

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
CH-3003

Vernehmlassung

von Solidarité sans frontières (Sosf)

**Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz
(Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller
Ausländerinnen und Ausländer)**

Ende der Vernehmlassungsfrist: 30. September 2012



Solidarité
sans
frontières

Solidarité sans frontières
Schwanengasse 9
3011 Bern

Sehr geehrte Damen und Herren

Solidarité sans frontières (Sosf) bedankt sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer). Gerne ergreifen wir die Gelegenheit, zu den beiden vom Bundesrat präsentierten Varianten zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative Stellung zu nehmen.

1. Grundsätzliche Vorbemerkungen

Solidarité sans frontières hat im Rahmen der Debatte um die Ausschaffungsinitiative der SVP sowie den Gegenvorschlag des Parlaments klar Position bezogen:

- Wir haben **erstens** bereits weit im Vorfeld der Abstimmung vom 28.11.2011 darauf hingewiesen, dass die Initiative verfassungs- und völkerrechtswidrig war. Sie kollidiert nicht nur mit zentralen Verfassungsprinzipien sowie Grund- und Menschenrechten wie der Gleichbehandlung (Diskriminierungsverbot), dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, dem Recht auf ein Familienleben, sondern auch dem Non-Refoulement-Prinzip, das Ausfluss des Folterverbots und damit Teil des «zwingenden Völkerrechts» ist. Dass sie dennoch zur Abstimmung zugelassen wurde, war offensichtlich Ergebnis politischer Opportunitätserwägungen, die nur notdürftig mit juristischen Argumenten verkleistert wurden.
- Wir haben **zweitens** im Rahmen der Abstimmungskampagne auch den Gegenvorschlag abgelehnt, der nur formal die Klippen der Völkerrechtswidrigkeit umschiffte. Dass damit die Grundsätze der Gleichbehandlung von in- und ausländischen StraftäterInnen ebenfalls verletzt worden wären, hat Solidarité sans frontières immer betont.
- Heute müssen wir **drittens** feststellen, dass diese Initiative, noch vor der Abstimmung und lange vor ihrer Umsetzung bereits die Praxis der Fremdenpolizeien und ebenfalls der Gerichte beeinflusst hat. Die

«Schallgrenze», ab derer die Wegweisung eines straffälligen Ausländers möglich war, lag lange Zeit bei einer Verurteilung zu einer Haftstrafe von zwei Jahren. Mitten in der Debatte um die Ausschaffungsinitiative setzte das Bundesgericht diese Grenze auf ein Jahr herab (BGE 135 II 377 v. 25.9.2009). Das im Ausländergesetz vorgesehene Kriterium der «Verurteilung zu einer längerfristigen Haftstrafe» soll nun bereits bei einer Sanktion erfüllt sein, die im Allgemeinen von den Strafgerichten bedingt ausgesprochen wird.

- **Viertens** zeigen sich bei der Umsetzung der Initiative die erwartbaren Probleme: Der neue Verfassungsartikel kann nur in eine gesetzliche Regelung umgegossen werden, wenn zentrale Verfassungsgrundsätze in ihrem Kerngehalt eingeschränkt werden. Das zeigt sich nicht nur an der Variante 2, die eine möglichst wortgetreue Umsetzung der Initiative zum Ziel hat, sondern auch an Variante 1, die den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Grundrechte der Betroffenen zu berücksichtigen behauptet.

Solidarité sans frontières lehnt deshalb beide Varianten ab. Dies sei im Folgenden näher begründet.

2. Verhältnismässigkeit als Nullgrösse

Variante 2

Die Frage der Verhältnismässigkeit spielt in dieser Variante definitiv keine Rolle mehr. Das zuständige Strafgericht bzw. die Staatsanwaltschaft müssten «unabhängig von der Höhe der Strafe» eine Landesverweisung aussprechen, wenn eine Verurteilung oder ein Strafbefehl nach einem der Straftatbestände im Katalog des neuen Art. 73a ausgesprochen wird.

Dass es dabei auch um geringfügige Straftaten gehen kann, soll in dieser Variante keine Rolle spielen. Dies zeigt sich nicht nur daran, dass auch das nur für leichte Delikte vorgesehene Strafbefehlsverfahren mit einbezogen wird. Auch der Deliktkatalog des Art. 73a neu nimmt keine Differenzierung vor. Hier sind Straftatbestände enthalten, die vielfach in bedingten Strafen enden (z.B. die

Körperverletzung), bei denen das Gericht ansonsten ausdrücklich die Strafe mildern kann (Art. 19 BetMG) oder die eigens neu eingeführt werden müssen wie der Sozialhilfemissbrauch (Art. 151a neu), der in leichten Fällen nur mit Busse bestraft werden soll.

Damit entsteht die Absurdität, dass ein Gericht zwar eine bedingte Strafe, eine Geldstrafe oder gar bloss eine Busse als Hauptstrafe ausfällt, was es nur bei geringer Schuld, geringem Schaden, geringem öffentlichen Interesse an der Bestrafung oder bei einer günstigen Prognose für einen Täter machen kann, dass es andererseits aber immer eine unbedingte Zusatzstrafe in Form der Landesverweisung verhängen muss. Gerichte und Staatsanwaltschaften werden so zu Textautomaten degradiert. Es bleibt ihnen nur noch die Entscheidung über die Dauer der Landesverweisung – und selbst die ist in den Fällen a-e des Art. 73a neu eingeschränkt.

Auch alle anderen Kriterien der Strafzumessung, die sonst in einem Strafverfahren relevant sind, werden hinsichtlich der ausländerspezifischen Zusatzstrafe der Landesverweisung ausser Kraft gesetzt: ob es sich nun um eine erstmalige Verurteilung handelt, nur geringer Schaden entstand, wie die Prognose über das weitere Verhalten des Straffälligen und seine Lebensverhältnisse ausfällt etc. Die Variante 2 legt nicht nur explizit (Art 73d neu) fest, dass ausser dem Non-Refoulement alle völkerrechtlich festgeschriebenen Menschenrechte ausser Kraft gesetzt werden sollen, wenn es um die Landesverweisung eines Straffälligen geht. Sie beinhaltet zudem implizit, dass auch die in der Bundesverfassung festgeschriebenen Grund- und Menschenrechte nichts mehr gelten sollen. Vom geltenden Verfassungstext soll also im konkreten Falle nur noch der durch die Ausschaffungsinitiative neu eingeführte Artikel gelten. Dass eine solche Konzeption unannehmbar ist, versteht sich von selbst.

3. Verhältnismässigkeit nur vorgetäuscht, Menschenrechte als Ausnahme

Variante 1

Auch die Variante 1 will den neuen Verfassungsartikel grossenteils im Strafrecht und zwar ebenfalls durch die Wiedereinführung der Landesverweisung umsetzen. Im Unterschied zur Variante 2 erhebt der Bundesrat mit dieser von ihm

favorisierten Lösung den Anspruch, die menschen- und völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip berücksichtigt zu haben. Erstens kommt der Delikt katalog moderater daher als in Variante 2 (Er enthält beispielsweise nur die schwere und nicht die einfache Körperverletzung, und nur die schweren Fälle von Besitz, Handel oder Schmuggel von Betäubungsmitteln nicht aber die leichteren. Auch der neue Straftatbestand des Sozialhilfemissbrauchs bleibt im Strafraum unter der in Variante 2 vorgesehenen Regelung.) Zweitens scheint der Art. 66a neu Abs. 3 eine Mindeststrafe vorzuschreiben und drittens verspricht er, dass ein Gericht von einer Landesverweisung absehen könne, wenn diese für den Betroffenen «unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten «die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde».

Diese scheinbar menschenrechtlich akzeptableren und verhältnismässigeren Regelungen fallen allerdings bei genauerem Hinsehen in sich zusammen. Statt der versprochenen Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit produziert Variante 1 einen versteckten Automatismus der Landesverweisung. Die Menschenrechte der Betroffenen werden zur Ausnahme degradiert:

- Erstens liegt die Mindeststrafe in Art. 66a neu Abs. 3 bei einem halben Jahr Freiheitsentzug bzw. 180 Tagessätzen Geldstrafe und damit noch einmal um die Hälfte tiefer als jene «Schallgrenze», die das Bundesgericht 2009 festgesetzt hatte. Im Erläuternden Bericht (S. 24) heisst es dazu: «Bei Strafen von mehr als sechs Monaten soll die Anordnung der Landesverweisung die Regel sein. Dabei besteht die gesetzliche Vermutung, dass eine Landesverweisung bei einer Strafe über sechs Monaten verhältnismässig ist.»

Die Folge davon ist, dass bei kaum einer hier in Frage kommenden Verurteilung die Landesverweisung als unverhältnismässig angesehen würde. Für einen grossen Teil der im Katalog vorgesehenen Delikte ist ausdrücklich eine Strafe von mindestens sechs Monaten oder 180 Tagessätzen vorgesehen (Beispiele: Schwere Körperverletzung Art. 122 StGB – mindestens 180 Tagessätze, qualifizierter Diebstahl Art. 139 Abs. 3 StGB – mindestens 180 Tagessätze, Raub Art. 140 StGB – mindestens

180 Tagessätze, «Schwerer» Fall von Besitz, Handel oder Schmuggel von Betäubungsmitteln Art. 19 Abs. 2 BetMG – Haft nicht unter einem Jahr). Bei allen Delikten, die mit «Freiheitsstrafe bis zu drei resp. fünf Jahren oder Geldstrafe» bedroht sind, gilt überdies in der Gerichtspraxis eine bedingte Haftstrafe von einem halben Jahr oder eine entsprechende Geldstrafe als die untere Grenze.

Eine solche gesetzliche Regelvermutung schliesst praktisch aus, dass das Gericht eine eigentliche Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Landesverweisung vornimmt. Der Erläuternde Bericht hält auf S. 34 denn auch fest, dass «ohne Einzelfallprüfung davon ausgegangen (wird), dass die Landesverweisung im öffentlichen Interesse, notwendig und geeignet ist». Die hier vorgesehene Regelung beraubt damit auch das Verhältnismässigkeitsprinzip der Bundesverfassung seines Sinns – und der besteht nun einmal darin, dass jede staatliche Massnahme im Einzelfall gemessen an ihrem Zweck erforderlich, angemessen und geeignet zu sein hat. In Tat und Wahrheit handelt es sich bei der hier vorgeschlagenen Regelung – ähnlich wie bei der Variante 2 – um einen Automatismus, der wie es in Abs. 3 ausdrücklich heisst, nur noch «ausnahmsweise» ausser Kraft gesetzt werden kann, wenn das Gericht die in der EMRK, dem UNO-Pakt II oder der Kinderrechtskonvention vorgesehenen Menschenrechte höher bewertet.

- Zweitens erlaubt Art. 66a neu Abs. 2 zusätzlich die Möglichkeit einer Landesverweisung bei einer Verurteilung, die unter der angeblichen Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit liegt. Die Formulierung, dass das Gericht einen Ausländer «nur» des Landes verweisen darf, wenn die öffentlichen Interessen die privaten des Betroffenen überwiegen, stellt keine Einengung dar, sondern ist im Gegenteil eine Ermächtigung zur Anordnung einer Landesverweisung bei offensichtlichen Bagatellen. Worin in solchen Fällen das öffentliche Interesse bestehen sollte, ist schlicht nicht mehr nachvollziehbar.

Auch Variante 1 kann deshalb nur grundsätzlich abgelehnt werden.

4. Illegalisierung bei Nicht-Vollziehbarkeit der Landesverweisung

Die Frage des Non-Refoulement soll auch nach Variante 1 von den Vollzugsbehörden, sprich von den Fremdenpolizeien, geprüft werden. Der Vollzug der Landesverweisung soll demnach nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben werden, wobei periodisch die Voraussetzungen für den Aufschub neu geprüft werden sollen. Angesichts der angeordneten, aber nicht vollziehbaren Landesverweisung würden die Betroffenen – gegebenenfalls jahrelang – als «illegal» aufhältlich gelten. Die Konsequenz daraus wäre eine Marginalisierung und Perspektivenlosigkeit, die dem vorgeblichen Ziel, Kriminalität zu verhindern, vollkommen zuwiderläuft.

5. Strafrecht oder Ausländerrecht?

Aus dem bisher Gesagten ist hinlänglich klar, dass eine Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zur Folge hat, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip – ein zentraler Grundsatz der Bundesverfassung – und die menschenrechtlichen Verpflichtungen, die die Schweiz mit der Annahme diverser internationaler Verträge eingegangen ist, missachtet (Variante 2) bzw. bis zur Unkenntlichkeit reduziert werden (Variante 1).

Mit diesen beiden untauglichen Varianten werden auch die Chancen verspielt, die in einer strafrechtlichen – im Gegensatz zur heutigen ausländerrechtlichen – Regelung lägen.

Die derzeitige ausländerrechtliche Regelung in den Art. 62 und 63 AuG führt dazu, dass die Fremdenpolizeien auch dann eine Wegweisung anordnen können, wenn das Strafgericht eine vergleichsweise milde Strafe verhängt hat und dem Betroffenen eine positive Sozialprognose ausgestellt hat. Eine strafrechtliche Lösung wäre zwar offen diskriminatorisch, weil das Strafrecht in diesem Falle eine Sanktion parat hat, die nur AusländerInnen treffen kann. Sie beinhaltet aber im Gegensatz zur ausländerrechtlichen Regelung grundsätzlich die Möglichkeit, dass das Gericht nicht nur die Angemessenheit der Hauptstrafe – sei es nun eine Geld- oder eine Freiheitsstrafe – vor Augen hat, sondern auch bewertet, ob eine

Landesverweisung angesichts der Schwere der Tat, der Lebensumstände der angeschuldigten Person sowie der zu erwartenden Folgen zu rechtfertigen ist. Diese rechtsstaatlichen Vorzüge einer strafrechtlichen Lösung sind aber nur dann gegeben, wenn das Gericht tatsächlich eine Einzelfallprüfung vornehmen kann und nicht durch einen offenen oder versteckten gesetzlichen Automatismus zur Anordnung einer Landesverweisung gezwungen wird.

Zusammengefasst lehnt Solidarité sans frontières deshalb die beiden hier vorgeschlagenen Varianten kategorisch ab.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme zur Kenntnis zu nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Moreno Casasola
Geschäftsführer Solidarité sans frontières

Bern, 25. September 2012