide der Vollzugsbehörde kann innerhalb von 10 Tagen beim oberen kantonalen Gericht Beschwerde geführt werden. Dieses entscheidet endgültig.

² Mit Beschwerde kann nur eine Verletzung der Gründe gemäss Artikel 73g Absatz 2 gerügt werden.

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis}

Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe

¹ Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.

Änderung anderer Bundesgesetze

Bei der Umsetzung ist die Prüfung erforderlich, ob und inwiefern Änderungen namentlich der folgenden Erlasse erforderlich sind:

- Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005²³⁴ über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG);
 - Asylgesetz vom 26. Juni 1998²³⁵ (AsylG);
 - Bundesgesetz vom 17. Juni 2005²³⁶ über das Bundesgericht (BGG);
 - Bundesgesetz vom 20. Juni 2003²³⁷ über das Jugendstrafrecht (JStG);
 - Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007²³⁸ (StPO);
 - Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009²³⁹ (JStPO);
 - Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927²⁴⁰ (MStG);
 - Militärstrafprozess vom 23. März 1979²⁴¹ (MStP);

234

235 SR 142.31

236 SR 173 110

237 SR 311.1

238 SR 311.1

239 SR 312.0

SR 312.1

241 SR 321.0

Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)

Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen

Erster Teil: Verbrechen und Vergehen

Dritter Titel: Strafen und Massnahmen

Zweites Kapitel: Massnahmen

Zweiter Abschnitt: Andere Massnahmen

Art. 67c Landesverweisung

¹ Das Gericht verweist einen Ausländer für 5 bis 15 Jahre des Landes, wenn er zu einer Freiheitsstrafe oder Geldstrafe von mehr als 180 Tagen oder Tagessätzen oder innert zehn Jahren zu mehreren Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder zu gemeinnütziger Arbeit von insgesamt mehr als 180 Tagen, Tagessätzen oder 720 Stunden verurteilt wird und das Urteil jeweils eine der folgenden Straftaten enthält:

- a. Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder gegen den öffentlichen Frieden;
- b. Hausfriedensbruch (Art. 186) in Verbindung mit Diebstahl (Art. 139);
- c. Raub nach Artikel 140;
- d. Betrug nach Artikel 146 Absatz 1 und 2;
- e. missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe nach Artikel 151^{bis};
- f. Widerhandlung nach Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes²⁴².

² Das Gericht kann einen Ausländer zudem für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines anderen Delikts verurteilt wurde und das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz überwiegt.

³ Wenn die betroffene Person über kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt, kann die Landesverweisung im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens ausgesprochen werden.

Art. 67d Ausschluss und vorläufiger Aufschub der Landesverweisung

¹ Bei freizügigkeitsberechtigten Ausländern oder bei einem Familienangehörigen, welcher diese Person begleitet oder ihr nachzieht, ist die Landesverweisung ausgeschlossen, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999²⁴³ und des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001²⁴⁴ vorliegt.

² Das Gericht schiebt den Vollzug der Landesverweisung vorläufig auf, wenn:

- a. Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen;
- b. aus Gründen, welche die verurteilte Person nicht beeinflussen kann, die Ausreise unmöglich ist;

²⁴² **SR 812.121**

²⁴³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR **0.142.112.681**).

²⁴⁴ AS **2003** 2685; SR **0.632.31**.

c. dieser infolge Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe unzumutbar ist.

Art. 67e Wiederholungsfall

Begeht jemand in der Zeit, in der er mit einer Landesverweisung nach Artikel 73a Absätze 1 und 2 belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine zwingende Landesverweisung erfüllt, so ist diese auf 20 Jahre auszusprechen. In anderen Wiederholungsfällen kann die Landesverweisung auch auf 20 Jahre ausgesprochen werden.

Art. 67f Zeitpunkt des Vollzugs

¹ Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die gegen die verurteilte Person verhängten unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen. Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Vollzug entlassen oder die Massnahme ersatzlos aufgehoben wird.

² Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an welchem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

Art. 67g Unterbrechung und Aufhebung

¹ Die Vollzugsbehörde kann aus wichtigen humanitären oder prozessualen Gründen den Vollzug der Landesverweisung unterbrechen.

² Das Gericht hebt auf Gesuch hin die Landesverweisung auf, wenn nachträglich ein Ausschlussgrund gemäss Artikel 67d Absatz 1 eintritt.

Art. 67h Vollzugsverfahren

¹ Die Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich.

² Das Gericht entscheidet auf Antrag, ob die Voraussetzungen für den Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung noch gegeben sind und ob neue Vollzugshindernisse bestehen.

Art. 67i Beschwerdeverfahren

¹ Gegen Vollzugsentscheide des Gerichts kann innerhalb von 10 Tagen beim oberen kantonalen Gericht Beschwerde geführt werden. Dieses entscheidet endgültig.

² Mit Beschwerde kann nur eine Verletzung der Gründe gemäss Artikel 67d Absatz 2 gerügt werden.

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis} Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe

¹ Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.

Änderung anderer Bundesgesetze

Bei der Umsetzung ist die Prüfung erforderlich, ob und inwiefern Änderungen namentlich der folgenden Erlasse erforderlich sind:

- Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005²⁴⁵ über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG);
- Asylgesetz vom 26. Juni 1998²⁴⁶ (AsylG);
- Bundesgesetz vom 17. Juni 2005²⁴⁷ über das Bundesgericht (BGG);
- Bundesgesetz vom 20. Juni 2003²⁴⁸ über das Jugendstrafrecht (JStG);
- Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007²⁴⁹ (StPO);
- Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009²⁵⁰ (JStPO);
- Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927²⁵¹ (MStG);
- Militärstrafprozess vom 23. März 1979²⁵² (MStP);

²⁴⁵ **SR 142.20**

²⁴⁶ **SR 142.31**

²⁴⁷ **SR 173.110**

²⁴⁸ **SR 311.1**

²⁴⁹ **SR 312.0**

²⁵⁰ **SR 312.1**

²⁵¹ **SR 321.0**

²⁵² **SR 322.1**

Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)

Ausländergesetz (Änderungen *kursiv*)

10. Kapitel: Beendigung des Aufenthalts

2. Abschnitt: Erlöschen und Widerruf der Bewilligungen

Art. 62

Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen

Die zuständige Behörde kann Bewilligungen, ausgenommen die Niederlassungsbewilligung, und andere Verfügungen nach diesem Gesetz widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer:

- a. oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat;
- b. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder Artikel 61 des Strafgesetzbuches²⁵³ angeordnet wurde;
- c. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;
- d. eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht einhält;
- e. oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.

Art. 63

Widerruf der Niederlassungsbewilligung

¹ Die Niederlassungsbewilligung kann nur widerrufen werden, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach Artikel 62 Buchstabe a oder b erfüllt sind;
- b. die Ausländerin oder der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;
- c. die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist.

² Die Niederlassungsbewilligung von Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, kann nur aus Gründen von Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 62 Buchstabe b widerrufen werden.

³ Vorbehalten bleibt der zwingende Widerruf (Art. 63a).

Art. 63a

Zwingender Widerruf von Bewilligungen

¹ Die zuständige Behörde widerruft alle Bewilligungen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer eine der folgenden Straftaten begangen hat und zu einer Strafe nach Absatz 2 verurteilt wird:

- a. ein vorsätzliches Tötungsdelikt (nach den Art. 111–113 StGB), einen Raub (Art. 140 StGB), Menschenhandel (Art. 182 StGB), eine Vergewaltigung (Art. 190 StGB) oder ein anderes schweres Verbrechen, das mit einer Min-

deststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht ist;

- b. einen Diebstahl (Art. 139 StGB) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB);*
- c. einen Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB) im Bereich der Sozialversicherung oder Sozialhilfe, einen missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe (Art. 151^{bis} StGB);*
- d. eine Widerhandlung nach Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes²⁵⁴.*

² Der Widerruf nach Absatz 1 setzt voraus, dass das Gericht die Ausländerin oder den Ausländer:

- a. in einem Urteil, das eine Straftat nach Absatz 1 enthält, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen oder*
- b. innerhalb von zehn Jahren in mehreren Urteilen, die eine Straftat nach Absatz 1 enthalten, zu Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder zu gemeinnütziger Arbeit von mindestens 180 Tagen oder Tagessätzen oder 720 Stunden verurteilt.*

Art. 63b

Ausschluss des Widerrufs von Bewilligungen

Bei Ausländerinnen und Ausländern, auf die das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999²⁵⁵ und das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001²⁵⁶ Anwendung finden, ist der Widerruf von Bewilligungen (Art. 62–63a) ausgeschlossen, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt.

Art. 67

Einreiseverbot

¹ Das BFM verfügt unter Vorbehalt der Absätze 5 bis 7 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn:

- a. die Wegweisung nach Artikel 64d Absatz 2 Buchstaben a–c sofort vollstreckt wird;*
- b. diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind;*
- c. sie die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen nach Art. 63a erfüllen.*

² Das Bundesamt kann Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die:

- a. gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden;*
- b. Sozialhilfekosten verursacht haben;*
- c. in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75–78) genommen worden sind.*

²⁵⁴

SR 812.121

²⁵⁵

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

²⁵⁶

AS **2003** 2685; SR **0.632.31**.

³ Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

^{3bis} *Das Einreiseverbot nach Absatz 1 Buchstabe c wird für eine Dauer von 5 bis 15 Jahren verfügt. Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots 20 Jahre.*

⁴ Das Bundesamt für Polizei (fedpol) kann zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber Ausländerinnen und Ausländern ein Einreiseverbot verfügen; es hört den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) vorgängig an. Das fedpol kann Einreiseverbote für eine Dauer von mehr als fünf Jahren und in schwerwiegenden Fällen unbefristet verfügen.

⁵ Die verfügende Behörde kann aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben.

⁶ *Das Einreiseverbot nach Absatz 1 Buchstabe c kann aus wichtigen humanitären oder prozessualen Gründen vorübergehend aufgehoben werden.*

⁷ *Das Einreiseverbot wird nicht verfügt oder aufgehoben, wenn ein Ausschlussgrund nach Artikel 63b besteht.*

11. Kapitel: Vorläufige Aufnahme

Art. 83 Anordnung der vorläufigen Aufnahme

¹ Ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme.

² Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann.

³ Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen.

⁴ Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind.

⁵ ²⁵⁷ ...

⁶ Die vorläufige Aufnahme kann von kantonalen Behörden beantragt werden.

⁷ Die vorläufige Aufnahme nach den Absätzen 2 und 4 wird nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person:

- a. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder 61 des Strafgesetzbuches²⁵⁸ angeordnet wurde;
- b. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet; oder

²⁵⁷ Aufgehoben durch Ziff. IV 2 des BG vom 16. Dez. 2005, mit Wirkung seit 1. Jan. 2008 (AS 2006 4745, 2007 5573; BBI 2002 3709).

²⁵⁸ SR 311.0

- c. die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat.

^{7bis} *Betrifft die Wegweisung Ausländerinnen oder Ausländer, die die Voraussetzungen von Artikel 63a für einen zwingenden Widerruf einer Bewilligung erfüllen, verfügt das BFM eine vorläufige Aufnahme, wenn:*

- a. *Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen und der Vollzug deshalb unzulässig ist;*
- b. *aus Gründen, welche die verurteilte Person nicht beeinflussen kann, der Vollzug unmöglich ist;*
- c. *der Vollzug infolge Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe unzumutbar oder unzulässig ist.*

⁸ Flüchtlinge, bei denen Asylausschlussgründe nach Artikel 53 und 54 AsylG²⁵⁹ vorliegen, werden vorläufig aufgenommen.

Asylgesetz (Änderungen *kursiv*)

2. Kapitel: Asylsuchende

3. Abschnitt: Das erstinstanzliche Verfahren

Art. 37 Erstinstanzliche Verfahrensfristen

^{1–3} [...]

⁴ Das Bundesamt entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist *oder wenn sie in der Schweiz straffällig geworden ist.*

3. Kapitel: Asylgewährung und Rechtsstellung der Flüchtlinge

1. Abschnitt: Asylgewährung

Art. 53 Asylunwürdigkeit

Flüchtlinge wird kein Asyl gewährt, wenn sie:

- a. sie wegen verwerflicher Handlungen dessen unwürdig sind;
- b. sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben oder gefährden;
- c. die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen nach Artikel 63a des Ausländergesetzes²⁶⁰ erfüllen.

4. Abschnitt: Beendigung des Asyls

Art. 64 Erlöschen

¹ Das Asyl in der Schweiz erlischt, wenn:

- a.–c. [...]
- d. die Ausweisung vollzogen worden ist;

²⁵⁹ SR 142.31

²⁶⁰ SR 142.20

e. die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen nach Artikel 63a des Ausländergesetzes²⁶¹ erfüllt sind.

8. Kapitel: Rechtsschutz

2. Abschnitt: Beschwerdeverfahren auf Bundesebene

Art. 109 Behandlungsfrist

1-4 [...]

⁵ Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist oder wenn sie in der Schweiz straffällig geworden ist.

Strafgesetzbuch (neu)

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis} Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe

¹ Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.

261

Verwendete Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003
- BAUMANN ROBERT, *Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, ZBI 2010, S. 241 ff.
- BESSON SAMANTHA, *Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse*, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 125 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007
- CARONI MARTINA / GÄCHTER THOMAS / THURNHERR DANIELA (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Bern 2010
- EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 2. Auflage, Zürich 2008
- EPINEY ASTRID, *Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips*, ZBI 1994, S. 537 ff.
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (Hrsg.), *Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz*, Zürich 2007
- FORSTER MARC, *Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV*, AJP 2004, S. 418 ff.
- FORSTMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, *Einführung in das Recht*, 4. Auflage, Bern 2008
- FROWEIN JOCHEN ABRAHAM / PEUKERT WOLFGANG, *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Kehl 2009
- GÄCHTER THOMAS / KRADOLFER MATTHIAS, *Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht*, ASYL 1/08, S. 12 ff.
- 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.
- KELLER HELEN, *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin 2003
- KIENER REGINA / KRÜSI MELANIE, *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, ZBI 2009, S. 237 ff.
- ILLES RUEDI / SCHREPFER NINA / SCHERTENLEIB JÜRG, *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren* (hrsg. von der Schweiz. Flüchtlingshilfe SFH), Bern 2009
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, *Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen*, Jusletter vom 8. November 2010
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 3. Auflage, Bern 2010

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, Basel 2003
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel 2007
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111–392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007
- NOWAK MANFRED, CCPR Commentary, 2. Auflage, Kehl 2005.
- PETERS ANNE / PAGOTTO ISABELLA, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, ius.full 2/2004, S. 54 ff.
- 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
- RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Basel 2009
- SCHEIDEDECKER ADRIAN, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses implications pratiques, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 295 ff.
- SCHÜRMANN FRANK, Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel 1986
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010
- SPESCHA MARC / THÜR HANSPETER / ZÜND ANDREAS / BOLZLI PETER, Kommentar zum Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich 2009
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thürer / Aubert / Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 149 ff.
- UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3. Auflage, Genf 2007.
- ZÜND ANDREAS, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, ZBJV 1993, S. 73 ff.