

forum poenale

Herausgeber ·
Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann
 Roy Garré
 Gunhild Godenzi
 Yvan Jeanneret
 Konrad Jeker
 Bernhard Sträuli
 Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·
Direction de revue ·
Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 70
AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 97

Sabine Gless/Anna Petrig/Christa Tobler: Ein fachübergreifendes Prüfprogramm für die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB	97
Christoph Ill: Gedanken zur Auftragserteilung im Strafverfahren	105
Miro Dangubic: Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen	112
Friedrich Frank/Tommaso Caprara: Die selbständige Einziehung im Verwaltungsstrafverfahren (Art. 66 VStrR)	118
Magda Zihlmann: Anwendbarkeit von <i>nemo tenetur</i> im KESR-Verfahren und Auswirkungen auf die Verwertbarkeit im parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren	125
Benedict Burg: Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung nach Pauschaltarif – Besprechung von BGE 143 IV 453	131
Richard Ehmann/Claude Eric Bertschinger: Von «rolling stones» zu «flying rockets» – Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand – Besprechung von BGE 143 IV 361	137

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 144


Stämpfli Verlag

IMPRESSUM

11. Jahrgang – Année – Anno; April – Avril – Aprile 2018
Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina
ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch
Editeurs	PD Dr. iur. Roy Garré, Bundesstrafgericht, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Editori	Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch lic. iur. M.B.L.-HSG Konrad Jeker, Rechtsanwalt, Gressly Rechtsanwälte, E-Mail: jeker@gressly-rechtsanwaelte.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
Ständige Mitarbeiter	Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Zürich
Collaborateurs permanents	Prof. Dr. iur. Frank Meyer, LL.M., Universität Zürich
Schriftleitung	Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch
Direction de revue	Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di:
Direzione della rivista	Linda Bläsi, Peter Frick, Veronica Lynn
Regeste	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch:
Résumé	LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
Aufsätze	Die Rubrik Aufsätze wird durch Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
Articles	La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
Articoli	La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
Verlag	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com
Editions	Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.
Edizioni	L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.
	L'accettazione di contributi avviene alla condizione che il diritto esclusivo di riproduzione e distribuzione sia trasferito a Stämpfli Verlag AG. Tutti i contributi pubblicati nella presente rivista sono protetti dal diritto d'autore. Questo vale anche per le decisioni giudiziarie e i regesti redatti dalla redazione o dagli editori. Nessuna parte della presente rivista può essere riprodotta, al di fuori dei limiti della legge sul diritto d'autore, in qualsiasi forma, ivi comprese tutte le procedure tecniche e digitali, senza l'autorizza- zione scritta della casa editrice.
Inserate	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern,
annonces	Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
Inserti	
Abonnemente	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern,
Abonnements	Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
Abbonamenti	Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 306.– (Print und Online), CHF 253.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 54.– (exkl. Porto); Europa – Europe – Europa: CHF 315.– (Print und Online) Ausland übrige Länder – Etranger d'autres pays – Estero altri paesi: CHF 354.– (Print und Online)
	Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.
	Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.



Prof. Dr. Sabine Gless, Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel

Prof. Dr. Anna Petrig, LL.M., Professorin für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Universität Basel

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M., Professorin für Europarecht an der Universität Basel

Ein fachübergreifendes Prüfprogramm für die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB

Mit Hinweisen zu den Urteilen des Bezirksgerichts Winterthur, Rs. DG170031, Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland gegen A., vom 4. Mai 2017, und des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich, A. gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, vom 22. August 2017.

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung: Die Ausgangsurteile in Kürze
- II. Prüfschema für die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung
- III. Strafrecht Teil 1: Verurteilung für eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 StGB
- IV. Potenziell relevante völkerrechtliche Bestimmungen
 - 1. FZA, EFTA-Konvention und Europarat (ohne Menschenrechte)
 - 2. Menschenrechte und Flüchtlingsrecht
- V. Verhältnis Art. 66a StGB (Bundesgesetz) zum Völkerrecht
 - 1. Vorgehen in den Ausgangsentscheiden
 - 2. Vom Bundesgericht entwickelte Konfliktlösungsregeln
- VI. Recht auf Einreise und Aufenthalt und/oder Ausweisungsverbot am Beispiel des FZA
 - 1. Einreise- und Aufenthaltsrecht
 - 2. Einschränkungen des Aufenthaltsrechts
- VII. Strafrecht Teil 2: Härtefall oder Ausnahme nach Art. 66a Abs. 2 und 3 StGB
- VIII. Völkerrechtliche Grenzen betr. Vollzug und Dauer der Ausweisung
- IX. Schlussbemerkungen

I. Einleitung: Die Ausgangsurteile in Kürze

Was müssen Strafgerichte prüfen, wenn eine ausländische Person für eine im Katalog von Art. 66a Abs. 1 StGB aufgeführte Straftat verurteilt wird, was grundsätzlich die An-

ordnung einer obligatorischen Landesverweisung zur Folge hat?

Ein vom Bezirksgericht Winterthur¹ wegen Angriffs gem. Art. 134 StGB verurteilter Deutscher akzeptiert die Verurteilung zu 8 Monaten bedingter Freiheitsstrafe, nicht aber die Landesverweisung für 5 Jahre nach Art. 66a StGB. Letztere sieht er als unvereinbar mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU sowie deren Mitgliedstaaten (FZA) an.² Seine Berufung an das Obergericht ist erfolgreich.³ Der Fall wird von der Staatsanwaltschaft an das Bundesgericht weitergezogen, wo er hängig ist (Stand: Dezember 2017).

Das erstinstanzliche Gericht bejahte in einem ersten Schritt das Vorliegen einer Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 StGB und prüfte dann eingehend die Härtefallklausel nach Art. 66a Abs. 2 StGB, die es als nicht erfüllt erachtete.⁴ Dieses Vorgehen begründet das Bezirksgericht damit, dass vorliegend in erster Linie das StGB zur Anwendung komme und dieses das FZA insofern umgesetzt habe, als auch gemäss FZA «eine Einschränkung der Anwendbarkeit unter anderem aus Gründen der öffentlichen Ordnung erlaubt» sei. Die von der Verteidigung angeführten Bundesgerichtsentscheide zu den Grenzen solcher Einschränkungen betrafen Personen, welche in der Schweiz wohnhaft waren bzw. hier über einen Aufenthaltstitel verfügten. Damit sei die Situation des Beschuldigten, der in der Schweiz weder über einen Wohnsitz noch über eine Arbeitsstelle verfüge, jedoch nicht vergleichbar. Insgesamt gelangt das Bezirksgericht

¹ Bezirksgericht Winterthur, Rs. DG170031, Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland gegen A., Urteil vom 4. Mai 2017 (folgend: Urteil Bezirksgericht).

² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681); Urteil Bezirksgericht Winterthur, Teil VII, Ziff. 4.1.

³ Obergericht des Kantons Zürich, A. gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Urteil vom 22. August 2017 (folgend: Urteil Obergericht).

⁴ Urteil Bezirksgericht, Teil VII, Ziff. 1–3.5.



zum Schluss, das FZA ändere nichts daran, dass der Beschuldigte des Landes zu verweisen sei.⁵

Das Obergericht wählte eine andere Vorgehensweise. Es stellte zunächst fest, dass einerseits Art. 66a StGB bei Vorliegen einer Katalogtat grundsätzlich obligatorisch eine Landesverweisung nach sich ziehe; andererseits garantiere das FZA verschiedene Aufenthalts- und Verbleibberechte, auf die sich der Angeschuldigte berufen könne.⁶ Das Obergericht prüfte daher zuerst das Rangverhältnis zwischen StGB und FZA und urteilte, dass das FZA nach der Bundesgerichtsrechtsprechung Vorrang geniesse.⁷ Somit sei «entgegen der Prüfungsreihenfolge der Vorinstanz» vorab zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Beschränkung des Aufenthaltsrechts nach FZA, wie sie in Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA statuiert werden («Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind») erfüllt seien.⁸ Das Obergericht schliesst nach eingehender Prüfung, dass *in casu* eine Landesverweisung nicht mit dem FZA vereinbar sei.⁹

Die beiden Urteile belegen, dass die Gerichte in Fällen von Landesverweisen, in denen strafrechtliche und völkerrechtliche (inkl. bilateral-rechtliche) Bestimmungen potentiell anwendbar sind, keinem einheitlichen Prüfraster folgen. In der schweizerischen Literatur wurde im Sommer 2017 ein Prüfschema von *Burri/Priuli* vorgeschlagen.¹⁰ Das Obergericht bezieht sich darauf und scheint ihm zu folgen. Es tut dies allerdings ohne zu prüfen, ob *in casu* ein Aufenthaltsrecht nach dem FZA überhaupt gegeben ist. Die folgenden Überlegungen greifen diesen Aspekt auf und berücksichtigen in einem erweiterten Prüfschema Besonderheiten des bilateralen Rechts. Mit Blick auf das FZA illustrieren sie zugleich das Spannungsverhältnis zwischen der strafrechtlichen Landesverweisung und dem europarechtlichen Gedanken der Freizügigkeit. Darauf wird am Schluss zurückzukommen sein.

II. Prüfschema für die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung

Ausgangspunkt des hier vorgeschlagenen Prüfschemas (siehe grafische Darstellung S. 99) bildet eine nach dem StGB geahndete Straftat einer ausländischen Person. In einem ersten Schritt ist festzustellen, ob eine Verurteilung für eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 StGB vorliegt. Wird dies bejaht, ist grundsätzlich eine obligatorische Lan-

⁵ Urteil Bezirksgericht, Teil VII, Ziff. 4.2 und 4.4 [das Urteil enthält keine Ziff. 4.3].

⁶ Urteil Obergericht, Ziff. 3.1.

⁷ Urteil Obergericht, Ziff. 3.2.

⁸ Urteil Obergericht, Ziff. 4. und 4.1.

⁹ Urteil Obergericht, Ziff. 4.6.

¹⁰ BURRI/PRIULI, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017, 886, 899.

desverweisung von mindestens 5 Jahren auszusprechen (siehe III.).

Bereits an dieser Stelle – also noch vor Prüfung, ob ein Härtefall nach Art. 66a Abs. 2 StGB oder der Ausnahmetatbestand von Art. 66a Abs. 3 StGB erfüllt ist – muss der Blick vom StGB abgewandt werden. Es ist eine *prima facie*-Prüfung vorzunehmen, ob *in casu* völkerrechtliche Bestimmungen ein Recht auf Einreise und Aufenthalt und/oder ein Ausweisungsverbot beinhalten. Nur falls dies verneint wird, sind Art. 66a Abs. 2 und/oder 3 StGB zu prüfen (siehe IV.).

Wird jedoch eine völkerrechtliche Rechtsgrundlage eruiert, die ein Recht auf Aufenthalt und/oder ein Ausweisungsverbot beinhaltet, ist abzuklären, ob diese Bestimmung der landesrechtlichen Bestimmung – konkret Art. 66a StGB – vorgeht (siehe V.).

Wird der Vorrang des Völkerrechts bestätigt, so folgt eine umfassende materielle Prüfung: ob ein Beschuldigter grundsätzlich ein Recht auf Einreise und Aufenthalt hat (z. B. gestützt auf das FZA) und/oder ob im konkreten Fall ein Ausweisungsverbot (z. B. gestützt auf das FZA oder auf das *refoulement*-Verbot) greift. Wird dies bejaht, so darf nicht ausgewiesen werden (dazu unten VI.). Wird dies hingegen verneint, ist in einem letzten Schritt zu prüfen, ob Art. 66a Abs. 2 bzw. Abs. 3 StGB einer Landesverweisung entgegenstehen (siehe VII.).

Selbst wenn Landes- und Völkerrecht einem Landesverweis in einem konkreten Fall nicht entgegenstehen, sind Grenzen hinsichtlich Dauer und Vollzug desselben zu beachten (siehe VIII.).

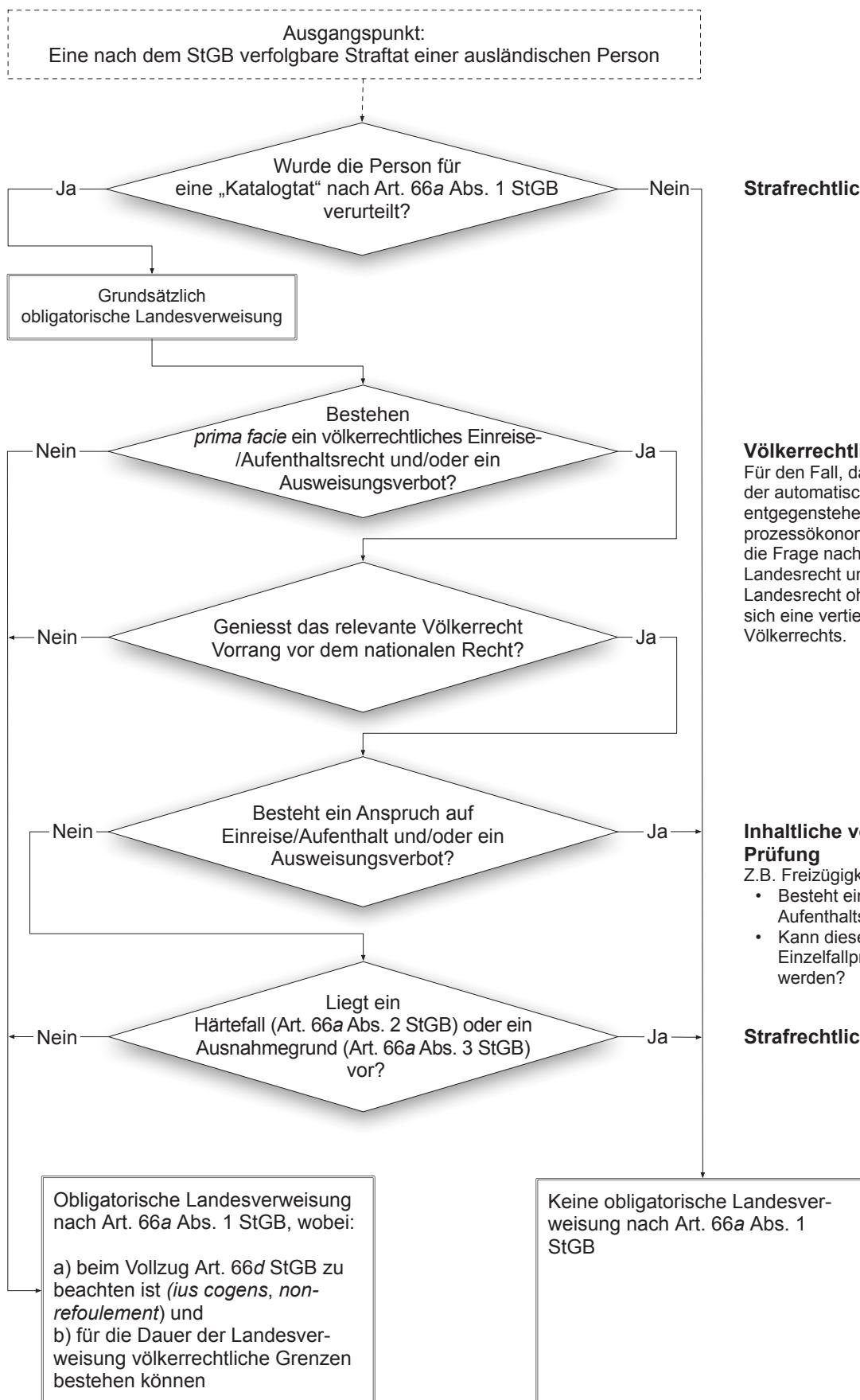
III. Strafrecht Teil 1: Verurteilung für eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 StGB

Mit den am 1. Oktober 2016 in Kraft getretenen Art. 66a ff. StGB hat der Gesetzgeber Art. 121 Abs. 3–6 BV umgesetzt und die Voraussetzungen für eine obligatorische und eine fakultative Landesverweisung geschaffen. Die neue strafrechtliche Landesverweisung tritt insofern an die Stelle der ausländerrechtlichen Massnahmen (Art. 64 ff. AuG). Sie bedeutet den Verlust des Aufenthaltsrechts und der Rechtsansprüche auf Aufenthalt, die Verpflichtung zum Verlassen des Landes (Ausweisung) sowie ein Einreiseverbot.¹¹

Die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB ist Konsequenz einer rechtskräftigen Verurteilung wegen bestimmter Straftaten («Katalogtaten») – unabhängig von der Höhe der für die Tat im Einzelfall ausgefallenen Strafe.¹² Strafverfahren gegen Ausländer erhalten so eine neue Tragweite: einerseits weil nur Gerichte, nicht aber Staatsanwaltschaften eine Landesverweisung aussprechen dürfen.

¹¹ BURRI/PRIULI (Fn. 10), 887.

¹² FIOLKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, plädoyer 5/2016, 82, 90.

**Strafrechtliche Prüfung, Teil 1**

Völkerrechtliche Vorabklärungen
Für den Fall, dass internationales Recht der automatischen Ausweisung entgegenstehen könnte, stellt sich aus prozessökonomischen Gründen vorab die Frage nach dem Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht: Geht das Landesrecht ohnehin vor, so erübrigt sich eine vertiefte Prüfung des Völkerrechts.

**Inhaltliche völkerrechtliche
Prüfung**

- Z.B. Freizügigkeitsabkommen CH-EU:
- Besteht ein Einreise- und Aufenthaltsrecht?
 - Kann dieses Recht im Rahmen der Einzelfaltprüfung eingeschränkt werden?

Strafrechtliche Prüfung, Teil 2

Dies hat zur Konsequenz, dass Verfahren nicht – wie heute bis in den Bereich mittlerer Kriminalität üblich – durch einen Strafbefehl beendet werden können. Andererseits droht die Frage des Landesverweises die Schuldfrage zu überlagern, wenn Ausländer neben der Geld- und Freiheitsstrafe in der Regel des Landes verwiesen werden müssen.¹³

Dies hat eine sehr kontroverse Debatte entfacht.¹⁴ Denn der Deliktskatalog des Art. 66a Abs. 1 StGB ist umfangreich und die Landesverweisung kann nach der strafrechtlichen Regelung einzig abgewendet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, nämlich ein Härtefall (Art. 66a Abs. 2 StGB),¹⁵ entschuldbare Notwehr oder entschuldbarer Notstand (Art. 66a Abs. 3 StGB).

Im Ausgangsfall lag mit dem Angriff nach Art. 134 StGB eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 StGB vor. Zur Abwendung der Landesverweisung nach dem StGB stand nur die Härtefallklausel zur Diskussion. Das Bezirksgericht Winterthur sah deren Voraussetzungen als nicht gegeben an und sprach deshalb die Landesverweisung aus,¹⁶ welche das Obergericht wieder aufhob – jedoch nicht in Referenz auf die strafrechtliche Härtefallklausel, sondern gestützt auf das FZA.

IV. Potenziell relevante völkerrechtliche Bestimmungen

Noch bevor die Ausnahmetatbestände nach Art. 66a Abs. 2 bzw. 3 StGB zum Zuge kommen, muss geprüft werden, ob allenfalls völkerrechtliche Bestimmungen bestehen, die einer Landesverweisung entgegenstehen könnten.

Verschiedene völkerrechtliche Bestimmungen garantieren unterschiedlichen Personenkreisen ein Recht auf Aufenthalt und/oder verbieten die Ausweisung bestimmter Personen. Es kann hier bloss eine Auswahl solcher Bestimmungen genannt werden; zum FZA folgen im Teil VI. nähere Ausführungen.

1. FZA, EFTA-Konvention und Europarat (ohne Menschenrechte)

Im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten gilt das bereits erwähnte FZA von 1999. Es regelt sowohl Einreise und Aufenthalt als auch die Einschränkung der entsprechenden Rechte. Praktisch die gleichen Regelungen finden sich in der EFTA-Konvention, welche seit einer umfassenden Revision im Jahre 2001 neu u. a. Bestimmungen

¹³ BRUN/FABBRI, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017, 231, 232.

¹⁴ Vgl. BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/2016, 96, 111; BONARD, Expulsion pénale: la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, questions choisies et premières jurisprudences, FP 2017, 315, 319.

¹⁵ Dazu bspw. BUSSLINGER/UEBERSAX (Fn. 14), 111.

¹⁶ Urteil Bezirksgericht, Teil VII, Ziff. 3.5.

über die Personenfreizügigkeit enthält und im Verhältnis zwischen der Schweiz und den übrigen EFTA-Staaten (Island, Liechtenstein und Norwegen) gilt.¹⁷

Im grösseren Rahmen des Europarats ist die Schweiz Vertragspartei des Übereinkommens über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten von 1957.¹⁸ Dieses Abkommen sieht namentlich Erleichterungen für Einreise und Aufenthalte bis zu drei Monaten ohne Visum vor, enthält aber gleichzeitig eine weit gefasste Ausnahmeregelung. Danach können die Vertragsparteien Personen fernhalten, die sie für «unerwünscht» halten. Aus diesem Grund lässt sich aus diesem Abkommen in der Praxis wohl äusserst selten ein Aufenthaltsrecht ableiten. Im Vergleich dazu sind das FZA und die EFTA-Konvention viel strenger, wenn es um Ausnahmen geht, sehen aber andererseits auch weniger weit gefasste Aufenthaltsrechte vor (dazu unten VI.).

2. Menschenrechte und Flüchtlingsrecht

Anders als das FZA und das erwähnte Europaratsübereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs verleihen menschenrechtliche Garantien grundsätzlich kein Recht auf Einreise und Aufenthalt und verbieten die Ausweisung von (verurteilten) Ausländern nicht *per se*. Verletzt die Ausweisung einer bestimmten Person jedoch gewisse Menschenrechte, namentlich das Recht auf Familienleben¹⁹ oder das Rückschiebeverbot (*refoulement*-Verbot)²⁰, ist von einer solchen abzusehen. Folglich können verschiedene Menschenrechte als Ausweisungsverbot *in concreto* wirken.

Nicht nur menschenrechtliche Verträge enthalten (implizit) ein Rückschiebeverbot, sondern auch das Flüchtlingsrecht. So statuiert beispielsweise Art. 33 Abs. 1 der Flüchtlingskonvention²¹ ein Verbot der Ausweisung oder Rückstellung eines Flüchtlings in ein Land, «wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre». Zu betonen ist, dass dieses Verbot nicht absolut gilt; ein Flüchtlings kann sich namentlich dann nicht darauf berufen, «wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines beson-

¹⁷ Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassociation (EFTA; SR 0.632.31).

¹⁸ Europäisches Übereinkommen vom 13. Dezember 1957 über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates (SR 0.142.103). Aus der Botschaft ergibt sich, dass das Hauptmotiv zum Beitritt der Schweiz die Förderung der Fremdenverkehrsinteressen war; BBl 1966 I 457, 459.

¹⁹ Z. B. Art. 8 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101); siehe EGMR (GK) v. 18.10.2006, *Üner v. Netherlands*, §§ 54, 56 und 57.

²⁰ Z. B. Art. 3 EMRK; statt vieler Urteile: EGMR v. 21.10.2010, *Gafarov v. Russia*, §§ 110–111.

²¹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (SR 0.142.30).

ders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist».

V. Verhältnis Art. 66a StGB (Bundesgesetz) zum Völkerrecht

Ergibt sich nach einer *prima facie*-Prüfung, dass – eben erwähnte oder andere – völkerrechtliche Bestimmungen dem Verurteilten potenziell ein Recht auf Aufenthalt verleihen oder ihn vor einer Ausweisung schützen, so ist aus proszökonomen Gründen vorab zu prüfen, ob diese Art. 66a StGB – also einer in einem Bundesgesetz enthaltenen Norm – vorgehen.²² Denn nur dann muss eingehend geprüft werden, ob sich diese Bestimmungen *in casu* einer Landesverweisung nach Art. 66a StGB in den Weg stellen.

1. Vorgehen in den Ausgangsentscheiden

Das Urteil des Bezirksgerichts enthält keine (explizite) Prüfung des Verhältnisses zwischen Landes- und Völkerrecht. Demgegenüber nahm sich das Obergericht der Rangfrage an, untersuchte das Verhältnis zwischen der Landesverweisung nach StGB und FZA und räumte dem FZA den Vorrang ein. Dabei folgte es der bundesgerichtlichen Rechtsprechungslinie zur Frage des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Bestimmungen.²³

2. Vom Bundesgericht entwickelte Konfliktlösungsregeln

Sofern es sich nicht um zwingende Normen des Völkerrechts handelt, die stets Vorrang geniessen, sind Konflikte zwischen Bestimmungen aus Bundesgesetzen und aus völkerrechtlichen Verträgen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach den folgenden Regeln zu lösen:

Zunächst gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass in Übereinstimmung mit Art. 27 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens²⁴ in der Rechtsanwendung das Völkerrecht Bundesgesetzen vorgeht.²⁵ Dieser Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts erfährt nur dann eine Ausnahme, wenn «der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern auch die politische Verantwortung dafür bewusst tragen wollte». Diese

als «Schubert»-Praxis bezeichnete Ausnahme greift allerdings in zwei – vorliegend wichtigen – Situationen nicht: «menschenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» (sogenannte PKK-Rechtsprechung²⁶) und das FZA²⁷ gehen stets vor – sogar «wenn der schweizerische Gesetzgeber sie missachten will».²⁸ Da sich Aufenthaltsrechte bzw. Ausweisungsverbote meist aus exakt diesen zwei völkerrechtlichen Quellen speisen, welche *immer* Vorrang geniessen, hat Art. 66a StGB in diesen Fällen zurückzutreten. Dies gilt allerdings *nur* dann, wenn sich der Verurteilte auch tatsächlich auf ein entsprechendes Recht berufen kann. Da für den Angeklagten im Ausgangsfall weder eine Verletzung von Menschenrechten noch des Flüchtlingsrechts in Frage stand, wird diese Relativität im Folgenden anhand des FZA aufgezeigt (für die EFTA-Konvention gilt Entsprechendes).

VI. Recht auf Einreise und Aufenthalt und/oder Ausweisungsverbot am Beispiel des FZA

In der Systematik des FZA ist zwischen der Regelung von Einreise und Aufenthalt und der Ausnahmen hierzu zu unterscheiden: Nur wenn ein Einreise- bzw. Aufenthaltsrecht besteht, kann sich die Frage nach den Möglichkeiten seiner Einschränkung stellen. Hierzu ist nun allerdings festzustellen, dass das FZA seinem Wortlaut nach zwar ein allgemeines Einreiserecht, aber kein allgemeines Aufenthaltsrecht vorsieht.

1. Einreise- und Aufenthaltsrecht

Im Ausgangsfall prüfen weder das Bezirksgericht noch das Obergericht im Einzelnen, ob der Beschuldigte über ein Einreise- und Aufenthaltsrecht nach dem FZA verfügte. Das Obergericht verweist ganz allgemein auf «verschiedene Einreise-, Aufenthalts- und Verbleibberechte» nach dem FZA, auf die sich alle Staatsangehörigen der EU- und EFTA-Staaten und damit auch der Beschuldigte als deutscher Staatsangehöriger berufen können.²⁹ Diese Aussage könnte in zweierlei Hinsicht zu Missverständnissen führen: Zum einen fallen Personen mit der Staatsangehörigkeit eines EFTA-Mitgliedstaates grundsätzlich nicht unter das FZA, sondern unter die EFTA-Konvention (die aber parallele Regelungen enthält; so denn auch BGE 129 II 249, 258 ff., auf welchen sich das Obergericht bezieht).

Zum andern statuiert das FZA zwar ein allgemein formuliertes Einreiserecht, nicht aber ein umfassendes Aufenthaltsrecht. Nach Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA erlaubt das Abkommen den Staatsangehörigen der Vertragsparteien,

²² Die Rangfrage zwischen Landes- und Völkerrecht stellt sich erst dann, wenn die jeweiligen Bestimmungen in Konflikt zueinander stehen. Die primäre Konfliktvermeidungsstrategie ist dabei die völkerrechtskonforme Auslegung landesrechtlicher Bestimmungen (bereits BGE 99 II 39, 43–44 [Schubert] statuierte die Pflicht, Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen). Mit BURRI/PRIULI (Fn. 10), 890, wird vorliegend davon ausgegangen, dass Art. 66a Abs. 1 StGB nicht durch Auslegung mit dem Völkerrecht in Einklang gebracht werden kann und somit ein echter Normkonflikt vorliegt.

²³ Urteil Obergericht, Ziff. 3.2.

²⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

²⁵ BGE 142 II 35, 39 (mit Hinweisen auf frühere einschlägige Urteile).

²⁶ BGE 125 II 417, 425.

²⁷ BGE 133 V 367, 390; jüngst: BGE 142 II 35, 40.

²⁸ BGE 142 II 35, 39 (mit Hinweisen auf frühere einschlägige Urteile).

²⁹ Urteil Obergericht, Ziff. 3.1.



den vom Abkommen erfassten Familienangehörigen sowie entsandten Arbeitskräften die Einreise gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses. Weitere Bedingungen dürfen nicht gestellt werden.

Die Regelung im FZA zum Aufenthaltsrecht ist dem Gemeinschaftsrecht nachgebildet, wie es Ende der 1990er-Jahre bestand. Dieses sah anders als das heutige EU-Recht (Art. 6 der EU-Richtlinie 2004/38³⁰) weder ein allgemeines Einreise- noch ein allgemeines Kurzaufenthaltsrecht bis zu drei Monaten vor. Ob dies auch für das FZA gilt, kann insofern dahingestellt bleiben, als jedenfalls das Schweizer Bundesgericht davon ausgeht, dass diese Rechte aus dem FZA abgeleitet werden können, so z. B. in BGE 143 IV 97.³¹ Auf jeden Fall ergibt sich aber ein Kurzaufenthaltsrecht aus dem nationalen Recht (Art. 10 Abs. 1 AuG). Das FZA nennt ausdrücklich die folgenden Kategorien und Bedingungen:

- Angestellten, Selbständigerwerbenden und Dienstleistenden gibt ihre blosse Erwerbstätigkeit ein Aufenthaltsrecht (Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 6 ff. Anhang I FZA).
- Arbeitssuchende haben ein grundsätzlich sechsmonatiges Aufenthaltsrecht (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA).
- Ein Aufenthaltsrecht besteht auch für Personen, welche bezahlte Dienstleistungen entgegennehmen (Art. 23 Anhang I FZA).
- Nichterwerbstätige besitzen dann ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über ein ausreichendes Auskommen («ausreichende finanzielle Mittel [...]», so daß sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen) und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmestaat verfügen (Art. 24 Anhang I FZA).
- Schliesslich können aufenthaltsberechtigte Personen gewisse Familienangehörige in den Aufnahmestaat mitnehmen, darunter u. a. Nachkommen ab 21 Jahren, denen Unterhalt gewährt wird. In diesen Fällen wird der ausreichende Unterhalt durch die aufenthaltsberechtigte Person gesichert (Art. 3 Anhang I FZA).

Zwar nicht bei der Einreise,³² aber danach können die Behörden in verwaltungsrechtlichen Verfahren Nachweise für den geltend gemachten Aufenthaltsstatus verlangen.

Im Ausgangsfall erklärte der zur Tatzeit knapp 27-jährige Beschuldigte vor dem Bezirksgericht, er wolle in der

Schweiz «neu anfangen», weil er hoffe, hier einfacher als in Deutschland eine Stelle finden zu können.³³ Zudem lebten seine Eltern und Grossmutter in der Schweiz. Damit machte er möglicherweise zwei vom FZA grundsätzlich geschützte Aufenthaltsrechte geltend, Arbeitssuche und wirtschaftlich abhängige Nachkommen ab 21 Jahren. Dem Obergerichtsentscheid ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte zur Zeit seiner Einreise in die Schweiz von Geld seiner Eltern und Grossmutter lebte.³⁴ Da im Strafverfahren – anders als im ausländerrechtlichen Verfahren – die mögliche Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsrechts von Amts wegen zu klären sind, wären nähere Abklärungen zum bilateralrechtlichen Status des Beschuldigten erforderlich, um so zu eruieren, ob er nach dem FZA tatsächlich ein Aufenthaltsrecht besass.³⁵

Die Kombination eines voraussetzungslosen Einreise-rechts mit einem regelmässig gewährten Kurzaufenthaltsrecht für alle EU- und EFTA-Staatsangehörigen bringt die zur Amtsermittlungspflicht verpflichteten Strafgerichte in eine Situation, die sie faktisch nur dadurch auflösen können, dass sie bei EU- und EFTA-Angehörigen regelmässig FZA-Rechte annehmen und vor deren Beschränkung eine Einzelfallprüfung durchführen.³⁶ Hinzu kommt, dass nach der für das FZA relevanten EuGH-Rechtsprechung die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, gegen welche ein Aufenthaltsverbot verhängt wurde, nach einem angemessenen Zeitraum einen Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbots stellen und dabei eine materielle Änderung der Umstände, die zur Ausweisung gerechtfertigt hatten, geltend machen können,³⁷ was bei einer Landesverweisung entweder prospektiv oder durch einen nachträglichen Korrekturmechanismus berücksichtigt werden müsste.

2. Einschränkungen des Aufenthaltsrechts

Ausgehend von einem Aufenthaltsrecht, stellt sich die Frage nach den möglichen Einschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA (Massnahmen im Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, gleich wie im EU-Recht). In der EU regelt auch hier die Richtlinie 2004/38 die Einzelheiten (Art. 27 ff.). Für das FZA verweist Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA u. a. auf die in der EU heute nicht mehr gültige Richtlinie 64/221.³⁸ Sie bestimmt insbeson-

³⁰ Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77.

³¹ Anderer Meinung Christa Tobler; siehe dazu im künftigen Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht 2017/2018.

³² EuGH, Rs. C-68/89 *Kommission gegen Niederlande*, ECLI:EU:C:1991:226.

³³ Urteil Bezirksgericht, Teil VII, Ziff. 3.3.

³⁴ Urteil Obergericht, Ziff. 4.2.

³⁵ SCHMID/JOSITSCH, in: SCHMID (Hrsg.), StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 6 N 4.

³⁶ BGE 143 IV 97.

³⁷ Verb. Rs. 115 und 116/81 *Rezquia Adoui gegen Belgischen Staat und Stadt Lüttich und Dominique Cornuaille gegen Belgischen Staat*, ECLI:EU:C:1982:183, Erw. 12.

³⁸ Richtlinie 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964 56/850 (nicht mehr in Kraft).

dere, dass bei Massnahmen im Interesse der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschliesslich das persönliche Verhalten der betr. Person ausschlaggebend sein darf sowie dass strafrechtliche Verurteilungen allein nicht massgebend sind (Art. 3).

Nach Art. 16 Abs. 2 FZA ist die EuGH-Rechtsprechung aus der Zeit von vor der Unterzeichnung des Abkommens zu berücksichtigen, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionrechts herangezogen werden. Das Bundesgericht zieht im Interesse einer parallelen Rechtslage grundsätzlich auch neuere Rechtsprechung heran. Danach weicht es von der Auslegung abkommensrelevanter unionrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nur beim Vorliegen triftiger Gründe ab (ständige Rechtsprechung ab BGE 136 II 5, 12 f., später etwa BGE 142 II 35, 37 f.).

Aus der EuGH-Rechtsprechung zum Ausnahmegrund der öffentlichen Ordnung nach der Richtlinie 64/221³⁹ ergibt sich, dass dieser eng auszulegen ist. Es muss in jedem Fall individuell geprüft werden, ob das persönliche Verhalten der fraglichen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Weiter muss im Rahmen der Verhältnismässigkeit ein angemessener Ausgleich zwischen den betroffenen Interessen gefunden werden. Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 enthält hierzu Präzisierungen. Danach sind bei der Beurteilung der Frage, ob eine Ausweisung in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht, die folgenden Kriterien zu berücksichtigen: die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaats, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmass seiner Bindungen zum Herkunftsstaat. Weiter ist der Schweregrad der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Nach dem Bundesgericht gelten dieselben Voraussetzungen im Rahmen der Anforderungen des schweizerischen Rechts an die Verhältnismässigkeitsprüfung (z. B. BGE 139 I 16, 19 f.).

Mit Blick auf die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB ist hier zunächst die Erkenntnis wesentlich, dass das FZA jeglichen Automatismus verbietet – wie dies das Obergericht zutreffend festhält.⁴⁰ Vielmehr ist im Lichte der Rechtsprechung eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Das gilt auch für den Beschuldigten im Ausgangsverfahren, soweit er sich auf das FZA berufen kann. Im Rahmen der Einzelfallprüfung werden die Interessen des Staates gegen jene des Beschuldigten abgewogen. Auf der Seite des Staa-

tes (Gefährdung der öffentlichen Ordnung) darf im Falle des Ausgangsverfahrens berücksichtigt werden, dass es sich um einen Wiederholungstäter und um schwere Straftaten handelt. Die persönlichen Interessen des Beschuldigten werden vom Obergericht nicht als solches geprüft. Es erwähnt jedoch bestimmte persönliche Umstände (Alter, Integrationsgrad) mit Blick auf die Rückfallgefahr.⁴¹ Anders das Bezirksgericht: Es prüft das persönliche Interesse des Beschuldigten im Vergleich mit den von ihm angerufenen Bundesgerichtsentscheiden zu anderen Fällen und stuft es als gering ein.⁴²

VII. Strafrecht Teil 2: Härtefall oder Ausnahme nach Art. 66a Abs. 2 und 3 StGB

Gewährt das Völkerrecht – namentlich das FZA – dem Verurteilten keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt bzw. steht es seiner Ausweisung nicht entgegen, so bleibt zu prüfen, ob eine Landesverweisung mit Art. 66a Abs. 2 (Härtefallklausel) bzw. Abs. 3 (entschuldbare Notwehr oder Notstand) zu vereinbaren ist. Hierzu verweisen wir auf die Literatur.⁴³

VIII. Völkerrechtliche Grenzen betr. Vollzug und Dauer der Ausweisung

Selbst wenn eine Landesverweisung rechtmässig (d. h. unter Wahrung des Völkerrechts und innerstaatlichen Rechts, v. a. den Ausnahmetatbeständen von Art. 66a Abs. 2 und 3 StGB) ausgesprochen wird, bestehen u. U. weitere Grenzen in Bezug auf deren Vollzug und Dauer. Zum einen sind beim Vollzug nach Art. 66d StGB das zwingende Völkerrecht und das *refoulement*-Verbot zu beachten. Zum andern setzt das FZA der zeitlichen Wirkung eines Aufenthaltsverbots (und damit der Dauer einer Landesverweisung) die oben erwähnten Grenzen.

IX. Schlussbemerkungen

Insgesamt zeigt sich, dass das Völkerrecht nicht auf einen systematischen Schutz gegen eine Landesverweisung nach Art. 66a StGB ausgelegt ist. Dieser Befund ist wenig überraschend und zeigt sich gerade bei einer näheren Betrachtung des FZA. Es folgt seiner eigenen Logik. Der im Vergleich zur Unionbürgerschaft restriktiver angelegte Begriff

³⁹ Z. B. EuGH, Verb. Rs. C-482/01 und C-493/01 *Georgios Orfanopoulos und andere gegen Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2004:262.

⁴⁰ Urteil Obergericht, Ziff. 3.3.

⁴¹ Urteil Obergericht, Ziff. 4.6.

⁴² Urteil Bezirksgericht, Teil VII, Ziff. 4.3.

⁴³ Vgl. dazu im Einzelnen: BRUN/FABBRI (Fn. 13), *passim*.

der Freizügigkeit im bilateralen und im EFTA-Recht führt jedoch im Strafverfahren nicht dazu, dass das FZA und die EFTA-Konvention bei einer Landesverweisung nicht zu prüfen wären. Vielmehr müssen die Strafbehörden alle für die Strafzumessung wesentlichen Umstände berücksichtigen. Das bedeutet, dass sie in Fällen, in denen eine Landesverweisung in Betracht kommt und ein FZA/EFTA-Bezug besteht, tief ins bilaterale bzw. EFTA-Recht einsteigen müssen. Insofern erscheint für Strafverfahren der in BGE 143 IV 97 aufgezeigte Weg einer routinemässigen Einzelfallprüfung für alle EU- und EFTA-Staatsangehörigen jedenfalls aus strafverfahrensrechtlicher Sicht als einzige sinnvolle Lösung. Wie in diesem Rahmen dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass bilaterales und EFTA-Recht nicht gleich EU-Recht sind, erscheint offen. Für die Zukunft stellt sich beispielsweise die Frage, wie das Strafrecht der im Freizügigkeitsrecht vorgesehenen Überprüfung eines Einreiseverbots nach einer angemessenen Frist im Falle von Landesverweisungen nachkommen kann. Auch für diese Herausforderung wird es einer fächerübergreifenden Herangehensweise bedürfen.

Stichwörter: Landesverweisung, Art. 66a StGB, Freizügigkeitsabkommen, Völkerrecht

Mots-clés: expulsion, art. 66a CP, Accord sur la libre circulation des personnes, droit international public

Zusammenfassung: Soll eine obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB gegenüber einer Person ausgesprochen werden, welche völkerrechtliche Einreise- und Aufenthaltsrechte geniesst, so stellen sich komplexe rechtliche Fragen. Diese betreffen insbes. die Zulässigkeit der Ausweisung und das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht.

Résumé: Lorsqu'une expulsion obligatoire au sens de l'art. 66a CP est appelée à être prononcée à l'encontre d'une personne qui jouit de droits d'entrée et de séjour garantis par le droit des gens, des questions juridiques complexes se posent. Ces dernières concernent notamment l'admissibilité de l'expulsion ainsi que les rapports entre le droit interne et le droit international public.