

# Die Landesverweisung nach Art. 66a

**Gerhard Fiolka**

Prof. Dr. iur., Professor für  
Internationales Strafrecht an der  
Universität Freiburg i. Üechtland

**Luzia Vetterli**

Dr. iur., Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte  
an der Universität Luzern

## 1. Einleitung

Nach einer Pause von zehn Jahren kehrt die Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion wieder ins StGB zurück. Diese Sanktion war mit dem 2006 in Kraft gesetzten revidierten allgemeinen Teil abgeschafft worden. Die Abschaffung der seinerzeitigen «Nebenstrafe» der Landesverweisung gem. Art. 55 aStGB wurde damit begründet, dass es schwierig sei, die Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion und als fremdenpolizeiliche Massnahme aufeinander abzustimmen.<sup>1</sup>

Genau diese Aufgabe wurde nun aber mit der erneuten Reform des Sanktionenrechts an die Hand genommen, die unabhängig von der sogenannten Ausschaffungsinitiative eine fakultative Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion vorgesehen hätte. Die dafür angeführten Gründe reichen von der Sicherstellung eines rechtskräftigen Entscheids zur Landesverweisung nach Verbüßung der Strafe bis hin zu einer angeblich besseren generalpräventiven Wirkung der Landesverweisung als strafrechtliche Massnahme.<sup>2</sup>

Mit Annahme der Ausschaffungsinitiative besteht in Art. 121 Abs. 3–6 BV nun eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Einführung einer obligatorischen Landesverweisung, die in Art. 66a ff. StGB mit Inkrafttreten per 1. Oktober 2016 umgesetzt wurde.

Die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB stellt Strafbehörden und Gerichte im Vergleich zu einer fakultativen Landesverweisung vor ganz neue Herausforderungen, müssen sie

doch nun im Strafverfahren Abklärungen treffen und Überlegungen anstellen, die bislang im Zuständigkeitsbereich von Migrationsbehörden lagen.<sup>3</sup> Sie tun dies aber im Rahmen eines Strafverfahrens, in dem die Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion ausgefällt wird.

Da die Landesverweisung nach Art. 66a StGB bei Vorliegen bestimmter Straftaten zwingend auszusprechen ist und davon nur bei Vorliegen eines Härtefalls nach Abs. 2 abgesehen werden kann, wird die Praxis nicht nahtlos an die altrechtliche Landesverweisung nach Art. 55 aStGB anschliessen können – das neue Recht konfrontiert die Strafbehörden auch mit bislang ungewohnten Fragestellungen des Härtefalls und der Verhältnismässigkeit (vgl. hinten Ziff. 5.1). Genauso verbietet es sich jedoch, unbesehen Lösungen aus dem Migrationsrecht zu übertragen, denn die Landesverweisung ist nun eine strafrechtliche Massnahme, die strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätzen unterliegt (vgl. sogleich Ziff. 2).

Im Folgenden soll zunächst die Rechtsnatur der Landesverweisung und ihr Bezug zu strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätzen ausgelotet werden (hinten Ziff. 2 f.). Sodann ist auf die praktisch bedeutsame Frage, bei welchen Anlasstaten nach Art. 66a Abs. 1 StGB eine Landesverweisung ausgesprochen werden muss, einzugehen (hinten Ziff. 4). Schliesslich ist die Landesverweisung im Kontext migrationsrechtlicher Erkenntnisse und völkerrechtlicher Anforderungen zu beleuchten (hinten Ziff. 5 ff.).

## 2. Rechtsnatur

### 2.1 Systematische Einordnung

Art. 66a StGB wird im StGB bei den «anderen Massnahmen» eingereiht, also in einer systematischen Kategorie mit der Friedensbürgschaft, dem Berufsverbot, dem Fahrverbot, der Veröffentlichung des Urteils und der Einziehung. Die «anderen Massnahmen» sind ihrerseits eine Residualkategorie zur Kategorie «Therapeutische Massnahmen und Verwahrung». Die Klassifikation in einer Residualkategorie zusammen mit Sanktionen heterogener Gestalt und ungleicher praktischer Bedeutung deutet bereits darauf hin, dass es nicht ganz leicht fällt anzugeben, was die Landesverweisung denn eigentlich für eine Sanktion sein soll.

Die Botschaft zur Landesverweisung verweist in dieser Frage auf die Botschaft zur Sanktionenreform. Auch die Reform des Sanktionenrechts sieht bereits eine Wiedereinführung einer fakultativen strafrechtlichen Landesverweisung vor, die in einem nun nie in Kraft tretenden Art. 67c E-StGB hätte geregelt werden sollen.<sup>4</sup> Warum die Landesverweisung nun nicht nach, sondern vor dem ohnehin bedeutungsarmen Fahrverbot von Art. 67 StGB zu stehen kommt, wird nicht erläutert, dürfte aber in erster Linie damit zu tun haben, dass zwei potenzielle Art. 67c ff. E-StGB wohl doch zu verwirrt gewesen wären.

Die Sanktionenreformbotschaft begründet die Einordnung der strafrechtlichen Landesverweisung bei den «anderen Massnahmen»

# StGB als strafrechtliche Sanktion

damit, dass die Lehre bereits der bis 2006 geltenden Regelung der Landesverweisung (Art. 55 aStGB) Massnahmecharakter zugesprochen habe.<sup>5</sup>

Bis 2006 wurde die strafrechtliche Landesverweisung als sogenannte «Nebenstrafe» qualifiziert. Weitere Nebenstrafen waren die Amtsunfähigkeit, die Entziehung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft, das Berufsverbot und das Wirtshausverbot. Nebenstrafen zeichneten sich dadurch aus, dass sie ausschliesslich «neben» einer Strafe verhängt werden konnten, also die Landesverweisung nach Art. 55a StGB nur bei einem Ausländer, «der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird». Seit 2007 besteht die Kategorie der Nebenstrafen nicht mehr, die vormaligen Nebenstrafen wurden – soweit überhaupt beibehalten – in die Kategorie «andere Massnahmen» überführt.

Bereits die ältere Rechtsprechung zu Art. 55 aStGB verwarf die Idee, dass der Landesverweisung ausschliesslich Strafcharakter zukomme. So wurde bereits früh gesagt, dass dem Sicherungszweck bei der Landesverweisung «eine richtunggebende Funktion» zukomme, dass diese die Entscheidung nur «nicht mehr oder weniger allein beherrschen» sollte.<sup>6</sup>

Das Bundesgericht stellte fest, dass die Landesverweisung einerseits dem Schutz der öffentlichen Sicherheit diene und andererseits eine Strafe darstelle.<sup>7</sup> In jüngerer Zeit ging das Bundesgericht davon aus, dass bei der Landesverweisung der Massnahmecharakter im Vordergrund stehe,<sup>8</sup> dass aufgrund des Strafcharakters aber gleichwohl die Strafzumessungs-

gründe (Art. 63 aStGB) zu berücksichtigen seien.<sup>9</sup>

Nachdem Art. 66a StGB nun eindeutig als «andere Massnahme» eingeordnet wird und bereits bei der altrechtlichen Landesverweisung der Strafcharakter immer mehr relativiert wurde, erscheint die Landesverweisung nun prima facie als Massnahme. Darauf deutet auch hin, dass die Initianten der Ausschaffungsinitiative, auf die Art. 66a StGB zurückgeht, in erster Linie «Mehr Sicherheit durch weniger Ausländerkriminalität» versprochen bzw. gefordert haben.<sup>10</sup> Zugleich wurde allerdings ausgeführt, dass die Ausweisung nicht nur eine fremdenpolizeiliche Massnahme sein, sondern auch «der direkten Bestrafung des Täters» dienen solle.<sup>11</sup>

Dies als argumentative Unsauberkeit der Initianten abzutun, griffe indes zu kurz. Die Grenzen zwischen der als symbolische Reaktion auf vergangenes Unrecht begriffenen Strafe und der auf künftige Sicherheit der Gesellschaft gerichteten Massnahme werden immer undeutlicher.<sup>12</sup> Strafgesetzgebung wird verbreitet mit dem Ziel betrieben bzw. politisch vermarktet, Sicherheit zu schaffen.<sup>13</sup> Dass dies unmöglich ist, weil das Strafrecht letztlich nur Reaktionsmöglichkeiten auf vergangene Normbrüche bereitstellt und insofern immer zu spät kommt, wird systematisch ausgeblendet. Wie wackelig die Vorstellung einer abschreckenden Wirkung des Strafrechts – und damit die Brücke des Strafrechts zu künftiger Sicherheit – ist, wird unterschätzt: Der Nachweis einer abschreckenden Wirkung von Strafandrohung, Strafverfahren

und Strafe konnte bis heute nicht erbracht werden.<sup>14</sup> Umgekehrt bergen auch klassische sichernde Massnahmen regelmässig Nachteile in sich, die aus Sicht des Verurteilten von Strafübeln nicht zu unterscheiden sind.

## 2.2 Schuldprinzip und Resozialisierungsprinzip

Daraus, dass die Landesverweisung sowohl in ihren Auswirkungen als auch gemäss den Vorstellungen der Initianten der Ausschaffungsinitiative Strafcharakter trägt, ergibt sich indes zudem, dass bei der Ausfällung einer Landesverweisung auch strafrechtliche Grundsätze wie etwa das Schuldprinzip im Allgemeinen und die Strafzumessungsgrundsätze im Besonderen zu beachten sind. Soweit die Regelung von Art. 66a StGB dies zulässt, wird die Ausfällung einer Landesverweisung durch das Verschulden des Verurteilten begrenzt.

Zur Verhinderung einer unzulässigen Doppelbestrafung muss die Landesverweisung bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung des Landesverweises bei der Strafzumessung drängt sich umso mehr auf, weil der Sicherungszweck bei der Landesverweisung relativ diffus bleibt. Letztlich erschöpft er sich darin, dass der Verurteilte während der Vollzugsdauer der Landesverweisung keine Möglichkeit hat, auf dem Gebiet der Schweiz Straftaten zu begehen. Anders als bei therapeutischen Massnahmen besteht keine Möglichkeit, den Strafvollzug durch erfolgreiche Therapie zu vermeiden (dualistisch vikariierendes System) und die Verhängung der

<sup>1</sup> BBl 1999 II, 2101 f.

<sup>2</sup> BBl 2012, 4737. Dazu kritisch Felix Bommer, «Lauter Anfang – leises Ende. Zum revidierten Sanktionenrecht», in: Jörg Schmid (Hrsg.), Hommage an Peter Gauch, Zürich 2016, S. 27–56, 52.

<sup>3</sup> Vgl. Gregor Münch/Fanny de Weck, «Die neue Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB», in: Anwaltsrevue 2016, S. 163–169, 168.

<sup>4</sup> BBl 2012, 4736 f., 4746 f. Vgl. Bommer, a.a.O., S. 52.

<sup>5</sup> BBl 2012, 4746.

<sup>6</sup> BGE 94 IV 102, E. 2.

<sup>7</sup> BGE 104 IV 229, E. 1b.

<sup>8</sup> BGE 117 IV 222, E. 1c.

<sup>9</sup> BGE 123 IV 107, E. 1. In casu führte das zur Annahme, dass die Freiheitsstrafe und die Landesverweisung in der Dauer konkordant sein sollten, dass also etwa die Verurteilung zu einer kurzen Hauptstrafe und einer langen Landesverweisung besonderer Begründung bedürfe.

<sup>10</sup> SVP, Ja zur Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative), Argumentarium für die Abstimmung vom 28. November 2010, www.ausschaffungsinitiative.ch, S. 21. Vgl. dazu Stefanie Kurt, Eine rechtliche Retrospektive auf die Ausschaffungsinitiative, SZK 2016, S. 45–49, 46 ff.

<sup>11</sup> SVP, a.a.O., S. 21.

<sup>12</sup> Vgl. Marianne Heer, N 3 vor Art. 56, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, StGB, Basler Kommentar, 3. Aufl., 2013 (fortan: BSK StGB).

<sup>13</sup> Vgl. etwa Gerhard Fiolka, «Sicherheit im Strassenverkehr durch Strafrecht?», in: SZK 2013, S. 46–54, 52 ff.

<sup>14</sup> Fiolka, a.a.O., S. 56 m.w.N.

Sanktion setzt auch keinen Gefährlichkeitsnachweis voraus, wie dies etwa bei der Verwahrung der Fall ist. Anders als bei der Einziehung lässt sich der Gegenstand der Massnahme nicht von demjenigen der Massnahme unterscheiden. Landesverweisung und Strafe müssen insgesamt schuldadäquat sein. In Fällen, in denen die Landesverweisung nach Art. 66a StGB ausgefällt werden muss, ist dem beim Strafmass Rechnung zu tragen. Hier werden inskünftig auch die Auswirkungen der Sanktionen insgesamt, also auch der Landesverweisung, auf das Leben des Verurteilten berücksichtigt werden müssen.

Liegt eine Katalogtat von Art. 66a StGB vor, bei deren Vorliegen die Landesverweisung «obligatorisch» ausgesprochen werden muss, scheint prima facie kein Raum für die Berücksichtigung des Verschuldens zu bestehen: Der Katalog enthält auch vergleichsweise geringfügige Straftaten.<sup>15</sup> In diesem Zusammenhang ist nicht a priori ausgeschlossen, dass auch ein krasses Missverhältnis zwischen persönlichem Verschulden und einer Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall i.S. von Art. 66a Abs. 2 StGB begründen könnte.

Bei der Ausfällung strafrechtlicher Massnahmen müssen die Resozialisierungschancen berücksichtigt werden. Die Landesverweisung steht einer sozialen Wiedereingliederung in der Schweiz entgegen und «disloziert» diese gleichsam ins Ausland. Bei der Verurteilung zu einer Landesverweisung muss diesem Aspekt insofern Rechnung getragen werden, als im Vergleich zur Schweiz markant schlechtere Resozialisierungschancen im Ausland allenfalls zur Begründung eines Härtefalls i.S. von Art. 66a Abs. 2 StGB führen können müssen. In vielen Fällen werden die Resozialisierungschancen in der Schweiz

und im Ausland vergleichbar sein. Dies heisst aber nicht, dass sie «ceteris paribus» ausser Acht gelassen werden dürfen, denn es ist durchaus denkbar, dass ein Verurteilter aufgrund seiner kulturellen Einbettung und bestehender sozialer Bindungen deutlich bessere Resozialisierungschancen hat als in einem ihm gänzlich fremden Heimatland, wo er niemanden kennt. Obschon davon ausgegangen werden darf, dass solche Unterschiede in einem gewissen Masse bei einer Landesverweisung unumgänglich sind, was auch dem Gesetzgeber nicht entgangen sein dürfte, müssen deutliche Unterschiede doch berücksichtigt werden können.

## 2.3 Verhältnis zu den allgemeinen Prinzipien des Massnahmenrechts

### 2.3.1 Verhältnismässigkeit

Aus der systematischen Einordnung von Art. 66a StGB bei den Massnahmen, aber auch daraus, dass der Landesverweisung tatsächlich eine Sicherungsfunktion zugeschrieben wird, lässt sich recht zwanglos ableiten, dass die Landesverweisung nach Art. 66a StGB den allgemeinen Prinzipien über das Massnahmenrecht untersteht.

Art. 56 f. StGB beziehen sich ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung nach ausschliesslich auf therapeutische Massnahmen und die Verwahrung. In Art. 56 f. StGB werden «andere Massnahmen» nirgends erwähnt.

Das Massnahmenrecht – unter Einschluss der «anderen» Massnahmen – unterliegt indes insgesamt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit.<sup>16</sup> Daraus hat sich zu ergeben, dass jede Massnahme zur Erreichung ihres Zwecks geeignet, erforderlich und insgesamt angemessen sein muss (vgl. auch Art. 36 Abs. 3 BV). Da es sich um einen Grundsatz des Massnahmenrechts handelt, muss dies unabhängig davon gelten, ob an sich

ein Rechtsanspruch auf Verbleib in der Schweiz besteht oder nicht, es geht mithin nicht darum, ob jemand an sich das Recht hat, in der Schweiz zu sein, sondern darum, auf welchem Wege eine entsprechende Bewilligung z. B. entzogen werden darf. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit wird in Art. 66a StGB selber dahingehend konkretisiert, dass bei Vorliegen einer Katalogtat grundsätzlich – vorbehaltlich eines Härtefalls – eine Landesverweisung auszusprechen ist.

Wie im Strafrecht – insbesondere bei Strafen – üblich, läuft die Verhältnismässigkeitsprüfung dann aber grundsätzlich ins Leere, weil der Sicherungszweck an sich gegen Kritik immunisiert und sehr abstrakt gehalten ist: Der Landesverweis ist allemal geeignet, einen Verurteilten von der Verübung von Straftaten in der Schweiz abzuhalten, weil er sich dann überhaupt nicht mehr in der Schweiz aufhält. Die Erforderlichkeit wird demgegenüber letztlich ohne nähere Begründung postuliert und die Angemessenheit im Einzelfall auf die Härtefallprüfung reduziert. Eine solche Betrachtungsweise greift insbesondere bei der Frage der Erforderlichkeit zu kurz. Es mag zutreffen, dass bei Vorliegen einer Anlasstat nach Art. 66a StGB eine Landesverweisung unabhängig von der Frage auszusprechen ist, ob diese Massnahme erforderlich ist, um den Verurteilten von weiteren Straftaten in der Schweiz abzuhalten. Die Frage stellt sich indes jedenfalls bei der Bemessung der Dauer der Landesverweisung nach Art. 66a StGB und bei der Frage, ob eine fakultative Landesverweisung nach Art. 66abis StGB ausgesprochen werden soll.

### 2.3.2 Grundsatz «in dubio pro reo»

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt der Grundsatz «in dubio pro reo» bei Pro-

gnoseentscheidungen bei Massnahmen nicht.<sup>17</sup> Dies gilt in erster Linie bei der Prognose von Behandelbarkeit und Behandlungserfolg, denn die Prognose, ob eine bestimmte Behandlung bei einem bestimmten Verurteilten wirksam sein wird, ist mit besonderen Unsicherheiten behaftet, die Zweifel letztlich unvermeidbar machen. Bereits bei der Prognose, ob eine Person inskünftig eine Gefahr darstellen wird, ist diese Aussage zu relativieren, denn die (gegenwärtigen oder vergangenen) Tatsachen, auf die sich die (zukunftsgerichtete) Gefährlichkeitsaussage stützt, müssen bewiesen werden, und auf diesen Nachweis ist der Grundsatz *in dubio pro reo* anwendbar.<sup>18</sup>

Überträgt man dies auf die Anwendung von Art. 66a StGB, so heisst dies, dass in Vergangenheit und Gegenwart liegende Tatsachen, die Prognosen bei der Anwendung von Art. 66a StGB zugrunde gelegt werden, nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* gewürdigt werden müssen, dass sich also die Beweisnot nicht zulasten des Beschuldigten auswirken darf. Der Grundsatz findet so auf den Nachweis aller für die Bestimmung und Zumessung strafrechtlicher Sanktionen erforderlichen Tatsachen Anwendung.<sup>19</sup>

Der Nachweis der Anlasstat unterliegt dem Grundsatz *in dubio pro reo* ohnehin zweifellos. Auch in der Frage, ob ein Härtefall i.S. von Art. 66a Abs. 2 StGB gegeben sei, verbergen sich Prognoseentscheidungen (zu *in dubio pro reo* als Beweislastregel und zum Untersuchungsgrundsatz vgl. hinten Teil II Ziff. 3.3.2).

Die Abwägung der öffentlichen Interessen an der Landesverweisung mit den Nachteilen, die sie für den Beschuldigten mit sich bringt, ist grundsätzlich eine Rechtsfrage, deren Entscheidung dem Gericht obliegt. Welche Umstände abstrakt geeignet sind,

einen schweren persönlichen Härtefall zu bewirken, ist ebenfalls eine Rechtsfrage, bei deren Klärung für Zweifel – und damit auch für eine Entscheidung *in dubio pro reo* – kein Raum besteht. Wie sich die Lebenssituation eines konkreten Beschuldigten gestaltet und insbesondere, wie sich eine Landesverweisung auf das Leben des Beschuldigten auswirken würde, sind demgegenüber Tatsachen, deren Würdigung dem Grundsatz *in dubio pro reo* unterliegen muss. Von besonderer praktischer Bedeutung bei der Beurteilung eines Härtefalls wird regelmässig die Frage sein, welche Nachteile der Beschuldigte zu gewärtigen hat, wenn er die Schweiz zu verlassen hat. Diese Nachteile werden regelmässig mit der persönlichen Situation des Beschuldigten in der Schweiz, aber auch mit den Bedingungen etwa im Heimatstaat verknüpft sein.

So kann ein Härtefall etwa eintreten, wenn ein Beschuldigter aufgrund einer Krankheit oder eines Gebrechens auf medizinische Leistungen angewiesen ist. Zur Beurteilung des Härtefalls muss geprüft werden, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen vorliegen und welche medizinischen Leistungen erbracht werden müssen. Es muss aber auch abgeklärt werden, ob diese Leistungen im Heimatstaat allenfalls nicht erbracht werden können und welcher Nachteil dem Beschuldigten daraus erwachsen könnte.

Die Auslegung des Sachverhalts *in dubio pro reo* gebietet nun etwa, dass in Fällen, in denen nicht in Erfahrung gebracht werden kann, ob hinreichende medizinische Behandlungsmöglichkeiten im Herkunftsstaat bestehen, davon ausgegangen wird, dass keine hinreichenden medizinischen Behandlungsmöglichkeiten bestehen. Ob dem Beschuldigten unter diesen Umständen zuzumuten

ist, die Schweiz zu verlassen, ist demgegenüber eine Abwägungs- und Rechtsfrage, die nicht *in dubio pro reo* gewürdigt werden kann.

### 2.3.3 Geltungsbereich von Art. 6 EMRK

Da die neue Landesverweisung, wie oben dargelegt, sowohl eine strafähnliche Wirkung als auch gewisse Merkmale einer Massnahme aufweist und sie auch im ordentlichen Strafverfahren ergeht, stellt sich die Frage, ob sie in den Geltungsbereich von Art. 6 EMRK fällt. Solange sowohl eine Strafe als auch die Landesverweisung Gegenstand des Verfahrens bilden, sollten die Garantien von Art. 6 EMRK integral sowohl auf die Strafe als auch auf die Landesverweisung Anwendung finden.

Offen ist, ob dies auch gilt, wenn beispielsweise nur noch die Landesverweisung Gegenstand einer Berufung bildet. Da die Landesverweisung in der Regel ebenso schwere, wenn nicht gar schwerere Auswirkungen auf den Beschuldigten hat als eine allenfalls sogar bedingte Geld- oder Freiheitsstrafe und im Strafverfahren gemäss den strafprozessualen Regeln darüber verhandelt wird, erscheint es gerechtfertigt, wesentliche Beschuldigtenrechte auch hier greifen zu lassen. Insbesondere sollte über eine Landesverweisung vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht verhandelt werden, das Beschleunigungsgebot sollte beachtet werden, dem Beschuldigten muss ausreichend Zeit und Möglichkeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zur Verfügung stehen und er muss sich zur geplanten Massnahme äussern können.<sup>20</sup> Art. 32 BV ist sodann uneingeschränkt anwendbar, da dort vom Strafverfahren die Rede ist (und nicht von einer strafrechtlichen Anklage wie in Art. 6 EMRK).

<sup>15</sup> Vgl. Fanny de Weck, N 13 zu Art. 66a StGB, in: Marc Spescha et al. (Hrsg.), *Migrationsrecht*, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2015 (fortan: *Kommentar Migrationsrecht*).

<sup>16</sup> Marianne Heer, BSK StGB, N 34 ff. zu Art. 56 StGB; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 13 N 1 f.

<sup>17</sup> BGE 118 IV 108, E. 2a; BGE 127 IV 1, E. 2a.

<sup>18</sup> Vgl. Heer, BSK StGB, N 21 zu Art. 56 StGB.

<sup>19</sup> Esther Tophinke, N 20 zu Art. 10 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger, *StPO*, Basler Kommentar, 2. Aufl., 2014.

<sup>20</sup> Vgl. jedoch EGMR, Urteil 39652/98 vom 5.10.2000, *Maaouia c. France*, in dem das Gericht eine Landesverweisung als verwaltungsrechtliche Massnahme mit hauptsächlich präventivem Charakter vom Geltungsbereich von Art. 6 EMRK ausgenommen hat. Besagter Fall bezog sich jedoch auf die Revision einer bereits ausgesprochenen Landesverweisung infolge Heirat mit einer Französin. Allenfalls hätte das Gericht die Natur des Verfahrensgegenstandes anders eingestuft, wäre es um die ursprüngliche, im Strafverfahren von einem Gericht angeordnete Landesverweisung gegangen (vgl. zustimmende Meinung von Richter Sir Nicolas Bratza).

### 3. Beurteilungsspielräume der Behörden

#### 3.1 Zur Struktur von Art. 66a ff. StGB

Sowohl bei der Ausschaffungsinitiative als auch bei der gegen Art. 66a ff. StGB gerichteten Durchsetzungsinitiative war die Beschneidung richterlicher Ermessensspielräume erklärtes Ziel der Initianten. Die Formulierung von Art. 66a StGB scheint an verschiedenen Stellen offen gegen richterliches Ermessen gerichtet.

So spricht das Marginale von Art. 66a StGB von der «obligatorischen» Landesverweisung, dies im Gegensatz zur «nicht obligatorischen Landesverweisung» von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB. Dem ist zu entnehmen, dass die Landesverweisung bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 66a StGB in jedem Fall ausgesprochen werden soll, dass das Gericht zur Verhängung dieser Sanktion verpflichtet ist.

Dem Wortlaut von Art. 66a StGB nach «verweist das Gericht» den Ausländer, der wegen einer Katalogtat verurteilt worden ist, aus der Schweiz, und zwar unabhängig von der Höhe der Strafe. Es handelt sich hier um eine «Muss-Formulierung», auch wieder im Gegensatz zur Kann-Formulierung von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB.

Insgesamt lässt sich bereits vorab festhalten, dass den Gerichten nicht nur bei der Anordnung der «nicht-obligatorischen» Landesverweisung nach Art. 66a<sup>bis</sup> StGB, sondern hinsichtlich der Dauer jeder Landesverweisung ein ungeschmälerter Ermessensspielraum zukommt. Die Gerichte kommen also jedenfalls nicht umhin, alle massgeblichen Entscheidungsfaktoren strafrechtlicher, aber auch migrationsrechtlicher Provenienz abzuklären – über die Dauer der Landesverweisung ist auch in Fällen von Art. 66a StGB

allemaal zu entscheiden. Daraus ergibt sich, dass auch in Fällen von Art. 66a StGB persönliche Umstände mit Bezug zu einer möglichen Landesverweisung ins Strafverfahren einzubringen sind und daselbst geprüft werden müssen.

#### 3.2 Härtefall nach Art. 66a Abs. 2 StGB

In Fällen von Art. 66a StGB konzentrieren sich die Ermessensentscheide des Gerichts auf die Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB, wonach das Gericht «ausnahmsweise» von einer Landesverweisung absehen «kann», wenn «diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen».

Die Härtefallregelung bricht einerseits das apodiktische Regime von Art. 66a Abs. 1 StGB auf, soll aber andererseits auch den Ausnahmekarakter des Absehens von der Landesverweisung bei Katalogtaten deutlich machen.

Damit wird auch auf eine Begrenzung des richterlichen Ermessens abgezielt. Eine solche ausdrückliche Begrenzung ist ein Novum im materiellen Strafrecht. Bislang wurden richterliche Ermessensspielräume grundsätzlich mit zwingenden Regeln verengt und mit dispositiven Regeln eröffnet. Der Ausnahmekarakter von Regelungen zeigte sich allenfalls darin, dass besondere materielle Anforderungen aufgestellt wurden, etwa das Erfordernis «besonders günstiger Umstände» für den bedingten Strafvollzug bei Rückfalltätern nach Art. 42 Abs. 2 StGB, die spezifischen Voraussetzungen und die Begründungspflicht für kurze unbedingte Freiheitsstrafen nach Art. 41 Abs. 1 und 2 StGB und auch die spezifischen Erfordernisse für die Ent-

lassung aus der lebenslänglichen Verwahrung nach Art. 64c StGB.

Die Vorstellung einer Härtefallregelung erscheint in der Strafjustiz als gewöhnungsbedürftig. Bei der Ausfällung einer Strafe sind nach Art. 47 StGB «die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» zu berücksichtigen – zwingend und umfassend.<sup>21</sup> Art. 66a Abs. 2 StGB begrenzt diese Berücksichtigung nun für die Verhängung einer bestimmten Sanktion auf sogenannte «Härtefälle».

Für die Frage, inwiefern die Beendigung des Aufenthalts in der Schweiz einem Menschen zuzumuten ist, kann auf den Erfahrungsschatz und die Rechtsprechung aus dem Migrationsrecht zurückgegriffen werden. Kriterien für einen «schwerwiegenden persönlichen Härtefall» finden sich etwa in Art. 31 VZAE. Die unbesehene Übernahme dieser Kriterien und der migrationsrechtlichen Rechtsprechung für Art. 66a Abs. 2 StGB griffe jedoch zu kurz: Der migrationsrechtliche Härtefall bezieht sich auf Fallgestaltungen (z. B. Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG, Art. 84 Abs. 5 AuG), in denen ausnahmsweise eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden darf, obwohl das AuG dafür abseits der Härtefallregelung keine rechtlichen Grundlagen vorsieht. Die ausnahmsweise legale Ermöglichung des Verbleibs in der Schweiz wird aufgrund der Befürchtung, dass ansonsten über die Härtefallklausel die migrationsrechtlichen Regelungen des AuG ausgehebelt werden könnten, sehr restriktiv verstanden. Für die Frage der Beendigung des Aufenthalts wegen der Straffälligkeit eines Ausländers (Widerruf von Bewilligungen nach Art. 62 f. AuG) bestand bislang keine formelle Härtefallklausel, da Art. 62 f. AuG keine gesetzlichen Einschränkungen des behördlichen Ermessens vorsahen. Für die Annahme eines persönli-

chen Härtefalls ist die Ausgangslage unterschiedlich, wenn es darum geht, ob einem Ausländer, der an sich kein Recht auf Verbleib in der Schweiz hätte, ausnahmsweise eine entsprechende Bewilligung erteilt werden sollte, und wenn es darum geht, ob von einer Landesverweisung wegen einer einzelnen Straftat ausnahmsweise abgesehen werden soll.

Dass die beiden Ausnahmen von Art. 31 VZAE und Art. 66a Abs. 2 StGB einander nicht ganz entsprechen müssen, hängt auch damit zusammen, dass die migrationsrechtlichen Härtefälle letztlich eine «einfache» Ausnahmeregelung sind, während Art. 66a Abs. 2 StGB eine «geschachtelte» Ausnahme darstellt: Die Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 StGB ist nämlich im Sanktionenrecht bereits eine – sehr weit geratene – Ausnahmeregelung für Ausländer. Macht man nun in Art. 66a Abs. 2 StGB eine Ausnahme von deren Anwendbarkeit, nähert man sich wiederum dem sanktionenrechtlichen Regelfall an, macht also eine Ausnahme von der Ausnahme. Bei dieser Ausnahme von der Ausnahme gebietet sich eine restriktive Auslegung nicht im gleichen Masse wie bei einer einfachen Ausnahmeregelung.

Im Vergleich zur migrationsrechtlichen Betrachtung des Härtefalls sind bei Art. 66a Abs. 2 StGB auch genuin strafrechtliche Aspekte massgeblich, wie etwa die Resozialisierungschancen. Ein Härtefall könnte entstehen, wenn eine Resozialisierung im Heimatstaat deutlich schwieriger wäre als in der Schweiz.

Fraglich ist, welche Rolle das Verschulden bzw. die Schwere der Tat bei der Würdigung des Härtefalls spielen können. Art. 66a Abs. 2 StGB setzt für das Absehen von der Landesverweisung kumulativ voraus, dass die Landesverweisung einen Härtefall bewirken

würde und dass die Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen. Prima facie könnte man auf den Gedanken kommen, dass Schuld und Strafe ausschliesslich in die Abwägung zwischen privatem Bleibeinteresse und staatlichem Fernhalteinteresse einfließen sollten, da sie gleichsam im staatlichen Strafanspruch aufgehen.

Diese Betrachtung griffe indes zu kurz: Es ist durchaus denkbar, dass ein Härtefall im strafrechtlichen Sinne aus einem groben Missverhältnis zwischen Tatschuld und den mit der Ausweisung verbundenen Nachteilen entsteht. Der persönliche Härtefall ist mithin nicht abstrakt aus der Situation des Ausländers heraus zu beurteilen, sondern auch im Verhältnis zur Tat. Ein sanktionenrechtlicher Härtefall kann insofern nicht nur dann vorliegen, wenn jemand wegen eines mittelschweren Delikts der Schweiz verwiesen würde und im Heimatstaat besonders ungünstige Bedingungen anträte, sondern auch dann, wenn jemand wegen einer vergleichsweise geringfügigen Tat der Schweiz verwiesen würde und dort mit an sich zwar erträglichen, aber doch spürbaren Nachteilen konfrontiert würde.

Der Begriff des Härtefalls wurde weder in der Botschaft noch in der bisherigen Praxis deutlich definiert. Die Praxis ist kasuistisch orientiert, was sich etwa auch an der Formulierung von Art. 31 VZAE zeigt. In der Botschaft wurde primär darauf hingewiesen, dass die Härtefallklausel dem Verhältnismässigkeitsprinzip Nachachtung verschaffen soll.<sup>22</sup> Dies deutet darauf hin, dass eine Einschränkung des Begriffs des Härtefalls auf bestimmte Nachteile nicht a priori angezeigt ist. Geht man davon aus, dass ein Härtefall angenommen werden muss,

«wenn die Summe aller durch den Landesverweis verursachten Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt» (vgl. hinten Ziff. 6.3.2), erschöpft sich die Würdigung nicht in einer blossen Betrachtung potenzieller Lebensumstände im Heimatstaat oder allenfalls einem Vergleich zwischen den Lebensumständen in der Schweiz und im Heimatstaat, sondern enthält auch Elemente des Verschuldens oder der Tat: Der Eingriff in die Daseinsbedingungen kann auch dann nicht hinnehmbar (also unzumutbar) sein, wenn ein gut integrierter Beschuldigter aufgrund einer relativ geringfügigen Straftat den spürbaren Nachteilen einer Landesverweisung ausgesetzt würde.

Ein typischer Fall für einen solchen eher atypischen Härtefall wäre etwa ein gut ausgebildeter und integrierter deutscher Arbeitnehmer in sehr spezialisierter und gut entlohnter Stellung, der es nach einem Unfall unterlässt, einen Nebenverdienst in Höhe von 5000 Franken der Unfallversicherung zu melden: Obschon die Tat wohl unter Art. 66a Abs. 1 StGB fallen wird und eine Verschlechterung der beruflichen Perspektiven durch den Ortswechsel an sich nicht für die Annahme eines Härtefalls ausreichen würde, müsste man doch berücksichtigen, dass der hoch qualifizierte Arbeitnehmer unter Umständen in Deutschland nicht unmittelbar eine vergleichbar spezialisierte Stellung (man denke etwa an eine Professur in einem spezifischen Fachgebiet oder einen Managerposten in einer bestimmten Branche) finden wird. Der Verlust eines ausgesprochen günstigen beruflichen Umfeldes angesichts einer im Kontext von Art. 66a Abs. 1

<sup>21</sup> Vgl. BSK StGB, N 157 ff. zu Art. 47 StGB.

<sup>22</sup> BBl 2013, 6028. Vgl. auch de Weck, Kommentar Migrationsrecht, N 19 zu Art. 66a StGB.

StGB vergleichsweise geringfügigen Straftat dürfte zweifellos einen unzumutbaren Eingriff in die Lebensumstände darstellen und so einen persönlichen Härtefall begründen.

### 3.3 Wessen Ermessen? Gericht, Staatsanwaltschaft, Migrationsbehörde – und das Strafbefehlsverfahren

Nach Art. 66a StGB kann die Landesverweisung ausschliesslich durch «das Gericht» ausgesprochen werden. Die Botschaft führt aus, dass Landesverweisungen durch Gerichte im ordentlichen Verfahren ausgesprochen werden sollen, da die Landesverweisung keine geringfügige Sanktion darstelle und das Strafbefehlsverfahren sich für komplexere Interessenabwägungen nicht eigne.<sup>23</sup> Diese Sichtweise suggeriert, dass das Strafbefehlsverfahren insgesamt nicht sonderlich gut zur Abklärung des Sachverhalts taugte. Das ist mit Blick auf Art. 352 Abs. 1 StPO, der eine hinreichende Klärung des Sachverhalts voraussetzt, allerdings unzutreffend: Bei Lichte besehen kann ein Staatsanwalt die Interessenabwägung genauso gut durchführen wie ein Gericht im ordentlichen Verfahren. Dass schwerwiegendere Sanktionen direkt im ordentlichen Verfahren beurteilt werden sollen, liegt wohl eher daran, dass hier direkt eine gerichtliche Beurteilung angestrebt wird.

Daraus, dass die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren keine Landesverweisungen aussprechen kann, darf jedoch nicht geschlossen werden, dass sie darauf nicht verzichten kann (vgl. hinten Teil II Ziff. 2.1.2.2).<sup>24</sup> Hier verhält es sich wie bei der Sanktionshöhe, beim Widerruf des bedingten Strafvollzugs<sup>25</sup> und bei nicht strafbefehlstauglichen Massnahmen: Hält die Staatsanwaltschaft eine Strafe im Rahmen von Art. 352 Abs. 1 StPO für ausrei-

chend und nicht in Art. 352 Abs. 2 StPO genannte Massnahmen für entbehrlich, so ist die Staatsanwaltschaft befugt, einen Strafbefehl zu erlassen. Auch die Landesverweisung ist explizit nicht im Katalog von Art. 352 Abs. 2 StPO enthalten. Insofern kann die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlassen, wenn sie etwa eine Freiheitsstrafe von höchstens sechs Monaten für ausreichend hält und die Voraussetzungen für eine Landesverweisung als nicht gegeben erachtet.

Auch im Strafbefehlsverfahren kann die Staatsanwaltschaft bei der Abklärung des Sachverhalts zum Schluss kommen, ein Härtefall i.S. von Art. 66a Abs. 2 StGB liege vor bzw. eine fakultative Landesverweisung i.S. von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB komme nicht in Betracht. Diesfalls kann auch die Staatsanwaltschaft auf eine Landesverweisung verzichten und einen Strafbefehl erlassen. Erwächst der Strafbefehl in Rechtskraft, muss der Verzicht auf die Landesverweisung für die Migrationsbehörden gleichermaßen massgeblich sein wie ein gerichtlicher Verzicht auf die Landesverweisung nach Art. 62 Abs. 2 bzw. Art. 63 Abs. 3 AuG.

Dass Art. 62 f. AuG die Möglichkeit eines Verzichts auf die Landesverweisung durch die Staatsanwaltschaft nicht nennen, ändert nichts am klaren Entscheidungsprimat der Strafbehörden hinsichtlich der migrationsrechtlichen Folgen strafrechtlicher Verurteilungen. Dass die Staatsanwaltschaft hier nicht genannt ist, dürfte wohl damit zusammenhängen, dass die Möglichkeit des Verzichts auf die Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren angesichts dessen, dass Landesverweisungen nur durch Gerichte ausgesprochen werden können, unbeachtet geblieben ist. Selbst wenn man davon ausginge, dass es sich beim Verzicht auf eine Lan-

desverweisung durch die Staatsanwaltschaft bei Erlass eines Strafbefehls um einen pathologischen Fall handle, könnte man eine entsprechende Entscheidung einer Staatsanwaltschaft nicht in Einklang mit der Grundidee des Gesetzes, wonach vorrangig die Strafbehörden über die Landesverweisung entscheiden, unbeachtet lassen. Ein Verzicht auf die Landesverweisung durch die Staatsanwaltschaft bei Erlass eines Strafbefehls entfaltet mithin eine Sperrwirkung für die Migrationsbehörden analog zu Art. 62 Abs. 2 AuG bzw. Art. 63 Abs. 3 AuG. Diese Sperrwirkung tritt unabhängig davon ein, ob der Verzicht im Strafbefehl ausdrücklich erwähnt wird oder nicht, und auch unabhängig davon, ob er auf der Annahme eines Härtefalls i.S. von Art. 66a Abs. 2 StGB bei einer Katalogtat von Art. 66a Abs. 1 StGB beruht oder ob auf eine fakultative Landesverweisung nach Art. 66a<sup>bis</sup> StGB verzichtet wird (vgl. auch hinten Teil II Ziff. 2.2.3.1).

Die Bindungswirkung strafrechtlicher Erwägungen bleibt indes auf den konkreten Fall beschränkt. Allgemeine Schlüsse etwa auf die Widerrufsgründe in Art. 62 lit. b und c AuG sind unzulässig. Nichts deutet darauf hin, dass der Katalog von Art. 66a Abs. 1 StGB irgendeinen Einfluss auf die Auslegung der Begriffe der längerfristigen Freiheitsstrafe nach Art. 62 lit. b AuG oder der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 62 lit. c AuG haben sollte. Diese Begriffe sind weiterhin autonom nach migrationsrechtlichen Gesichtspunkten auszulegen und zu handhaben.

### 3.4 Strafrechtliche Folgen einer Landesverweisung

Da die Landesverweisung eine Wegweisungs- und Fernhalte-

mit einer Landesverweisung belegt ist, für deren Dauer nicht in die Schweiz einreisen (Art. 5 AuG). Tut er dies trotzdem, kann er wegen rechtswidriger Einreise nach Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG bestraft werden. Ebenso bestraft wird der rechtswidrige Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG). Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Auch das StGB kennt einen Tatbestand, um die illegale Einreise nach einer Landesverweisung zu bestrafen: Den Verweisungsbruch nach Art. 291 StGB. Die Bestimmung stammt noch aus der Zeit der altrechtlichen Landesverweisung. Die Strafdrohung ist sogar höher als diejenige in Art. 115 AuG (bis drei Jahre Freiheitsstrafe). Wie diese beiden Bestimmungen in Konkurrenz zueinander stehen, wird sich zeigen. Nach altem Recht postulierte die Lehre, dass Art. 115 AuG der Spezialtatbestand sei, wenn ein Einreiseverbot nach AuG verletzt wurde. Klar ist, dass die beiden Tatbestände in Idealkonkurrenz stehen: Beide bestrafen dasselbe Verhalten und tangieren dasselbe Rechtsgut, nämlich die Missachtung der behördlichen Fernhaltungsmassnahme in Form der Landesverweisung und das damit verbundene Rechtsgut der Kontrolle über Einreise und Aufenthalt von ausländischen Staatsangehörigen. Neu dürfte die Tendenz wohl dahin gehen, dass Art. 291 StGB der Vorrang eingeräumt wird – dies aufgrund der höheren Strafdrohung und der spezifischen Erwähnung der Landesverweisung. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG würde dagegen für andere Arten illegaler Einreise (fehlendes Visum, fehlende Ausweispapiere, Bestehen eines Einreiseverbots nach AuG) weiterhin Gültigkeit behalten.

Wer sich trotz einer Landesverweisung weiterhin in der Schweiz aufhält, kann wegen rechtswidrigem Aufenthalt nach Art. 115

Abs. 1 lit. b AuG bestraft werden. Da es sich bei Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG um ein Dauerdelikt handelt, kann der Betroffene somit stets aufs Neue bestraft werden. Es gibt jedoch wesentliche Einschränkungen: Erreichen die Strafen, welche gegen eine beschuldigte Person ausgesprochen wurden, im Gesamten die Einjahresgrenze (Höchststrafe), darf keine erneute Verurteilung erfolgen.

Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich bei den einzelnen Strafen um bedingte oder unbedingte Strafen oder um Geld- oder Freiheitsstrafen handelte. Sodann ist eine Bestrafung ausgeschlossen, wenn eine Rückkehr in den Heimatstaat unzumutbar oder unmöglich ist.<sup>26</sup> Diese Konstellation dürfte sich regelmässig bei einer Landesverweisung von anerkannten Flüchtlingen oder vorläufig aufgenommenen Personen stellen. Für sie hat im Übrigen zu gelten, dass die Dauer der Landesverweisung entgegen dem Wortlaut von Art. 66c StGB ab dem Tag der Rechtskraft oder – bei vollziehbaren Freiheitsstrafen – ab der Entlassung aus der Haft zu laufen beginnt. Da eine Rückkehr für diese Personen auch in Zukunft als sehr unwahrscheinlich zu gelten hat, müssen sie die Möglichkeit haben, dass die Landesverweisung nach der ausgesprochenen Dauer endet und sie ein neues Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung stellen können, um so ihren Status wieder zu legalisieren. Ein auf Dauer ungeregelter Aufenthaltsstatus dürfte gegen die Flüchtlingskonvention und allenfalls Art. 8 EMRK verstossen.

Eine Rückkehr kann sich jedoch auch aus später eingetretenen Gründen als unmöglich oder unzumutbar erweisen, etwa dann, wenn ein Staat sich weigert, eigene Staatsangehörige zurückzunehmen oder Reisepapiere auszustellen oder wenn sich die

Sicherheitslage wesentlich verschlechtert hat. Nicht verlangt werden kann die illegale Ausreise in einen anderen Staat. Eine Bestrafung in solchen Fällen verstösst gegen das Schuldprinzip.

Schliesslich ist eine Bestrafung dann ausgeschlossen, wenn die Migrationsbehörden nicht alle ihnen möglichen Massnahmen (inkl. Zwangsmassnahmen) ergriffen haben, um die Rückschaffung des betroffenen Ausländers zu ermöglichen. Dazu gehören beispielsweise die Vorführung vor die ausländische Botschaft, Bestrebungen zur Papierbeschaffung, falls solche fehlen, oder die Organisation von Ausschaffungsflügen. Eine Rückschaffung geht einer Bestrafung gemäss der EU-Rückführungsrichtlinie<sup>27</sup> vor. Strafrechtliche Sanktionen scheiden aus, sofern sie das in der Richtlinie definierte Rückführungsverfahren beeinträchtigen bzw. verzögern. Somit ist insbesondere die Anordnung einer Freiheitsstrafe und die Durchführung eines Strafverfahrens, welches zu einer Freiheitsstrafe führen kann, unzulässig, solange die zur Rückschaffung verfügbaren Massnahmen nicht erfolglos ausgeschöpft worden sind.<sup>28</sup> Da gemäss Art. 36 Abs. 1 StGB in jedem Fall anstelle der unbedingten Geldstrafe eine unbedingte Freiheitsstrafe treten kann, verstösst auch eine solche gegen die oben erwähnte Rechtsprechung.<sup>29</sup>

Zusammenfassend ist also eine Bestrafung wegen rechtswidrigem Aufenthalt nur zulässig, wenn die freiwillige legale Rückkehr möglich und zumutbar ist, jedoch an der Mitwirkung des Betroffenen scheitert. Wenn ein Land zwangsweise Rückschaffungen eines Staatsangehörigen akzeptiert, ist diese gegen den Willen des Betroffenen vorzunehmen und geht der Bestrafung vor – zumindest ist in diesem Fall eine unbedingte Geldstrafe oder Freiheitsstrafe

<sup>23</sup> BBl 2013, 6009 f.

<sup>24</sup> Nicht ganz deutlich insofern de Weck, Kommentar Migrationsrecht, N 10 zu Art. 66a StGB, wonach das Strafbefehlsverfahren «bei einer drohenden Landesverweisung» keine Anwendung finde.

<sup>25</sup> Christof Riedo/Gerhard Fiolka/Marcel Niggli, Strafprozessrecht, Basel 2011, N 2565 ff.

<sup>26</sup> Vgl. BGER 6B\_482/2010 vom 7.10.2010, E. 3.2.2.

<sup>27</sup> Richtlinie 2008/115 EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Abl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98), welche auch für die Schweiz verbindlich ist (mit der Schengen-Assoziierung hat sich die Schweiz verpflichtet, auch die diesbezüglichen Weiterentwicklungen zu übernehmen).

<sup>28</sup> Vgl. für eine gute Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu dieser Richtlinie Alexandra Büchler, «Die Konsequenzen des rechtswidrigen Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen in der Schweiz», in: Achermann et. al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2016, S. 81 ff. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung übernommen, vgl. z.B. BGER 6B\_173/2013 vom 19.8.2013.

<sup>29</sup> Ähnlich auch Büchler, a.a.O., S. 104.



unzulässig. Zu beachten ist, dass im Strafrecht der Untersuchungsgrundsatz gilt. Bringt also der Beschuldigte vor, eine Rückkehr sei nicht möglich oder nicht zumutbar oder es sei nicht alles Mögliche unternommen worden, um eine Rückschaffung zu bewerkstelligen, hat das Strafgericht diesem Hinweis von Amtes wegen nachzugehen, etwa mittels Einsicht in die Migrationsakten oder Anfragen beim SEM.

#### 4. Anlasstaten der obligatorischen Landesverweisung

##### 4.1 Allgemeines zur Entstehungsgeschichte und zum Deliktskatalog

Der Bundesrat übernahm grundsätzlich die Delikte der Ausschaffungsinitiative bzw. ergänzte diese noch stellenweise. Von der Möglichkeit der Ergänzung gemäss Initiativtext machte der Bundesrat aus Gründen der Verhältnismässigkeit jedoch bewusst nur sehr zurückhaltend Gebrauch. Für den durch die Ausschaffungsinitiative erstmals genannten Sozialhilfemissbrauch wurde im StGB ein neuer Straftatbestand geschaffen, Art. 148a StGB. Die Ausschaffungsinitiative nannte gewisse Delikte ausdrücklich, so zum Beispiel die Vergewaltigung, andere wurden lediglich juristisch nicht korrekt umschrieben, z. B. Drogenhandel oder Einbruchsdiebstahl. Sodann erwähnte der Initiativtext weitere schwere Gewalt- und Sexualdelikte. Der Bundesrat nahm neu schwere Vermögensdelikte auf, die im Initiativtext nicht genannt worden waren.

Bei der parlamentarischen Debatte wurde der Deliktskatalog jedoch erheblich ausgeweitet. Dies geschah trotz der Zurückhaltung des Bundesrates und den praktisch ausnahmslos positiven Rück-

meldungen der Vernehmlassungsteilnehmer in der Absicht, der Durchsetzungsinitiative den Wind aus den Segeln zu nehmen. Zudem lehnte das Parlament den Vorschlag des Bundesrates ab, der eine Mindeststrafe von sechs Monaten vorsah. Neu wurde die nun geltende Härtefallregelung aufgenommen.

Der derart erweiterte Deliktskatalog umfasst praktisch alle Verbrechen. Eine Ausnahme bildet etwa der neue Art. 148a StGB, der lediglich als Vergehen ausgestaltet ist (ebenso einige Delikte im Abgaberecht gemäss lit. f). Nicht in den Deliktskatalog aufgenommen wurde etwa der Raserratbestand nach Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG. Die Grundtatbestände von 138, 139 und 146 StGB sind sodann ebenfalls Verbrechen, aber keine Katalogtaten.

Die Aufnahme praktisch sämtlicher Verbrechen in den Deliktskatalog bedeutet gegenüber der bisherigen Praxis des Widerrufs der Bewilligung nach Art. 62 f. AuG eine erhebliche Verschärfung. Führten bislang vor allem schwere bis sehr schwere Gewalt-, Sexual- und Betäubungsmittel delikte zum Entzug der Bewilligung, kann nun bereits ein minderschweres Verbrechen ausreichen. Verstärkt wird diese Tatsache noch durch den Verzicht auf die vom Bundesrat vorgesehene Mindeststrafe von sechs Monaten. Im Jahr 2009 lagen 84 Prozent aller Strafen, die wegen Verbrechen und Vergehen des StGB verhängt wurden, im Bereich unter sechs Monaten.<sup>30</sup> Diese erhebliche Ausweitung des Deliktskatalogs führt insbesondere dann zu Problemen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, wenn Delikte eine grosse Bandbreite möglicher Begehensweisen mit unterschiedlich grossem Verschulden abdecken. Beispielsweise hängt beim Diebstahl, welcher in Verbindung mit einem Hausfriedensbruch zu einer

Landesverweisung führt, das Verschulden und die Strafhöhe erheblich vom Deliktsbetrag ab. Wird lediglich Diebesgut von einigen Hundert Franken Wert mitlaufen gelassen, führt dies in der Regel zu einer Strafe im Strafbefehlsbereich, während ein professionell geplanter Einbruch in ein Juwelergeschäft mit grosser Beute eine mehrjährige Freiheitsstrafe bewirkt.

Das Gleiche gilt beispielsweise für die in lit. g aufgeführte Freiheitsberaubung und Entführung, zumal gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits ein Einsperren von wenigen Minuten, ein Transport über kurze Distanz<sup>31</sup> oder gar eine falsche Anschuldigung bei der Polizei mit der Inkaufnahme, dadurch das Opfer in Polizeigewahrsam zu bringen,<sup>32</sup> genügen kann, um den Tatbestand zu erfüllen, während gleichzeitig schwerwiegende, stark in die psychische und physische Integrität des Opfers eingreifende Handlungen ebenfalls unter den Tatbestand fallen. Dasselbe gilt schliesslich auch für den Tatbestand der sexuellen Handlungen mit einem Kind: Unter diesen Tatbestand können in extremis Zungenküsse oder Petting eines 15-jährigen Mädchens mit seinem 22-jährigen Freund fallen oder aber der jahrelange und massive Missbrauch eines Vaters mit seiner Tochter im vorpubertären Alter.

Bei Übertretungen ist die Landesverweisung ausgeschlossen (Art. 105 StGB). Auch eine fakultative Landesverweisung darf bei einer Übertretung nicht angeordnet werden. Dies führt dazu, dass die Unterscheidung zwischen einem geringfügigen Vermögensdelikt nach Art. 172<sup>ter</sup> StGB und einem nicht mehr geringfügigen Delikt umso wesentlicher wird.

Eine Landesverweisung kann nur angeordnet werden, wenn der Täter nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung eine ausschaf-

fungsrelevante Tat begangen hat. Dies ergibt sich aus Art. 2 StGB, dem Rückwirkungsverbot. Dieses gilt auch für Massnahmen, insbesondere solche mit Strafcharakter. Da das StGB bislang keine Landesverweisung vorsah, scheidet die Möglichkeit des früheren milderen Gesetzes nach Abs. 2 aus; ein Vergleich mit der Rechtslage gemäss bisherigem AuG ist gemäss Wortlaut von Art. 2 StGB nicht möglich. Ohnehin ist aber kaum ein Fall denkbar, in dem das neue Recht für den Beschuldigten milder wäre.

Anders als unter dem bisherigen Ausländergesetz kann eine Landesverweisung nur ausgesprochen werden, wenn der Täter durch ein Schweizer Gericht verurteilt wird. Ausländische Urteile können daher nicht zu einer Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB führen. Jedoch kann das Migrationsamt bei einer Verurteilung durch ein ausländisches Gericht nach wie vor den Aufenthalt nach Art. 62 ff. AuG beenden.

#### 4.2 Einzelne Tatbestände

Im Folgenden wird auf einige der Katalogtaten eingegangen, bei denen Besonderheiten zu berücksichtigen sind, sich schwierige Abgrenzungen stellen können oder der Gesetzestext unklar erscheint.

##### 4.2.1 Weibliche Genitalverstümmelung und Zwangsheirat

Bei der weiblichen Genitalverstümmelung nach Art. 124 StGB sowie der Zwangsheirat nach Art. 181a StGB handelt es sich um Delikte, die oft einen internationalen Bezug haben: Sowohl die eigentliche Verheiratung als auch die Beschneidung erfolgen nicht selten in der ehemaligen Heimat der Täter und Opfer, während die Vorbereitungshandlungen dazu in der Schweiz passieren. Gemäss dem jeweiligen Abs. 2 der beiden Artikel wird der Täter in der

Schweiz auch bestraft, wenn die Tat im Ausland begangen wurde, sich der Täter jedoch in der Schweiz befindet. Der Deliktskatalog in Art. 66a StGB macht nun jedoch eine nicht nachvollziehbare Differenzierung. Während bei der weiblichen Genitalverstümmelung (lit. b, lediglich Verweis auf Art. 124 Abs. 1) der Auslandstäter keine Landesverweisung befürchten muss, sondern lediglich der Täter, der die Tat im Inland begangen hat, ist bei der Zwangsheirat gesetzgeberisch konsequent auch die Auslandtat im Deliktskatalog enthalten (lit. g, ganzer Art. 181a). Weshalb bei der weiblichen Genitalverstümmelung nur der Abs. 1 Eingang in den Deliktskatalog gefunden hat, ist unklar, jedoch aufgrund des Prinzips *nulla poena sine lege certa* hinzunehmen.

Die Aufnahme dieser beiden Delikte in den Katalog der Landesverweisung dürfte sich in Bezug auf Opferschutz und Aufklärungsrate als kontraproduktiv erweisen. Bereits heute gehen Opferschutzorganisationen davon aus, dass die Kriminalisierung dieser Menschenrechtsverletzungen kaum im Interesse der Opfer ist und durch Präventionskampagnen sowie mediative Ansätze deutlich mehr erreicht werden könnte. Die Opfer solcher Taten sind oft minderjährige Jugendliche oder Kinder. Stellen sie oder sie unterstützende Angehörige wie die Mütter sich gegen den Clan, führt dies oft zum kompletten Bruch mit der Herkunftsfamilie.

Nur selten gelingt dank interkultureller Vermittler eine Aussöhnung mit der Familie. Suchen Opfer Hilfe, so erwarten sie denn auch in erster Linie Unterstützung emotionaler Art oder Unterschlupf und lehnen häufig eine Strafverfolgung der Täter ab, da dies den Konflikt noch anheizt. Da es sich jedoch um Officialdelikte handelt, ist die Strafuntersu-

chung – einmal aufgenommen – durch das Opfer kaum mehr zu stoppen. Führt künftig eine Strafuntersuchung zur obligatorischen Landesverweisung der Täter, spitzt sich das Dilemma der Opfer noch zu. Unter Umständen wird durch den Widerstand des Opfers gegen die vorgesehene Prozedur dessen ganze Familie des Landes verwiesen, da nicht selten sowohl beide Eltern als auch ältere Brüder etc. in die Vorbereitung involviert sind. Da die Aufenthaltsbewilligung minderjähriger Kinder an diejenige der Eltern gekoppelt ist, führt dies sogar zur absurden Konsequenz, dass gleichzeitig mit den Eltern auch die Opfer die Aufenthaltsbewilligung verlieren. Diese sehr stossende Folge kann nur dadurch vermieden werden, dass Opfern von Genitalverstümmelung und Zwangsheirat ein Anspruch auf eine Härtefallbewilligung eingeräumt wird.<sup>33</sup>

##### 4.2.2 Betrug

Betrug führt gemäss lit. c lediglich dann zur obligatorischen Landesverweisung, wenn er gewerbsmässig erfolgt (Art. 146 Abs. 2 StGB). Dies gilt zumindest für all jene Fälle, in denen das Opfer eine Privatperson ist. Erfolgt der Betrug jedoch gegenüber einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, reicht bereits ein einfacher Betrug ohne Gewerbsmässigkeit aus (lit. e). Das Gleiche gilt für den Abgabe- oder Steuerbetrug (lit. f). Die Differenzierung ist kaum nachvollziehbar, zumal das Verschulden unabhängig von der Person des Opfers gleich gross ist oder man gar argumentieren könnte, einen Privaten um sein streng gehortetes Ersparnis zu betrügen, sei verwerflicher, als eine Behörde zu hintergehen, der auch eine gewisse Überprüfungspflicht obliegt.

Unklar ist sodann die Erwähnung des Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB) in lit. f. Gemeint ist wohl lediglich die Straftat gegenüber der

<sup>30</sup> Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 21.6.2011, S. 107.

<sup>31</sup> Vgl. Vera Delnon/Bernhard Rüdy, BSK StGB, N 41 zu Art. 183 StGB.

<sup>32</sup> Vgl. Delnon/Rüdy, BSK StGB, N 29 zu Art. 183 StGB.

<sup>33</sup> Art. 50 Abs. 2 AuG sieht einen solchen Anspruch auf Bewilligung für Opfer von Zwangsheiraten, welche erst infolge einer gelungenen Verheiratung in die Schweiz kamen, vor. Häufiger ist jedoch die Konstellation, dass hier aufgewachsene Jugendliche zwangsverheiratet werden sollen und sich vor der Verheiratung rechtzeitig zur Wehr setzen. In diesen Fällen muss auf Art. 30 lit. b AuG zurückgegriffen werden.

öffentlichen Hand im Bereich der Steuern und Abgaben, wie dies auch in lit. e in Bezug auf den Sozialhilfebetrug oder den Betrug von Sozialversicherungsleistungen geregelt ist. Die Formulierung ist aber unglücklich, da der Eindruck entstehen könnte, unabhängig von der Person des Geschädigten führe auch der einfache, nicht gewerbmässige Betrug zur Landesverweisung.<sup>34</sup>

Im Bereich der Steuer- und Abgabedelikte greift die Landesverweisung nur, wenn es sich um ein Vergehen mit der Höchststrafe von einem Jahr oder mehr oder um ein Verbrechen handelt. Die allermeisten Abgabedelikte auf Bundes- und Kantonsebene sind Übertretungen. Vergehen finden sich auf Bundesebene insbesondere im Bereich der Steuer-, Zoll- und Sozialversicherungsabgaben, wobei hier grösstenteils nur leichte Vergehen vorliegen (angedroht wird meist eine Höchststrafe von 180 Tagessätzen), die ebenfalls keine Landesverweisung nach sich ziehen, da die Höchststrafe von einem Jahr nicht erreicht ist.

Zu den Abgabedelikten auf Bundesebene, welche eine Landesverweisung bewirken, gehören einerseits die explizit genannten Delikte des Leistungs- und Abgabebetrugs des Verwaltungsstrafrechts (Art. 14 Abs. 1–2 und 4 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht VStrR), der Steuerbetrug und die Veruntreuung von Quellensteuern. Hauptanwendungsfall dürfte der Steuerbetrug sein. Sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene begeht einen Steuerbetrug, wer vorsätzlich zum Zwecke einer Steuerhinterziehung gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden wie Geschäftsbücher, Bilanzen, Erfolgsrechnungen oder Lohnausweise und andere Bescheinigungen Dritter zur Täuschung der Steuerbehörden gebraucht (Art. 186 DBG

und Art. 59 Abs. 1 StHG). Die Tat ist vollendet, wenn die gefälschten Urkunden der Steuerverwaltung in Hinterziehungsabsicht eingereicht werden.

Unter die Auffangklausel fallen aufgrund der Strafdrohung andererseits Delikte wie beispielsweise die qualifizierte Steuerhinterziehung in den Bereichen der Mehrwertsteuer, der Tabaksteuer, der Alkoholsteuer und der Biersteuer sowie die qualifizierte Zollhinterziehung und qualifizierte Zollgefährdung.<sup>35</sup> Die Kantone können zusätzliche Strafbestimmungen erlassen und so selbständig Vergehen definieren, was dazu führt, dass je nach Wohnkanton des Ausländers oder der Ausländerin für das gleiche Verhalten eine Landesverweisung drohen kann oder auch nicht.

#### 4.2.3 Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch

Einbruchsdiebstahl sollte gemäss dem Text der Ausschaffungsinitiative zu einer Landesverweisung führen. Lit. d spricht nun von Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch. Bei diesem Delikt stellt sich zum einen das Problem, dass es sich beim Hausfriedensbruch um ein Antragsdelikt handelt. Somit liegt die Landesverweisung im Extremfall in den Händen eines Einzelnen.<sup>36</sup> Dies ist stossend und öffnet Tür und Tor für willkürliche Entscheidungen von Geschädigten, die sich unter Umständen ihren Rückzug des Strafantrages auch mal vergolden lassen wollen. Die Staatsanwaltschaft ist daher gehalten, bei einem einfachen Diebstahl ohne qualifizierende Elemente, die gemäss lit. c ohnehin zur Landesverweisung führen, einen Vergleich nach Art. 316 StPO anzustreben.

Im Abstimmungskampf um die Durchsetzungsinitiative wurde der sogenannt geringfügige Diebstahl als abschreckendes Beispiel der

Auswirkungen der Durchsetzungsinitiative angeprangert: Nationalrat Andrea Caroni argumentierte, Ausländer, die ein Leben lang in der Schweiz lebten und einen Apfel aus dem Garten des Nachbarn stehlen würden, würden bei Annahme der Durchsetzungsinitiative zwingend ausgeschafft.<sup>37</sup> Offenbar führte nicht zuletzt dieses und ähnliche Beispiele gemäss Nachwahlbefragungen zur Ablehnung der Initiative.<sup>38</sup> Damit dürfte klar sein, dass bei Bagatelldiebstählen gemäss gesetzgeberischem Willen keine Landesverweisung drohen sollte.

Beim Diebstahl ermöglicht dies ein Rückgriff auf Art. 172<sup>ter</sup> StGB. Allerdings ist nicht ganz unumstritten, ob es sich bei Art. 172<sup>ter</sup> StGB lediglich um eine Strafzumessungsvorschrift handelt oder um ein eigenständiges Delikt, welches das strafbare Verhalten zu einer Übertretung herabstuft.<sup>39</sup> Im Sinne der völkerrechtskonformen Auslegung muss bei einem geringfügigen Diebstahl davon ausgegangen werden, dass lit. d von Art. 66a StGB nicht greift. Dass gleichzeitig zum Diebstahl ein Hausfriedensbruch oder eine Sachbeschädigung erfolgt, spricht nicht gegen die Anwendung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB.<sup>40</sup> Die Grenze für geringfügige Vermögensdelikte liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei 300 Franken.

Umstritten ist, ob bei einem Einbruchdiebstahl der Deliktsbetrag und der Schaden zusammenzuzählen sind.<sup>41</sup> Auch hier muss mit Blick auf die Verhältnismässigkeit die für den Täter mildere Variante gewählt werden, also der Schaden und die Deliktshöhe einzeln betrachtet werden, da sonst eine Landesverweisung zu häufig greift. Bei mehreren Delikten muss geprüft werden, ob eine natürliche Handlungseinheit vorliegt, was auf jeden Fall dann nicht der Fall ist, wenn zwischen den ein-

zelen Handlungen – selbst wenn diese aufeinander bezogen sind – ein längerer Zeitraum liegt. In diesem Fall sind die Deliktssummen der verschiedenen Diebstähle nicht zusammenzurechnen.<sup>42</sup> Die Privilegierung scheidet sodann aus, wenn der Vorsatz des Täters auf eine den Grenzwert übersteigende Summe gerichtet war. Gerade bei Einbruchdiebstählen besteht stets die Gefahr, dass auch ohne konkrete Anhaltspunkte angenommen wird, der Vorsatz des Täters habe sich auf einen höheren als den erbeuteten Deliktswert gerichtet. Auch hier ist im Zweifel mit Blick auf die erheblichen Auswirkungen der Unterscheidung zugunsten des Täters davon auszugehen, dass Art. 172<sup>ter</sup> StGB anwendbar ist.

#### 4.2.4 Der neue Art. 148a StGB

Der Tatbestand von Art. 148a StGB wurde entgegen der Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer aufgenommen, um die Ausschaffungsinitiative wortgetreu umzusetzen. Der neue Tatbestand ist als leichtere Form zum Betrug konzipiert und wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.<sup>43</sup> Gemäss Botschaft soll der Tatbestand etwa greifen, wenn keine Arglist vorliegt. Bestraft wird, wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, sodass er oder ein anderer Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezieht, die ihm oder dem andern nicht zustehen. Immerhin ist vorgesehen, dass bei leichten Fällen nur eine Busse ausgesprochen wird. Leichte Fälle führen denn auch nicht zur automatischen Landesverweisung, da im Deliktskatalog nur Abs. 1 aufgeführt ist.

Betrug im Bereich der Sozialversicherungen und der Sozialhil-

fe setzte gemäss bisheriger Rechtsprechung neben der arglistigen Täuschung entweder ein aktives Tun oder aber bei der Annahme eines Unterlassungsdelikts eine Garantenpflicht voraus. Gesetzliche und vertragliche Pflichten des Bezügers von Versicherungsleistungen, rentenrelevante Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen zu melden, begründen keine Garantenpflicht.<sup>44</sup>

Die Täuschung im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB kann auch durch konkludentes Handeln erfolgen. Die Rechtsprechung bejaht dies, wenn der Bezüger von Versicherungsleistungen, die nur bedürftigen Personen zustehen, auf eine Anfrage der zuständigen Behörde hin betreffend seine wirtschaftliche Lage nur einen Kontoauszug vorlegt, obwohl er auf einem anderen Konto, welches er nie angegeben hat, ein beachtliches Vermögen besitzt.<sup>45</sup> Unvollständige Angaben eines Sozialhilfebezügers, die ein falsches Gesamtbild entstehen lassen bzw. dieses bekräftigen, kommen einer aktiven Irreführung durch konkludentes Handeln gleich, so beispielsweise wenn ein Beschuldigter auf entsprechende Nachfrage hin erklärt, neben der Ergänzungsleistung lediglich eine IV-Rente zu erhalten, obwohl er zusätzlich über eine Rente eines privaten Versicherers und namhaftes Vermögen verfügte. Bis anhin war jedoch die blosser Entgegennahme der Versicherungsleistungen trotz geänderter Verhältnisse nicht strafbar, denn darin sah das Bundesgericht keine konkludente Erklärung, die Situation bestünde unverändert weiter.<sup>46</sup>

Art. 148a StGB ist nun zumindest auf den ersten Blick als echtes Unterlassungsdelikt konzipiert. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll offenbar auch das Verschweigen von geänderten Verhältnissen oder zusätzlichem Einkommen ausrei-

chen, um bestraft zu werden. So erwähnt der Wortlaut von Art. 148a StGB ausdrücklich auch die Tathandlung des Verschweigens, während der Betrug in Art. 146 StGB nur von Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen spricht.<sup>47</sup> Gemäss Botschaft sei mit Verschweigen ein «passives» Verhalten gemeint, insbesondere wenn jemand die Meldung unterlasse, dass sich seine Lage verbessert habe. Es werde so ebenfalls eine in Wahrheit nicht bestehende Notsituation vorge-

täuscht. Damit wird das strafbare Verhalten stark ausgeweitet. So verstanden privilegiert der Tatbestand die öffentliche Hand gegenüber privaten Geschädigten über Gebühr, zumal ja auch auf das Erfordernis der Arglist verzichtet wurde. Wenn der Leistungsbezüger jegliche Art der Veränderung der Verhältnisse sofort geltend machen muss, wird die Sorgfaltspflicht des Leistungserbringers, mit dem vorhandenen Vermögen gesetzmässig und sorgfältig umzugehen, vollständig auf den Leistungsbezüger ausgelagert. Stossend erscheint schliesslich auch, dass im Bereich der Steuern und Abgaben kein analoges Delikt geschaffen wurde (Steuerhinterziehung bleibt lediglich eine Übertretung). Daher ist der neue Tatbestand einschränkend ausulegen: Als Verschweigen soll lediglich die unterlassene Mitteilung bestehender oder neuer Einkünfte oder Vermögen auf aktives Nachfragen des Leistungserbringers gelten, nicht aber die blosser Nichtmeldung geänderter Verhältnisse.

Das täuschende Verhalten muss wie beim Betrug zu einem Irrtum führen bzw. einen schon bestehenden Irrtum bestärken. Art. 148a StGB scheidet somit aus, wenn der Leistungserbringer die verschwiegene Tatsache bereits anderweitig kennt und trotzdem wei-

<sup>34</sup> Ebenso de Weck, Kommentar Migrationsrecht, N 16 zu Art. 66a StGB.

<sup>35</sup> Vgl. Botschaft 13.056, BBl 2013, 6024 f.

<sup>36</sup> Kritisch auch der Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 21.6.2011, S. 61.

<sup>37</sup> Vgl. Simon Gemperli, «Vom Wert einer Bagatelle», NZZ vom 3.2.2016, S. 16.

<sup>38</sup> Vgl. Pascal Sciarini et al., Vox-Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 28.2.2016, www.gfsbern.ch/de-ch/Detail/vox-120-nachanalyse-der-eidgenössischen-abstimmung-vom-28022016, IV.

<sup>39</sup> Vgl. Philippe Weissenberger, BSK StGB, N 4 zu Art. 172<sup>ter</sup> StGB.

<sup>40</sup> BGer 6B\_341/2009 vom 20.7.2009.

<sup>41</sup> Das Bundesgericht hat dies offengelassen: BGer 6B\_341/2009 vom 20.7.2009, E. 4.2 m.w.H.

<sup>42</sup> BGer 6B\_341/2009 vom 20.7.2009, E. 4.3 m.w.H.

<sup>43</sup> Bislang wurde das nun in Art. 148a StGB aufgenommene Verhalten teilweise in Spezialtatbeständen geregelt, vgl. etwa Art. 87 Abs. 5 AHVG, Art. 70 IVG unter Verweisung u.a. auf Art. 87 AHVG, ebenso Art. 31 Abs. 1 lit. d ELG [SR 831.30], Art. 25 EOG [SR 834.1], Art. 23 FamZG [SR 836.2]): Geldstrafe bis 180 Tagesstrafe; verschiedene kantonale Sozialhilfegesetze sahen Bussen vor.

<sup>44</sup> BGE 131 IV 83, E. 2.1.3 m.w.H.

<sup>45</sup> BGE 127 IV 163 E. 2.

<sup>46</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 131 IV 83 E. 2.2, BGE 127 IV 163, E. 2; BGE 140 IV 11.

<sup>47</sup> Vgl. Botschaft 13.056, BBl 2013, 6037.

ter Leistungen erbringt. Sodann muss der Irrtum dazu führen, dass Leistungen, welche dem Begünstigten bei korrekter Sachlage nicht zustehen würden, weiterhin ausbezahlt werden. Es handelt sich somit um ein Erfolgsdelikt. Tatbestandsmässig sind daher nur Angaben zu Tatsachen, welche entscheidend relevant sind. Somit ist beispielsweise ein Verschweigen von Vermögen, welches unterhalb der Vermögensfreigrenze liegt, nicht strafbar, ebenfalls leichte gesundheitliche Verbesserungen, welche jedoch nicht dazu führen, dass die Person wieder arbeitsfähig wäre. Der Erfolg des Delikts ist erst gegeben, wenn die geldwerte Leistung tatsächlich ausbezahlt wurde. Das Erwirken einer lediglich positiven Verfügung, ohne dass die konkrete Leistung bereits bezogen wurde, reicht nicht aus, allenfalls liegt Versuch vor.

Nicht strafbar ist, wenn jemand sich aktiv weigert, seine finanzielle oder gesundheitliche Situation zu verbessern, also beispielsweise laufend Jobangebote ausschlägt oder nicht an einer erfolversprechenden Therapie teilnehmen will.<sup>48</sup> Ebenfalls kann jemand nicht bestraft werden, weil er bei der Sachverhaltsfeststellung nicht genügend mitwirkt.<sup>49</sup> Nicht strafbar ist schliesslich das Verwenden eines falschen Arztzeugnisses gegenüber dem Arbeitgeber, denn damit wird keine sozialversicherungsrechtliche Leistung oder Sozialhilfe erschlichen, selbst wenn der Arbeitgeber wiederum durch eine Taggeldversicherung gedeckt ist, da der Anspruch auf Lohnfortzahlung gegenüber dem Arbeitgeber besteht. Bei Arglist liegt allenfalls ein Betrug vor.

Der Wortlaut des Tatbestandes erwähnt den unrechtmässigen Bezug von Nothilfe nicht. So kann beispielsweise ein abgewiesener Asylbewerber nicht deswegen nach Art. 148a StGB bestraft werden, weil er falsche Angaben zu seiner

Herkunft bzw. seinen Personalien gemacht hat und damit eine Ausschaffung unterlief. Primärer Zweck einer solchen Handlung ist es, nicht in seine Heimat zurückkehren zu müssen, und nicht, Gelder zu erwirken. Somit fehlt es wohl bereits am Vorsatz. Zudem ist eine solche Person während der Anwesenheit in der Schweiz durchaus bedürftig, weshalb sie unabhängig von falschen Angaben Anspruch auf Nothilfe hatte, daher fehlt es auch am Erfolg.

Art. 148a StGB setzt Vorsatz voraus. Ein fahrlässig handelnder Täter wird demnach nicht bestraft. Vergisst jemand beispielsweise die Meldung neuer Einkünfte an das Sozialamt, ist dies grundsätzlich nicht strafbar. Die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit dürfte schwierig sein, da insbesondere die Sozialämter Leistungsbezüger stets Formulare unterschreiben lassen, in denen sie bestätigen, dass sie die Mitwirkungs- und Meldepflichten kennen. Gerade Personen, die Sozialhilfe beziehen und evtl. über eine eher tiefe Bildung oder ungenügende Deutschkenntnisse verfügen, um komplizierte Amtssprache zu verstehen, unterzeichnen jedoch häufig Erklärungen, deren Inhalt ihnen nicht ausreichend klar wird, zumal ohne Unterzeichnung in der Regel auch keine Leistung ausbezahlt wird. Daher kann nicht zwingend von einer entsprechenden vorformulierten Erklärung auf Vorsatz geschlossen werden.

Eine Bereicherungsabsicht braucht es gemäss Gesetzestext dagegen nicht. Jedoch muss sich ja der Vorsatz des Täters darauf beziehen, eine ihm ansonsten nicht zustehende Leistung zu bekommen, weshalb die Bereicherungsabsicht wohl implizit trotzdem vorausgesetzt werden muss.

Auch ein Handeln zugunsten eines anderen ist strafbar, jedoch

muss dann zumindest eine Meldepflicht für die Drittperson bestehen. Nicht verlangt werden kann z. B., dass ein Arzt die Verbesserung des Gesundheitszustandes seines Patienten der IV meldet, da dies den Bogen klar überspannen würde und auch das verfassungsmässig gesicherte Patienten-Arzt-Geheimnis untergraben würde.

Leichte Fälle werden nur mit Busse bestraft, während beim Grunddelikt bis ein Jahr Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Ein leichter Fall kann einerseits vorliegen, wenn der Deliktsbetrag gering ist. Man könnte nun orientierungshalber Art. 172<sup>ter</sup> StGB als Richtschnur nehmen. Allerdings dürfte der Betrag von 300 Franken praktisch immer überschritten sein, zudem bräuchte es in diesem Fall Abs. 2 nicht, da Art. 172<sup>ter</sup> StGB für alle Vermögensdelikte und somit auch für Art. 148a StGB gilt.

Angesichts der Tatsache, dass die Voraussetzungen an die Strafbarkeit gering sind, bereits ein Verschweigen als Tathandlung ausreicht und zudem bei nicht privilegierten Fällen eine automatische Landesverweisung droht, ist die Grenze wesentlich höher anzusetzen. Die Schweizerische Staatsanwaltskonferenz schlägt 3000 Franken vor. Jedoch kann auch bei einem deutlich höheren Deliktsbetrag von einem geringen Fall ausgegangen werden, wenn das Verschulden sehr gering ist, beispielsweise wenn eine einfache Nichtmeldung ohne zusätzliche Verschleierungsversuche oder eine verspätete Meldung erfolgt. Da die ausbezahlten Beträge oft hoch sind, kann auch z. B. ein Betrag von 10 000 oder 15 000 Franken noch gering sein: Ein solcher Betrag wird oft innerhalb von ca. drei Monaten ausbezahlt. Eine verspätete Meldung nach drei Monaten muss noch als leichter Fall gelten. Die Botschaft erwähnt sodann den

Fall, wo eine Person die Erhöhung ihres Erwerbsums nicht sofort angibt, sondern erst abwartet, ob sie das höhere Pensum gesundheitlich verkraften kann.<sup>50</sup> Auch dies ist als leichter Fall zu werten.

### 4.3 Strafmilderungs- oder Ausschlussgründe

Art. 66a Abs. 1 StGB spricht davon, dass ein Ausländer wegen einer Tat aus dem Deliktskatalog verurteilt wird. Gemäss Abs. 3 kann sodann von einer Landesverweisung abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr oder in entschuldbarem Notstand begangen wurde.

Es stellt sich somit die grundsätzliche Frage, wie mit Strafmilderungs- bzw. Schuldausschlussgründen umzugehen ist. Klar ist, dass eine Landesverweisung ausscheidet, wenn der Beschuldigte freigesprochen wird. Dies ist etwa der Fall bei Schuldunfähigkeit nach Art. 19 Abs. 1. Da in diesem Fall eine Massnahme angeordnet werden kann, ist eine nichtobligatorische Landesverweisung nach Art. 66a<sup>bis</sup> StGB möglich. Ein Freispruch erfolgt ebenfalls bei rechtfertigender Notwehr oder Notstand oder bei entschuldbarem Notwehrexzess nach Art. 16 Abs. 2 StGB und entschuldbarem Notstand nach Art. 18 Abs. 2 StGB. In diesen Fällen darf auch keine nicht obligatorische Landesverweisung ausgesprochen werden.

Das Gleiche gilt auch für die Strafbefreiungsgründe nach den Art. 52–54 StGB. Wird das Verfahren aus Opportunitätsgründen bereits durch die Staatsanwaltschaft eingestellt, mangelt es bereits an einer in Art. 66a StGB vorausgesetzten «Verurteilung». Analog scheidet jedoch auch eine Landesverweisung obligatorischer oder nichtobligatorischer Art aus, wenn erst das Gericht von einer Bestrafung absieht. In diesem Fall erfolgt in der Regel ein Schuld-

spruch ohne Strafe. Da es zum Teil eher zufällig ist, ob das Verfahren bereits vor der Staatsanwaltschaft eingestellt wird oder erst das Gericht von einer Strafe absieht, wäre eine Landesverweisung in diesem Fall eine ungerechtfertigte Schlechterstellung des Beschuldigten. Zudem spricht auch das Gesetz davon, dass «unabhängig von der Höhe der Strafe» eine Landesverweisung ausgesprochen werden soll. Daraus kann abgeleitet werden, dass eine Strafe, egal in welcher Höhe, notwendige Voraussetzung für die Anordnung der Landesverweisung ist.

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage beim Vorliegen von Strafmilderungsgründen. So sehen beispielsweise die Regeln zum Rechtsirrtum (Art. 21 StGB), zur Gehilfenschaft (Art. 25 StGB), zum Versuch (Art. 22 StGB), bei Begehen durch Unterlassung (Art. 11 StGB), bei Rücktritt (Art. 23 StGB), beim Vorliegen von achtenswerten Beweggründen oder schwerer Bedrängnis (Art. 48 StGB) etc. eine obligatorische oder fakultative Strafmilderung vor. Die Strafmilderung greift in höchst unterschiedlichen Konstellationen und kann sich stark auf den Schweregrad der Tat und das Verschulden auswirken, sodass ein Täter entweder in die Nähe eines Freispruches kommt oder fast wie der nicht privilegierte Täter bestraft wird. Die Botschaft des Bundesrates sah nicht zuletzt aus diesem Grund eine Mindeststrafe von sechs Monaten vor. Um den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht zu werden, ist Art. 66a Abs. 3 StGB nicht nur auf die Fälle der Notwehr und des Notstandes anwendbar, sondern auch auf alle anderen Fälle von Strafmilderungen.

<sup>48</sup> Vgl. Botschaft 13.056, BBl 2013, 6038.

<sup>49</sup> Ein solches Verhalten stellt allenfalls eine spezialgesetzliche Übertretung dar bzw. kann zu einer Leistungskürzung oder -verweigerung führen.

<sup>50</sup> Vgl. Botschaft 13.056, BBl 2013, 6038.