

Zum Vorrang des FZA bei der Landesverweisung

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_205/2023 vom 17. August 2023

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zum Vorrang des FZA bei der Landesverweisung. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_205/2023 vom 17. August 2023, 5 S., dRSK vom 13.11.2023.

Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Das Bundesgericht (Strafrechtliche Abteilung) stützt ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, in welchem dieses von einer Landesverweisung absah, obwohl es um „Katalogdelikte“ ging und einen schweren persönlichen Härtefall im Sinn des Art. 66a Abs. 2 StGB verneint hatte. Das Bundesgericht wies dabei insbesondere darauf hin, dass keine anhaltende und hinreichende Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne des Art. 5 Anhang I FZA vorliege. Da von der Landesverweisung lediglich wegen des Verstosses einer solchen Massnahme gegen das FZA abgesehen worden war, könnte das Urteil einen ersten Schritt zu einer Justierung der Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts betreffend das Verhältnis zwischen dem FZA und der landesrechtlich geregelten Landesverweisung sein.

Sachverhalt und Entscheid der Vorinstanz

(1) Ein slowenischer Staatsangehöriger schloss im Sommer 2020 insgesamt zwölf Reiseversicherungen ab, buchte im Anschluss daran verschiedene Reisen, allerdings ohne die Absicht, diese antreten zu wollen. Er stornierte die Reisen, adressierte Schadensmeldungen für denselben Schaden an die verschiedenen Versicherungsgesellschaften und reichte dabei echte oder gefälschte Stornierungsbestätigungen ein. Insgesamt liess er sich einen Betrag von knapp 95'000 CHF auszahlen.

(2) In Bestätigung des Urteils der ersten Instanz befand das Obergericht des Kantons Zürich den Betreffenden des gewerbsmässigen Betrugs (ein „Katalogdelikt“, vgl. Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB) und der Urkundenfälschung für schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten.

(3) Allerdings sah es im Gegensatz zur Vorinstanz von einer Landesverweisung ab: Zwar verneinte es das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls im Sinn des Art. 66a Abs. 2 StGB. Dessen ungeachtet verzichtete es unter Bezugnahme auf Art. 5 Anhang I FZA auf die

Landesverweisung: Der Betreffende stelle keine anhaltende und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinn dieser Bestimmung dar, so dass eine Landesverweisung gegen das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (FZA) verstosse, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei.

(4) Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhob gegen dieses Urteil des Obergerichts Beschwerde an das Bundesgericht und beantragte eine Landesverweisung von fünf Jahren.

Das Urteil des Bundesgerichts

(5) Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass Art. 66a Abs. 1 lit. c für Ausländer, die wegen gewerbmässigen Betrugs verurteilt wurden, unabhängig von der Höhe der Strafe, eine obligatorische Landesverweisung für 5-15 Jahre vorsehe. Daher sei der Beschwerdeführer grundsätzlich des Landes zu verweisen. Allerdings könne das Gericht gemäss Art. 66a Abs. 2 S. 1 StGB („Härtefallklausel“) ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Betreffenden einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz nachrangig seien. Bei dieser Güterabwägung sei massgeblich auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung abzustellen, was Rückschlüsse auf die Gefährlichkeit des Täters und die Legalprognose erlaube.

(6) Ob eine Landesverweisung vorzunehmen sei oder nicht, bestimme sich in einem ersten Schritt nach schweizerischem Recht. Im Falle der Bejahung – und damit der Verneinung der Anwendbarkeit der Härtefallklausel gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB – stelle sich anschliessend die Frage, ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das FZA einer Landesverweisung entgegenstehe.

(7) Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die im Abkommen verankerten Rechte nur eingeschränkt werden, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist. Die Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB sei als „Institut des Strafrechts“ und damit primär als „sichernde strafrechtliche Massnahme“ zu verstehen. Ob die öffentliche Ordnung und Sicherheit (weiterhin) gefährdet ist, verlange eine Prognose unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Schwere der Gefährdung; eine sehr schwere Gefährdung reduziere die Anforderungen an die Rückfallgefahr und umgekehrt.

(8) Die Vorinstanz habe den Schwerpunkt ihrer Prüfung zutreffend auf die Prognose künftigen Wohlverhaltens gelegt; zwar handle es sich um ein Delikt von erheblicher Schwere, das jedoch „nur“ das Rechtsgut Vermögen und keine hohen Rechtsgüter wie die psychische, physische

oder sexuelle Integrität betreffe. Angesichts dessen habe die Vorinstanz eine nachvollziehbare Beurteilung vorgenommen, als sie eine relevante Rückfallgefahr verneint habe, wie das Bundesgericht mit Bezug zu den Argumenten der Oberstaatsanwaltschaft im Einzelnen darlegt.

(9) Im Ergebnis schliesst das Bundesgericht, die Vorinstanz habe eine ausführliche und nachvollziehbare Würdigung aller Umstände vorgenommen und insgesamt eine realistische Rückfallgefahr und damit einhergehend auch eine anhaltende und hinreichend schwere, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA zu Recht verneint. Der vorinstanzliche Verzicht auf die Anordnung einer Landesverweisung verletze somit weder Art. 66a Abs. 2 StGB noch Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA.

Kommentar

(10) Im Zuge der Annahme der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV) wurde das StGB modifiziert und die sog. strafrechtliche Landesverweisung eingeführt; die entsprechenden Bestimmungen (Art. 66a ff. StGB) traten am 1. Oktober 2016 in Kraft. Vorgesehen ist eine obligatorische und damit «automatische» Landesverweisung von fünf bis fünfzehn Jahren im Falle einer Verurteilung aufgrund bestimmter Straftaten, dies unabhängig von der Höhe der Strafe, jedoch vorbehaltlich der Anwendung der sog. Härtefallklausel (Art. 66a Abs. 2 StGB).

(11) Die Vereinbarkeit dieser Vorgaben mit dem FZA ist höchst zweifelhaft: Denn der in Art. 66a Abs. 1 StGB vorgesehene grundsätzliche Ausweisungsmechanismus wird durch die Härtefallklausel nur ungenügend abgemildert, da nach dieser nur «ausnahmsweise» von einer Landesverweisung abgesehen werden darf, wofür erst noch sehr restriktive Anforderungen formuliert werden. Damit wird den (strengen) Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA wohl nicht Rechnung getragen. Auf der Grundlage der auch im Rahmen des FZA für die Auslegung dieser Bestimmung relevanten Rechtsprechung des EuGH setzt eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung nämlich eine tatsächliche und hinreichend schwere, gegenwärtige Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft voraus, womit insbesondere eine Einzelfallprüfung mit Blick auf die zukünftige Gefährdung durch den Betreffenden und eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist (siehe insoweit auch EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2007:325, wo der Gerichtshof trotz des Nichtbestehens eines «uneingeschränkten Automatismus» zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung festhielt, die fragliche Bestimmung sehe eine allgemeine Regelung vor, die es ermögliche, einen systematischen und automatischen Zusammenhang zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung herzustellen. Hieraus folgte der EuGH,

die in Frage stehende Bestimmung sei mit unionsrechtlichen Anforderungen unvereinbar, obwohl die Beachtung der familiären Umstände vorgesehen war). Auch eine freizügigkeitskonforme Auslegung wäre möglicherweise schwierig (vgl. ausführlich zum Thema ASTRID EPINEY/LIVIA MATTER, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, 2019, 295, 332 ff., m.w.N.).

(12) Damit stellt sich gegebenenfalls in einem konkreten Anwendungsfall die Frage, wie genau die Härtefallklausel auszulegen ist bzw. ob eine strafrechtliche Landesverweisung aufgrund der Art. 66a ff. StGB auch dann zu verhängen ist, wenn sie dem FZA widerspricht, womit die Problematik des Verhältnisses von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Abkommen berührt wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (II. Öffentlich-rechtliche Abteilung) kommt das FZA gegenüber Bundesgesetzen nämlich selbst dann vorrangig zur Anwendung, wenn der Bundesgesetzgeber «bewusst» gegen die Vorgaben des Abkommens verstossen wollte (BGE 142 II 35, bestätigt in BGE 148 II 169). Damit wird die sog. *Schubert-Rechtsprechung* stark relativiert, ganz abgesehen davon, dass sie nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts auch allgemein « weitgehend nicht mehr anwendbar » sei (vgl. BGE 148 II 169, hierzu im Einzelnen ASTRID EPINEY, Ist die „Schubert-Rechtsprechung“ noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht. Mit besonderem Blick auf BGE 148 II 169, AJP 2023, 699 ff.).

(13) In seiner bisherigen Rechtsprechung und früheren (Leit-) Urteilen der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zum Thema (und damit zum Verhältnis zwischen der strafrechtlichen Landesverweisung und dem FZA) wich das Bundesgericht dieser Frage jeweils aus, wobei sich in verschiedenen Urteilen einige zumindest sehr missverständliche Aussagen finden: Das FZA sei kein „strafrechtliches Abkommen“ und enthalte auch keine strafrechtlichen Bestimmungen. Es knüpfe zwar an das Unionsrecht an; jedoch könne die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden, wie auch der EuGH festgestellt habe. Spezifisch für die „strafrechtliche Auslegung“ des FZA sei relevant, dass es sich im Wesentlichen um ein wirtschaftsrechtliches Abkommen handle, das lediglich zu einem „doppelt bedingten“ Aufenthalt in der Schweiz berechtige (einerseits durch das Vorliegen der Voraussetzungen, andererseits dürfe keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen). Spezifisch für die Auslegung des Art. 5 Anhang I FZA könne die ausländerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf die strafrechtliche Auslegung übertragen werden; hier sei diese Bestimmung „nicht restriktiv“ auszulegen, sondern nach ihrer „gewöhnlichen Bedeutung“, könne doch die primärrechtlich abgestützte integrativ wirkende dynamische Rechtsanwendung des EuGH für das Strafrecht nicht berücksichtigt werden, dies auch vor dem Hintergrund, dass die

unionsrechtliche Auslegung nicht automatisch zu übernehmen sei. Allerdings hätten die Strafgerichte in einer spezifischen Prüfung des Einzelfalls jeweils zu prüfen, ob Art. 5 Anhang I FZA der Landesverweisung entgegensteht, wobei es sich im Wesentlichen um eine Verhältnismässigkeitsprüfung handle (vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere BGer 6B_378/2018 vom 22.5.2019; BGer 6B_48/2019 vom 9.8.2019; BGE 145 IV 55; s. jeweils die Rechtsprechungsübersichten im Jahrbuch für Migrationsrecht; ausführlich zur Thematik auch, jeweils m.w.N., ASTRID EPINEY, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19.8.2019; SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Expulsion pénale et ALCP, ZSR 2020, 35 ff.).

(14) Damit liess die bisherige Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts die entscheidende Frage nach dem Vorrang weitgehend offen, dies möglicherweise auch vor dem Hintergrund einer restriktiven Auslegung der Tragweite des FZA im Allgemeinen und des Art. 5 Anhang I FZA im Besonderen. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es nicht überzeugend ist, eine « strafrechtliche Auslegung » eines völkerrechtlichen Vertrages einer « ausländerrechtlichen Auslegung » desselben Vertrages gegenüber zu stellen und hier differenzieren zu wollen: In jedem Fall steht die Tragweite eines völkerrechtlichen Vertrages zur Debatte. Ob die durch diesen gewährten Rechte (wie die Aufenthaltsrechte aus dem FZA) durch ausländer- oder strafrechtliche Massnahmen eingeschränkt werden, kann für die Auslegung des Vertrages selbst nicht relevant sein, ist dieser doch nach völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen und durch die Vertragsstaaten in allen Bereichen gleichermassen zu beachten. Immerhin ist bemerkenswert, dass die Strafrechtliche Abteilung bereits in früheren Urteilen allgemein darauf gewiesen hat, im Falle der landesrechtlich vorgesehenen Anordnung einer Landesverweisung müsse geprüft werden, ob das FZA einer solchen Landesverweisung entgegenstehe, wobei die Frage der genauen Auslegung und insbesondere die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH aber nicht weiter problematisiert wurde (s. z.B. BGer 6B_149/2021 vom 3.2.2022 E. 2.7.1.). Immerhin wird man hieraus – wie auch aus dem angezeigten Urteil – ableiten können, dass es in jedem Fall denkbar ist, dass eine Landesverweisung zwar auf der Grundlage des Art. 66a Abs. 1, 2 StGB ausgesprochen werden müsste, dies jedoch einen Verstoss gegen Art. 5 Anhang I FZA darstellen kann (wie auch immer man diese Bestimmung nun im Einzelnen auslegt), ohne dass jedoch bislang – soweit ersichtlich – nur aus diesem Grund von der Landesverweisung abgesehen wurde.

(15) In dem hier angezeigten Urteil hat (auch) die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts nun aber den Vorrang des FZA jedenfalls implizit anerkannt: Denn vorliegend wäre nach Art. 66a Abs. 1 und 2 StGB die Landesverweisung nach den Feststellungen der Vorinstanz – welche vom Bundesgericht übernommen wurden – zwingend gewesen. Auf die Landesverweisung

wurde aber allein deshalb verzichtet, weil sie im Widerspruch zum FZA gestanden hätte. Allerdings wird diese Anerkennung des Vorrangs des FZA nicht eigens thematisiert, was insofern überraschend ist, als das Bundesgericht in anderen (früheren) Urteilen dem Strafrecht systematisch einen in Anführungszeichen gesetzten «Vorrang» einräumte (vgl. z.B. BGer 6B_48/2019 vom 9.8.2019). Demgegenüber ging das Obergericht Zürich (die Vorinstanz) in einem Urteil aus dem Jahr 2017 von einem Vorrang des FZA gegenüber Art. 66a ff. StGB aus (Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, SB170250-O/U/cwo, Urteil vom 22.8.2017).

(16) Nicht erörtert hat das Bundesgericht die Frage, ob die Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA im Vergleich zur «ausländerrechtlichen Auslegung» restriktiver gehandhabt wird oder nicht: Das Urteil nimmt keinen Bezug hierauf sowie seine diesbezügliche frühere (wie erwähnt wenig überzeugende) Rechtsprechung. Allerdings dürften die angelegten Kriterien der Rechtsprechung des EuGH entsprechen, was das Bundesgericht indes ebensowenig erörtert. Hinzuweisen ist immerhin darauf, dass das Bundesgericht in einem Urteil vom April 2023 im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ausdrücklich auf Formulierungen zurückgriff, die der Rechtsprechung des EuGH entnommen wurden (vgl. BGer 6B_1351/2021 vom 18. April 2023, zu diesem Urteil PATRIZIA BIRCHLER, dRSK vom 19.9.2023).

(17) Die Frage, ob das angezeigte Urteil hinsichtlich der Tragweite des FZA und seines Verhältnisses zu Art. 66a StGB eine «Trendwende» in der Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts einläutet, bleibt damit offen: Zwar lässt sich das Urteil bzw. sein Ergebnis nur auf der Grundlage des Vorrangs des FZA verstehen, und auch von einer «strafrechtlichen Auslegung» des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist keine Rede mehr. Allerdings rückt das in Dreierbesetzung gefällte Urteil auch nicht ausdrücklich von der früheren Rechtsprechung ab.

(18) Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf die bezüglich der Auslegung des FZA und seines Verhältnisses zu Bundesgesetzen sehr klaren Rechtsprechung der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wäre es sehr zu begrüßen, wenn das Bundesgericht diese doch nicht ganz unwichtige Frage bei nächster Gelegenheit klären würde.