

## **Vernehmlassung zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 Bundesverfassung über die Ausschaffung krimineller Ausländer und Ausländerinnen (Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz)**

### **1. Umsetzung der Ausschaffungsinitiative**

Am 28. November 2010 haben Volk und Stände die Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ angenommen. Artikel 121 der Bundesverfassung (BV)<sup>1</sup> wurde um drei Absätze (Abs. 3 – 6) ergänzt. Demnach sollen Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmten Straftaten verurteilt werden oder missbräuchlich Leistungen der Sozialhilfe und Sozialversicherungen bezogen haben, ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren. Die verurteilten Personen sind zusätzlich mit einem Einreiseverbot (Landesverweisung) von 5 bis 15 Jahren zu belegen. Der Gesetzgeber wurde verpflichtet, die in Art. 121 Abs. 3 BV erwähnten Straftatbestände zu definieren und zu ergänzen sowie Strafbestimmungen gegen Personen zu erlassen, die das Einreiseverbot missachten.

Der Bundesrat hat zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen in die Vernehmlassung geschickt.

#### **Zusammenfassender Kommentar Caritas Schweiz:**

Caritas Schweiz ist sich bewusst, dass der Bundesrat bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vor besonderen Herausforderungen steht, da die neuen Absätze von Artikel 121 BV mit dem Völkerrecht und mit bestehenden Artikeln der Bundesverfassung in Kollision stehen. Caritas Schweiz hatte sich bereits anlässlich des Vernehmlassungsverfahrens im Frühling 2009 klar gegen die Annahme der Ausschaffungsinitiative und gegen den Gegenvorschlag des Bundesrates ausgesprochen.

Caritas Schweiz setzt sich für eine Welt ein, die sich von Solidarität, Gerechtigkeit und Frieden leiten lässt, welche die unantastbare Würde und die Rechte eines jeden Menschen. Dementsprechend beobachten wir die soziale Entwicklung in der Schweiz sehr genau, benennen gesellschaftliche Probleme und formulieren Lösungsvorschläge.

Die nun vorliegenden Entwürfe (Variante 1 und Variante 2) zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative garantieren die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nicht und stehen zum Teil im Widerspruch mit der Bundesverfassung (insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip). Es werden ohne Not weitere Personen in den Status der Sans Papiers gedrängt. Insbesondere Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, der EMRK sowie des UNO-Pakts II werden verletzt. Aufgrund ihrer Grundüberzeugungen und ihres Auftrages lehnt Caritas Schweiz sowohl die Variante 1 wie auch die Variante 2 ab. Caritas Schweiz beanstandet, dass Variante 2, welche krass völkerrechtliche Normen und Grundsätze der Bundesverfassung verletzt, überhaupt in die Vernehmlassung geschickt wurde.

### **2. Zu Variante 1**

Die untenstehenden Ausführungen gelten sowohl für die neuen Bestimmungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch wie für die gleichlautenden neuen Bestimmungen im Militärstrafgesetz.

---

<sup>1</sup> SR 101

Aus Sicht von Caritas Schweiz sind mehrere Themen unbedingt zu berücksichtigen.

## **2.1. Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU**

In Art. 66a Abs. 1 VE-StGB hat das Gericht die ausländische Person des Landes zu verweisen, wenn sie wegen einer in lit. a – d aufgelisteten Straftat verurteilt wird. Es wird nicht auf den Aufenthaltsstatus der betreffenden Person Rücksicht genommen. Konkret bedeutet dies, dass Bürgerinnen und Bürger aus EU- und EFTA-Staaten unter anderem wegen einem „leichteren“ Verstoss gegen die Rechtsordnung oder missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe in geringer Höhe des Landes verwiesen werden können. Dies ist nicht mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) in Einklang zu bringen. Artikel 5 des Anhangs 1 FZA<sup>2</sup> sieht einen Entzug des Aufenthaltsrechts nur bei Verstössen gegen die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Ordre-Public-Klausel) vor. Dies bedeutet, dass für die Landesverweisung gemäss FZA eine Verurteilung nicht genügt, sondern es muss von der auszuweisenden Person eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausgehen. Daraus folgt, dass bei der Verhängung eines Landesverweises bei Bürgerinnen und Bürger von EU- und EFTA-Staaten sich das Gericht nur auf die Ordre-Public-Klausel berufen kann, wenn es glaubhaft machen kann, dass von einer Person auch in Zukunft eine Gefährdung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausgeht. Dem Rückfallrisiko kommt gemäss FZA in der Interessenabwägung, die der Wegweisung bzw. dem Landesverweis zugrunde liegt, eine Schlüsselrolle zu. So wie die Landesverweisung und die in Art. 66a Abs. 3 VE-StGB gemachte Ausnahme (Unzumutbarkeit des Landesverweises, wenn die betroffene Person in ihren, von den internationalen Menschenrechtsgarantien, persönlichen Rechten in schwerwiegender Weise verletzt würde) konzipiert ist, ist die genannte Kollision nicht behoben.

Eine weitere Schwierigkeit wird sich bei der Umsetzung des Einreiseverbots ergeben, da Bürgerinnen und Bürger aus EU- und EFTA Staaten sich nach Verbüßung der Strafe als Folge des Schengen-Assoziierungsabkommen frei im Schengen-Raum bewegen können. Sie werden somit auch „unkontrolliert“ wieder in die Schweiz einreisen können.

## **2.2. Vereinbarkeit mit diversen völkerrechtlichen Bestimmungen**

### **2.2.1. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK<sup>3</sup> in Verbindung mit Art. 17 UNO-Pakt II<sup>4</sup>)**

Gemäss Art. 8 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Die völkerrechtlichen Bestimmungen, welche ausdrücklich dem Schutze des Privat- und Familienlebens dienen, sind bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu beachten. Insbesondere, wenn eine ausländische Person eine Familie mit schulpflichtigen Kindern hat, lässt sich eine Wegweisung nur schwer rechtfertigen. Caritas Schweiz hegt grosse Zweifel daran, dass dieser Schutz in der In-

---

<sup>2</sup> SR 0.142.112.681

<sup>3</sup> SR 0.101

<sup>4</sup> SR 0.103.2

teressenabwägung genügend Beachtung findet, da gemäss Art. 66a Abs. 3 letzter Satz VE-StGB nur eine schwerwiegende Verletzung dieses Rechts zu beachten ist.

## **2.2.2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)**

Gemäss UNO-Pakt II-Norm darf niemandem willkürlich das Recht entzogen werden, in sein eigenes Land einzureisen. Gemäss dem UNO-Menschenrechtsausschuss ist das „eigene Land“ bzw. die Heimat nicht an die Staatsbürgerschaft gebunden. Nicht die Staatsangehörigkeit oder die allfällige verweigerte Staatsbürgerschaft, sondern die gelebte und tatsächliche Verbundenheit zu einem Staatsgebiet führen zum Schutz nach Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II. Deshalb ist diese Norm bei der Landesverweisung von Ausländerinnen und Ausländern auch unter diesem Aspekt zu würdigen. Die statuierte Landesverweisung bzw. das Einreiseverbot von 5 bis 15 Jahren (Art. 66a Abs. 1 VE-StGB) wäre somit gemäss neuester Entscheide des UNO-Menschenrechtsausschusses nicht unbeschränkt mit Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II vereinbar<sup>5</sup>. Niedergelassene Ausländerinnen und Ausländer, Personen der 2. oder 3. Generation, welche schon lange in der Schweiz leben und/oder hier aufgewachsen sind, werden sich auf diese Norm berufen können. Dies sollte zwingend dazu führen, dass der Aufenthaltsstatus und die Aufenthaltsdauer<sup>6</sup> beim Aussprechen der Landesverweisung bzw. bei der Statuierung der Ausnahme Beachtung finden (siehe unsere Ausführungen unter Ziffer 2.3).

## **2.3. Wahrung der Verhältnismässigkeit**

Das in Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 36 Abs. 3 BV garantierte Verhältnismässigkeitsprinzip besagt, dass jedes staatliche Handeln im Hinblick auf den verfolgten Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Dieser Grundsatz gilt für den Gesetzgeber wie für die ausführende Verwaltung.<sup>7</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip führt dazu, dass die öffentliche Hand einen Ausgleich der Individualgüter mit den von den öffentliche-rechtlichen Normen geschützten Allgemeingütern oder Interessen privater Dritter herzustellen hat. Es erfordert ein je nach Rechtsverstoss und Schwere des Eingriffs abgestuftes Vorgehen.

Im schweizerischen Strafrecht werden die Delikte im Rahmen der Gliederung nach Schweregrad der Rechtsgutverletzung und nach Unrechtsgehalt der Tat in Verbrechen, Vergehen und Übertretung eingeteilt. Nebst dem Verschulden wird ebenfalls das Rückfallrisiko des Täters bei der Festlegung der Strafe berücksichtigt. Je nach der Prognose werden folglich bedingte oder unbedingte Strafen ausgesprochen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip liegt diesem klaren System zugrunde.

In der Variante 1 wird dieses Prinzip mehrfach verletzt:

Erstens erfasst der Katalog der Straftaten gemäss Art. 66a Abs. 1 VE-StGB ganz unterschiedliche Straftatbestände (wie z.B. Mord und Totschlag, Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch sowie missbräuchlicher Bezug von Sozialhilfe oder von Leistungen der Sozialversicherungen), deren Verstoss offensichtlich nicht als gleich schwer gewichtet werden kann. Dies wird aufgrund des Straftatbestandes bzw. der Rechtsgutverletzung selber wie auch aufgrund des je angedrohten Strafmasses ersichtlich. Unabhängig davon soll die Verurteilung für eine von Art. 66a Abs. 1 VE-StGB erfasste Straftat von mehr als 6 Monaten in der Regel zur Landesverweisung der betroffenen Person führen. Es wird ohne weitere Begründung und Interessenabwägung davon ausgegangen, dass die Landesverweisung aufgrund einer Strafe von über 6 Monaten verhältnismässig ist.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> UNO-Menschenrechtsausschuss in den Fällen Nystrom, Nystrom & Turner gegen Australien, Mitteilung 1557/2007 (2011) sowie Warsame gegen Kanada

<sup>6</sup> Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit, 2010, S. 53

<sup>7</sup> Erläuternder Bericht, Ziffer 1.2.2, S. 10f.

<sup>8</sup> Erläuternder Bericht, Ziffer 1.4.4.4, S. 24

Bei den anderen Massnahmen zum Beispiel (Berufsverbot oder Fahrverbot) muss zumindest eine Wiederholungsgefahr vorliegen. Aus Sicht von Caritas Schweiz verletzt der Gesetzgeber bereits bei der Aufzählung der diversen Straftatbestände das Verhältnismässigkeitsprinzip, da die Landesverweisung als Massnahme bei einem leichteren Vergehen nicht erforderlich ist bzw. nicht die einzige Möglichkeit ist, den Schutz von Ordnung und Sicherheit aufrecht zu erhalten. Zudem wird auf eine umfassende Güterabwägung verzichtet.

Zweitens ist der Landesverweis für 5 bis 15 Jahre zu verhängen (Art. 66a Abs. 1 Erster Satz VE-StGB). Es besteht kein Spielraum für das Gericht, einen Landesverweis von weniger als 5 Jahren auszusprechen. Es fehlt jede Möglichkeit, je nach Schwere der Tat, eine angemessene, der Proportionalität entsprechende Massnahme festzusetzen. Es wird in Kauf genommen, dass keine angemessene Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, wie Schaden für die einzelne Person, (z.B. Verletzung der Achtung von Privat- und Familienleben und des Schutzes der Kinder und Jugendlichen) und Nutzen für die Allgemeinheit (z.B. Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit), stattfinden kann.

Drittens wird grundsätzlich weder eine Unterscheidung nach der Art der Aufenthaltsbewilligungen (z.B. Niederlassungsbewilligung C oder Aufenthaltsbewilligung B oder G (Grenzgängerbewilligung)) noch nach der Aufenthaltsdauer gemacht. Wie schon oben angeführt, ist dies mit Artikel 5 des Anhanges 1 FZA schwer vereinbar. Zudem könnte dies zur Folge haben, dass Personen der 2. oder 3. Generation, die in der Schweiz aufgewachsen sind, des Landes verwiesen werden. Zwar wird in Art. 66a Abs. 3 VE-StGB statuiert, dass das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung abssehen könne, wenn dies für die betroffene ausländische Person unzumutbar sei, weil sie dadurch in ihren persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde. Mit dieser Ausnahme wird aber der Einzelfallgerechtigkeit zu wenig Rechnung getragen. Die bisherige Praxis der Migrationsbehörde war geprägt von einer Interessenabwägung, bei welcher geprüft wurde, ob das öffentliche Interesse an einer Wegweisung gemäss Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz/AuG)<sup>9</sup> oder das private Interesse der verurteilten Person am Verbleib in der Schweiz höher zu gewichten ist. Dabei wurden vor allem die Aufenthaltsdauer in der Schweiz, das Alter zum Zeitpunkt der Einreise, die Integration und die Bindung zur Schweiz und das Heimatland in Betracht gezogen.<sup>10</sup> Diese umfassende Interessenabwägung wird im konkreten Entwurf eingeschränkt. Die Vorgabe des Gesetzgebers ist, dass die öffentlichen Interessen wie Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit unter allen Umständen höher zu gewichten sind. Der unbestimmte Rechtsbegriff "unzumutbar" lässt den anwendenden Behörden einen grossen Ermessensspielraum. Die Gefahr der unterschiedlichen Auslegung dieses Begriffes und folglich eine rechtsungleiche Behandlung ist nicht zu unterschätzen. Die Rechtssicherheit für Ausländerinnen und Ausländer könnte dadurch stark leiden.

## 2.4. **Landesverweisung / Einreiseverbot**

Mit der letzten Revision des Strafgesetzbuches wurde die Anordnung der Landesverweisung als Nebenstrafe (Art. 55 aStGB) per Ende 2006 aufgehoben. Die Begründung für die Aufhebung war die Tatsache, dass diese strafrechtliche Sanktion in Konkurrenz mit der fremdenpolizeilichen Ausweisung, die ebenfalls Folge von begangenen Delikten sein kann, steht. Es wurde auf die Schwierigkeit der Abstimmung der Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion und als fremdenpolizeiliche Massnahme hingewiesen, weil je unterschiedliche Zwecke verfolgt werden.

Ziel des Strafrechts ist es nicht nur, Menschen davon abzuhalten, in die Rechtsgüter anderer einzugreifen. Der einzelnen Person soll bei einer unbedingten Freiheitsstrafe ebenfalls die Mög-

<sup>9</sup> SR 142.20

<sup>10</sup> Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit, 2010, S. 8

keit gegeben werden, ihre Tat zu verbüßen und in der Gesellschaft wieder Fuss zu fassen. Der Sinn der Resozialisierung und Wiedereingliederung in die Gesellschaft wird durch den Landesverweis vollends unterlaufen. Da vor dem Vollzug der Landesverweisung die unbedingten bzw. teilbedingten Strafen sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen sind (Art. 66c Abs. 1 VE-StGB), wird das Strafrecht auf die Verbüßung der Freiheitsstrafe reduziert. Bei Ausländerinnen und Ausländer verzichtet der Staat zu ihren Ungunsten auf den Resozialisierungsgedanken und setzt die Verbüßung der Strafe bzw. die Ausweisung aus der Schweiz als einziges Ziel des Strafrechts. Dies ist nicht mit einem rechtsstaatlichen modernen Strafsystem vereinbar. Wie bereits erwähnt spielt bei der Landesverweisung zudem die Wiederholungsgefahr des Täters keine Rolle. Dies kann allerdings zum stossenden Ergebnis führen, dass die Strafverfolgungsbehörde dem Verurteilten eine günstige Prognose stellt und er folglich zu einer bedingten Strafe verurteilt wird. Aufgrund des Deliktskataloges wird der Täter jedoch für fünf Jahre des Landes verwiesen und dies gemäss Bundesrat bereits ab rechtskräftigem Urteil, unabhängig von der Probezeit.<sup>11</sup>

Des Weiteren besteht eine Diskrepanz zwischen den neuen Bestimmungen des Strafrechts mit denjenigen Bestimmungen zur Ausweisung gemäss Ausländergesetz. Besonders betroffen sind vorläufig aufgenommene Personen und Flüchtlinge. Die Schnittstelle zwischen dem Strafgericht und den Migrationsbehörden ist zu wenig klar geregelt. Es wird wieder zu Doppelspurigkeiten kommen, wie vor der Aufhebung des Landesverweises per Ende 2006.<sup>12</sup>

Gemäss Art. 83 AuG müssen Personen, die von einer Weg- oder Ausweisung betroffen sind, grundsätzlich vorläufig aufgenommen werden, falls der Vollzug wegen Unmöglichkeit, Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit nicht realisiert werden kann. Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung berücksichtigt die vorläufige Aufnahme nicht.<sup>13</sup> Gemäss Art. 66d Abs. 1 lit. b VE-StGB wird die Landesverweisung nur aufgeschoben, wenn den Betroffenen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung (sprich Unzulässigkeit des Vollzugs/Non-Refoulement-Gebot / Art. 3 EMRK) droht. Die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Vollzugs führt nicht zum Aufschub der Landesverweisung. In Art. 61 Abs. 1 lit. e VE-AuG und Art. 64 Abs. 1 lit. e. VE-AsylG erlischt die Aufenthaltsbewilligung mit Rechtskraft der Landesverweisung. Somit verlieren die vorläufig aufgenommenen Personen ihren Aufenthaltsstatus, da ihre Bewilligung automatisch, d.h. ohne Widerruf der Aufenthaltsverfügung durch die Migrationsbehörde, erlischt. Die bereits vorhandene Prekarität der Situation dieser Personen wird durch diese „rechtslose“ Situation verschärft. Es werden so weitere Personen in den Status der Sans Papiers gedrängt. Caritas Schweiz lehnt dies ab.

Bei Eintritt der Rechtskraft des Landesverweises und gleichzeitigem Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung hat eine verurteilte ausländische Person, welche für den Vollzug der Freiheitsstrafe sehr wohl in der Schweiz verbleibt, in diesem Zeitraum keinen legalen Aufenthaltsstatus mehr. Das hat weitreichende Folgen für die finanzielle Kostentragung des Vollzugs, welche wohl zu wenig bedacht wurden.

Ferner ist zu beanstanden, dass der Landesverweis auch bei der bedingten Freiheitsstrafe zu vollziehen ist.<sup>14</sup> Spätestens hier wird (wie oben schon erwähnt) deutlich, dass es nur darum geht, straffällige Ausländerinnen und Ausländer des Landes zu verweisen und nicht mehr um den Sinn und Zweck des Strafrechts. Die Schwere der Tat und die Wiederholungsgefahr des Täters werden ausser Acht gelassen. Dem Primat der Landesverweisung werden alle anderen Rechtsgüter unter-

---

<sup>12</sup> Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit, 2010, S. 54

<sup>13</sup> Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit, 2010, S. 54

<sup>14</sup> Erläuternder Bericht, Ziffer 1.4.7, S. 30

<sup>14</sup> Erläuternder Bericht, Ziffer 2.1.3.2, S. 49

geordnet! Mit dem Landesverweis wird verstkt Migrationspolitik bzw. Steuerung der Ein- und Ausreise von Ausländerinnen und Ausländer betrieben.

Caritas Schweiz begrst die Tatsache, dass der Bundesrat darauf verzichtet, die Landesverweisung im Jugendstrafrecht einzufren.<sup>15</sup> ber eine allflige Verhängung einer Einreisesperre oder das Verfügen der Wegweisung werden weiterhin nur die Migrationsbehörden entscheiden.

## 2.5. Sammelsurium von Straftatbeständen

Der Katalog der Delikte, die zu einer Landesverweisung führen (vgl. Art. 66a Abs. 1 VE-StGB) ist relativ breit gefächert. Darin finden sich Delikte gegen Leib und Leben (Mord, Totschlag, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung), Vermögensdelikte, Delikte gegen das Betäubungsmittelgesetz wie Betrug und Missbrauch von Sozialhilfe oder Leistungen von Sozialversicherungsleistungen. Im erlternden Bericht<sup>16</sup> wird erwähnt, dass dieser Katalog nur schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsguter enthalte. Dieser Interpretation kann nicht gefolgt werden. Denn im schweizerischen Strafrecht werden die Delikte im Rahmen der Gliederung nach Schweregrad der Rechtsgutverletzung und nach Unrechtsgehalt der Tat in Verbrechen, Vergehen und Übertretung eingeteilt. Zudem wird einer günstigen Prognose für den Täter (fehlende Wiederholungsgefhr) mit der Gewährung des bedingten Vollzugs bis höchstens zwei Jahre Rechnung getragen (siehe Art. 42 StGB)<sup>17</sup>. Im erwähnten Katalog werden Straftatbestände aufgezählt, welche sowohl in der Schwere wie auch im angedrohten Strafmaß auseinanderklaffen (z.B. wird Mord mit einem Strafmaß nicht unter zehn Jahren geahndet, Diebstahl mit Hausfriedensbruch von null bis fünf Jahre und Missbrauch von Sozialhilfe oder Leistungen von Sozialversicherungen mit einem Strafmaß von null bis zum einem Jahr). Ob es sich zudem um eine bedingte oder unbedingte Strafe handelt bzw. ob eine Rckfallgefhr besteht, wird gänzlich ausser Acht gelassen. Wie schon in Ziffer 2.3 erwähnt wird hier das Verhtnismigkeitsprinzip nicht gewahrt. Von einem ausgewogenen Katalog kann nicht die Rede sein.

Die Landesverweisung stellt eine einschneidende Massnahme dar. Für deren Verhängung sollten sowohl die Schwere des Straftatbestandes wie auch die Höhe des Strafmaßes massgebend sein. Gemäss Variante 1 ist der Landesverweis im Regelfall bereits bei einem Strafmaß von mehr als sechs Monaten auszusprechen. Diese tiefe Grenze des Strafmaßes begrdet der Bundesrat im erlternden Bericht damit, dass das geltende Recht vielerorts bei einem Strafmaß von sechs Monaten eine Abgrenzung zwischen eher leichten und eher schweren Straftaten<sup>18</sup> vornimmt. Angesichts der Tatsache, dass im Bericht zur Änderung des Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer als indirekter Gegenvorschlag zur „Ausschaffungsinitiative“ von einem Mindeststrafmaß von zwei Jahren<sup>19</sup> (angelehnt an die mehrheitlich von den Migrationsbehörden befolgte Zwei-Jahres-Faustregel<sup>20</sup>) die Rede war, ist diese Verschärfung weder begrdet noch sachbezogen, sondern eher politisch motiviert. Caritas Schweiz lehnt die Grenzziehung bei sechs Monaten klar ab und schagt vor, dass die Zwei-Jahresregel gelten soll.

---

<sup>15</sup> Erlternder Bericht, Ziffer 1.4.6, S. 28f.

<sup>16</sup> Erlternder Bericht, Ziffer 1.4.4.2, S. 20

<sup>17</sup> SR 311.0

<sup>18</sup> Erlternder Bericht Ziffer 1.4.4.4, S. 23

<sup>19</sup> Erlternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer als indirekter Gegenvorschlag zur „Ausschaffungsinitiative“, Ziffer 5.1, S. 10

<sup>20</sup> Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Strafflichkeit, 2010, S. 8

## **2.6. Verhältnis von Betrug (Art.146 Abs. 1 StGB) zum missbräuchlichen Bezug von Sozialhilfe und Sozialversicherungsleistungen (Art. 148a Abs. 1 VE-StGB)**

Die Unterscheidung zwischen den beiden Straftatbeständen liegt darin, dass beim missbräuchlichen Bezug die Elemente der Arglist und der Bereicherungsabsicht nicht erfüllt sein müssen. Eine einfache schriftliche Lüge genügt für die Erfüllung dieses neuen Straftatbestandes. Es erinnert an die Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung. Mit dem gewichtigen Unterschied, dass in der landläufigen Meinung die Steuerhinterziehung als sogenanntes Kavaliersdelikt beurteilt wird und wesentlich weniger streng geahndet wird als missbräuchlicher Bezug von Sozialhilfe oder Leistungen der Sozialversicherungen. Hier werden zwei ähnliche Delikte (Steuerhinterziehung und missbräuchlicher Bezug) höchst unterschiedlich geahndet und zwar im umgekehrten Verhältnis zum entstandenen Schaden.

Diese neue Strafbestimmung gilt sowohl für Schweizerbürgerinnen und –bürger wie für Ausländerinnen und Ausländer. Von der Landesverweisung sind aber nur ausländische Staatsangehörige betroffen. Aufgrund der Strafdrohung einer Landesverweisung hätte es genügt, den Betrug von Sozialhilfe oder von Leistungen der Sozialversicherung im Deliktskatalog aufzunehmen.

Weiter fällt auf, dass nicht nur diejenigen Personen, welche effektiv die Sozialhilfeleistungen oder die Leistungen der Sozialversicherung „missbräuchlich“ beziehen, sondern allenfalls auch Dritte wie z.B. Arbeitgeber (Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. (Art. 148a Abs. 1 VE-StGB)). Caritas Schweiz plädiert für die Streichung des Straftatbestands des Missbrauchs von Sozialhilfe oder Leistungen der Sozialversicherung.

### **3. Zu Variante 2**

Der Deliktskatalog umfasst sowohl schwere Verbrechen, z.B. Mord, Raub, Vergewaltigung, wie auch leichtere Verbrechen und Vergehen, z.B. einfache Körperverletzung. In der vorgeschlagenen 2. Variante soll im Strafgesetzbuch eine zwingende Landesverweisung ohne Ausnahmen als neue Sanktionsnorm aufgenommen werden. Dabei wird auf eine Mindeststrafe verzichtet bzw. es wird auf die Berücksichtigung der konkreten Schwere einer Straftat verzichtet. Der missbräuchliche Bezug von Sozialhilfe oder Leistungen der Sozialversicherung sowie der Sozialmissbrauch gemäss Art. 151a VE-StGB/Variante 2 in Verbindung mit Art. 73 Abs. 1 lit. k VE-StGB/Variante 2 soll zwingend zu einer Landesverweisung führen. Beim Vollzug der Landesverweisung ist einzig das Non-Refoulement Gebot als zwingendes Völkerrecht zu beachten. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass die neuen Artikel des Strafrechts über die Landesverweisung dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgehen.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Erläuternder Bericht, Ziffer 1.5. S. 30 ff.

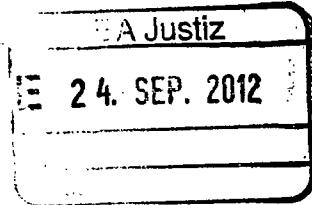
**Kommentar Caritas Schweiz**

Besonders stossend am eingebrachten Umsetzungsvorschlag ist, dass der Landesverweis zwingend auch bei weniger schweren Delikten und unabhängig von den Umständen im Einzelfall ausgesprochen werden muss. Auch wenn das Gericht etwa wegen mildernden Umständen von einer Strafe absieht, müsste die Ausländerin / der Ausländer ausgewiesen werden (Art. 73b VE-StGB/Variante 2). Unerklärt bleibt, was unter dem Begriff von „Sozialmissbrauch“ zu verstehen ist.  
Es werden mit dieser Variante Widersprüche zu rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie das Verhältnismässigkeitsprinzip, und zum nicht-zwingenden Völkerrecht in Kauf genommen. Caritas Schweiz lehnt diese Variante, welche fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze mit Füssen tritt, vollends ab.

Luzern, 20. September 2012

Caritas Schweiz  
Bereich Inland und Netz, Abteilung Anwaltschaft  
Isabelle Bindschedler

Isabelle Bindschedler  
Leiterin  
Abteilung Anwaltschaft  
Tel.: +41 41 419 23 06  
Fax: +41 41 419 24 26  
ibindschedler@caritas.ch

**A-Post**

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Herr Peter Häfliger  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Luzern, 20. September 2012

**Stellungnahme zur Vernehmlassung zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6  
Bundesverfassung über die Ausschaffung krimineller Ausländer und Ausländerinnen  
(Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz)**

Sehr geehrter Herr Häfliger  
Sehr geehrte Damen und Herrn

Sie haben uns eingeladen zur rubrizierten Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 Bundesverfassung Stellung zu nehmen, wofür wir Ihnen bestens danken. Sie finden beiliegend die Vernehmlassung von Caritas Schweiz.

Caritas Schweiz ist sich bewusst, dass der Bundesrat bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vor besonderen Herausforderungen steht, da die neuen Absätze von Artikel 121 BV mit dem Völkerrecht und mit bestehenden Artikeln der Bundesverfassung in Kollision stehen. Caritas Schweiz hatte sich bereits anlässlich des Vernehmlassungsverfahrens im Frühling 2009 klar gegen die Annahme der Ausschaffungsinitiative und gegen den Gegenvorschlag des Bundesrates ausgesprochen.

Caritas Schweiz setzt sich für eine Welt ein, die sich von Solidarität, Gerechtigkeit und Frieden leiten lässt, welche die unantastbare Würde und die Rechte eines jeden Menschen. Dementsprechend beobachten wir die soziale Entwicklung in der Schweiz sehr genau, benennen gesellschaftliche Probleme und formulieren Lösungsvorschläge.

Die nun vorliegenden Entwürfe (Variante 1 und Variante 2) zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative garantieren die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nicht und stehen zum Teil im Widerspruch mit der Bundesverfassung (insbesondere mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip). Es werden ohne Not weitere Personen in den Status der Sans Papiers gedrängt. Insbesondere Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, der EMRK sowie des UNO-Pakts II werden verletzt. Aufgrund ihrer Grundüberzeugungen und ihres Auftrages lehnt Caritas Schweiz sowohl die Variante 1 wie auch die Variante 2 ab. Caritas Schweiz

beanstandet, dass Variante 2, welche krass völkerrechtliche Normen und Grundsätze der Bundesverfassung verletzt, überhaupt in die Vernehmlassung geschickt wurde.

Wir bitten Sie höflich um Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Caritas Schweiz

  
Bruno Bertschy  
Leiter Bereich INN

Caritas Schweiz

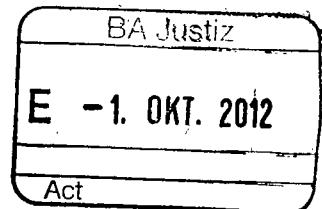
  
Isabelle Bindschedler  
Leiterin Abteilung Anwaltschaft

Beilage:  
Stellungnahme Caritas Schweiz



FORUM FÜR DIE INTEGRATION DER MIGRANTINNEN UND MIGRANTEN  
FORUM POUR L'INTEGRATION DES MIGRANTES ET DES MIGRANTS  
FORUM PER L'INTEGRAZIONE DELLE MIGRANTI E DEI MIGRANTI

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Frau Simonetta Sommaruga  
Bundestrain 20  
3003 Bern



## Vernehmlassungsantwort

des Forum für die Integration der Migrantinnen und Migranten - FIMM Schweiz

Zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes  
(Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)

Ende der Vernehmlassungsfrist: 30. September 2012



Sehr geehrter Damen und Herren

Als Dachverband der MigrantInnen-Vereine und anerkannter Partner im Integrationsbereich vertritt das FIMM Schweiz die Interessen der in der Schweiz lebenden Migrantinnen und Migranten. Als parteipolitisch unabhängige und konfessionell neutrale Organisation setzt sich das FIMM Schweiz für die Chancengleichheit aller in der Schweiz lebenden Menschen ein - und somit für ein gelungenes Zusammenleben aller Gesellschaftsgruppen. In dieser Funktion nimmt das FIMM Schweiz im vorliegenden Dokument Stellung zu den oben erwähnten Gesetzesänderungen.

## 1. Vorbemerkungen

Gemeinsam mit weiteren MigrantInnen- und Menschenrechtsorganisationen hatte sich das FIMM Schweiz im Jahr 2010 vehement gegen die „Ausschaffungsinitiative“ und den sogenannten Gegenvorschlag gewehrt, da beide Vorlagen gegen den Grundsatz des Diskriminierungsverbots verstossen - die Initiative wollte gar die völkerrechtlichen Verträge ausser Kraft setzen.

Damals wie heute sind wir der Meinung, dass ein Sonderstrafrecht gegen bestimmte Gesellschaftsgruppen in einem Rechtsstaat nichts zu suchen hat. Die von Initiative und Gegenvorschlag verlangten Änderungen in der Verfassung resp. im Strafrecht streben hingegen genau eine Dreiklassenjustiz gegenüber MigrantInnen und Flüchtlingen an, nach dem Motto: SchweizerInnen vor AusländerInnen - EU-BürgerInnen vor Nicht-EU-BürgerInnen.

Damals wie heute sind wir der Ansicht, dass es nie das Ziel der Initiative war, Delinquenz zu bekämpfen. Vielmehr ging es den InitiantInnen darum, die Themen „Migration“ und „Kriminalität“ miteinander zu verschränken, oder gar Migration zu kriminalisieren. Die Ausschaffungsinitiative war respektive ist vorderhand Symbolpolitik. Doch eine mit schwerwiegenden Konsequenzen für die gesamte Gesellschaft.

Die Annahme der Ausschaffungsinitiative war ein Schock - eine heftige Ohrfeige ins Gesicht aller hier lebenden Migrantinnen und Migranten.

Die meisten von ihnen leben und arbeiten bereits seit Jahren, Jahrzehnten oder gar ein ganzes Leben in der Schweiz. Sie tragen zum Wohlstand und zum Funktionieren dieses Staates bei und verstehen sich als Teil der Gesellschaft. Wenn nun aber eine Vielzahl an Möglichkeiten und eine Vielzahl an Rechten nur denjenigen Gesellschaftsmitgliedern zustehen, die den roten Pass besitzen, so bleiben denjenigen Gesellschaftsmitgliedern, die keinen solchen besitzen, grundlegende Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens verschlossen. Heute betrifft dies rund einen Viertel der Schweizer Bevölkerung.

Wir halten dies für eine höchst realitätsfremde und auch gefährliche Entwicklung.

Die beiden in Vernehmlassung geschickten Varianten zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative fundieren auf eben dieser Politik der diskriminierenden Ungleichbehandlung. Die von den InitiantInnen bevorzugte Variante 2 widersetzt sich gar gleich mehreren verfassungsrechtlich und völkerrechtlich festgelegten Grundsätzen. Auch die vom Bundesrat präferierte Variante 1 schränkt in der Verfassung festgehaltene Grundsätze wie die Verhältnismässigkeit massiv ein und verpflichtet die Justiz nur scheinbar dazu, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte eingehalten werden.

Deshalb lehnt das FIMM Schweiz beide der vorliegenden Varianten ab. Es folgt die detailliertere Begründung, bei der wir uns zu einem grossen Teil auf die Einschätzungen von Solidarité sans frontières stützen.

## 2. Verhältnismässigkeit wird ausgehebelt: Die 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.

Dabei soll es auch um geringfügige Strafen gehen können - 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. Gerichten und Staatsanwaltschaften bleibt somit 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-Reoulement 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.

## 2. Verhältnismässigkeit nicht garantiert, Menschenrechte gelten als Ausnahme, zusätzliche Legalisierung bei Nicht-Vollziehbarkeit der Landesverweisung: Die Variante 1

Im Unterschied zur Variante 2 erhebt der Bundesrat mit der von ihm favorisierten Variante 1 den Anspruch, die menschen- und völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip berücksichtigt zu haben. Der Deliktkatalog kommt moderater daher als in Variante 2 (bspw. nur die schwere und nicht die einfache Körperverletzung), und Art. 66a neu Abs. 3 scheint eine Mindeststrafe vorzuschreiben. Zudem verspricht er, dass ein Gericht von einer Landesverweisung absehen könne, wenn diese für den Betroffenen unzumutbar sei.

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:

1. Die Mindeststrafe in Art. 66a neu Abs. 3 soll bei einem halben Jahr Freiheitsentzug bzw. 180 Tagessätzen Geldstrafe und damit noch einmal um die Hälfte tiefer liegen als jene «Schallgrenze», die das Bundesgericht 2009 festgesetzt hatte (BGE 135 II 377 v. 25.9.2009). 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.»

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.

Es ist folglich zu befürchten, dass es sich bei der hier vorgeschlagenen Regelung - ähnlich wie bei der Variante 2 - um einen Automatismus handelt, 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.

2. Art. 66a neu Abs. 2 erlaubt 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.

3. Die Frage des Non-Refoulement soll auch nach Variante 1 von den Vollzugsbehörden, sprich von der Fremdenpolizei, 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.

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 liegen.



FORUM FÜR DIE INTEGRATION DER MIGRANTINNEN UND MIGRANTEN  
FORUM POUR L'INTEGRATION DES MIGRANTES ET DES MIGRANTS  
FORUM PER L'INTEGRAZIONE DELLE MIGRANTI E DEI MIGRANTI

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.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Emine Sariaslan  
Präsidentin des FIMM Schweiz  
Bern, 30. September 2012



FORUM FÜR DIE INTEGRATION DER MIGRANTINNEN UND MIGRANTEN  
FORUM POUR L'INTEGRATION DES MIGRANTES ET DES MIGRANTS  
FORUM PER L'INTEGRAZIONE DELLE MIGRANTI E DEI MIGRANTI

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit pénal  
Madame Simonetta Sommaruga  
Bundesrain 20  
3003 Bern

## Réponse à la consultation

du Forum pour l'intégration des Migrantes et des Migrants - FIMM Suisse

sur la modification du code pénal suisse et du Code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3-6 Cst sur le renvoi des étrangères et étrangers criminels)

Fin du délai de consultation: 30 septembre 2012



Mesdames, Messieurs,

En tant qu'organisation faîtière des associations de migrantes et migrants et que partenaire reconnu dans le domaine de l'intégration, le FIMM Suisse défend les intérêts des migrantes et migrants vivant en Suisse. Organisation indépendante de tout parti politique et confessionnellement neutre, le FIMM Suisse s'engage en faveur de l'égalité des chances de toutes les personnes vivant en Suisse - et donc de la réussite de la cohabitation entre tous les groupes qui composent la société.

Dans cette fonction, le FIMM Suisse prend position dans le présent document sur les modifications de loi mentionnées ci-dessus.

## 1. Remarques préliminaires

Avec d'autres organisations de migrantes et migrants et d'organisations de défense des droits humains, le FIMM Suisse a en 2010 protesté avec véhémence contre l'**«initiative pour le renvoi»** et ce que l'on a appelé le **contre-projet**, car l'un et l'autre de ces projets violent le principe de l'interdiction de discrimination - l'initiative voulait même invalider les traités internationaux.

Aujourd'hui tout comme alors, nous sommes d'avis qu'un droit pénal d'exception contre certains groupes sociaux n'a pas sa place dans un État de droit. Les modifications de la Constitution et du droit pénal réclamées par l'initiative et par le contre-projet visent au contraire à mettre en place une justice à trois vitesses au détriment des migrant-e-s et réfugié-e-s, sous la devise: d'abord les suisses avant les étrangers, les européens avant les non-européens.

Aujourd'hui comme alors, nous sommes d'avis que cette initiative n'a jamais eu pour objectif de combattre la délinquance. En réalité, les initiant-e-s visaient à imbriquer les questions de la «migration» et celle de la «criminalité», voire à criminaliser la migration. L'initiative pour le renvoi relève en premier lieu de la politique du symbole. Mais d'une politique du symbole qui aurait des conséquences désastreuses pour l'ensemble de la société.

L'acceptation de l'initiative pour le renvoi a été un choc - une gifle pour tous les migrant-e-s qui vivent ici.

La plupart d'entre eux vivent et travaillent depuis déjà des années, des décennies, voire depuis une vie entière en Suisse. Ils contribuent à la richesse et au bon fonctionnement de cet État et se voient comme faisant partie intégrante de la société. Or si un grand nombre de possibilités et un grand nombre de droits ne sont accessibles qu'aux seuls membres de la société titulaires du passeport rouge, les membres de la société qui ne le possèdent pas seront exclus de domaines essentiels de la cohabitation sociale. Ceci concerne aujourd'hui près d'un quart de la population suisse.

Nous considérons ceci comme une évolution à la fois profondément étrangère à la réalité et dangereuse.

Les deux variantes de l'initiative pour le renvoi envoyées en consultation s'appuient justement sur cette politique du traitement inéquitable et discriminant. La variante 2 privilégiée par les initiant-e-s va jusqu'à s'opposer à plusieurs principes ancrés dans la Constitution et dans le droit international. Et même la variante 1, qui a la préférence du Conseil fédéral, limite gravement certains principes posés par la Constitution, comme la proportionnalité, et ne fait que prétendre obliger la Justice à veiller au respect des droits fondamentaux.



C'est pourquoi le FIMM Suisse refuse l'une et l'autre des deux variantes proposées. Vous trouverez ci-après une justification détaillée, pour laquelle nous nous appuyons largement sur les considérations de Solidarité sans frontières.

## 2. La proportionnalité est abrogée: la variante 2

Dans cette variante, la question de la proportionnalité ne joue plus aucun rôle du tout. Le tribunal pénal compétent ou le ministère public doivent prononcer une mesure d'expulsion du territoire «quel que soit le montant de la peine» pour une des infractions mentionnées dans le catalogue du nouvel art. 73a.

Il peut s'agir de peines légères - le catalogue de délits de l'art. 73a nouveau n'opère aucune différenciation. Il contient des délits qui se soldent bien souvent par des peines avec sursis (p. ex. les lésions corporelles), pour lesquelles le tribunal peut dans les autres cas expressément alléger la peine (art. 19 LStup) ou qui devront être réintroduites dans le seul but de cette loi, comme l'escroquerie aux assurances sociales (art. 151a nouveau), qui dans les cas peu graves peut être punie d'une simple amende.

Ceci génère une absurdité consistant à ce qu'un tribunal prononce une peine avec sursis, une peine pécuniaire, voire une simple amende comme peine principale, ce qu'il peut faire s'il s'agit d'une faute légère, d'un dommage léger, d'intérêts publics limités quant à la sanction et, si le délinquant a un pronostic favorable, mais que ce même tribunal devra de l'autre côté toujours prononcer une peine supplémentaire ferme sous forme d'expulsion du territoire. Les tribunaux et ministères publics n'auront ainsi plus à décider que de la durée de l'interdiction d'entrer sur le territoire - et même celle-ci est limitée dans les cas à e de l'art. 73a nouveau.

Mais tous les autres critères de fixation de la peine qui dans les autres cas sont pertinents dans le cadre d'une procédure pénale sont invalidés compte tenu de la peine supplémentaire spécifiquement infligée aux étrangers, à savoir l'expulsion du territoire: que l'on ait affaire à une première condamnation, des dommages limités, un bon pronostic quant au comportement ultérieur du délinquant et de ses conditions de vie, etc.

La variante 2 ne se contente pas de stipuler explicitement (art 73d nouveau), qu'hormis le non-refoulement, tous les droits humains déterminés par le droit international doivent être invalidés s'il s'agit de l'expulsion d'un délinquant. Elle contient en outre l'idée implicite selon laquelle même les droits fondamentaux et humains inscrits dans la Constitution fédérale perdent leur validité. Au lieu du texte de la Constitution actuellement en vigueur, seul sera donc applicable dans des cas concrets l'article introduit par l'initiative pour le renvoi. Il va de soi qu'une telle conception est inacceptable.

## 2. Proportionnalité non garantie, droits humains considérés comme une exception, renforcement de l'illégislation et expulsion non executable: la variante 1

À la différence de la variante 2, le Conseil fédéral prétend, en préconisant la variante 1, avoir tenu compte des obligations du pays en matière de droits humains et de droit international, mais aussi du principe de proportionnalité. Le catalogue des délits y est donc plus modéré que pour la variante 2 (p. ex. seules les lésions corporelles graves et non

les simples lésions corporelles sont prises en compte), et l'art. 66a nouveau al. 3 semble imposer une peine minimale. Il promet par ailleurs qu'un tribunal pourrait renoncer à prononcer une expulsion du territoire si celle-ci était intolérable pour la personne concernée.

Ces dispositions réglementaires apparemment plus acceptables sur le plan des droits humains et plus proportionnelles ne résistent cependant pas à un examen minutieux. Au lieu de l'examen du cas individuel avec prise en compte de la proportionnalité, comme cela avait été promis, la variante 1 produit un automatisme caché pour l'expulsion du territoire. Les droits humains des personnes concernées deviennent une simple exception:

1. La peine minimale prévue par l'art. 66a nouveau al. 3 doit être une peine punie de six mois de privation de liberté ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende et est donc inférieure de moitié au «mur du son» défini par le Conseil fédéral en 2009 (ATF 135 II 377 du 25/9/2009). Le rapport explicatif (p. 24) précise à ce sujet: «Pour les peines de plus de six mois, l'ordonnance d'expulsion du territoire doit être la règle. La loi suppose ainsi qu'une expulsion du territoire pour une peine de plus de six mois est proportionnelle.»

Pratiquement, une telle supposition légale exclut que le tribunal entreprenne d'examiner effectivement la proportionnalité d'une expulsion du territoire. Le rapport explicatif constate également p. 34 que «sans examen du cas individuel, on part du principe que l'expulsion du territoire correspond aux intérêts publics, est nécessaire et adaptée». Le règlement prévu ici prive ainsi le principe de proportionnalité de la Constitution fédérale de tout son sens.

On peut donc redouter que le règlement proposé ici - de façon similaire à la variante 2 - prévoie un automatisme, auquel, comme cela est explicitement dit dans l'al. 3, il ne pourra être renoncé «qu'à titre exceptionnel», si le tribunal juge supérieurs les droits humains stipulés par la CEDH, le pacte II de l'ONU ou la Convention relative aux droits de l'enfant.

2. L'art. 66a nouveau al. 2 autorise en outre la possibilité d'une expulsion du territoire en cas de condamnation inférieure à la prétendue peine minimale de six mois de privation de liberté, 180 jours-amende ou 720 heures de travail d'intérêt général. La formulation selon laquelle le tribunal peut «uniquement» expulser un étranger du territoire si les intérêts publics à l'expulsion l'emportent sur les intérêts privés de la personne concernée ne constitue pas une restriction, mais est au contraire un blanc-seing pour l'ordonnance d'une expulsion du territoire en cas d'infractions de toute évidence mineures. Dans ce genre de cas, il devient absolument impossible de comprendre en quoi consiste les intérêts publics.

La variante 1 ne peut donc qu'être fondamentalement refusée.

3. Selon la variante 1, la question du non-refoulement doit aussi être examinée par les autorités d'exécution, autrement dit par la police des étrangers. L'exécution de l'expulsion du territoire ne doit donc pas être supprimée, mais uniquement repoussée, sachant que les conditions du report seront périodiquement réexaminées. Compte tenu de ce que l'expulsion est ordonnée mais non exécutable, les personnes concernées seront considérées - le cas échéant des années durant - comme coupables d'un séjour irrégulier. La conséquence de ceci serait une marginalisation et une perte de perspectives allant diamétritalement à l'encontre du but avancé, à savoir celui d'empêcher la criminalité.

Il résulte suffisamment clairement de ce qui précède qu'une mise en œuvre de l'initiative pour le renvoi aura pour conséquence de violer (variante 2) ou de réduire au point de les dénaturer (variante 1) le principe de proportionnalité - un principe fondamental de la



FORUM FÜR DIE INTEGRATION DER MIGRANTINNEN UND MIGRANTEN  
FORUM POUR L'INTEGRATION DES MIGRANTES ET DES MIGRANTS  
FORUM PER L'INTEGRAZIONE DELLE MIGRANTI E DEI MIGRANTI

Constitution fédérale - et les obligations relatives aux droits humains auxquelles la Suisse s'est engagée en ratifiant divers traités internationaux.

Ces deux variantes inadaptées font fi des chances offertes par une réglementation relevant du droit pénal et non, comme c'est le cas aujourd'hui, du droit des étrangers.

La réglementation actuelle stipule à ce sujet dans les art. 62 et 63 LEtr, que les polices des étrangers peuvent ordonner une expulsion même si le tribunal pénal a prononcé une sanction relativement légère et que la personne concernée a un pronostic social positif. Une solution relevant du droit pénal serait certes ouvertement discriminatoire, parce que le droit pénal a dans ce cas une sanction tout prête uniquement applicable aux étrangers. Mais contrairement à la réglementation relevant du droit des étrangers, elle comporterait la possibilité que le tribunal n'ait pas uniquement devant les yeux l'adéquation de la peine principale - qu'il s'agisse d'une peine pécuniaire ou d'une peine de privation de liberté -, mais considère également la justification d'une expulsion de territoire au regard du délit, des conditions de vie de la personne accusée et des conséquences probables. Les avantages de la solution relevant du droit pénal n'existent cependant que si le tribunal peut effectivement procéder à un examen du cas individuel et n'est pas contraint, du fait d'un automatisme légal explicite ou caché, d'ordonner une expulsion du territoire.

Nous vous remercions de nous avoir donné la possibilité de prendre position.

Salutations distinguées

Emine Sariaslan  
Présidente du FIMM Suisse

Berne, le 30 septembre 2012

Seminarstrasse 28  
Postfach  
8042 Zürich

Tel 044 360 88 00  
Fax 044 360 88 01  
PC 80-1115-1

[www.heks.ch](http://www.heks.ch)



Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz  
Entraide Protestante Suisse EPER  
Swiss Interchurch Aid  
Ayuda de las Iglesias Protestantes de Suiza

Zürich, 28. September 2012

## **Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3-6 BV)**

HEKS hatte sich für eine Ablehnung sowohl der Volksinitiative 'für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)' als auch des indirekten Gegenentwurfs ausgesprochen. HEKS hält eine Verschärfung des geltenden Rechts für nicht angezeigt und lehnt die Idee einer doppelten Bestrafung von straffällig gewordenen aufenthaltsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern grundsätzlich ab.

Aus Sicht von HEKS wird mit der Verfassungsänderung nicht primär der eigentliche Sinn und Zweck des Strafrechts verfolgt, sondern Migrationspolitik betrieben, um die Ein- und Ausreise von AusländerInnen zu steuern.

HEKS möchte mit seiner Stellungnahme zu einer verfassungs-, völker- und menschenrechtskonformen Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen beitragen und nimmt zu den zwei Varianten wie folgt Stellung:

### **1. Zu Variante 2**

Die Variante 2 sieht die Einführung einer strafrechtlichen Landesverweisung vor. Der Deliktskatalog der Verfassung wird vor allem im Bereich der Gewaltdelikte um leichtere Verbrechen und Vergehen wie zum Beispiel der einfachen Körperverletzung erweitert. Die Gerichte sollen zudem einen Landesverweis immer zwingend aussprechen müssen, unabhängig von der tatsächlich ausgesprochenen Strafe.

Die Variante 2 nimmt Widersprüche zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen und zum Völkerrecht in Kauf. Eine Umsetzung dieser Variante hätte zur Folge, dass für die Gerichte kein Raum mehr bestünde für eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Ausländerinnen und Ausländer müssten auch bei Bagatelldelikten und selbst in Fällen, in denen das Gericht von einer Strafe absieht, ausgewiesen werden. Das Strafmaß und die Schwere der Tat würden nicht beachtet, ebensowenig die persönlichen Umstände der Betroffenen wie etwa die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz oder die Situation im Herkunftsstaat.

Ein solcher Automatismus ist mit internationalen Menschenrechtsverpflichtungen nicht vereinbar und steht im Widerspruch zur Bundesverfassung. HEKS lehnt daher eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen gemäss Variante 2 klar ab.

## 2. Zu Variante 1

Variante 1 missachtet das im Strafrecht geltende Prinzip, demzufolge das Strafmaß auf Grund der Schwere der Tat und der Wiederholungsgefahr festgesetzt wird, sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip – ein zentraler Grundsatz der Bundesverfassung. Konkret sieht die Variante 1 zwei Ausnahmen vom beschriebenen Automatismus der Variante 2 vor: zum einen muss eine Mindeststrafe von sechs Monaten gegeben sein, zum anderen kann von einer Landesverweisung abgesehen werden, wenn diese für die Betroffenen unzumutbar ist. Diesen Umsetzungsvorschlägen steht HEKS kritisch gegenüber. Im Folgenden möchte HEKS zu den grundlegenden Punkten Stellung nehmen und Änderungen vorschlagen.

### 2.1. Art. 66a Abs. 1 StGB (neu)

Vorschlag Bundesrat	Vorschlag HEKS
<p><b>Vorschlag Bundesrat</b></p> <p>Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der in lit. a-d aufgelisteten Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird, <b>für 5 bis 15 Jahre</b> des Landes.</p>	<p><b>Vorschlag HEKS</b></p> <p>Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der in lit. a-d aufgelisteten Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird, des Landes, <b>wenn eine Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Abs. 2 und 3 zum Vollzugszeitpunkt ergibt, dass die Landesverweisung notwendig und zumutbar ist.</b></p>
<p><b>Kommentar HEKS</b></p> <p>Die vorgeschlagene Regelung sieht einen Ausweisungsautomatismus vor bei einer Mindeststrafe von 6 Monaten für Taten des Deliktkatalogs (lit. a-d). Ein solcher Automatismus würde eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips bedeuten. Eine Prüfung der Verhältnismässigkeit beinhaltet, den Zweck eines möglichen Eingriffs mit den zur Verfügung stehenden Mitteln abzuwägen. HEKS sieht dieses Prinzip vorliegend verletzt.</p> <p>Das Strafgesetzbuch sieht für einen Grossteil der im Katalog aufgeführten Delikte eine Mindeststrafe von 6 Monaten vor. Der Vorschlag des Bundesrates hätte somit zur Folge, dass bei diesen Delikten eine Landesverweisung als grundsätzlich verhältnismässig gelten würde. Eine eigentliche Verhältnismässigkeitsprüfung wäre demnach überflüssig. Eine solche Regelung würde den Grundsatz untergraben, wonach staat-</p>	

liches Handeln verhältnismässig sein muss.

Hinzu kommt, dass der Zweck einer Ausweisung - die Sicherheit und Ordnung in der Schweiz - nicht ausschliesslich durch eine Landesverweisung zu erreichen ist, sondern zum Beispiel auch durch Resozialisierungsmassnahmen. Ausserdem ist zum Zeitpunkt der Verurteilung nicht klar, ob zum Vollzugszeitpunkt eine Gefahr für die Sicherheit und Ordnung der Schweiz besteht. Ebenso fehlt eine Interessenabwägung, welche die Interessen der verurteilten Person an einem Verbleib in der Schweiz einbeziehen würde. Der Vorschlag des Bundesrates hätte zur Folge, dass auch Personen, die in der Schweiz aufgewachsen sind oder schon lange hier wohnen (2. und 3. Generation) und integriert sind, oder auch Minderjährige<sup>1</sup> ausgewiesen würden.

Der Verzicht auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung verstiesse nicht nur gegen die Bundesverfassung, sondern auch gegen völkerrechtliche Verträge, namentlich das Freizügigkeitsabkommen (FZA). Dieses verlangt als Voraussetzung für einen Entzug des Aufenthaltsrechts eine vorgängige Verhältnismässigkeitsprüfung. Zudem darf eine solche Massnahme gemäss FZA nur im Fall einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit erfolgen – und zwar zum Vollzugszeitpunkt. Beide Voraussetzungen werden in obiger Bestimmung nicht berücksichtigt. Variante 1 verstösst daher gegen das Freizügigkeitsabkommen. HEKS fordert daher die Aufnahme der beiden genannten Ergänzungen.

Das Einreiseverbot von mindestens 5 Jahren erscheint als zu hoch. Den Gerichten würde keine Möglichkeit gelassen, die Schwere einer Tat zu berücksichtigen und, falls angemessen, eine Landesverweisung von weniger als 5 Jahren auszusprechen. Die Jahresangabe 'von 5 bis 15 Jahre' ist daher zu streichen.

---

<sup>1</sup> Gemäss Jugendstrafgesetz (Art. 25 JStG) können Jugendliche, die nach Vollendung des 15. Altersjahres ein Verbrechen oder ein Vergehen begangen haben, mit Freiheitsentzug bis zu einem Jahr betroffen werden; Jugendliche, die zur Zeit der Tat das 16. Altersjahr vollendet haben, mit Freiheitsentzug bis zu vier Jahren.

## 2.2. Art. 66a Abs. 2 und Abs. 3 StGB (neu)

<p><b>Vorschlag Bundesrat</b></p> <p><sup>2</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von <b>nicht mehr als 6 Monaten</b> Freiheitsstrafe (...), so kann es den Ausländer nur des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen.</p>	<p><b>Vorschlag HEKS</b></p> <p><sup>2</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von <b>nicht mehr als 2 Jahren</b> Freiheitsstrafe (...), so kann es den Ausländer nur des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen.</p>
<p><b>Vorschlag Bundesrat</b></p> <p><sup>3</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von <b>mehr als 6 Monaten</b> Freiheitsstrafe (...), so kann es <b>ausnahmsweise</b> von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, <b>in schwerwiegender Weise verletzt würde</b>.</p>	<p><b>Vorschlag HEKS</b></p> <p><sup>3</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von <b>mehr als 2 Jahren</b> Freiheitsstrafe (...), so ist von einer Landesverweisung abzusehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, <b>verletzt würde</b>.</p>
<p><b>Kommentar HEKS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gemäss dem Grundlagenbericht der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen EKM zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit von 2010 (S. 8) geht das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass die Grundvoraussetzung für die Verfügung einer Wegweisung die Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe sei. Liege eine solche Verurteilung vor, müssten die Migrationsbehörden die Verhältnismässigkeit der Wegweisung prüfen. Dabei seien die Schwere und die Art der Straftat zu berücksichtigen. Die Migrationsbehörden würden heute mehrheitlich die 2-Jahres Faustregel anwenden, d.h. sie prüften bei einem Mindeststrafmass von 24 Monaten, ob die verurteilten Personen wegzuweisen sei.</li> </ul> <p>HEKS ist der Ansicht, dass diese Regel beibehalten werden soll, damit die heutige Praxis der Migrationsämter fortgeführt und den Vorgaben des Bundesgerichts Rechnung getragen werden kann. Bei einem Mindeststrafmass von 6 Monaten als Voraussetzung für eine Wegweisung, wie dies der Bundesrat vorschlägt, wäre</p>	

damit zu rechnen, dass der EGMR entsprechende Urteile aus der Schweiz aufheben würde.

Hinzu kommt, dass das Strafgesetzbuch für einen Grossteil der im Katalog aufgeführten Delikte eine Mindeststrafe von 6 Monaten vorsieht. Der Vorschlag des Bundesrates hätte somit zur Folge, dass bei diesen Delikten eine Landesverweisung als grundsätzlich verhältnismässig gelten würde. Eine eigentliche Verhältnismässigkeitsprüfung wäre demnach überflüssig. Eine solche Regelung würde den Grundsatz untergraben, wonach staatliches Handeln verhältnismässig sein muss.

- Gemäss Abs. 3 in der Version des Bundesrates ist eine Landesverweisung für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar, wenn ihre persönlichen Rechte, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würden.

HEKS ist der Ansicht, dass in Fällen, in denen eine Landesverweisung eine Verletzung der Menschenrechte bewirken würde oder mit einer solchen zu rechnen wäre, von der Landesverweisung abgesehen werden muss. Das Absehen von einer Landesverweisung darf in solchen Fällen nicht lediglich eine Option und schon gar nicht eine Ausnahme sein. In genau diesen Fällen ist die Landesverweisung nicht mit internationalen Menschenrechtsgarantien vereinbar, wie sie etwa in der EMRK oder im Uno-Pakt II statuiert sind.

Um die Zumutbarkeit bzw. Zulässigkeit einer Landesverweisung zu beurteilen, ist eine Einzelfallprüfung notwendig. Gemäss der Rechtsprechung des EGMR sind dabei unter anderem die folgenden Kriterien zu prüfen: Natur und Schwere der Straftat(en), Dauer des Aufenthalts, verstrichene Zeit seit Begehung der Straftat(en) sowie das seitherige Verhalten der Betroffenen, familiäre Situation der Betroffenen (Ehedauer, effektives Familienleben, Kinder und deren Alter), Interesse und Wohl allfälliger Kinder, insbesondere allfällige Schwierigkeiten im Zielstaat, sowie ein Vergleich zwischen Gastland und Zielstaat hinsichtlich der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen.<sup>2</sup> Ein besonderes Gewicht kommt demnach dem Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK sowie den Ansprüchen aus der Kinderrechtskonvention zu. Kommt ein Gericht nach einer solchen Prüfung zum Schluss, dass eine Landesverweisung im genannten Sinn unzumutbar ist, dann muss das Gericht also von einer Landesverweisung absehen.

Beim Vorschlag des Bundesrats handelt es sich um eine 'Kann-Bestimmung'. Das heisst, dass dem Gericht in Fällen von unzumutbaren Landesverweisungen ein Spielraum zugestanden würde und damit Menschenrechtsverletzungen in Kauf genommen würden. Diese wiederum hätten eine Verurteilung der Schweiz durch den EGMR zur Folge. Die 'Kann-Bestimmung' ist deshalb durch eine 'Soll-Bestimmung' zu ersetzen.

Der Zusatz 'ausnahmsweise' im Vorschlag des Bundesrates schränkt die Möglichkeit, von einer Landesverweisung abzusehen, zusätzlich ein. Der Zusatz 'aus-

<sup>2</sup> Zitiert aus dem erläuternden Bericht zur Vernehmlassung, S. 47.

nahmsweise' kann so verstanden werden, dass von der Möglichkeit, bei Unzumutbarkeit von einer Landesverweisung abzusehen, lediglich in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden dürfte. Es würde sich also um Ausnahmefälle handeln innerhalb derjenigen Fälle, welche die Voraussetzung der Unzumutbarkeit erfüllen. Das bedeutet, dass in Fällen, bei denen eine Landesverweisung eine Verletzung der Menschenrechte zur Folge hätte, in der Regel die Landesverweisung anzordnen wäre. Der Begriff 'ausnahmsweise' ist daher zu streichen.

Eine weitere Einschränkung im Vorschlag des Bundesrates bildet der Zusatz 'in schwerwiegender Weise'. Auch dieser Zusatz muss aus Sicht von HEKS gestrichen werden. Werden die Rechte einer Person, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, verletzt, dann ist die Landesverweisung für sie unzumutbar.

HEKS plädiert dafür, dass in Fällen, in denen die Landesverweisung für die betroffene Person und allenfalls deren Familie unzumutbar ist, von einer Landesverweisung abzusehen ist. In Art. 66 Abs. 3 StGB (neu) werden die Voraussetzungen genannt, die eine Ausnahme vom Automatismus der Landesverweisung rechtfertigen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist nach Auffassung von HEKS zwingend von einer Landesverweisung abzusehen.

- Für den Fall, dass entgegen unserer Forderung die Kann-Bestimmung beibehalten und gesetzlich verankert werden sollte, fordert HEKS, dass Kriterien bestimmt und ins Gesetz aufgenommen werden, welche den Gerichten in jedem Fall die Anordnung einer Landesverweisung verbieten. Es soll formuliert werden, in welchen Fällen eine Verletzung der persönlichen Rechte zu schwer wiegen würde und eine Landesverweisung nicht rechtfertigen könnte.
- In jedem Fall fordert HEKS zusätzlich die Institutionalisierung eines Monitoring zum Zweck der Erfassung und Beobachtung der tatsächlich vollstreckten Wegweisungen von straffällig gewordenen aufenthaltsberechtigten Personen. Gemäss Eidgenössischer Kommission für Migrationsfragen EKM<sup>3</sup> erheben die Migrationsämter heute keine Daten zu den vollstreckten Wegweisungen straffälliger Personen.

### 2.3. Art. 369 Abs. 5<sup>bis</sup> StGB (neu)

Vorschlag Bundesrat	Vorschlag HEKS
Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, bleiben bis zum Tod des Betroffenen eingetragen.	Streichen.

<sup>3</sup> Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit 'Wegweisen. Ausschaffen.', 2010.

### Kommentar HEKS

Der Vorschlag des Bundesrates erscheint unverhältnismässig und hat weitreichende Konsequenzen, da die Erteilung einer erneuten Aufenthaltsbewilligung praktisch verunmöglicht würde. Zudem ist er auch aus praktischer Sicht abzulehnen: Es ist davon auszugehen, dass die Behörden normalerweise keine Kenntnis vom Tod der Betroffenen erhalten, wenn dieser im Ausland eintritt.

Seminarstrasse 28

Postfach

8042 Zürich

Tel 044 360 88 00

Fax 044 360 88 01

PC 80-1115-1

[www.heks.ch](http://www.heks.ch)



Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz

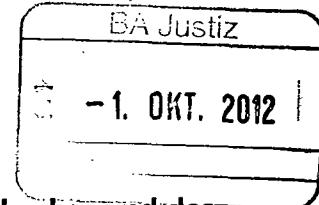
Entraide Protestante Suisse EPER

Swiss Interchurch Aid

Ayuda de las Iglesias Protestantes de Suiza

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Zürich, 28. September 2012



**Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3-6 BV)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung zur Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes. HEKS steht den beiden Vorentwürfen kritisch gegenüber. Die Variante 2 steht deutlich im Widerspruch zu internationalen Menschenrechtsstandards, weshalb HEKS eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen gemäss dieser Variante klar ablehnt.

Auch die Variante 1 verstösst gegen völkerrechtliche Verträge und die Bundesverfassung. Insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip würde im Fall einer Umsetzung gemäss dieser Variante missachtet. HEKS lehnt daher die Variante 1 in der vorgeschlagenen Ausgestaltung ebenfalls ab. HEKS unterbreitet Ihnen aber Änderungsvorschläge, die den vorgesehenen Automatismus der Landesverweisung abschwächen und die persönlichen Rechte der betroffenen Ausländerinnen und Ausländern stärker gewichten.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme zur Kenntnis zu nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

  
Ueli Locher

Direktor

Beilage: HEKS Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes



# Für eine menschenwürdige Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

Vernehmlassungsantwort des  
Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes SEK zur  
Umsetzung der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer»

Bern, 26. September 2012

## 1. Ausgangslage

Die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» wurde mit über 210 000 gültigen Unterschriften 2007 von der Schweizerischen Volkspartei SVP eingereicht. Am 28. November 2010 haben die Stimmberchtigten die Volksinitiative angenommen und den direkten Gegenvorschlag verworfen.

Die Volksinitiative fordert, dass einzelne Straftaten automatisch zum Widerruf der ausländerrechtlichen Bewilligung führen. Die Volksinitiative wurde vom Bundesrat für gültig erklärt. Schon im Vorfeld der Volksabstimmung war klar, dass eine Annahme der Volksinitiative die Verletzung der Bundesverfassung sowie des Völkerrechts zur Folge hat, weil Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der Verhältnismässigkeit verletzt werden. Beispielsweise würde gemäss dem Initiativtext ein Einbruch oder Diebstahl zum Entzug der Aufenthaltsbewilligung führen, nicht jedoch eine mehrjährige Freiheitsstrafe.

Der Kirchenbund lehnte in seiner Stellungnahme im Herbst 2010 die Ausschaffungsinitiative ab:

Die «(...) Ausschaffungskriterien und der Ausschaffungsmechanismus führen zu Widersprüchen mit der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK. Der menschenrechtlich garantie Schutz des Familien- und Privatlebens verlangen eine Einzelfallprüfung im Hinblick auf ihre Wahrung relativ zu den im Gesetz formulierten öffentlichen Interessen.

Die Ausschaffungsinitiative ist aufgrund ihrer generalisierten Bestimmungen mit der geltenden Verfassung und internationalem Recht nicht vereinbar. Die sich widersprechenden Bestimmungen können Klagen beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nach sich ziehen, die eine neuerliche Revision der Bundesverfassung nötig machen würden (vgl. Botschaft Bundesrat, 25.6.2009, 5106ff). Aus menschen- und verfassungsrechtlichen, aber auch aus rechtspragmatischen Gründen lehnt der Rat SEK die Ausschaffungsinitiative ab.» (Position Kirchenbund, Ausschaffungsinitiative und Gegenvorschlag, 15.10.2010, S. 8)

Weiter machte der Kirchenbund in seiner Position deutlich, dass der Rechtsstaat bei der strafrechtlichen Verfolgung und Beschränkung grundlegender Freiheits- und Persönlichkeitsrechte alle Menschen gleich behandeln müsse. Lediglich im Rahmen positiver Anspruchsrechte könne der Gesetzgeber Unterschiede machen. In einer globalisierten Welt komme keine nationale Politik an der Frage vorbei, ob eine rechtlich festgeschriebene Ungleichbehandlung von einheimischen und ausländischen Personen zeitgemäß und zukunftsfähig sei.

Überdies wies der Kirchenbund auf die Negativsicht von Migration hin, die in den Vorschlägen zur Ausschaffung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer vermittelt wird: «Es

ist problematisch, wenn diese negative Wahrnehmung von Migration Eingang in die Bundesverfassung findet.» (ebenda)

Der Kirchenbund urteilte in seiner Stellungnahme auch den Gegenvorschlag kritisch. Er begrüsste jedoch das Bestreben der Bundesversammlung, im Gegenvorschlag das Anliegen der Initianten völkerrechts- und verfassungskonform umzusetzen und die Integration als Verfassungsziel festzuschreiben. Um die Annahme der Volksinitiative zu verhindern, empfahl der Kirchenbund aus pragmatischen Überlegungen den Gegenvorschlag zur Annahme.

Unmittelbar nach der Annahme der Volksinitiative rief der Kirchenbund zusammen mit der Schweizer Bischofskonferenz SBK die Behörden auf, die Initiative menschenrechts- und völkerrechtskonform sowie in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung umzusetzen (Medienmitteilung SEK, SBK, 28.11.2010). Jeder Einzelfall sei sorgfältig zu prüfen. Drohten im Empfängerland Verfolgung, Folter oder andere Menschenrechtsverletzungen dürften keine Ausschaffungen erfolgen. Die Schweiz müsse ein verlässlicher Rechtsstaat bleiben, in dem die Menschenrechte zentraler Referenzrahmen jeglichen staatlichen Handelns sei.

## 2. Umsetzung Volksinitiative

Zur Umsetzung der Volksinitiative auf Gesetzesstufe wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die zwei Varianten vorschlägt. Im Folgenden werden die beiden Varianten skizziert und die Position des Kirchenbundes dargelegt.

### 2.1 Grundzüge der Variante 1

In der Variante 1 wird der Ausweisungautomatismus dahingehend interpretiert, dass «(...) verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bis zu einem gewissen Grad Rechnung (...)» getragen werde (vgl. dazu Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, 14. Mai 2012, S. 16ff). Die Mehrheit der Arbeitsgruppe unterstützte diese Variante.

### 2.2 Grundzüge der Variante 2

Die Variante 2 beinhaltet soweit als möglich einen Ausweisungautomatismus. Die neuen Verfassungsbestimmungen hätten Vorrang gegenüber dem nicht zwingenden Völkerrecht (Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II, Freizügigkeitsabkommen FZA; vgl. dazu Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, 14. Mai 2012, S. 30ff). Damit steht diese

Variante 2 zweifelsohne im Widerspruch mit dem Völkerrecht und rechtsstaatlichen Grundsätzen.

## 2.3 Summarische Bewertung der Varianten und Position Kirchenbund

Im Vergleich zum Zeitpunkt als der Kirchenbund im Vorfeld der Abstimmung sich deutlich gegen die Initiative ausgesprochen hat, hat sich die Ausgangslage geändert. Es geht nicht mehr um die Frage, ob es die Volksinitiative braucht, sondern um deren Umsetzung. Zudem hat die Schweizerische Volkspartei SVP im Sommer 2012 eine Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» lanciert. Sie fordert eine harte Umsetzung der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer».

Aus menschen- und verfassungsrechtlichen, aber auch aus rechtspragmatischen Gründen sind beide Umsetzungsvarianten der Ausschaffungsinitiative abzulehnen. Der Ansatz der Variante 2 steht darüber hinaus eindeutig im Widerspruch mit den erwähnten völkerrechtlichen Verpflichtungen. Der Kirchenbund lehnt deshalb die Variante 2 ab.

### **Völkerrechtskonformität**

Aus pragmatischen Überlegungen befürwortet der Kirchenbund, die Stossrichtung der Variante 1 weiterzuverfolgen. *Die Variante 1 sollte aber dahingehend nachgebessert werden, dass sie vollumfänglich menschen- und völkerrechtskonform ist.* Ebenfalls ist die Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu beachten. *Jeder Einzelfall muss aus Sicht des Kirchenbundes deshalb auch in Zukunft sorgfältig geprüft und das Verhältnismässigkeitsprinzip konsequent eingehalten werden.*

### **Freizügigkeitsabkommen**

Nachbesserungsbedarf der Variante 1 besteht auch bei der Vereinbarkeit mit dem *Freizügigkeitsabkommen FZA*. Aus Sicht des Kirchenbundes ist darauf zu achten, dass die Ausweisung von EU- und EFTA-Angehörigen nur bei schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit geschehen kann. Die Verpflichtungen des FZA sollen auch bei der Umsetzung dieser Volksinitiative eingehalten werden.

### **Verhältnismässigkeit Landesverweisung**

In den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf der Variante 1 zu Art. 66a Abs. 1 des Strafgesetzbuches wird richtigerweise deutlich gemacht, dass die Bemessung der Dauer der Landesverweisung von 5 bis 15 Jahren dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen müsse. Die Betonung der Verhältnismässigkeit ist für den Kirchenbund bei der Festlegung der Dauer der Landesverweisung insofern von zentraler Bedeutung, weil dieser *strafrechtliche Landesverweis* eben Teil der Bestrafung ist und schwerwiegende Folgen im Sinne

einer *doppelten Bestrafung* für die Betroffenen haben kann. Die individuellen Lebensumstände im Herkunftsland sind deshalb beim Entscheid angemessen zu gewichten.

## Voraussetzungen Landesverweisung

In der Variante 1 werden im Strafgesetzbuch Art. 66a (neu) Abs. 2 und im Militärstrafgesetzbuch Art. 49a (neu) die Voraussetzungen für die Landesverweisung konkretisiert. In Abs. 2 wird dargelegt, dass aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips «in der Regel» (Erläuternder Bericht Vernehmlassung, S. 45f) keine Landesverweisung verhängt werde, wenn eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagesätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnützige Arbeit ausgesprochen werde. Weiter wird im erläuternden Bericht ausgeführt, dass voraussichtlich auch viele Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltsrecht von dieser Regelung erfasst würden; die vorgeschlagene Landesverweisung sei «einschneidender als die bestehenden Massnahmen des Ausländergesetzes».

Der Kirchenbund lehnt diese neue Regelung ab, wenn sie für Sans-Papiers, die ausser des irregulären Aufenthalts nicht mit dem Gesetz in Konflikt gekommen sind, anstelle des Ausländergesetzes AuG Anwendung findet. Sie führt zu einer strengeren Praxis gegenüber Sans-Papiers – eine Zielgruppe, die nicht im Fokus der Initiantinnen und Initianten der Volksinitiative stand. Der Vorschlag führt deshalb über das Anliegen der Volksinitiative hinaus.

## Mindeststrafgrenze

In der Variante 1 werden im Strafgesetzbuch Art. 66a (neu) Abs. 3 und im Militärstrafgesetzbuch Art. 49a (neu) Abs. 3 die Voraussetzungen für die Landesverweisung konkretisiert: In der Regel soll gemäss des Gesetzesentwurfs bei Strafen von mehr als 6 Monaten oder 180 Tagessätzen Geldstrafe bei einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat eine Landesverweisung angeordnet werden. Der Kirchenbund plädiert dafür, dass diese Mindeststrafe, die zu einer Ausweisung führt, heraufgesetzt wird. *Erstens* ist im angenommenen Initiativtext kein Strafmaß festgeschrieben. Der Gegenvorschlag, welcher in der Volksabstimmung scheiterte, schlug *zweitens* markant höhere Strafmasse vor, die zu einer Ausweisung geführt hätten (Ausweisung bei 18-monatiger Freiheitsstrafe, resp. bei 2-jähriger additiver Freiheitsstrafe oder additiv von mindestens 720 Tagessätzen innerhalb von 10 Jahren). Dieser Sachverhalt spricht dafür, die Mindeststrafgrenze anzuheben.

Autor: Simon Röthlisberger

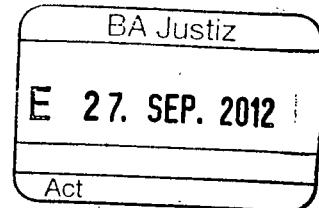
© Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund SEK

Bern, 26. September 2012

[info@sek.ch](mailto:info@sek.ch)

[www.sek.ch](http://www.sek.ch)

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Herr Peter Häfliiger  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Bern, 26. September 2012 /SR/ML  
Register N : 841.1

## **Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes SEK zur Umsetzung der Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer“**

Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Einladung zur Vernehmlassung über die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer danken wir Ihnen. Der Schweizerische Evangelische Kirchenbund SEK hat sich in der Vergangenheit kontinuierlich zu diesem Thema geäussert.

Wir bitten Sie, die vom SEK vorgeschlagenen Änderungen und Anmerkungen in die weitere Bearbeitung aufzunehmen.

Für Rückfragen steht Ihnen der Beauftragte für Migration, Simon Röthlisberger (Tel. 031 370 25 53, simon.roethlisberger@sek.ch) gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

PD Dr. Christina Tuor  
Leiterin des Instituts für Theologie und Ethik

Simon Röthlisberger  
Beauftragter für Migration

Beilage:

- Vernehmlassungsantwort des SEK



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern, 11. September 2012

**STELLUNGNAHME VON AMNESTY INTERNATIONAL, SCHWEIZER SEKTION BETREFFEND UMSETZUNG VON ART. 121 ABS. 3-6 BV ÜBER DIE AUSSCHAFFUNG KRIMINELLER AUSLÄNDERINNEN UND AUSLÄNDER**

Sehr geehrte Damen und Herren

Gestützt auf Ihre Einladung zur Vernehmlassung nimmt Amnesty International, Schweizer Sektion zu den beiden Vorentwürfen (Variante 1 und Variante 2) betr. Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes wie folgt Stellung:

**I      Allgemeines**

**Amnesty International, Schweizer Sektion (AI), lehnt beide Varianten zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes entschieden ab.** Variante 2 ist völkerrechtswidrig und verstösst gegen grundlegende Prinzipien der Bundesverfassung (insb. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit) sowie gegen internationale Abkommen (namentlich die EMRK, den Uno-Pakt II, die Kinderrechtskonvention und das Freizügigkeitsabkommen). Demzufolge ist Variante 2 insbesondere aufgrund der darin enthaltenen zahlreichen und überaus schwerwiegenden Verstösse gegen Menschenrechtspakte für AI in keiner Weise zu tolerieren und somit ausdrücklich und umfassend abzulehnen. Auch Variante 1 (favorisierte Variante des Bundesrates) weist bedeutende Mängel in Bezug auf die Einhaltung des Völkerrechts und des Verhältnismässigkeitsprinzips auf und ist folglich ebenso abzulehnen.

## **II Zu den einzelnen Teilbereichen der Umsetzung von Variante 2 und 1**

### **1 Variante 2**

AI lehnt Variante 2 **volumfänglich ab** und begründet diese Position mit der Kommentierung einzelner besonders gravierender Aspekte. Mit Variante 2 soll so weit als möglich ein Ausweisungsautomatismus hergestellt werden. Dabei werden Widersprüche zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen und zum Völkerrecht in Kauf genommen, was AI als inakzeptabel erachtet. Es besteht insbesondere kein Raum für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des nicht zwingenden Völkerrechts.

#### **1.1 Verstösse gegen das internationale Recht: EMRK und UNO-Pakt II**

Materiellrechtlich gesehen kann in einem konkreten Fall eine Ausweisung im Widerspruch zu Art. 8 EMRK stehen, welcher neben dem Recht auf Achtung des Privatlebens insbesondere auch das Recht auf ein Zusammenbleiben der Familie schützt. Durch die Ausweisung eines Familienmitglieds wird nämlich die Fortsetzung des Familienlebens im ausweisenden Staat unmöglich, kann aber unter Umständen auch im Zielstaat unmöglich sein oder eine unverhältnismässige Härte für in der Schweiz sozialisierte schulpflichtige Kinder oder die mit dem Herkunftsland überhaupt nicht vertraute Ehefrau darstellen; umgekehrt kann auch die Verweigerung der Einreise eines Familienmitgliedes oder die unmöglich Ausreise eines Familienmitglieds (beispielsweise aus gesundheitlichen Gründen) die (Wieder-)Herstellung der räumlichen Familieneinheit verhindern. In beiden Konstellationen ist das von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Familienleben betroffen, was insbesondere dann problematisch erscheint, wenn ein enger Bezug der Familienmitglieder zum ausweisenden Staat besteht.

Artikel 13 UNO-Pakt II gewährt dieselben Verfahrensgarantien wie Artikel 1 ZP Nr. 7 zur EMRK. Konkrete materielle Schranken ergeben sich im vorliegenden Kontext insbesondere aus Artikel 17 UNO-Pakt II, welcher den willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriff in das Familienleben verbietet und ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung der entscheidenden Behörden verlangt<sup>1</sup>.

Verletzt ist ferner Art. 12 Absatz 4 UNO-Pakt II: Danach darf niemandem „willkürlich das Recht entzogen werden, in sein eigenes Land einzureisen“. Im Fall *Stewart v. Kanada* stellte der Ausschuss fest, dass der Begriff „sein eigenes Land“ weiter gefasst sei als der Begriff „Heimatstaat“. Die Bestimmung könne auch Ausländer gegen Ausweisungen schützen, welche ihr Leben seit früher Jugend im betreffenden Land verbracht und zum Land ihrer Staatsangehörigkeit kaum Beziehungen haben, falls sie keine Gelegenheit hatten, Bürger des Aufenthaltsstaates zu werden. Unzulässig ist nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II jedoch lediglich der „willkürliche“ Entzug des Rechts auf Einreise. Dies erfordert einerseits die Abstützung eines Entscheids auf eine generell-abstrakte Rechtsnorm und andererseits eine umfassende und gebührende Würdigung der entsprechenden Umstände im Einzelfall, welche Variante 2 nicht gewährt.

Eine generelle, automatische Ausweisungspflicht ohne Möglichkeit einer individuellen Prüfung der Rechtmässigkeit sowie der Verhältnismässigkeit eines Entscheids ist somit unter dem Gesichtspunkt von Art. 1 ZP Nr. 7 zur EMRK, Art. 8 EMRK sowie den Art. 12 Absatz 4, 13 und 17 UNO-Pakt II unzulässig und kann im konkreten Einzelfall zu einer Verletzung der entsprechenden materiellen Rechte der Betroffenen führen. Demzufolge werden im Bereich des nicht zwingenden Völkerrechts die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien bei der Anordnung der Landesverweisung nicht berücksichtigt. Diese Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen lehnt AI im Grundsatz ab.

---

<sup>1</sup> MRA, *Winata v. Australia* 930/2000, Ziff. 7.2 f.

## 1.2 Verstösse gegen das internationale Recht: KRK

Die Ausweisung der betroffenen Person bedeutet im Einzelfall auch den Entzug sämtlicher, mit dem Aufenthaltsstatus der ausgewiesenen Person verbundenen Aufenthaltsrechte der Familienmitglieder. Ein solcher Verlust erachtet AI insbesondere für Kinder und Jugendliche in Ausbildung als problematisch. Die Ausweisung der betroffenen Person bedeutet auch eine Verletzung des Familienlebens, insbesondere dasjenige der Kinder. Damit verstösst die Norm nicht nur gegen die Menschenrechte der direkt betroffenen Person, sondern auch gegen die Menschenrechte sämtlicher indirekt betroffenen Personen, insbesondere gegen die Rechte der Kinder.

Die KRK hält in Art. 3 als Grundsatz fest, dass bei allen Massnahmen die das Kind betreffen, gleichwohl ob sie von privaten oder öffentlichen Behörden, Gesetzesorganen etc. getroffen werden, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Dies gilt sowohl für die Situation, in welcher ein Kind sich selber strafrechtlich verantwortlich gemacht hat und deshalb auszuweisen wäre, als auch für den Fall, dass die Eltern beziehungsweise die Erziehungsberechtigten des Kindes von der Ausweisungsverpflichtung betroffen wären. AI kritisiert, dass eine automatische Ausweisungspflicht im Einzelfall verhindert, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist.

Im Übrigen hat ein Kind, dessen Eltern ihren Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, aufgrund von Art. 10 Abs. 2 KRK das Recht, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen. Diese Bestimmung muss im Fall einer Ausweisung des Kindes oder eines Elternteils Beachtung finden, was je nachdem, in welches Land ein Kind oder dessen Eltern auszuweisen wären, zu Problemen führt.

Schliesslich bestimmt Art. 40 KRK, dass ein Kind, welches eine Straftat begangen hat, so zu behandeln ist, dass sein Gefühl für die eigene Würde und den eigenen Wert, seine soziale Wiedereingliederung und die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft gefördert werden. Die Sicherstellung der sozialen Wiedereingliederung in der Gesellschaft ist bei einer automatischen Ausweisung schwierig zu erreichen.

Aus diesen Gründen lehnt AI die automatische Ausweisung gemäss Variante 2, bei welcher nicht im Einzelfall geprüft werden kann, ob die Rechte des Kindes gewahrt sind, entschieden ab.

## 1.3 Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips

Nach Art. 73a Abs. 1 VE-StGB erfolgt die Ausweisung von Ausländern unabhängig von der Höhe der Strafe. Diese Norm führt zu einem Ausweisungsautomatismus und verletzt damit insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip. Der geforderte zwingende Verlust des Aufenthaltsrechts und aller Rechtsansprüche (Art. 73a Abs. 2 VE-StGB) führt dazu, dass die Prüfung der Verhältnismässigkeit behördlicher Massnahmen nicht stattfindet. Diese Norm ist als höchst problematisch einzustufen.

Art. 73a Abs. 1 VE-StGB führt dazu, dass auch Personen, die zwar verurteilt worden sind, bei welchen das Gericht aber von einer Strafe abgesehen hat, ausgewiesen werden. Die Entkoppelung von Strafmass und Ausweisung einer Person ist als schwerwiegender Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip abzulehnen. Die Ausweisung von Personen, gegen die das Gericht keine oder nur eine geringe Strafe ausgesprochen haben, steht in keinem Verhältnis zu den Handlungen der Person oder der vom Gericht ausgesprochenen Strafe.

Als **besonders problematisch** ist Art. 73a Abs. 1 lit. j VE-StGB in Verbindung mit Art. 115 AuG (Rechtswidriger Aufenthalt) einzustufen. Diese Regelung bedeutet die **faktische Abschaffung** der bisherigen sog. Härtefallregelung. Diese „versteckte“ Verschärfung verstösst in hohem Masse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Nach Art. 73a Abs. 1 lit. b VE-StGB führen auch die als weniger schwer einzuordnenden Gewaltdelikte (wie die einfache Körperverletzung) im Fall einer Verurteilung zur Ausweisung. Dies führt dazu, dass auch geringfügige Verstöße gegen das StGB (Bsp. Verkehrsunfall) zu einer Ausweisung führen, was AI aus Gründen der Verhältnismässigkeit ablehnt. Als schwerwiegend unverhältnismässig ist zudem der Ausweisungautomatismus bei Notwehr- oder Notstandssituationen, wie auch bei bedingt ausgesprochenen Strafen einzustufen.

Nach Art. 73a Abs. 1 lit. e VE-StGB sind Zuwiderhandlungen gegen Art. 19 des BetMG mit der Ausweisung zu bestrafen. AI kritisiert, dass damit in unverhältnismässiger Weise auch Bagateldelikte gegen das BetMG zur zwingenden Ausweisung führen.

Nach Art. 73a Abs. 1 lit. k VE-StGB führt der missbräuchliche Bezug von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen zu einer zwingenden Landesverweisung. AI lehnt die Bestrafung des missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen mit der zwingenden Ausweisung aus Gründen der Verhältnismässigkeit ab.

Die bedingungslose Ausweisung einer Person ohne Möglichkeiten zur Überprüfung der persönlichen, als auch der familiären Lage sowie der politischen Lage in dessen Herkunftsgebiet ist insbesondere auch dann als unverhältnismässig einzustufen, wenn der Gesundheitszustand der Person kritisch und die gesundheitliche Versorgung nach der Ausweisung nicht gewährleistet ist.

#### **1.4 Weitere Kritikpunkte zu Variante 2:**

- Macht die betroffene Person geltend, dass die Ausschaffung gegen das Non-Refoulement-Gebot verstösst (Art. 25 Abs. 2 und 3 BV), kann die kantonale Vollzugsbehörde die Landesverweisung vorübergehend aufschieben (Art. 73c Abs. 2 VE-StGB). Dabei kritisiert AI, dass weitere Vollzugshindernisse nicht geprüft werden können. Eine Unterbrechung oder eine spätere Aufhebung der Landesverweisung werden nicht in Betracht gezogen, was AI ebenfalls bemängelt. Variante 2 lässt unter anderem offen, ob eine Person, deren Landesverweisung aufgrund des Non-Refoulement-Gebots nicht vollzogen werden kann, gestützt auf Artikel 83 AuG vorläufig aufgenommen werden darf oder nicht.
- Gemäss Art. 73b VE-StGB ist die ausgewiesene Person mit einem Einreiseverbot für die Dauer von 5 bis 15 Jahren zu belegen. Diese Dauer ist eine bedeutende Verschärfung gegenüber den bisherigen Möglichkeiten nach Art. 67 AuG unter bestimmten Voraussetzungen ein Einreiseverbot zu verfügen. Nach geltendem Recht werden nämlich in der Regel Einreiseverbote für eine Dauer von höchstens 5 Jahren verfügt. Für die massive Verschärfung des Einreiseverbots sind keine Gründe erkennbar. Diese ist folglich abzulehnen.
- Nach Art. 73c Abs. 4 VE-StGB entscheidet die kantonale Vollzugsbehörde innerhalb von 30 Tagen über Rekurse gegen die Ausweisung. Der Entscheid kann lediglich an das zuständige kantonale Gericht weitergezogen werden, welches endgültig entscheidet. Somit steht der betroffenen Person kein Rechtsmittel an das Bundesgericht offen, was eine bedeutende Einschränkung des rechtlichen Schutzes bedeutet. Angeichts der Härte der Strafe und deren Bedeutung für die betroffene Person und deren Angehörige ist nicht ersichtlich, welche Gründe eine solche Einschränkung der Rechtsmittel rechtfertigen.
- Gemäss Art. 73d VE-StGB gehen Art. 73a-73c VE-StGB nicht zwingendem Völkerrecht vor. AI lehnt diese Interpretation des Verhältnisses zwischen Landes- und Völkerrecht entschieden ab und setzt sich dafür ein, dass das Landesrecht sämtliche internationalen Menschenrechtsnormen beachten muss. Diesbezügliche Einschränkungen sind nur auf der Grundlage der nach internationalem Recht anerkannten Rechtfertigungsgründe zulässig.

- Der neue Straftatbestand von Art. 151a VE-StGB erscheint angesichts der bestehenden Strafnorm von Art. 146 StGB (Betrug) als überflüssig. Gründe für eine explizite Aufnahme eines „Sozialmissbrauch-Straftatbestands“ sind nicht ersichtlich.
- Nach Ansicht des EuGH steht das Freizügigkeitsrecht nationalen Bestimmungen entgegen, die von der Annahme ausgehen, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten auszuweisen sind, die wegen bestimmter Delikte zu einer bestimmten Strafe verurteilt worden sind.<sup>2</sup> Im Ergebnis verbietet das Freizügigkeitsabkommen die automatische Ausweisung und den Erlass von Einreiseverboten bei freizügigkeitsberechtigten Ausländern, die bestimmte Straftaten verübt haben. Nur eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall, insbesondere unter Berücksichtigung der familiären Umstände, entspricht den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens. Die Variante 2 ist somit mit dem FZA ebenfalls nicht vereinbar.

## 2 Variante 1

**AI lehnt auch Variante 1 im Grundsatz ab.** Auch Variante 1 kann die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nicht garantieren (obwohl sie im Gegensatz zur als höchst problematisch einzustufenden Variante 2 den Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bis zu einem gewissen Grad (aber dennoch nicht vollumfänglich) Rechnung trägt). Nachfolgend begründet AI die Ablehnung von Variante 1 mit der Kommentierung der bedeutendsten Verstöße gegen das internationale Recht und das Verhältnismässigkeitsprinzip.

### 2.1 Kritikpunkte

#### 2.1.1 Kritik betr. Verletzung Verhältnismässigkeitsprinzip

Gemäss Variante 1 sollen neben dem Non-Refoulement-Gebot (Art. 66d VE-StGB) als Vollzugshindernis namentlich auch das Recht auf Privat- und Familienleben nach Artikel 8 EMRK und Artikel 17 UNO-Pakt II sowie die Garantien der Kinderrechtskonvention (Art. 3 KRK, Art. 9 KRK, Art. 10 Abs. 2 KRK) beachtet werden. Die Landesverweisung darf gemäss Art. 66a Abs. 3 VE-StGB nicht „unzumutbar“ sein, d.h. die Verurteilten dürfen nicht in ihren persönlichen Rechten, welche durch oben erwähnte internationale Menschenrechtsgarantien geschützt sind, in schwerwiegender Weise verletzt werden. Somit wird der Ausweisungsautomatismus durch die (eingeschränkte) Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (i.e.S.) und durch die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien begrenzt, was eigentlich positiv zu werten wäre. Jedoch wird mit Blick auf den angestrebten Ausweisungsautomatismus in Kauf genommen, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Völkerrecht nicht vollumfänglich Rechnung getragen wird, was AI im Speziellen kritisiert. So wird in Bezug auf das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Regel ohne Einzelfallprüfung davon ausgegangen, dass die Landesverweisung im öffentlichen Interesse, notwendig und geeignet ist. Dies lehnt AI entschieden ab.

Im Massnahmenrecht gilt gemäss Art. 56 ff., insb. Art. 56 Abs. 2 StGB der Grundsatz, wonach der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein darf. Die Landesverweisung wird zwar in den meisten Fällen geeignet sein, das anvisierte Ziel zu erreichen, d.h. Ausländer an der weiteren Begehung von Straftaten in der Schweiz zu hindern. Probleme stellen sich hierbei jedoch bei der Notwendigkeit der Massnahme. In bestimmten Fällen kann eine weniger einschneidende Massnahme (z.B. eine ambulante Massnahme oder ein Berufsverbot) das genannte öffentliche Interesse ebenso erfüllen. Die Landesverweisung wird insbesondere bei bestimmten Tätern mit einer günstigen Zukunftsprognose nicht notwendig sein. Diesem Aspekt kann

---

<sup>2</sup> Urteil des EuGH vom 7. Juni 2007, Rs. C-50/06, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2007, I-4383, Rn. 44.

das Gericht bei der Festlegung der Dauer der Landesverweisung jedoch nur unzureichend Rechnung tragen. AI kritisiert diesen Umstand.

Die Regelung betr. Wiederholungsfall gemäss Art. 66b VE-StGB führt dazu, dass Ausländer unabhängig von der Höhe der im Einzelfall verhängten Strafe des Landes verwiesen werden können, was AI aufgrund der Tangierung des Verhältnismässigkeitsprinzips ablehnt.

Schliesslich wird die Landesverweisung bei geringfügigen Straftaten (aufgrund der abstrakten Strafdrohung und/oder der im Einzelfall ausgefällten Strafe) nicht verhältnismässig i.e.S. sein. Durch die abstrakte Schwere der Taten des Deliktkatalogs und mit der vorgesehenen Mindeststrafe von 6 Monaten soll verhindert werden, dass Bagatelldelikte zu einer zwingenden Landesverweisung führen, wodurch das Verhältnismässigkeitsprinzip bis zu einem gewissen Grad gewahrt werden kann, was AI grundsätzlich begrüßt. Trotzdem kritisiert AI die nicht vollumfassende Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) in Variante 1.

### **2.1.2 Weitere Kritikpunkte zu Variante 1:**

- Gemäss Artikel 83 AuG müssen Personen, die von einer Weg- oder Ausweisung betroffen sind, grundsätzlich vorläufig aufgenommen werden, falls der Vollzug wegen Unmöglichkeit, Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit nicht realisiert werden kann. Vorläufig Aufgenommene verfügen über einen Aufenthaltsstatus, der ihnen gewisse Rechte einräumt (siehe Art. 85 f. AuG). Variante 1 sieht demgegenüber keine vorläufige Aufnahme vor, auch wenn technische Gründe oder das Non-Refoulement-Gebot dem Vollzug entgegenstehen. Der Verfassungstext verlangt, dass von der Landesverweisung betroffene Personen jegliche Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren. Die vorläufige Aufnahme gibt dem Betroffenen zwar kein Recht auf Aufenthalt; sie stellt lediglich eine Ersatzmassnahme für die Zeit dar, in der eine Weg- oder Ausweisung nicht vollzogen werden kann. Sie räumt dem Betroffenen jedoch Rechtsansprüche ein (wie z.B. das Recht auf Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AuG), die nicht mit den Zielen der neuen Verfassungsbestimmungen vereinbar sind. Dies hat zur Folge, dass Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, vorübergehend ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben, was AI grundsätzlich kritisiert. Zudem können sich diese Personen nicht ausweisen, was zu zahlreichen Problemen in ihrem Alltag führt.

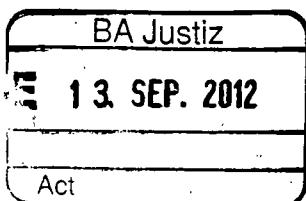
- Ein Konflikt mit dem FZA und dem EFTA-Übereinkommen ist nicht auszuschliessen, was AI ebenfalls als problematisch erachtet. Diese beiden völkerrechtlichen Verträge verlangen zwar im Wesentlichen eine Verhältnismässigkeitsprüfung, wie sie auch im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK erforderlich ist. Zusätzlich setzen sie jedoch voraus, dass im Einzelfall – und zwar sowohl im Zeitpunkt des Strafurteils, als auch im Vollzugszeitpunkt – eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit besteht. Dieses Erfordernis konnte in Variante 1 nicht erfüllt werden, was AI bemängelt.

Aufgrund der aufgeführten Kritikpunkte ist Variante 1 somit ebenso abzulehnen. AI dankt der Bundesrätin und der Bundesverwaltung für die Beachtung der hier vorgebrachten Argumente.

Mit freundlichen Grüßen

Amnesty International, Schweizer Sektion

**AMNESTY  
INTERNATIONAL**



Bundesamt für Justiz  
Sektionsbereich Strafvollzug  
Bundestrain 20  
3003 Bern

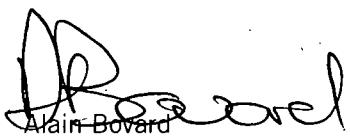
Berne, le 11 septembre 2012

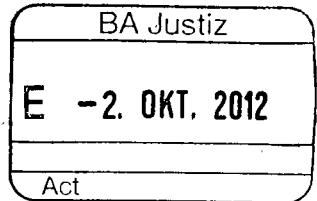
**Mise en œuvre de l'initiative sur les étrangers criminels, procédure de consultation**

Chère, Madame. Cher Monsieur,

Veuillez trouver en annexe la prise de position de la Section suisse d'Amnesty International concernant la mise en œuvre de l'initiative sur les étrangers criminels.

Avec nos meilleures salutations

  
Alain Bovard  
Juriste



P.P. CH-3003 Bern, BA, RD

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Jurist: Marco Abbühl  
Verfahrensnummer: RD.12.0155-ABMA  
**Bern, 28. September 2012**

**Stellungnahme der Bundesanwaltschaft im Rahmen der Vernehmlassung betreffend  
die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes  
(Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Bundesanwaltschaft bedankt sich für die Einladung zur Stellungnahme im Rahmen des eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahrens und äussert sich dazu wie folgt:

## I. Vorbemerkungen

Die Bundesanwaltschaft ist vorliegend insofern von der Umsetzung der Bestimmung von Art. 121 Abs. 3-6 BV betroffen, als damit eine Änderung des Strafgesetzbuches verbunden ist und die Verfolgung der neu mit dem Verlust des Aufenthaltsrechts bedrohten Straftatbestände der Bundesgerichtsbarkeit unterliegt (vgl. Art. 66a Abs. 1 Bst. a und b neuStGB i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Bst. a und b StPO [Variante 1] bzw. Art. 73a Abs. 1 Bst. a, b, c, d, g und i neuStGB i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Bst. a, c, d, und g StPO [Variante 2]).

Wie bereits der erläuternde Bericht auf Seite 18 festhält, macht die Verfassung keine klaren Vorgaben in Bezug auf den Regelungsstandort der Bestimmungen zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative. Eine Umsetzung hat somit nicht zwingend im Strafgesetzbuch zu erfolgen, sondern könnte auch in der Ausländergesetzgebung realisiert werden. Für eine solche Lösung sprechen insbesondere die systematische Einordnung der neuen Verfassungsbestimmungen im 9. Abschnitt des 2. Kapitels des 3. Titels der BV (Aufenthalt und Niederla-

sung von Ausländerinnen und Ausländern) wie auch praktische Gründe, zumal die neuen Regelungen in ein gut ausgebautes und funktionierendes System eingebettet werden können.

Für die Bundesanwaltschaft ist insbesondere nicht ersichtlich, inwiefern die Umsetzung im StGB der Prozessökonomie dienlich sein soll, zumal den Strafbehörden in vielen Fällen das zur Beurteilung notwendige Sach- und Fachwissen fehlen dürfte und sie deshalb auf die Hilfe der ausländerrechtlichen Behörden – z.B. durch Einholung von Amts- oder Mitberichten – angewiesen sind, wodurch Dauer und Umfang der Strafverfahren zunehmen dürften. Eine Gegenüberstellung und damit eine Abwägung der Vor- und Nachteile der beiden Varianten ist leider im Rahmen des vorliegenden Vernehmlassungsverfahrens nicht möglich, da darauf verzichtet wurde, die Umsetzung der Initiative im Ausländerrecht (Variante 4) in die Vernehmlassung zu schicken.

## II. Vorentwürfe

### A. Variante 2

Wie der erläuternde Bericht zutreffend festhält, hat der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* staatlicher Massnahmen für die gesamte Verfassungs- und Rechtsordnung der Schweiz seine Gültigkeit. Das schweizerische Strafrecht stellt ein Schuldstrafrecht dar. Die im Einzelfall verhängte Strafe wird gemäss Art. 47 StGB "nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden". Bei der Verhängung von Strafen ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit damit im Verschuldensprinzip angelegt. Durch die systematische Einordnung der Landesverweisung als Massnahme kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip besonderes Gewicht zu, indem Art. 56 Abs. 2 StGB explizit vorschreibt, dass der mit einer Massnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein darf.

Mit Umsetzung der Variante 2 würde dagegen ein Ausweisungsmechanismus geschaffen, bei welchem die Landesverweisung unabhängig von der im Einzelfall verhängten Strafe ausgesprochen werden müsste. Dadurch würden Widersprüche zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen und zum (nicht zwingenden) Völkerrecht geschaffen.

Die Variante 2 sieht – nebst der gerichtlichen – auch die Landesverweisung durch die Staatsanwaltschaft vor. Hierbei ist zu beachten, dass die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 352 StPO einen Strafbefehl erlassen kann, soweit eine Sanktion bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe – oder das Äquivalent in Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit – für ausreichend erachtet wird und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach und klar ist. Unter diesen einschränkenden Voraussetzungen erscheint es rechtsstaatlich gerechtfertigt, dass die beschuldigte Person auf eine gerichtliche Beurteilung in einer öffentlichen Verhandlung verzichten kann, indem sie den Strafbefehl akzeptiert und auf eine Einsprache verzichtet. Setzt man die bewusst beschränkte Sanktionsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren in Relation zu der dieser in Art 73b Abs. 1 neuStGB zugesprochenen Kompetenz zur Verhängung von Landesverweisungen für die Dauer von 5 bis sogar 15 Jahren,

stellt dies ein Missverhältnis dar und würde aus rechtsstaatlicher Sicht den zulässigen Rahmen einer im Strafbefehlsverfahren ausgefallenen Sanktion sprengen.

Würde man – wie in Variante 2 vorgesehen – die Staatsanwaltschaft dazu verpflichten, in Strafbefehlsverfahren auch Landesverweisungen auszusprechen, dürfte überdies die Akzeptanz gegenüber Strafbefehlen generell sinken, was in den meisten Fällen dazu führen dürfte, dass der Rechtsmittelweg beschritten und dadurch die gewünschte Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens vereitelt würde.

## B. Variante 1

Die in Variante 1 enthaltene Regelung trägt den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien Rechnung, indem der Ausweisungsmechanismus von Variante 2 insbesondere durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip und durch die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien begrenzt wird. Bei einer entsprechenden Regelung im Strafgesetzbuch ist deshalb nach Auffassung der Bundesanwaltschaft dieser Variante der Vorzug zu geben.

## III. Einzelfragen

Was die Umsetzung der Vollzugsbestimmungen von Art. 73c neuStGB (Variante 2) oder von Art. 66d neuStGB (Variante 1) für den Bereich der Bundesgerichtsbarkeit betrifft, bedarf es zusätzlich einer Anpassung von Art. 74 Abs. 1 StBOG ("Vollzug durch die Kantone"), da die Massnahme der Landesverweisung in der geltenden Fassung nicht enthalten ist.

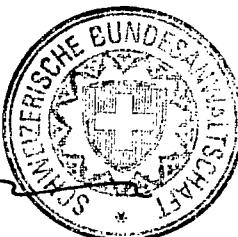
## IV. Anträge

Nach dem Gesagten spricht sich die Bundesanwaltschaft bei einer Regelung im Strafgesetzbuch für eine Umsetzung der Variante 1 aus und beantragt, die Variante 2 zu verwerfen.

Freundliche Grüsse

Bundesanwaltschaft BA

Jürg Blaser  
Staatsanwalt des Bundes, Leiter Rechtsdienst



## **Vernehmlassung Umsetzung Ausschaffungsinitiative (Änderung AuG, StGB, MStG)**

### **Art. 66 a (neu) StGB**

- a) In diesem neuen Artikel des StGB werden gemäss Wortlaut Landesverweisungen wegen Verbrechen ("...oder eines anderen Verbrechens...") aufgezählt. Art. 182 Abs. 1 StGB Menschenhandel sieht im Grundtatbestand keine Untergrenze bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe und keine Minimalzahl von Tagessätzen bei Verurteilung zu einer Geldstrafe vor. Menschenhandel ist nur dann mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr (und zwingenden Geldstrafe) bedroht, wenn es sich beim Opfer um eine unmündige Person handelt oder der Täter gewerbsmäßig handelt (Art. 182 Abs. 2 StGB). Die Obergrenze einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr fehlt ebenfalls. Der Wortlaut von Art. 66a (neu) lit. a StGB könnte zu Diskussionen Anlass geben ob und wann eine verurteilte Person im Sinne der Ausschaffungsinitiative des Landes verwiesen werden kann, wenn ihre Verurteilung nach Art. 182 Abs. 1 StGB erfolgte. Allenfalls ist diesem Sachverhalt bei der nächsten Revision des StGB Rechnung zu tragen.
- b) Unter Berücksichtigung von Art. 123b BV (Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät) sollte auch Art. 187 StGB "Sexuelle Handlungen mit Kindern" explizit in den Deliktskatalog aufgenommen werden, der zu einer gerichtlichen Landesverweisung führt. Im erläuternden Bericht ist diese Strafnorm unter der Auffangklausel zu "Schwere Verbrechen gegen die sexuelle Integrität" nicht erwähnt (S. 41).

### **Art. 62 Abs. 2 AuG (neu) und Art. 63 Abs. 3 AuG (neu)**

Der vorgeschlagene Wortlaut ist zu absolut. Nicht berücksichtigt wird, dass die verurteilte Person unter Umständen bereits mehrfach Anlass zu Verurteilungen durch verschiedene Gerichte gegeben hat, ohne dass das Gericht eine Landesverweisung angeordnet hat. Bei Mehrfachverurteilungen soll daher die zuständige ausländerrechtliche Behörde zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit die Bewilligung weiterhin widerrufen können, selbst wenn die einzelnen Gerichte in ihrem jeweiligen Urteil von einer Landesverweisung abgesehen haben. In jedem Fall möglich sein muss zudem der Erlass einer Verwarnung nach Art. 96 Abs. 2 AuG, auch wenn die Person erstmalig verurteilt wurde und das Gericht von einer Landesverweisung abgesehen hat.

(--> s. auch erläuternder Bericht S. 46 2. Abschnitt, der hier nicht zu überzeugen vermag, da die Pflicht der Gerichte zur Anordnung einer Landesverweisung zu unbestimmt ist, und S. 59 Ziff. 2.3.1.2, wonach vor der Verurteilung stattgefundene, fremdenpolizeilich relevante Ereignisse wohl nicht mehr ("zum Zeitpunkt des Urteils nicht bekannt, erst später eintraten") oder nur noch rein ausländerrechtliche Gründe (im erläuternden Bericht keine Beispiele aufgezählt; wohl nur noch Gründe wie falsche Angaben im Bewilligungsverfahren usw.) berücksichtigt werden könnten.

Problematisch erscheint der vorgeschlagene Wortlaut "Unzulässig ist ein Widerruf, der sich nur auf Delikte stützt, über die ein Strafgericht bereits geurteilt hat, wobei es von einer Landesweisung [...] abgesehen hat" auch unter Berücksichtigung der Ausführungen im erläuternden Bericht Ziff. 1.4.4.3 (S. 21). Dort ist die Rede davon, dass schuldunfähige Personen zwar nicht gerichtlich des Landes verwiesen werden sollen; für diese scheine eine Fernhaltemassnahme nach AuG (z. B. ein Einreiseverbot) sachgerechter. Bekanntlich ist vor dem Erlass eines Einreiseverbots zwingend die Anwesenheitsbewilligung zu widerrufen, sofern sie nicht anderweitig, z. B. durch gerichtliche Landesverweisung, erloschen ist. Wenn zufolge Schuldunfähigkeit des Täters einen Freispruch ergangen ist, hat das Gericht zwar nicht materiell, jedoch formell über die Anklage geurteilt. Der vorgeschlagene Wortlaut liesse einen auf Ausländerrecht basierenden Widerruf der Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung nicht mehr zu, weil nach Art. 62 Abs. 2 (neu) AuG bzw. Art. 63 Abs. 3 (neu) AuG "ein Strafgericht bereits geurteilt hat". Dasselbe würde zutreffen, wenn das Gericht trotz Verurteilung von einer Strafe abgesehen und aus diesem Grund keine Landesverweisung angeordnet hat.

Die vorgesehene Regelung stünde zudem im Widerspruch zur Richtlinie 64/221 EWG vom 25. Februar 1964. Gemäss dieser Richtlinie können im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens (FZA) im Grundsatz anspruchsberechtigte Personen von der Schweiz ferngehalten bzw. entfernt werden, wenn sie wegen schwerer geistiger und seelischer Störungen, offensichtlichen Psychosen mit Erregungszuständen, Wahnvorstellungen oder Sinnestäuschungen und Verwirrungszuständen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellen. Sähe ein Schweizer Gericht von einer Verurteilung wegen Schuldunfähigkeit und damit auch von einer Landesverweisung ab, könnten sich diese Personen auf Art. 2 Abs. 2 letzter Satz AuG berufen, was in der genannten Konstellation selbst bei solch gefährlichen Personen Entfernungs- und Freihaltemassnahmen ausschliessen würde.

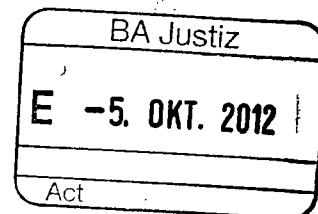
#### **Art. 66 d StGB (neu) Abs. 2**

Der erläuternde Bericht äussert sich nicht dazu, wer in dieser Norm mit "zuständige Behörde" gemeint ist. Nachdem heute die Kantone an das Bundesamt für Migration gelangen, um in den Besitz länderspezifischer Angaben für fremdenpolizeiliche Wegweisungsverfahren zu gelangen, sollte im Rahmen einer Konkretisierung der Begriff "zuständige Behörde" durch "Bundesamt für Migration" ersetzt werden (s. auch erläuternder Bericht S. 64, Ziff. 3.2.2.1).

Christian Meier  
Eichhof  
8522 Häuslenen

Häuslenen, 30. September 2012

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern



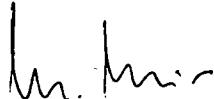
**Vernehmlassung Umsetzung Ausschaffungsinitiative**

Sehr geehrte Damen und Herren

Als Privatperson gehöre ich nicht zum Empfängerkreis, der eingeladen wurde, sich zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zu äussern.

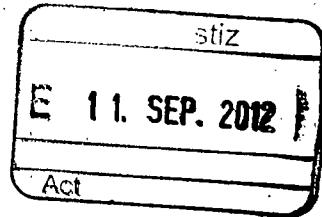
Ich erlaube mir dennoch, einige persönliche Hinweise zu den vorgeschlagenen Änderungen im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20) einzubringen.

Freundliche Grüsse



Beilage

Dr. iur. Felix Wolffers  
Gryphenhübeliweg 15  
3006 Bern  
felixwolffers@yahoo.de  
Mobile 079 763 91 26



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern, 6. September 2012

**Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und Militärstrafgesetzes; Umsetzung Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Ich erlaube mir, als Privatperson auf folgende m.E. unklaren Aspekte der geplanten Gesetzesrevision hinzuweisen:

**1. Verhältnis von Art. 148a StGB zu den kantonalen Strafnormen**

Mit dem geplanten Art. 148a StGB wird eine neue Strafnorm im Bereich der Sozialhilfe geschaffen. Weder der Gesetzesentwurf noch der mit der Vernehmlassung veröffentlichte erläuternde Bericht dazu geht auf das Verhältnis von Art. 148a StGB zu den Sozialhilfestrafnormen im kantonalen Recht ein. Hier besteht m.E. Klärungsbedarf, weil die meisten Kantone bereits heute über eine Strafnorm im Bereich der Sozialhilfe verfügen. So bestimmt etwa Art. 85 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Bern folgendes:

*„Wer Leistungen oder Beiträge des Kantons oder der Gemeinde durch unrichtige oder unvollständige Angaben oder durch Verschweigung von Tatsachen erwirkt, wird mit Busse bestraft. Fahrlässiges Handeln ist nicht strafbar.“*

Falls nun noch ein spezieller, in der Sache sehr ähnlicher Tatbestand in Art. 148a StGB geschaffen werden soll, dann ist m.E. zumindest in der Botschaft ans Parlament darzulegen, in welchem Verhältnis die verschiedenen Strafnormen zueinander stehen. Müssen die kantonalen Strafbestimmungen wegen dem neuen Art. 148a StGB aufgehoben werden? Oder sind sie als Teil des Verwaltungsstrafrechts der Kantone weiterhin anwendbar? Oder gelten die verschiedenen Strafnormen nebeneinander?

Diese Fragen zeigen auf, dass der vorgeschlagene Art. 148a StGB zu Problemen in der Rechtsanwendung führen kann, wenn die oben aufgeworfenen Fragen nicht umfassend geklärt und die Antworten nicht in der Botschaft ans Parlament geliefert werden.

## 2. Anzeigepflichten im kantonalen Recht

Unklar ist für mich auch ein weiterer Aspekt. Art. 8 des bernischen Sozialhilfegesetzes verpflichtet „Personen, die sich mit dem Vollzug dieses Gesetzes befassen“ zur Mitteilung von Straftaten an die Staatsanwaltschaft. Mitteilungspflichtig sind u.a. auch Verstöße gegen den oben zitierten Art. 85 des Sozialhilfegesetzes und sicherlich auch Widerhandlungen gegen den geplanten Art. 148a StGB.

Ich gehe davon aus, dass der Kanton Bern hier eine strengere Anzeigepflicht kennt als die meisten anderen Kantone. Das führt nun aber dazu, dass in Bezug auf die Ausschaffung ungleiche Verhältnisse geschaffen werden. Ein Delikt gemäss Art. 148a führt im Kanton Bern in jedem Fall, also auch bei Bagatelfällen, zur Anzeige und allenfalls in der Folge zur Ausschaffung. In anderen Kantonen, welche keine absolute Anzeigepflicht kennen dürfte die Praxis weniger strikt sein.

M.E. stellt sich die Frage ob eine Anzeigepflicht, wie sich sie beispielsweise in Art. 8 des bernischen Sozialhilfegesetzes enthalten ist, weiterhin zulässig sein kann, weil sie zu einer Ungleichheit bei der Rechtsanwendung führt. Müssen allenfalls derartige kantonale Anzeigepflichten mit dem Erlass neuer materieller Strafbestimmungen im Bundesrecht aufgehoben werden? Sollten diese Fragen nicht abschliessend und bundesrechtlich geregelt werden?

Auch auf diesen Aspekt sollte die Botschaft ans Parlament eingehen und diese Fragen klar beantworten.

Ich hoffe, dass diese Hinweise für Sie nützlich sind. Für ergänzende Informationen stehe ich gerne zu Ihrer Verfügung.

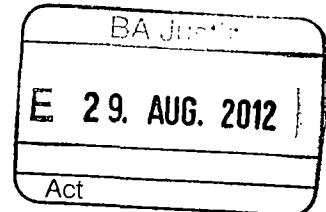
Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Felix Wolffers".

Kopie an Herrn Ständerat Hans Stöckli

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit pénal  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Paudex, le 28 août 2012  
ASN/bn



**Procédure de consultation : modification du code pénal et du code pénal militaire  
(mise en œuvre de l'article 121 al. 3 à 6 Cst, relatif au renvoi des étrangers criminels)**

Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de nous avoir consultés sur l'objet mentionné sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

**I. Remarques générales**

Suite à l'approbation le 28 novembre 2010 par le peuple et les cantons de l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », l'article 121 de la Constitution fédérale relatif au séjour et à l'établissement des étrangers en Suisse a été complété des alinéas 3 à 6. Ceux-ci prévoient que les étrangers condamnés pour certaines infractions ou pour avoir touché abusivement des prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale perdent leur droit de séjourner en Suisse.

Les deux variantes proposées par le Département fédéral de justice et police (DFJP) sont diamétralement opposées : la première, soutenue par la majorité du groupe de travail, nous semble adaptée à la situation. Elle présente une cohérence entre les droits accordés aux étrangers en Suisse et le durcissement de la pratique, souhaité par les initiateurs et le corps électoral, en matière de renvoi des étrangers criminels.

La seconde variante, proposée par les représentants du comité d'initiative au sein du groupe de travail, instaure un automatisme de l'expulsion qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit ainsi que des conventions et traités internationaux. Même si, comme c'est notre cas, nous considérons qu'il n'y a pas lieu d'adopter une attitude par trop amène à l'égard de personnes étrangères ayant commis des délits sur notre territoire, chacun sent qu'un automatisme pur et simple de l'expulsion dans les cas parfois largement prévus qui figurent désormais dans notre Constitution serait susceptible de conduire à un certain nombre de situations indésirables. Dès lors, la variante 2 s'inscrit à notre sens dans une perspective absolue, excessive et se trouve en décalage par rapport à la réalité des besoins.

Route du Lac 2  
1094 Paudex  
Case postale 1215  
1001 Lausanne  
T +41 21 796 33 00  
F +41 21 796 33 11  
info@centrepatronal.ch

Kapellenstrasse 14  
Postfach 5236  
3001 Bern  
T +41 31 390 99 09  
F +41 31 390 99 03  
cpbern@centrepatronal.ch

[www.centrepatronal.ch](http://www.centrepatronal.ch)

## **II. Remarques particulières**

### **A. La gravité des infractions de l'article 121 al.3 Cst.**

De par la gravité de l'atteinte qu'ils portent aux biens juridiques que sont la vie, l'intégrité corporelle ou sexuelle, le patrimoine et la liberté, les crimes et délits énoncés à l'article 121 al. 3 litt.a Cst. sont réprimés sévèrement. Ils sont en effet passibles soit d'une peine privative de liberté, soit d'une condamnation pécuniaire, en fonction de leur degré de réalisation et de l'implication de leur auteur.

Conformément au mandat constitutionnel prévu à l'article 121 al.4 Cst., les notions de trafic de drogue et d'effraction doivent, à notre sens, être précisées.

La loi fédérale sur les stupéfiants (LStup) a pour but de protéger la santé en tant que bien juridique. Dans cette perspective, tous les actes caractéristiques du trafic de drogue, allant de l'acquisition à la vente en passant par le stockage, la livraison ou encore le financement de l'achat, peuvent avoir des conséquences dangereuses et doivent dès lors être qualifiés d'activité délictueuse. Cependant, nous ne saurions accepter qu'une mesure aussi radicale que l'expulsion puisse être ordonnée pour des actes, tels ceux de l'article 19 al.1 LStup, dont les risques pour la santé peuvent être considérés comme relativement limités. Partant, une peine sévère pouvant entraîner le renvoi se justifie à notre avis pour les infractions définies à l'alinéa 2 de l'article 19 LStup, qui met en lumière un mode opératoire systématique, organisé, lucratif et susceptible d'atteindre la santé de nombreux individus.

En ce qui concerne l'effraction prévue à l'article 121 al. 3 litt.a Cst., elle est, de notre point de vue, réalisée dès le moment où l'auteur de l'infraction se rend coupable à la fois d'une violation de domicile au sens de l'article 186 CP et d'un vol (art. 139 CP).

Nous relevons enfin que l'escroquerie (art.146 CP) couvre l'abus, commis de manière astucieuse, en matière d'assurances sociales ou d'aide sociale. Par conséquent, cette infraction doit également figurer dans les nouvelles dispositions pénales.

Ainsi, même si la variante 1 ne consacre pas un automatisme de l'expulsion, elle prévoit d'introduire dans le Code pénal des normes couvrant les infractions suffisamment importantes pour justifier le renvoi d'un étranger criminel. Il ne nous paraît toutefois nécessaire ni d'instaurer une peine minimale, ni de préciser que le juge pénal doit tenir compte du contexte particulier dans lequel a eu lieu l'infraction, la sévérité de la sanction prononcée devant de fait être en lien direct avec la gravité de l'acte perpétré et la situation personnelle de son auteur.

## **III. Conclusions**

Fondé sur ce qui précède, nous considérons qu'il n'y a pas lieu de mettre en œuvre une législation pénale excessive et contraire aux principes fondamentaux du droit ainsi qu'aux engagements internationaux. De ce fait, notre préférence se porte sur la variante 1, la variante 2 devant être rejetée.

\*\*\*\*\*

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce courrier et vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal

  
Anne-Sophie Narbel

Le Vice-Président:

Eric Cottier

Ministère public du canton de Vaud

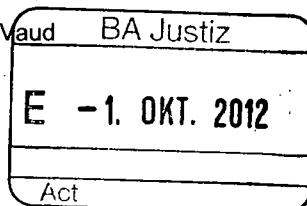
Avenue de Longemalle 2

1020 Renens

Tel. 021 316 65 21

Fax 021 316 65 33

eric.cottier@vd.ch



N/réf

V/réf

ECO/crp

(à rappeler dans toute correspondance)

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit pénal  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Date

28 septembre 2012

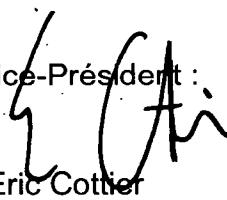
**Concerne : Procédure de consultation – "Expulsion des étrangers criminels"**

Madame, Monsieur,

En annexe de la présente, je vous remets la prise de position de la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS), relative à la mise en œuvre de l'article 121 alinéas 3 à 6 de la Constitution fédérale, concernant « l'expulsion des étrangers criminels ».

En vous souhaitant bonne réception de la présente, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma considération distinguée.

Le Vice-Président :

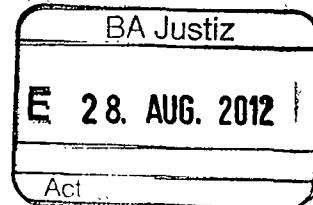
  
Eric Cottier

Annexe : ment.

**Solidarisch . Gezielt . Fortschrittlich**



Dachverband  
Schweizerischer Gemeinnütziger Frauen  
Netzwerk Müllerhaus  
Postfach  
5600 Lenzburg



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Felsberg, 31. Juli 2012

**Vernehmlassungsverfahren Schweizerisches Strafgesetzbuch und des  
Militärstrafgesetzes**

**Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga  
Sehr geehrter Herr Häfliger**

Der Dachverband Schweizerischer Gemeinnütziger Frauen (SGF) dankt für die Möglichkeit zum oben genannten Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen.

Leider erlauben es die personellen Ressourcen des SGF nicht, zu diesem sehr wohl wichtigen Thema eine fundierte und seriöse Prüfung der Vorlage vorzunehmen. Deshalb verzichtet er auf die Bearbeitung und reicht keine Stellungnahme ein.

Hochachtungsvoll  
Dachverband  
Schweizerischer Gemeinnütziger Frauen

Ressort Frau und Gesellschaft

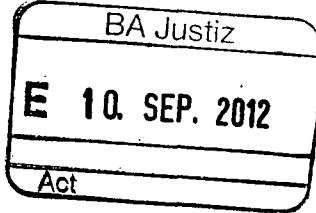
A handwritten signature in black ink.

Christa Schopfer

Delegierte

A handwritten signature in black ink.

Lea Schneller-Theus



www.sgb.ch | www.uss.ch  
Schweizerischer Gewerkschaftsbund  
Union syndicale suisse  
Unione sindacale svizzera

Office fédéral de la justice  
Madame la Conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Domaine de direction Droit pénal  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Berne, le 7 septembre 2012

**Code pénal suisse et code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif à l'expulsion des étrangers criminels)**

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir donné la possibilité de nous prononcer sur l'avant-projet de modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif à l'expulsion des étrangers criminels). Le Conseil fédéral propose deux variantes pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions constitutionnelles qui demeurent, cependant, plus ou moins fortement en conflit avec le respect des droits de l'homme. Toutes deux prévoient de compléter le code pénal d'une nouvelle forme d'expulsion. La variante 1, qui a les faveurs du gouvernement, s'efforce de concilier autant que possible l'exigence du caractère automatique de l'expulsion, telle qu'elle ressort des nouvelles dispositions constitutionnelles, et le respect des principes qui fondent la constitution et des droits de l'homme garantis par le droit international. La variante 2 correspond à la solution proposée par les deux représentants du comité d'initiative membres du groupe de travail institué par le DFJP. Elle part du principe que les nouvelles normes constitutionnelles ont la primauté absolue sur les dispositions constitutionnelles antérieures et sur les règles non impératives du droit international, en particulier sur les droits de l'homme garantis par ce dernier.

L'USS avait rejeté sans compromis et énergiquement l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels et son contre-projet.

Aujourd'hui, l'USS ne peut qu'à nouveau rejeter les deux variantes proposées. Elle désapprouve cependant plus particulièrement et très fortement la variante 2. Cette dernière est incompatible avec certaines garanties fondamentales de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) et de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) mais également avec l'Accord international sur la libre circulation des personnes (ALCP). De manière générale, l'USS considère que le respect des droits de l'homme ne peut en aucune façon passer « au second plan ». L'initiative populaire aurait d'ailleurs dû être invalidée ! De plus, si l'on considère les justiciables comme égaux, on ne

peut pas appliquer pour le même crime un droit différent et ce, parce qu'un individu est de nationalité différente. Développer un droit parallèle basé sur la nationalité est inadmissible.

Pour l'USS, il n'y a pas de place non plus pour la variante 1 qui n'est qu'une contre-proposition adoucie, et ce même si celle-ci tente de concilier nouvelles dispositions constitutionnelles et droits de l'homme. D'une part, les risques de condamnation pour violation des droits de l'homme, même limités, sont toujours présents. D'autre part, et encore une fois, toute sanction doit être rapportée à l'importance de l'infraction ou du crime, et non à la nationalité. Pour l'USS, ce principe ne doit faire l'objet d'aucun compromis.

En vous remerciant de l'attention que vous aurez portée à ces lignes, nous vous prions d'agrérer,  
Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

**UNION SYNDICALE SUISSE**



Paul Rechsteiner  
Président



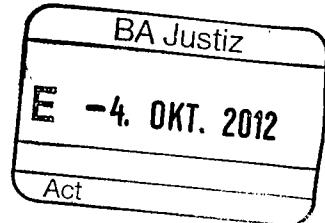
José Corpataux  
Secrétaire central

Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz  
Juristes Démocrates de Suisse  
Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri  
Giuristas e Giurists Democratis Svizzers

Schwanengasse 9  
3011 Bern  
Tel 031 312 83 34  
[info@djs-jds.ch](mailto:info@djs-jds.ch)

Bern, 3. Oktober 2012

Vorab per E-Mail am 30.09.2012 an [peter.haefliger@bj.admin.ch](mailto:peter.haefliger@bj.admin.ch)



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

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

Vernehmlassungsfrist: 30. September 2012

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz bedanken sich für die Gelegenheit, in obgenannter Angelegenheit, Stellung zu beziehen.

**I. Vorbemerkung**

Schon im Rahmen der Debatte um die Ausschaffungsinitiative haben die DJS Position bezogen und sich sowohl gegen die Initiative als auch gegen der Gegenvorschlag des Parlaments ausgesprochen. Sodann lehnen die DJS auch die beiden vorgelegten Varianten ab, da beide Projekte weder mit der schweizerischen Bundesverfassung noch mit internationalem und europäischem Recht vereinbar sind.

Wir beschränken uns bei der folgenden Abhandlung zur Unvereinbarkeit mit dem Völkerrecht auf die Frage der Vereinbarkeit der beiden Umsetzungsvarianten mit dem Freizügigkeitsabkommen und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

## II. Die Umsetzungsvarianten im Lichte des FZA

Werden Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen gegenüber straffälligen EU-Bürgerinnen und Bürgern in Betracht gezogen, müssen die Behörden die zusätzlichen Schranken des FZA berücksichtigen.<sup>1</sup> Diese werden nachfolgend dargelegt.

### A. Straffälligkeit im Anwendungsbereich des FZA

Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte nur statthaft sind, wenn diese „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind“. Diese Voraussetzung ist einerseits unter Bezugnahme auf die in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA genannten Richtlinien des Gemeinschaftsrechts<sup>2</sup> sowie andererseits gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA entsprechend der diesbezüglichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auszulegen. Hinsichtlich Letzterer ist zu präzisieren, dass diese lediglich bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA am 21. Juni 1999 verbindlich ist. Die seither ergangenen Urteile dürften jedoch auch dann zwingend zu beachten sein, wenn sie die Rechtsprechung vor dem Stichtag lediglich bestätigen oder auf neue Fallgestaltungen anwenden, während jüngere Urteile, die eine Weiterentwicklung darstellen, im Interesse einer parallelen Rechtslage immerhin grundsätzlich zu berücksichtigen sind.<sup>3</sup>

Von den in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA erwähnten Richtlinien ist im vorliegenden Zusammenhang lediglich die RL 64/221/EWG von Bedeutung, da sich die beiden anderen darauf beschränken, den Geltungsbereich der erstgenannten zu erweitern.

Zunächst gilt es festzuhalten, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung als Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Freizügigkeit eng auszulegen ist. Die Deutungshoheit über dessen Tragweite kommt zwar dem EuGH zu, doch wird den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum innerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen zugestanden.<sup>4</sup> Sodann verlangt Art. 3 Abs. 1 RL 64/221/EWG, dass bei Massnahmen zum Schutze der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausschliesslich auf das persönliche Verhalten der betroffenen Person abzustellen ist, weshalb generalpräventive Aspekte keine ausreichende Rechtfertigung zu bieten vermögen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. BORGHI ALVARO, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genf/Lugano/Brüssel 2010, N 224.

<sup>2</sup> RL 64/221/EWG, RL 72/194/EWG und RL 75/35/EWG. Diese und weitere freizügigkeitsrelevante Richtlinien sind nunmehr in der RL 2004/38/EG, die aber keine Geltung für das FZA hat (BGE 136 II 5 E. 4.1. S. 19 f.), zusammengefasst worden (vgl. dazu etwa BORGHI [FN 61], N 247 ff).

<sup>3</sup> BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 12f. sowie BGE 132 V 423 E. 9.3 S. 436f; ebenso ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, § 6 Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilerecht), 2. A., Basel 2009, 189 ff., N 6.47 f.

<sup>4</sup> Urteile des EuGH vom 4. Dezember 1974 41/74 Van Duyn, Slg. 1974 S. 1337 N 18; vom 27. Oktober 1977 30/77 Bouchereau, Slg. 1977 S. 1999 N 33; vom 19. Januar 1999 C-348/96 Calfa, Slg. 1999 I-11 N 23; BGE 129 II 215 E. 6.2 S. 220 f.; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182; BORGHI (FN 1), N 229.

<sup>5</sup> Urteile des EuGH vom 26. Februar 1975 67/74 Bonsignore, Slg. 1975 S. 297 N 6 f.; vom 10. Februar 2000 C-340/97 Nazli, 2000 I-957 N 59; ebenso BGE 129 II 215 E. 7.1 S. 221; BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; ZUND/ARQUINT HILL (FN 25), N 8.40 m.w.H.; BORGHI (FN 61), N 230; SPESCHA MARC, in: Spescha et al., Kommentar, FZA I Art. 5 N 1.

Weiter genügen gemäss Art. 3 Abs. 2 RL 64/221/EWG – anders als dies im AuG vorgesehen ist – strafrechtliche Verurteilungen alleine nicht, um freizügigkeitsbeschränkende Massnahmen zu rechtfertigen. Vielmehr muss eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden, wobei eine strafrechtliche Verurteilung nur insoweit zu berücksichtigen ist, als die Umstände, die ihr zugrunde liegen, ein persönliches Verhalten erkennen lassen, welches eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.<sup>6</sup> Demnach ist massgeblich auf das Bestehen eines allfälligen Rückfallrisikos abzustellen<sup>7</sup>, was aber gemäss EuGH nicht gänzlich ausschliesse, „dass schon allein das vergangene Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllt“<sup>8</sup>. Die zuständigen Behörden kommen somit nicht umhin, eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.<sup>9</sup>

Im Rahmen der Rückfallprognose bedarf es insbesondere einer nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer künftigen Straf-fälligkeit.<sup>10</sup> Ferner hat die erforderliche Gegenwärtigkeit nicht nur zum Zeitpunkt der Anordnung, sondern auch zu jenem des Vollzuges einer Entfernungsmassnahme vorzuliegen, was bedingt, dass auch in späteren Verfahrensstadien allfällige Änderungen der Sachlage geltend gemacht werden können.<sup>11</sup>

Obschon den nationalen Behörden ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, ist neben der blosen Störung der öffentlichen Ordnung, was jede Art von Delinquenz umfasst, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, erforderlich.<sup>12</sup> Das Vorliegen einer derartigen Gefährdung ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn zur Bekämpfung eines bestimmten Verhal-tens „keine Zwangsmassnahmen oder andere tatsächliche und effektive Massnahmen“ ergriffen würden, sollte dieses Verhalten von schweizerischen Staatsangehörigen ausgehen.<sup>13</sup> Dies bedeutet freilich nicht, dass gegen Schweizerinnen und Schweizer neben einer strafrechtlichen Verurteilung noch weitere Mass-nahmen getroffen werden müssen, nur weil jene nicht ausgewiesen werden können.<sup>14</sup> Ein Grundinteresse der Gesellschaft dürfte indessen nur dann berührt sein, wenn auch schweizerischen Staatsangehörigen ei-ne vergleichsweise strenge Sanktion drohte.<sup>15</sup>

Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen nur unter dem Vorbehalt einer Verhältnismässigkeitsprüfung gestattet sind.<sup>16</sup> Hierbei ist zugunsten des Aufenthaltsrechts

<sup>6</sup> Urteile des EuGH Bouchereau, N 27 f.; Calfa, N 24; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 f.; BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; BORGHI (FN 1), N 231 und 241 ff.; EPINEY ASTRID, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in: ZRG, 2010/1, 3 ff. (zit. EPINEY, Ausschaffungsinitiative), 5.

<sup>7</sup> BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; BGE 130 II 176 E. 4.2 S. 185; Im Rahmen der Legalprognose sind etwa die Tatumstände, das Verhalten nach der Tat und die aktuellen Le-bensverhältnisse zu berücksichtigen (SPESCHA/KERLAND/BOLZLI [FN 19], 227; vgl. hierzu instruktiv BGE 130 II 493 E. 4.4 ff. S. 501 ff.).

<sup>8</sup> Urteil des EuGH Bouchereau, N 29; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 184.

<sup>9</sup> Urteil des EuGH Bouchereau, N 30; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 184.

<sup>10</sup> BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; BGE 130 II 176 E. 4.3.1 S. 186 m.w.H.; SPESCHA MARC/KERLAND ANTONIA/BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, 227; BORGHI (FN 1), N 242.

<sup>11</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 29. April 2004 C-482/01 und C-493/02 Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004 I-5257 N 82; Bericht der AG (FN 8), 38.

<sup>12</sup> Urteile des EuGH Bouchereau, N 35; Calfa, N 21; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182; BGE 130 II 493 E. 3.2 S. 498; BORGHI (FN 61), N 229.

<sup>13</sup> Urteil des EuGH vom 18. Mai 1982 115 und 116/81, Adoui und Cornuaille, Slg. 1982 S. 1665 N 8.

<sup>14</sup> Art. 25 Abs. 1 BV; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 f.; BORGHI (FN 61), N 231; ZÜND/ARQUINT HILL (FN 25), N 8.40 f.

<sup>15</sup> Das Bundesgericht scheint diesbezüglich nur sehr geringe Anforderungen zu stellen, wenn es festhält, dass die zitierte Einschränkung des EuGH (FN 13) „so zu verstehen [ist], dass das betreffende Verhalten auch dann seitens der einheimischen Behörden nicht folgenlos bleiben darf, wenn es von Schweizer Staatsangehörigen an den Tag gelegt wird“ (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183).

<sup>16</sup> Vgl. unter Verweis auf die EMRK Urteil des EuGH vom 28. Oktober 1975 36/75 Rutili, Slg. 1975 S. 1219 N 32; sowie Botschaft Ausschaffungsinitiative, 5112; BGE 131 II 352 E. 3.3 S. 353; BGE 129 II 215 E. 6.2 S. 221; SPESCHA MARC, in: Spescha et al., Migrationsrecht, Kommentar, Zürich 2012, FZA I Art. 5 N 1; BORGHI (FN 1), N 244.

der betroffenen Person auch das öffentliche Interesse an der Gewährleistung der Personenfreizügigkeit zu berücksichtigen.<sup>17</sup>

Folgerichtig hat denn auch der EuGH bereits vor dem 21. Juni 1999 eine griechische Regelung, die – unter Vorbehalt wichtiger, insbesondere familiärer Gründe – bei Betäubungsmitteldelikten einen Ausweisungautomatismus vorsah, als unzulässig erklärt, weil das persönliche Verhalten der betroffenen Person und die von ihr ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht berücksichtigt wurde.<sup>18</sup> In der Folge wurde das erwähnte Calfa-Urteil in vergleichbaren Konstellationen mehrfach bestätigt.<sup>19</sup>

## B. Vereinbarkeit der Umsetzungsvarianten mit dem FZA

Wie sogleich zu zeigen sein wird, widersprechen beide Umsetzungsvarianten in diversen Punkten den Vorgaben des FZA. Ihren Ursprung haben diese Differenzen vor allem im Umstand, dass nach beiden Vorentwürfen die Verurteilung aufgrund eines in einem Kata-log festgeschriebenen Delikts grundsätzlich zur Anordnung der Landesverweisung führen muss. Gleichwohl wird neben diesem Automatismus auch auf andere Problembereiche des Spannungsverhältnisses zwischen den Umsetzungsvarianten und dem FZA eingegangen werden.

### 1. Zur ersten Umsetzungsvariante

Die zwingende Landesverweisung sieht die erste Vorentwurfsvariante erst ab einer Mindeststrafe vor.<sup>20</sup> Im Vernehmlassungsbericht wird argumentiert, dass durch diese Grenze dem Verhältnismässigkeitsprinzip zumindest teilweise Rechnung getragen werden könne.<sup>21</sup> Dies trifft wohl zu, da die Anordnung der Landesverweisung im gerichtlichen Ermessen steht, wenn die Mindeststrafe nicht überschritten wird. In diesen Fällen ist eine einzelfall- weise Verhältnismässigkeitsprüfung möglich, in deren Rahmen auch die erwähnten Anforderungen des FZA mitberücksichtigt werden können. Verhängt hingegen ein Gericht eine höhere Strafe, ist – vorbehaltlich internationaler Menschenrechtsgarantien – zwingend eine Landesverweisung anzurufen. Nun könnte allenfalls vorgebracht werden, dass sich eine Landesverweisung aufgrund einer Straftat, die mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe sanktioniert wurde, auch einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten würde. Dies ist aber schon deshalb nicht stichhaltig, weil eine einzelfallweise Beurteilung der tatsächlichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht sichergestellt und folglich unverhältnismässige Entscheide nicht ausgeschlossen werden können. Der automatische Schluss von der Schwere der Verletzung der öffentlichen Ordnung auf das Ausmass der Gefährdung ist unzulässig,

<sup>17</sup> Urteil des EuGH Bouchereau, N 30.

<sup>18</sup> Urteil des EuGH Calfa, N 27 und 29.

<sup>19</sup> Urteile des EuGH Nazli, N 63; Orfanopoulos und Oliveri, N 70 f.; vom 31. Januar 2006 C-503/03 Kommission/Spanien, Slg. 2006 I-1097 N 53 ff.; vom 7. Juni 2007 C-50/06 Kommission/Niederlande, Slg. 2007 I-4383 N 45.

<sup>20</sup> Art. 66a Abs. 2 VEI-STGB.

<sup>21</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, 22, 65 und 67.

da Landesverweisungen aus nicht hinreichenden Gründen möglich sind.<sup>22</sup> Faktisch hätte das Strafgericht immerhin die Möglichkeit, den Ausweisungautomatismus zu umgehen, indem es die betroffene Person zu einer Strafe von weniger als sechs Monaten verurteilt, um nicht eine als unverhältnismässig erscheinende Landesverweisung aussprechen zu müssen. Dies dürfte aber zur unbefriedigenden Rechtslage führen, dass der Strafrahmen nicht linear verläuft, sondern nach sechs Monaten einen Bruch erfährt, der einer adäquaten Strafzumessung im Wege steht.

Die erste Umsetzungsvariante enthält ferner einen Vorbehalt bezüglich internationaler Menschenrechtsgarantien.<sup>23</sup> Nun können die Aspekte, deren Berücksichtigung das FZA vorschreibt, zwar miteinbezogen werden, wenn gestützt auf den Verweis von Art. 66a Abs. 3 VEI-StGB eine einzelfallweise Interessenabwägung gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorzunehmen ist.<sup>24</sup> Denkbar bleibt indes, dass eine solche Verhältnismässigkeitsprüfung den Anforderungen der RL 64/221/EWG nicht stets genügt, da die Beachtung der familiären Umstände nicht zwingend dazu führt, dass auch die Rückfallprognose berücksichtigt wird.<sup>25</sup>

Zusätzlich zur Mindeststrafe beschränkt sich der Deliktskatalog der ersten Vorentwurfsvariante auf schwere Verbrechen<sup>26</sup>. Dies ist – wie auch die Mindeststrafe – in Anbetracht der Voraussetzung, dass eine hinreichend schwere Gefährdung vorliegen muss, zwar sinn- voll.<sup>27</sup> Eine einzelfallweise Beurteilung des Rückfallrisikos und eine Interessenabwägung vermag aber auch dieser engere Deliktskatalog nicht zuersetzen.

## 2. Zur zweiten Umsetzungsvariante

Im Gegensatz zur ersten Vorentwurfsvariante kennt die zweite weder eine Mindeststrafe noch einen Vorbehalt zugunsten internationaler Menschenrechtsgarantien. Die Anordnung einer Landesverweisung richtet sich einzig nach dem begangenen Delikt. Der strenge Automatismus verunmöglicht die Berücksichtigung der Kriterien, die sich aus dem FZA ergeben.<sup>28</sup> Folglich widerspricht diese Regelung als solche dem FZA.<sup>29</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass aufgrund des weiten Deliktskataloges – und der fehlenden Mindeststrafe – auch Bagatelldelikte zu einer Landesverweisung führen. In solchen Fällen dürfte eine hinreichende schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung bereits deshalb zu verneinen sein, weil das gleiche Verhalten bei schweizerischen Staatsangehörigen in keiner Weise zu vergleichbaren Sanktionen führt.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Vgl. FN 6.

<sup>23</sup> Art. 66a Abs. 3 VEI-StGB.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil des EuGH Rutili, N 32; ähnlich auch EPINEY ASTRID, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz, EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, 81 ff. (zit. EPINEY, Freizügigkeitsabkommen), 110. Vgl. zu Art. 8 EMRK unten Teil IV.

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des EuGH Kommission/Niederlande, N 45.

<sup>26</sup> Insofern stimmt VEI mit der Tendenz der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts überein, wonach bei Verbrechen eine hinreichend schwerwiegende Gefährdung vorliegt (BORghi [FN 1], N 237).

<sup>27</sup> Erläuternder Bericht, 65 und 69.

<sup>28</sup> Ebenso bereits zur Ausschaffungsinitiative EPINEY, Ausschaffungsinitiative (FN 6), 6 f.

<sup>29</sup> Vgl. FN 18 und 19.

<sup>30</sup> Vgl. FN 15. Vgl. hierzu auch SPESCHA MARC, in: Spescha et al., Kommentar, Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK N 24b, der die Instrumentalisierung der Wegweisung als öffentlich-rechtliche Schutzmassnahme für Strafzwecke kritisiert. Ebenso betont der EGMR den spezialpräventiven Charakter von Fernhaltemassnahmen (vgl. Urteile des EGMR Über gegen Niederlande vom 18. Oktober 2006, Recueil CourEDH 2006-XII S. 159 § 56; Maaouia gegen Frankreich vom 5. Oktober 2000, Recueil Cou- rEDH 2000-X S. 273 § 39; RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, Droit européen des droits de l'homme, Contentieux européen, Paris 2010, 212).

### C. Zwischenfazit

Obwohl im Vernehmlassungsbericht betont wird, der erste Vorentwurf könne „in vielen Fällen“ den Anforderungen des FZA gerecht werden,<sup>31</sup> schliesst auch dieser nicht aus, dass eine Landesverweisung gegen das FZA verstösst, weil beispielsweise keine hinreichend schwere Gefährdung vorliegt<sup>32</sup>. Bereits aufgrund dieser Möglichkeit ist die Regelung nicht mit dem FZA vereinbar, selbst wenn eine allfällige Verhältnismässigkeitsprüfung in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich zulasten der betroffenen Person ausfallen würde. Da die zweite Vorentwurfsvariante keine Mindeststrafe vorsieht, keine internationale Menschenrechtsgarantien ausser das Non-Refoulement-Verbot vorbehält und einen weitergehenden Deliktskatalog enthält als die erste Variante, würde eine solche Umsetzung noch zu weit mehr FZA-widrigen Landesverweisungen führen als dies bei der ersten Variante der Fall wäre.<sup>33</sup>

Im Übrigen dürfen gemäss FZA Ausweisungen nicht (alleine) auf generalpräventive Aspekte gründen.<sup>34</sup> Da beide Umsetzungsvarianten eine Einzelfallprüfung nicht oder nur teilweise vorsehen, dürften regelmässig Personen des Landes verwiesen werden, obwohl von ihnen keine hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausgeht. Mit anderen Worten nehmen beide Varianten aus generalpräventiven Gründen in Kauf, dass Landesverweisungen ausgesprochen werden, obwohl das persönliche Verhalten keine solche rechtfertigt.

Da eine Landesverweisung direkt durch das Strafgericht auszusprechen wäre, können außerdem allfällige die Gefährdungslage beeinflussende Veränderungen im Zeitpunkt der Entscheidung nicht berücksichtigt werden. Beide Umsetzungsvorschläge dürften demzufolge auch insofern dem FZA zuwiderlaufen, als eine erneute Prüfung der Landesverweisung im Vollzugsstadium (auch) nicht vorgesehen ist.<sup>35</sup>

Folglich ist festzuhalten, dass beide Umsetzungsvarianten – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass – gegen das FZA und die dort verankerte Pflicht, eine parallele Rechtslage anzustreben,<sup>36</sup> verstossen.<sup>37</sup>

### III. Die Umsetzungsvarianten im Lichte des Art. 8 EMRK

Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK verbietet zwar nicht per se, Ausländerinnen und Ausländer wegzuzuweisen, auszuschaffen oder mit einem Einreiseverbot zu belegen,

<sup>31</sup> Erläuternder Bericht, 33 und 65.

<sup>32</sup> Bezeichnenderweise wird ausgeführt, dass „Konflikte [...] auf ein Minimum reduziert“ würden, weil „in der Regel eine genügend schwere Verletzung der öffentlichen Ordnung“ vorliege, obwohl im Anwendungsbereich des FZA gerade nicht auf das Vorliegen einer Verletzung der öffentlichen Ordnung, sondern einer Gefährdung, mithin auf die Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Verletzung, derselben abzustellen ist (vgl. Vernehmlassungsbericht [FN 13], 65).

<sup>33</sup> Erläuternder Bericht 66.

<sup>34</sup> Vgl. FN 5.

<sup>35</sup> Vgl. FN 11.

<sup>36</sup> Art. 16 Abs. 1 FZA; BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 13.

<sup>37</sup> Ebenso zur Ausschaffungsinitiative JAAG/PRIULI (FN 63), N 43; sowie auch EPINEY, Freizügigkeitsabkommen (FN 89), 110. Im Gegensatz dazu enthielt Art. 73c StGB in der zweiten Variante der Arbeitsgruppe noch einen Vorbehalt zugunsten des FZA (Bericht der AG [FN 8], 124).

kann aber einer solchen Massnahme im Einzelfall entgegenstehen<sup>38</sup>. Im Folgenden soll deshalb zunächst betrachtet werden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit derartige Massnahmen vor der EMRK standhalten, um anschliessend zu prüfen, ob die vorgeschlagenen Umsetzungsvarianten Entscheide erwarteten lassen, die mit der Menschenrechtskonvention vereinbar sind.

## A. Zur Relevanz von Art. 8 EMRK bei aufenthaltsbeendenden Massnahmen

### 1. Eingriff in den Schutzbereich

Offensichtlich können der Widerruf einer Bewilligung, die Aus- und Wegweisung, künftig auch die Landesverweisung sowie der Vollzug einer solchen Massnahme in das Recht auf Familienleben eingreifen, wenn Familienangehörige dadurch getrennt oder am Zusammenleben gehindert werden.<sup>39</sup>

Zudem können aufenthaltsbeendende Massnahmen Art. 8 EMRK auch hinsichtlich des Rechtes auf Privatleben tangieren.<sup>40</sup> Dieses beinhaltet nämlich, neben diversen anderen Teilgehalten, auch das Recht, soziale Beziehungen zu führen und zu entwickeln, weshalb Art. 8 EMRK die Gesamtheit der gesellschaftlichen und sozialen Bindungen schützt.<sup>41</sup> Insbesondere bei Immigrantinnen und Immigranten der zweiten Generation oder solchen, die seit der frühen Kindheit im Aufenthaltsstaat gelebt haben, ist oftmals fraglich, ob tatsächlich (noch) ein Familienleben im Sinne der Rechtsprechung besteht, weshalb in solchen Fällen auch ein Eingriff in das Privatleben zu prüfen ist.<sup>42</sup>

Primär von Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang unzulässige staatliche Eingriffe, d.h. die Verletzung von negativen Pflichten.<sup>43</sup> Dennoch können sich aus Art. 8 EMRK auch positive Schutz- oder Handlungspflichten ergeben, wie beispielsweise der verfahrensrechtliche Anspruch auf eine angemessene Be-

<sup>38</sup> Urteil des EGMR Boultif gegen Schweiz vom 2. August 2001, Recueil CourEDH 2001-IX S. 137 § 39; CARONI MARTINA, Menschenrechtliche Wegweisungsverbote: Neuere Praxis, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kalin Walter/Nguyen Minh Son/Ubersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2006/2007, Bern 2007, 53 ff. (zit. CARONI, Jahrbuch 2006/2007), 63; MEYER-LADEWIG JENS, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. A., Baden-Baden 2011, Art. 8 N 65; RENUCCI (FN 30), 210 f.

<sup>39</sup> BGE 109 Ib 183 E. 2a S. 186; NGUYEN MINH SON, *Migrations et relations familiales: de la norme à la jurisprudence et vice versa*, in: Amarelle Cesla/Christen Nathalie/Nguyen Minh Son, *Migrations et regroupement familial*, Bern 2012, 109 ff. (zit. NGUYEN, *Regroupement familial*), 129 ff.; sowie SPESCHA MARC, in: Spescha et al., Kommentar, Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK N 17 ff., u.a. zu Konstellationen des umgekehrten Familiennachzuges, die auch im vorliegenden Zusammenhang relevant sein können. Vgl. zum „gefestigten Anwesenheitsrecht“, welches das Bundesgericht (z.B. BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.) voraussetzt und von der Lehre zu Recht und grossmehrheitlich kritisiert wird NGUYEN, *Regroupement familial* (FN 39), 116 ff.; SPESCHA MARC, in: Spescha et al., Kommentar, Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK N 13 f.; ACHERMANN/CARONI (FN 3), N 6.32 f.

<sup>40</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR Slivenko gegen Lettland vom 9. Oktober 2003, Recueil CourEDH 2003-X S. 289 § 96; VILLIGER MARK EUGEN, Ausländerrecht und EMRK, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht, St. Gallen 2004, 71 ff., 75; BERTSCHI MAR-TIN/GÄCHTER THOMAS, Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens. Bemerkungen zur Schutzwirkung von Art. 8 EMRK in verschiedenen ausländerrechtlichen Konstellationen, in: ZBI (104) 2003, 225 ff., 238 ff., u.a. zur strukturellen Differenz zwischen den beiden Schutzbereichen.

<sup>41</sup> Urteile des EGMR Maslov gegen Österreich vom 23. Juni 2008, in: (2008) 47 E.H.R.R. 20 § 63; Üner gegen Niederlande, § 59; MEYER-LADEWIG (FN 103), Art. 8 N 26 und 67; GRABENWARTER/PABEL (FN 104), § 22 N 13; CARONI, Privat- und Familienleben, 13 ff.; SPESCHA MARC, in: Spescha et al., Kommentar, Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK N 24.

<sup>42</sup> Urteil des EGMR A.A. gegen Vereinigtes Königreich vom 20. September 2011, § 49; vgl. auch VILLIGER, 75 und 82; ACHERMANN/CARONI, N 6.37.

<sup>43</sup> AMARELLE CESLA, *Les instruments du renvoi face aux droits international et européen*, in: Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (Hrsg.), *Les renvois et leur exécution, Perspectives internationale, européenne et suisse*, Bern 2011, 25 ff., 31; BERTSCHI/GÄCHTER, 247.

gründung.<sup>44</sup> Zudem können positive Verpflichtungen auch hinsichtlich des Nachzuges von Familienangehörigen relevant sein.<sup>45</sup>

## 2. Rechtfertigung eines Eingriffs

### a.) Im Allgemeinen

Greift eine staatliche Massnahme in den Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Privat- oder Familienlebens ein, ist gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK zunächst zu prüfen, ob diese gesetzlich vorgesehen ist<sup>46</sup> und einen zulässigen Zweck verfolgt. Letztere sind abschliessend aufgeführt, wobei vorliegend die öffentliche Sicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten sowie der Schutz von Rechten Dritter in Betracht kommen.<sup>47</sup> Von weitaus grösserer praktischer Bedeutung ist sodann aber die dritte Voraussetzung,<sup>48</sup> wonach eine Massnahme zur Erreichung des zulässigen Zweckes „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein muss. Die damit angesprochene Frage der Verhältnismässigkeit<sup>49</sup> soll aufgrund ihrer Relevanz nun genauer betrachtet werden.

### b.) Verhältnismässigkeit im Besonderen

Ein Eingriff ist dann notwendig, wenn er durch ein dringendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt und insbesondere verhältnismässig ist.<sup>50</sup> Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sind die sich entgegenstehenden Interessen des Einzelfalles<sup>51</sup> – einerseits das Interesse an der Aufrechterhaltung des Privat- oder Familienlebens, andererseits das öffentliche Interesse an der Verhinderung von weiteren Straftaten – gegeneinander abzuwägen.<sup>52</sup> Der Gerichtshof formulierte im Leitentscheid Boultif gegen Schweiz<sup>53</sup> erstmals einen Katalog von Kriterien zur Überprüfung der Verhältnismässigkeit.<sup>54</sup> Dabei handelt es sich um folgende Punkte: Die Art und die Schwere der Straftat, als wichtigstes Kriterium<sup>55</sup>; die Aufenthaltsdauer; die seit der Straftat verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser; die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen; die familiäre Situation, d.h. beispielsweise die Dauer der Ehe; ob tatsächlich ein Familienleben be-

<sup>44</sup> MEYER-LADEWIG, Art. 8 N 2 ff.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. NGUYEN, Regroupement familial, 125 f.

<sup>46</sup> Vgl. zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage Urteil des EGMR Lupsa gegen Rumänien vom 8. Juni 2006, Recueil CourEDH 2006-VII S. 349 insb. § 32; GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 7 ff.; MEYER-LADEWIG, Art. 8 N 100 ff.

<sup>47</sup> Vgl. dazu GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 12 f.

<sup>48</sup> ACHERMANN/CARONI, N 6.30; RENUCCI, 29.

<sup>49</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 14.

<sup>50</sup> Urteile des EGMR Über gegen Niederlande, § 54; Boultif gegen Schweiz, § 46; Mehemi gegen Frankreich vom 26. September 1997, Recueil CourEDH 1997-VI S. 1959 § 34.

<sup>51</sup> RENUCCI, 30.

<sup>52</sup> Urteile des EGMR Boultif gegen Schweiz, § 47; Mehemi gegen Frankreich, § 35; VILLIGER, 79.

<sup>53</sup> Urteil des EGMR Boultif gegen Schweiz, insb. § 48; bestätigt u.a. im Urteil des EGMR Sezen gegen Niederlande vom 31. Januar 2006, in: (2006) 43 E.H.R.R. 30 § 42.

<sup>54</sup> Freilich prüfte der Gerichtshof derartige Fälle bereits vorher aufgrund ähnlicher Kriterien (vgl. z.B. Urteil des EGMR Mehemi gegen Frankreich, § 35 ff.; HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2011, 217).

stand; ob die Ehefrau beim Eheschluss bereits von der Straffälligkeit Kenntnis hatte; ob Kinder vorhanden sind sowie schliesslich die Schwierigkeiten, mit welchen die Ehefrau konfrontiert wäre, würde sie dem Ehemann ins Ausland folgen.

Im Entscheid Üner gegen Niederlande<sup>56</sup> präzisierte der Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung, indem er den Boultif-Kriterien zwei weitere Elemente hinzufügte. In die Verhältnismässigkeitsprüfung miteinzubeziehen gilt es demnach auch das Kindeswohl, insbesondere die Schwierigkeiten im Falle einer Nachfolge ins Ausland sowie den Vergleich zwischen Aufenthalts- und Zielstaat hinsichtlich der Intensität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen<sup>57</sup>. Ferner wurde im Üner-Entscheid festgehalten, dass die erwähnten Kriterien in allen Fällen zu berücksichtigen sind, wo einer Migrantin oder einem Migranten infolge Straffälligkeit eine aufenthaltsbeendende Massnahme droht.<sup>58</sup>

Betreffend die Art und Schwere der Tat fällt auf, dass der Gerichtshof im Falle von Betäubungsmitteldelikten tendenziell zulasten der betroffenen Personen urteilt, da er den Bemühungen zur Drogenbekämpfung ein grosses Gewicht beimisst.<sup>59</sup>

Schliesslich bleibt anzumerken, dass die Gewichtung der genannten Kriterien variiert und sich jeweils nach den Umständen des Einzelfalles zu richten hat.<sup>60</sup>

## B. Vereinbarkeit der Umsetzungsvarianten mit Art. 8 EMRK

### 1. Gesetzliche Grundlage und zulässiger Zweck

Die Anordnung einer Landesverweisung dürfte sich nach beiden Vorentwurfsvarianten auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen und einen zulässigen Zweck verfolgen.

Die im Rahmen des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage nötige Vorhersehbarkeit<sup>61</sup> wird in der zweiten Vorentwurfsvariante insofern weitergehend berücksichtigt, als diese Variante keine Mindeststrafe vorsieht. Ausserdem ist die Einführung eines neuen Straftatbestandes betreffend den missbräuchlichen Bezug von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen<sup>62</sup> zumindest unter diesem Blickwinkel zu begrüssen.

<sup>55</sup> AMARELLE, 32; CARONI MARTINA, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Ast-rid/Kalin Walter/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2005/2006, Bern 2006, 189 ff., 196 f.

<sup>56</sup> Urteil des EGMR Üner gegen Niederlande, § 58; bestätigt u.a. im Urteil des EGMR A.A. gegen Vereinigtes Königreich, § 56; Urteil des BGer 2C\_711/2011 vom 27. März 2012, E. 4.2.

<sup>57</sup> Von grosser Bedeutung ist dieses Kriterium insbesondere bei Immigrantinnen und Immigranten der zweiten Generation oder solchen, die den grössten Teil ihres Lebens im Aufenthaltsstaat verbracht haben (vgl. Urteil des EGMR Emre gegen Schweiz [Nr. 1] vom 22. Mai 2008, § 69 f.; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, 220). Vgl. hierzu auch ZÜND, 85, der für ein „unentziehbares ‚Recht auf Heimat‘ nicht nur des Staatsbürgers“ plädiert, „sondern auch desjenigen [...], der seine familiären, sozialen und kulturellen Beziehungen seit der Kindheit in einem bestimmten Land hat.“

<sup>58</sup> Urteile des EGMR Üner gegen Niederlande, § 60; A.A. gegen Vereinigtes Königreich, § 49.

<sup>59</sup> Vgl. Urteile des EGMR Mehemi gegen Frankreich, § 37: „[A]u vu des ravages de la drogue dans la population, la Cour conçoit que les autorités fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent activement à la propagation de ce fléau.“; Yilmaz gegen Deutschland vom 17. April 2003, in: (2004) 36 E.H.R.R. 23 § 46, wo die Tatsache, dass gerade keine Betäubungsmitteldelikte vorlagen, zugunsten des Betroffenen gewichtet wurde; RENUCCI, 211.

<sup>60</sup> Urteil des EGMR Maslov gegen Österreich, § 70; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, 217. Im Urteil Maslov gegen Österreich beispielsweise stufte der EGMR die Ausweisung angesichts der Art der Straftaten, des Alters und der Verwurzelung im Aufenthaltsstaat als unverhältnismässig ein, obwohl die betroffene Person zu insgesamt 33 Monaten Freiheitsstrafe (u.a. wegen gewerbsmässigem Bandendiebstahl, Erpressung und Körperverletzung) verurteilt worden war.

<sup>61</sup> MEYER-LADEWIG, Art. 8 N 103.

<sup>62</sup> Art. 121 Abs. 3 lit. b BV, Art. 148a VEI-StGB und Art. 151a VEII-StGB.

## 2. Verhältnismässigkeit

Die Frage der Verhältnismässigkeit einer Landesverweisung muss in einer einzelfallweisen Interessenabwägung beurteilt werden. Ob die Vorentwürfe eine solche gestatten, wird nachfolgend einzeln betrachtet.

### a.) Zur ersten Umsetzungsvariante

Die erste Umsetzungsvariante enthält einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten internationaler Menschenrechtsgarantien.<sup>63</sup> Somit steht einer Prüfung des Einzelfalles gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK nichts im Wege. Allerdings wird der Vorbehalt auf „schwerwiegende“ Verletzungen beschränkt. Was dies genau bedeutet, lässt der Vernehmlassungsbericht jedoch im Unklaren. Dort wird vorgebracht, „dass es nicht genügt, wenn zwar mehrere, jedoch eher leicht wiegende Einschränkungen im Privat- und Familienleben geltend gemacht werden“, denn „die privaten Interessen [müssen nach Absatz 3] überwiegen, damit ausnahmsweise von einer Landesverweisung abgesehen werden kann“<sup>64</sup>. Wird „schwerwiegend“ in dieser Weise verstanden, ist nicht ersichtlich, inwiefern dadurch eine Einschränkung der Anforderungen bestehen sollte, welche sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergeben.<sup>65</sup>

Im Vernehmlassungsbericht wird ferner darauf hingewiesen, dass der Aufenthaltsstatus aufgrund von Art. 121 Abs. 3 BV nicht zu berücksichtigen sei,<sup>66</sup> was indes nicht ausschliesst, der Intensität der sozialen Bindungen und der Dauer des Aufenthaltes in der Interessenabwägung Rechnung zu tragen.

Das Ermessen, welches nach dem Gesagten bei der Entscheidung betreffend die Landesverweisung an sich besteht, wird sodann aber durch die Bestimmung beschränkt, wonach die Dauer der Fernhaltemassnahme 5 bis 15 Jahre – und im Wiederholungsfall gar deren 20<sup>67</sup> – zu betragen hat. Mit dieser Mindestdauer, die bereits in der Bundesverfassung verankert ist, wird der Handlungsspielraum des Strafgerichts dergestalt eingeschränkt, dass in Fällen, bei welchen lediglich eine Landesverweisung von unter 5 Jahren einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten würde,<sup>68</sup> gestützt auf Art. 8 EMRK auf eine Landesverweisung verzichtet werden muss.

Im Übrigen ist in Anbetracht der Rechtsprechung des EGMR der Verzicht auf eine Landesverweisung im

---

<sup>63</sup> Art. 66a Abs. 3 VEI-StGB.

<sup>64</sup> Erläuternder Bericht, 46.

<sup>65</sup> Insgesamt vermag die Formulierung von Art. 66a Abs. 3 VEI-StGB nicht zu überzeugen. Zunächst wird dem Gericht ein Ermessen eingeräumt („kann“), welches bestehe, wenn eine Landesverweisung ange- sichts internationaler Menschenrechtsgarantien „unzumutbar“ sei. Dieser Ermessensspielraum wird zu- gleich aber in zweifacher Hinsicht beschränkt, denn erstens soll vom Ermessen nur „ausnahmsweise“ gebraucht gemacht werden können und zweitens sollen nur „schwerwiegende“ Verletzungen unzumutbar sein. Mit dieser Verklausulierung liesse sich fast alles – oder auch nichts – in die Bestimmung hinein interpretieren, womit der Rechtssicherheit, welche für das Strafrecht von besonderer Bedeutung ist, in keiner Weise genüge getan wird.

<sup>66</sup> Erläuternder Bericht, 46 und 69.

<sup>67</sup> Art. 66b VEI-StGB.

<sup>68</sup> Die Dauer des Einreiseverbotes kann – muss aber nicht – für die Frage der Verhältnismässigkeit von Bedeutung sein (vgl. Urteil des EGMR Maslov gegen Österreich, § 99 f.).

Jugendstrafrecht, wie dies der erste Vorentwurf beabsichtigt,<sup>69</sup> zu begrüssen, da gerade auch die Frage, ob ein Täter mündig ist, hinsichtlich Art. 8 EMRK von Bedeutung ist<sup>70</sup>.

### b.) Zur zweiten Umsetzungsvariante

Eine ergebnisoffene Einzelfallprüfung ist aufgrund des strengen Automatismus in der zweiten Vorentwurfsvariante nicht vorgesehen, weshalb regelmässig unverhältnismässige und deshalb ungerechtfertigte Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK resultieren würden.<sup>71</sup>

Nach dieser Variante bestimmt einzig die Art der Straftat, ob eine Landesverweisung auszusprechen ist, womit der Einbezug aller anderen Kriterien, die gemäss Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen sind, ausgeschlossen ist.<sup>72</sup> Dieser Automatismus dürfte im Falle von Betäubungsmitteldelikten mit der Rechtsprechung des EGMR noch am wenigsten in Konflikt geraten,<sup>73</sup> doch wäre selbst in solchen Konstellationen eine Einzelfallabwägung unabdingbar<sup>74</sup>.

Immerhin ist anzufügen, dass bei der Bestimmung der Dauer des Einreiseverbotes die Umstände des Einzelfalles – wenn auch in äusserst beschränktem Masse – berücksichtigt werden können, was zumindest in Ausnahmefällen eine korrekte Interessenabwägung erlauben dürfte.<sup>75</sup> Doch auch hier gilt, was bereits zum ersten Vorentwurf gesagt wurde: Ein Einreiseverbot, das an sich vielleicht zu rechtfertigen wäre, dürfte aufgrund der im zweiten Vorentwurf noch höheren Mindestdauer<sup>76</sup> oft nur unverhältnismässig lang ausfallen. Angesichts des Art. 73c Abs. 2 VEII-StGB scheint überdies eine EMRK-konforme Einzelfallprüfung im Rahmen des Vollzuges der Landesverweisung ausgeschlossen zu sein.

### 3. Bemerkung zum Familiennachzug

Möglich ist, dass eine Landesverweisung – sowohl nach der einen als auch nach der anderen Vorentwurfsvariante – zusätzlich zu den bereits erwähnten Konflikten in weiteren Bereichen mit Art. 8 EMRK kollidiert. Im Vernehmlassungsbericht wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass im Falle einer Landesverweisung, die nicht vollzogen werden kann, gerade keine vorläufige Aufnahme zu verfügen sei, weil den betroffenen Personen jegliche Rechtsansprüche zu entziehen seien, worunter namentlich auch das Recht auf Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AuG falle.<sup>77</sup> Auch wenn Personen in derartigen Konstellationen

<sup>69</sup> Erläuternder Bericht, 28.

<sup>70</sup> Urteil des EGMR Maslov gegen Österreich, § 72; sowie auch HERTIG RANDALL MAYA, Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Emre c. Suisse (N° 2) du 11 octobre 2011, in: AJP 2012, 567 ff., 572 f.

<sup>71</sup> Erläuternder Bericht, 69.

<sup>72</sup> So auch zum Verfassungstext HERTIG RANDALL (FN 136), 572. Vgl. für eine zu einseitige Gewichtung der begangenen Straftaten das Urteil des EGMR Emre gegen Schweiz (Nr. 1), § 86.

<sup>73</sup> Vgl. FN 59.

<sup>74</sup> Vgl. etwa das Urteil des EGMR Sezen gegen Niederlande, in dem die Interessenabwägung trotz Betäubungsmitteldelikten zugunsten der Betroffenen ausgefallen ist (§ 43 und 50) und der Gerichtshof mit Besorgnis feststellte, dass keine der involvierten Behörden die Auswirkungen auf das Familienleben berücksichtigte (§ 46).

<sup>75</sup> Vgl. Urteil des EGMR Emre gegen Schweiz (Nr. 2) vom 11. Oktober 2011, § 71, welches aufzeigt, dass das hauptsächliche Abstellen auf die Dauer des Einreiseverbots mit der nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK erforderlichen Interessenabwägung kaum vereinbar ist (vgl. HERTIG RANDALL, 573).

<sup>76</sup> Art. 73b VEII-StGB.

<sup>77</sup> Erläuternder Bericht, 29.

tatsächlich „vorübergehend ohne rechtlichen Status“<sup>78</sup> in der Schweiz zu verbleiben hätten, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass sich im Einzelfall vor dem Hintergrund von Art. 8 EMRK ein Familiennachzug aufdrängt, zumal durchaus denkbar ist, dass sich das „Vorübergehende“ in die Länge zieht.<sup>79</sup> Insgesamt ist nicht ersichtlich, inwiefern die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative einer strengeren Regelung bedürfen sollte, als dies heute gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG der Fall ist.<sup>80</sup>

### C. Zwischenfazit

Die erste Vorentwurfsvariante erlaubt aufgrund des Vorbehalts in Art. 66a Abs. 3 VEI-StGB eine Auslegung und Anwendung, die mit Art. 8 EMRK vereinbar ist. Im Gegensatz dazu steht der starre Automatismus der zweiten Variante einer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und somit der völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz entgegen.

## IV. Ausblick

Zumindest teilweise widersprechen beide Umsetzungsvorschläge völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Eine mögliche Bewältigung dieser Konflikte im Rahmen der Rechtsanwendung soll nun im Sinne eines Ausblickes kurz skizziert werden. Sowohl Bundesgesetze als auch das Völkerrecht sind gemäss Art. 190 BV massgeblich. Zeichnen sich Konflikte ab, sind Bundesgesetze völkerrechtskonform auszulegen.<sup>81</sup> Im Spannungsverhältnis zwischen dem ersten Umsetzungsvorschlag und Art. 8 EMRK sowie teilweise auch dem FZA dürfte dies zielführend sein.<sup>82</sup> Die anderen vorliegend behandelten Widersprüche, welche sich zwischen dem zweiten Vorentwurf und dem FZA sowie der EMRK einerseits und dem ersten Vorentwurf und dem FZA andererseits abzeichnen, sind hingegen kaum einer völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich. Somit würde in diesen Fällen ein echter Normkonflikt bestehen.

Wie ein solcher aufzulösen ist, kann im Einzelfall umstritten sein. Die Bundesverfassung kennt keine eigentliche Kollisionsregel, sondern überlässt die Frage der Praxis und der Lehre.<sup>83</sup> Dennoch kann gestützt auf

<sup>78</sup> Erläuternder Bericht, 29.

<sup>79</sup> Diese Sichtweise drängt sich unter anderem deshalb auf, weil dem ersten Vorentwurf der Wille innerwohnt, der EMRK Rechnung zu tragen. Ist der Vollzug der Entfernungsmassnahme in naher Zukunft nicht absehbar, unterstehen die betroffenen Personen der Hoheitsgewalt der Schweiz im Sinne von Art. 1 EMRK, weshalb ihnen der Anspruch auf Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK un- abhängig vom Aufenthaltsstatus zusteht (vgl. Urteil des EGMR Mengesha Kimfe gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, § 61; sowie SPESCHA MARC, Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab September 2009 bis Ende August 2010, in: Fa- mPra 2010, 857 ff., 880 f.).

<sup>80</sup> Art. 121 Abs. 2 BV sieht den Entzug jeglicher „Rechtsansprüche auf Aufenthalt“ vor. Der vorläufigen Aufnahme liegt kein Rechtsanspruch auf Aufenthalt zugrunde, sie ist lediglich eine Ersatzmassnahme. Auch verschafft die vorläufige Aufnahme keine Rechtsansprüche auf Aufenthalt: Art. 84 Abs. 5 AuG schränkt zwar das Ermessen ein, begründet aber keinen Rechtsanspruch und auch Art. 85 Abs. 7 AuG stellt keine Anspruchsnorm dar, wenngleich Letzterer im Lichte von Art. 8 EMRK anzuwenden ist. Vgl. zum Unterschied zwischen Rechtsanspruch und Ermessen SPE-SCHA/KERLAND/BOLZLI, 75 ff.

<sup>81</sup> BGE 94 I 669 E. 6a S. 678 f.; HANGARTNER YVO, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 190 N 29; GRIFFEL ALAIN, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. AUTOR, in: Biaggini et al., Staatsrecht, § N), § 27 N 96.

<sup>82</sup> Vgl. oben III.B.1.; IV.B.2.a.

<sup>83</sup> BGE 117 Ib 367 E. 2e S. 372 m.w.H; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1 ff., 134; HANGARTNER YVO, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 190 N 29.

Art. 5 Abs. 4 BV wenigstens von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts ausgegangen werden.<sup>84</sup> Auch das Bundesgericht geht gestützt auf Art. 26 und Art. 27 VRK<sup>85</sup> von dieser Rechtslage aus.<sup>86</sup> Eine Ausnahme bildet die so einen Völkerrechtsverstoss bewusst in Kauf genommen hat,<sup>87</sup> was vorliegend offensichtlich der Fall wäre<sup>88</sup>. Die Gegenposition dazu kommt in der PKK-Rechtsprechung<sup>89</sup> zum Ausdruck, der zufolge Völkerrecht im Konfliktfall dem Landesrecht „prinzipiell“ vorgehe, „was sich umso mehr“ aufdränge, „wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient“. Auch in jüngeren Entscheiden hat das Bundesgericht ausdrücklich auf diese Rechtsprechung Bezug genommen. Bei- spielsweise hat es das FZA zulasten des jüngeren Bundesgesetzes (AVIG) bevorzugt, ob- wohl beim Erlass der betroffenen Bestimmung die Problematik bekannt war.<sup>90</sup> Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid insbesondere auf die Erwägung, dass das Diskriminierungsverbot von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA mit Bestimmungen des internationalen Menschenrechtsschutzes gleichzusetzen sei, da die Personenfreizügigkeit als Grundrecht qualifiziert werden könne.<sup>91</sup> Darüber hinaus verwies das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des EGMR zum Diskriminierungsverbot, knüpfte ausdrücklich an die PKK-Rechtsprechung an<sup>92</sup> und nahm schliesslich Bezug auf die demokratischen Legitimation des FZA sowie die Bindungswirkung von Art. 16 Abs. 1 FZA.<sup>93</sup> Gestützt darauf sehe sich das Bundesgericht verpflichtet, dem FZA wenn nötig auch unter Abweichung vom Landesrecht jeder Stufe und jeden Datums Beachtung zu verschaffen.<sup>94</sup> Konsequenterweise müsste demnach das Bundesgericht auch bei der Anwendung des zweiten Vorentwurfes eine einzelfallweise Interessenabwägung gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK vornehmen.<sup>95</sup> Zudem wäre in präzisierender Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung durchaus vertretbar, Art. 5 Anhang I FZA den Vorrang einzuräumen.<sup>96</sup> Allerdings zeichnet sich die bundes-

<sup>84</sup> Art. 5 Abs. 4 BV: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“; vgl. Botschaft nBV, 135; HANGARTNER YVO, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar (FN 16), Art. 5 N 49 f., wonach allerdings zwischen „rechtlichem Dürfen und rechtlichem Können“ zu unterscheiden sei, sodass Art. 5 Abs. 4 BV einem bewussten Völkerrechtsverstoss nicht im Wege stehe.

<sup>85</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

<sup>86</sup> BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 f.; BGE 122 II 485 E. 3a S. 487; BGE 122 II 234 E. 4e S.239.

<sup>87</sup> BGE 99 I 39 E. 3 f. S. 43 ff. (Schubert); HANGARTNER YVO, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar (FN 16), Art. 190 N 29; kritisch AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat, 2. A., Bern 2006, N 1305, wonach die Schubert-Praxis infolge der Genehmigung der VRK nicht mehr relevant sei, was Art. 5 Abs. 4 BV bestätige; sowie EPINEY ASTRID, Das Prinzip des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, in: ZBl (95) 1994, 537 ff., 557 ff., wo- nach das Völkerrecht ausnahmslos Vorrang giese, weil dies „Bestandteil und konsequente[r] Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips“ darstelle.

<sup>88</sup> Vgl. Art. 73d VEII-StGB.

<sup>89</sup> BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 f. (PKK); BGE 136 II 241 E. 16 S. 255. Im PKK-Entscheid ist das Bundesgericht direkt gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und entgegen dem damals geltenden Bundesrecht (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, OG) auf die Beschwerde eingetreten.

<sup>90</sup> BGE 133 V 367 (= Pra 97 [2008] Nr. 71) insb. E. 9.1 S. 378, wonach die gesetzliche Regelung bewusst getroffen wurde, um die Auswirkungen des FZA zu mildern, sowie E. 11 S. 386 ff. betreffend den Vorrang des FZA. Im zitierten Entscheid war zu prüfen, ob das Wohnsitzerfordernis gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG, der eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit u.a. bei Krankheit vorsieht und somit den Zugang zur Arbeitslosenentschädigung erleichtert, mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA vereinbar ist. Der Vorrang des Diskriminierungsverbots wurde in BGE 136 II 241, E. 16 S. 255, bestätigt.

<sup>91</sup> BGE 133 V 367 E. 11.2 S. 388.

<sup>92</sup> BGE133V367E.11.3S.388f.

<sup>93</sup> BGE133V367E.11.4f.S.389.

<sup>94</sup> BGE 133 V 367 E. 11.5 S. 389 f.: „Ora, tra queste misure rientra l'obbligo per i tribunali di fare rispettare il diritto convenzionale, se necessario anche derogando al diritto nazionale di ogni grado e di ogni data.“

<sup>95</sup> So auch EPINEY Freizügigkeitsabkommen (FN 89), 111, wonach alles gegen eine Anwendung der Schubert-Praxis im Falle der EMRK spreche; ebenso Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263 ff., 2311 f., wonach das Bundesgericht bei einem Konflikt mit einem Bundesgesetz „in jedem Fall die EMRK anwenden [wird]“.

<sup>96</sup> So zum FZA im Allgemeinen in Anbetracht der möglichen Grundrechtsqualität BREITENMOSER STEPHAN/ISLER MICHAEL, Der Rechtsschutz gemäss dem Personenfreizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 im Bereich der Sozialen Sicherheit, in: Schaffhauser René/Schürer Christian (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, Band I, St. Gallen 2001, 197 ff, 205; in diese Richtung auch EPINEY, Ausschaffungsinitiative (FN 68), 8; vgl. auch EPINEY, Freizügigkeitsabkommen (FN 89), 108. Im Übrigen wäre der Schritt von der Gleichsetzung des FZA mit Menschenrechtsgarantien im Sinne der PKK-Rechtsprechung zur Subsumierung des FZA unter den Vorbehalt von Art. 66a Abs. 3 VEI-StGB kein sehr weiter.

gerichtliche Rechtsprechung durch eine gewisse Vagheit<sup>97</sup> und sogar Inkonsistenz<sup>98</sup> aus,<sup>99</sup> weshalb im vorliegenden Zusammenhang noch von keiner gefestigten Bundesgerichtspraxis gesprochen werden kann<sup>100</sup>. Würde das Bundesgericht also dereinst dem revidierten StGB den Vorrang einräumen, dürfte dies im Falle der EMRK zu einer Verurteilung durch den EGMR führen,<sup>101</sup> während hinsichtlich des FZA weiteres Unge- mach für das ohnehin schon angespannte Verhältnis zur EU<sup>102</sup> absehbar ist.<sup>103</sup>

## V. Fazit

Dass die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative ein in vielerlei Hinsicht schwieriges Unterfangen werden würde, zeichnete sich schon seit langem ab. Neben den neuen Verfassungsbestimmungen gilt es den rechtsstaatlichen Prinzipien und dem Völkerrecht Rechnung zu tragen.<sup>104</sup> Die beiden Vorentwürfe, die der Bundesrat in die Vernehmlassung geschickt hat, sind denn auch Ausdruck dieses Spannungsverhältnisses. Die erste Umsetzungsvariante behält internationale Menschenrechtsgarantien ausdrücklich vor, weshalb in der Rechtsanwendung dereinst die Kriterien zur Verhältnismässigkeitsprüfung, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den Urteilen Boultif und Üner formuliert hat, berücksichtigt werden könnten. Angesichts der Mindeststrafe, des begrenzten Deliktskataloges und ebenso des Vorbehaltes zugunsten der internationalen Menschenrechtsgarantien, liesse sich gestützt auf die erste Vorentwurfsvariante in vielen Fällen vermeiden, Personen des Landes zu verweisen, von denen keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausgeht. Gleichwohl steht auch der erste Vorentwurf einer systematischen und einzelfallweisen Prüfung der relevanten Kriterien des Personenfreizügigkeitsabkommens entgegen und würde folglich gegen das FZA verstossen.

Angesichts der Tatsache, dass die zweite Umsetzungsvariante eine völkerrechtskonforme Auslegung ausschliesst, wäre im Falle der Umsetzung nach beiden Vorentwurfsvarianten dem FZA und Art. 8 EMRK nur vollständig gerecht zu werden, indem die bisherige PKK-Rechtsprechung weitergeführt werden würde. Andernfalls würde in unzähligen Fällen eine Landesverweisung angeordnet werden, ohne dass eine derart drastische Massnahme im Lichte des FZA und der Rechtsprechung des EGMR zulässig wäre.

<sup>97</sup> Vgl. PKK-Urteil (BGE 125 II 417), E. 4d S. 425: „Ob in anderen Fällen davon abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen sind (vgl. z.B. BGE 99 II 39 E. 4 S. 44 f. [Schubert]), ist vorliegend nicht zu prüfen.“

<sup>98</sup> Vgl. BGE 136 III 168 E. 3.3.4 S. 172 f., wo die zweite zivilrechtliche Abteilung unter Verweis auf die Schubert-Praxis zum Vorrang der EMRK-widrigen ZGB-Bestimmungen tendierte, nachfolgend indes die Frage offenlassen konnte, ob dies mit der PKK-Rechtsprechung vereinbar wäre.

<sup>99</sup> Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, in: Biaggini et al., Staatsrecht, § 9 N 30 ff.; HANGARTNER YVO, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 190 N 29.

<sup>100</sup> So auch EPINEY, Freizügigkeitsabkommen, 111.

<sup>101</sup> Vgl. dazu Art. 46 EMRK; Urteil des EGMR Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz (Nr. 2) vom 30. Juni 2009, in: (2011) 52 E.H.R.R. 8 § 85, wonach im Falle einer Verurteilung nötigenfalls auch Massnahmen allgemeiner Natur zu ergreifen sind; HERTIG RANDALL, 570 ff.; Botschaft Ausschaffungsinitiative, 5107 f.

<sup>102</sup> Vgl. etwa BÜHLER STEFAN, Botschafter warnt vor Blockaden und Spannungen, in: NZZ am Sonntag vom 3. Juni 2012, 10.

<sup>103</sup> Vgl. zum Ganzen JAAG/PRIULI (FN 63), N 30 ff., die sich in der Tendenz gegen einen Vorrang des FZA aussprechen, die Möglichkeit einer Neuverhandlung mit der EU angesichts der klaren EuGH-Rechtsprechung ausschliessen und schliesslich auf eine allenfalls drohende Kündigung seitens der EU hinweisen; EPINEY, Ausschaffungsinitiative (FN 68), 8; EPINEY, Freizügigkeitsabkommen, 111.

<sup>104</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Verfassungsinterpretation praktische Konkordanz anzustreben ist (vgl. dazu HANGARTNER [FN 12], 473 f.; UEBERSAX [FN 10], 9 f.; Vernehmlassungsbericht [FN 13], 9 f.). Im Übrigen lässt sich der Volkswille nicht ohne weiteres aus der Verfassungsbestimmung selbst erschliessen (vgl. dazu UEBERSAX [FN 10], 13; CHRISTMANN ANNA, Die Grenzen direkter Demokratie, Volksentscheide im Spannungsverhältnis von Demokratie und Rechtsstaat, Diss. Bern, Baden-Baden 2012, 124 f., wonach die Befürwortung der Stimmbürger zwar eine politische Präferenz ausdrückt, indes nicht zwingend eine Stellungnahme zu völkerrechtlichen Aspekten darstellt). Weiter sei an dieser Stelle auf die Diskussion betreffend die Schranken der Verfassungsrevision verwiesen (vgl. Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 [FN 162], 2328 ff.; Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBI 2011 3613 ff.; sowie etwa KIENER/KRÜSI [FN 16], 252 f.; EPINEY, Freizügigkeitsabkommen [FN 89], 112).

Eine systematische Verletzung der EMRK oder des FZA kann für die Schweiz keine Option sein, weshalb es die Aufgabe des Gesetzgebers ist, diesen Konflikten vorzubeugen und diese Arbeit nicht den rechtsanwendenden Behörden zu überlassen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der vorliegenden Anträge und Bemerkungen.

Mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. Aebli".

Melanie Aebli  
Geschäftsleitung DJS

---

## Procédure de consultation - "Expulsion des étrangers criminels "

---

### **Préambule**

Les nouvelles dispositions du code pénal relatives à l'expulsion des étrangers criminels visent à mettre en œuvre l'article 121 de la Constitution fédérale (Cst), dont les alinéas 3 à 6 ont été adoptés lors de la votation fédérale du 28 novembre 2010. L'article 121 Cst a désormais la teneur suivante :

#### **Article 121**

- 1 La législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération.
- 2 Les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse.
- 3 Ils sont privés de leur titre de séjour, indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse:
  - a) s'ils ont été condamnés par un jugement entré en force pour meurtre, viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction; ou
  - b) s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale.
- 4 Le législateur précise les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3. Il peut les compléter par d'autres faits constitutifs.
- 5 Les étrangers qui, en vertu des al. 3 et 4, sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire sera fixée à 20 ans.
- 6 Les étrangers qui contreviennent à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit sont punissables. Le législateur édicte les dispositions correspondantes.

Deux variantes sont soumises à la consultation. La variante 1 est un compromis qui tient compte à la fois de l'automatisme de l'expulsion prescrit par les nouvelles dispositions constitutionnelles et des principes de l'Etat de droit. Elle dresse un catalogue des infractions dont la gravité abstraite entraîne l'expulsion obligatoire (art. 66a al. 1 P-CP), tout en prévoyant d'une part, que les peines inférieures à six mois ne peuvent donner lieu à une expulsion que si l'intérêt public à l'expulsion l'emporte sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse (art. 66a al. 2 P-CP) et, d'autre part, qu'il est possible de renoncer exceptionnellement à l'expulsion lorsque celle-ci

porterait gravement atteinte à des droits personnels garantis par le droit international en matière de droits de l'homme (art. 66a al. 3).

Quant à la variante 2, proposée par les représentants du comité d'initiative au sein du groupe de travail institué par le DFJP, elle érige l'expulsion au rang d'une sanction *sui generis*, qui ne serait ni une peine ni une mesure. Elle vise à obtenir l'expulsion automatique des étrangers condamnés pour un large éventail d'infractions, allant de l'assassinat aux lésions corporelles simples et du viol à la pornographie, indépendamment de la peine prononcée, des faits justificatifs éventuels (défense ou état de nécessité excusable, par exemple) et des dispositions du droit international.

Le rapport explicatif reste toutefois muet s'agissant des coûts et du travail que ces deux variantes engendreront. En effet, tant une variante que l'autre créera nécessairement un surcroît de travail et une augmentation des coûts pour toutes les autorités pénales, surcroît qui sera encore plus important dans la variante 2 que dans la variante 1<sup>1</sup>.

### **Remarques préliminaires**

Les nouvelles dispositions constitutionnelles dont il est question ici complètent l'article 121 situé dans la section intitulée « Séjour et établissement des étrangers ». Cet article confère à la Confédération une compétence impérative en matière de politique migratoire, soit la réglementation des questions sur le fondement, la modification et la révocation du droit au séjour et sur le statut des personnes étrangères. C'est donc au travers de la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), précédemment la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), et de la Loi fédérale sur l'asile (LAsi) que cette compétence a été mise en œuvre, puisque le Code pénal (CP) ne connaît plus la peine accessoire de l'expulsion (art. 55 aCP) depuis l'entrée en vigueur de sa nouvelle partie générale le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

---

<sup>1</sup> Selon le Ministère public vaudois, il est à craindre que la réglementation prévue par la variante 2 entraînera un surcroît de travail considérable pour l'ensemble des autorités pénales, puisqu'on peut supposer que, confronté au spectre d'une expulsion automatique, le prévenu utilisera dès l'ouverture de la procédure préliminaire tous les moyens ou stratagèmes possibles pour éviter une condamnation, quitte à multiplier les requêtes incidentes, les recours et autres procédés dilatoires.

A cet égard, on remarquera que le Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle partie générale du Code pénal mentionnait que l'expulsion en tant que sanction pénale et l'expulsion en tant que mesure de police des étrangers étaient difficilement conciliaires, toutes deux poursuivant des buts différents. L'expulsion ordonnée en vertu de l'ancien article 55 CP obéissait à des considérations d'ordre pénal ; les chances de réinsertion sociale de l'auteur pouvaient notamment inciter à ce qu'il y soit renoncé. En revanche, l'expulsion administrative se fondait – et se fonde toujours – sur des critères de police des étrangers ; le maintien de l'ordre et de la sécurité public étant prépondérant, ses critères d'appréciation étant plus sévères que ceux des autorités pénales et d'exécution des peines [FF 1999, p. 1787 (1908)]. C'est pour cette raison qu'il avait été décidé de supprimer l'expulsion du Code pénal.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, les mesures d'expulsion ne relèvent plus que du droit administratif. Malgré cela, le Conseil fédéral a choisi de mettre en consultation deux projets de modification du Code pénal, alors même que la systématique constitutionnelle imposait une modification de la législation sur les étrangers.

Les deux variantes proposées par le Conseil fédéral obligent ainsi les autorités pénales à tenir en compte des éléments de politique migratoire lorsqu'elles prononceront une sanction susceptible d'entraîner l'expulsion du condamné d'une part (variante n° 1 ad art. 66a al. 2 et 3, 66d P-CP), ou de décider s'il y a lieu de suspendre temporairement l'exécution d'autre part (variante n° 2 ad art. 73c al. 2 P-CP). Confier cette compétence aux autorités pénales n'est pas adéquat, puisqu'elles devront faire appel à des notions qui sortent du cadre du procès pénal et être au fait de la situation politique dans le pays d'origine du condamné, ce qui aura pour effet de surcharger encore plus les tribunaux. En outre, une telle compétence risque de faire de l'expulsion du délinquant la question centrale de certains procès.

A ce propos, il convient encore de relever que si la possibilité de renoncer à l'expulsion pour des infractions de moindre importance est certes judicieuse, elle posera toutefois des problèmes importants au juge au moment de faire une pesée entre l'intérêt du condamné à rester en Suisse et l'intérêt public à ce que le condamné quitte le territoire.

Selon la décision rendue par le tribunal de première instance, il ne sera pas rare que le prévenu ne conteste devant l'autorité d'appel que la question de l'expulsion, de sorte que cette deuxième instance pourrait n'avoir à se prononcer que sur des éléments très accessoires, sinon étrangers, aux questions centrales de nature pénale et que seraient ainsi portées devant une autorité judiciaire de deuxième instance des affaires qui auraient dû être tranchées par des autorités administratives.

En outre, il résulterait de ces deux variantes un système hybride, dès lors que les autorités administratives continueraient, en parallèle, à prononcer des renvois en application de la Loi fédérale sur les étrangers et de la Loi fédérale sur l'asile.

Les deux projets soumis à la consultation prévoient que l'exécution des expulsions pénales incombera aux cantons, ceux-ci étant libres de choisir l'autorité compétente. Elle pourrait ainsi être confiée soit à l'autorité d'exécution des peines et mesures, soit à l'autorité compétente en matière d'étrangers. En cas de recours contre la décision d'expulsion, le condamné devrait alors s'adresser soit à l'autorité de recours en matière pénale, soit à l'autorité de recours en matière administrative.

A nouveau, on ne peut que constater que l'autorité administrative serait mieux à même de trancher le sort de l'exécution de l'expulsion que l'autorité pénale, tant il est vrai qu'elle échappe à toute considération de nature pénale. Cet élément plaide aussi en faveur d'une mise en œuvre de l'initiative dans la législation sur les étrangers plutôt que dans le Code pénal.

L'expulsion du territoire Suisse pour une durée de 5 à 20 ans est une sanction lourde qui ne peut pas être prononcée à la légère, tant les conséquences peuvent être importantes. Ainsi, on conçoit mal qu'une telle sanction puisse être prononcée sans que le prévenu ne soit assisté d'un défenseur. En conséquence, il conviendrait d'ajouter à la liste des cas de défense obligatoire figurant à l'art. 130 CPP, celui dans lequel une expulsion pourrait être ordonnée<sup>2</sup>.

Enfin, aucune des deux variantes ne traite du droit pénal des mineurs. Il convient à cet égard de rappeler que dans le cas des délinquants mineurs, la sanction pénale

---

<sup>2</sup> Cet argument est également soulevé par le Ministère public fribourgeois, lucernois et bernois (déterminations FR, p. 1; déterminations LU, p. 4; déterminations BE, p. 5), étant précisé qu'ils soulèvent également la question des frais importants que de telles défenses engendreront (*ibidem*).

ne résulte pas uniquement de la gravité de l'infraction, mais également et surtout de la personnalité de l'auteur. Ainsi, pourra-t-on ordonner une mesure institutionnelle contre un mineur dont le développement mental est perturbé, alors même qu'il n'a commis que des contraventions.

Pour les délinquants mineurs, l'expulsion ne serait donc pas seulement une mesure totalement disproportionnée, elle violerait également de manière crasse les nombreux traités protégeant les droits de l'enfant.

Pour ces raisons, l'expulsion n'est tout simplement pas envisageable en droit pénal des mineurs.

### **De la variante n° 1**

La variante n° 1 constitue une solution de compromis globalement acceptable. Elle comporte toutefois quelques lacunes et imperfections qu'il paraît nécessaire de combler, respectivement corriger.

1) Cette variante prévoit l'intégration des articles 66a et suivants du projet dans le chapitre consacré aux mesures. Compte tenu de leurs buts et de leurs modalités de mise en œuvre, celles-ci sont soumises au double principe d'individualisation (art. 56 al. 1 CP) et de proportionnalité (art. 56 al. 2 CP). Or, le prononcé automatique de l'expulsion d'un délinquant étranger s'il est condamné en application de l'article 66a alinéa 1 P-CP ne laisse plus de place à de tels principes. L'automatisme de l'expulsion sort ainsi du système de l'individualisation des peines et mesures sur lequel repose notre droit pénal, raison supplémentaire pour laquelle il aurait été préférable d'intégrer cette variante dans le droit des étrangers.

En outre, l'automatisme de l'expulsion aurait comme effet indésirable pour la justice d'inciter les prévenus étrangers à refuser de collaborer, puisque leur collaboration leur permettrait d'obtenir une diminution de peine, ce qui entraînerait donc un renvoi plus rapide dans leur pays d'origine, avec le risque éventuel de représailles de la part des personnes qu'ils ont impliqués.

2) Aux termes de l'article 66a alinéa 1 P-CP, l'expulsion suppose que le prévenu ait été condamné à une peine "*pour l'une des infractions*" énumérées à l'article 66a alinéa 1 P-CP. Le rapport explicatif (rapport p. 21) indique que toutes les formes

de participation doivent être prises en compte, que ce soit comme auteur principal, coauteur, instigateur ou complice. Le projet de texte légal est muet à ce sujet. Il conviendrait donc de le compléter en indiquant que toutes les formes de participation peuvent entraîner une expulsion, comme le mentionne le rapport.

- 3) Parmi les infractions pouvant donner lieu à expulsion figure le "vol (*art. 139*) en lien avec une violation de domicile (*art. 186*)". L'infraction de violation de domicile ne se poursuivant pas d'office, l'expulsion dépendrait en définitive du dépôt ou de l'absence de retrait d'une plainte par le lésé. Une telle situation n'est simplement pas admissible. A cela s'ajoute que l'article 66a alinéa 1 lettre b P-CP ne concrétise qu'imparfaitement la notion d'effraction figurant dans le texte constitutionnel, puisque l'effraction suppose que le vol soit commis en lien avec une violation de domicile et des dommages à la propriété. Ces dernières infractions ne se poursuivent que sur plainte et il est totalement inacceptable et disproportionné de faire dépendre l'expulsion d'un individu du seul dépôt d'une plainte du lésé. En effet, laisser subsister une telle possibilité pourrait avoir comme effet pervers le monnayage du retrait de plainte pour échapper à l'expulsion.
- 4) Lorsqu'un étranger est condamné pour plusieurs infractions dans la même procédure, l'article 66a alinéa 4 P-CP impose au juge de fixer la peine « *imputable* » uniquement aux infractions justifiant une expulsion en vertu de l'article 66a alinéa 1 P-CP, afin de déterminer si la pesée des intérêts prévue à l'article 66a P-CP doit être effectuée selon l'alinéa 2 ou l'alinéa 3. L'application de cette disposition sera très délicate puisqu'à l'heure actuelle, le juge n'est pas obligé de motiver la part de la peine qu'il attribue à chaque infraction<sup>3</sup>. En outre, les tribunaux ne sont pas tenus de motiver les peines inférieures à deux ans (art. 82 CPP). Ainsi sera-t-il difficile de concilier l'obligation de motivation imposée par le projet avec les règles posées par le Code de procédure pénale suisse. Cette obligation de motivation supplémentaire engendrera également un surcroît de

---

<sup>3</sup> L'avant-projet ne règle pas les cas de concours rétrospectif. On pourrait en déduire que l'article 49 alinéa 2 CP s'applique sans restriction, de sorte qu'un prévenu doit en principe être expulsé lorsqu'il est condamné à une peine complémentaire inférieure à 6 mois, mais que la peine totale excède 6 mois (par exemple, un cambrioleur est condamné à une peine de 120 jours entièrement complémentaire à une précédente peine de 120 jours prononcée pour des faits similaires). En outre, on pourrait se poser la question de savoir dans ce cas particulier quel juge serait compétent pour motiver la décision prévue par l'article 66a alinéa 4 P-CP.

travail pour les magistrats, en raison des recours et des oppositions que les justiciables ne manqueront pas de faire, ne serait-ce qu'afin d'obtenir une décision motivée.

- 5) En ce qui concerne la nouvelle infraction d'obtention abusive de prestations d'une assurance sociale, on peut se demander dans quelle mesure il n'aurait pas mieux valu modifier les dispositions pénales relatives aux assurances sociales, plutôt que de créer une nouvelle infraction dans le Code pénal, puisque ce texte contient déjà des dispositions réprimant les abus en matière d'assurances sociales. Cela étant, la nouvelle infraction résulte de la volonté populaire de mieux réprimer les abus en matière d'assurances sociales et d'aide sociale. Dès lors que cette nouvelle norme s'apparente à celle qui réprime l'escroquerie, il serait sans doute opportun qu'elle figure à l'article 146a CP plutôt qu'à l'article 148a CP.
- 6) La variante 1 prévoit encore que tout jugement dans lequel sera prononcée l'expulsion sera inscrit au casier judiciaire et ce, jusqu'au décès de la personne concernée. Une telle stigmatisation n'est pas acceptable, alors même que les dispositions sur le casier judiciaire prévoient un effacement automatique après une certaine durée. Pour cette raison, il conviendrait d'ajouter un alinéa 5bis à l'article 369 CP aux termes duquel l'inscription mentionnant l'expulsion devrait être radiée après une certaine durée<sup>4</sup>. Partant, il serait tenu compte de la gravité de l'infraction commise et il y aurait ainsi une correspondance avec l'alinéa 1 de l'article 369 CP.
- 7) Enfin, si l'expulsion devait être intégrée dans la législation pénale, et même si elle est présentée comme une mesure et non comme une peine, force est de constater qu'elle a, pour le condamné, bien plus les effets d'une sanction que d'une mesure. On peut dès lors se demander s'il ne conviendrait pas de prévoir que la procédure de la grâce lui est applicable.

## **De la variante n° 2**

<sup>4</sup> Selon le Ministère public lucernois et le Ministère public bernois, une radiation du jugement devrait être possible, par exemple en fixant une limite à quinze ans au moins (déterminations LU, p. 4; déterminations BE, p. 4). Le Ministère public vaudois quant à lui suggère que la radiation de l'inscription n'intervienne qu'après une durée égale à celle de l'expulsion ou correspondant à celle du délai de radiation de la peine à laquelle le prévenu a été condamné (déterminations VD, p. 6).

La deuxième variante paraît devoir être écartée d'emblée. Cette version voudrait en effet introduire dans le Code pénal un principe de renvoi automatique, indépendamment de la gravité des infractions, alors que les cas bagatelles<sup>5</sup>, compte tenu notamment du principe de proportionnalité, ne justifient en soi pas qu'une telle mesure soit prononcée. Une expulsion serait ainsi ordonnée de manière complètement abstraite sans tenir compte ni du principe de proportionnalité précité, ni des principes de protection des individus tels qu'ils figurent dans les conventions internationales auxquelles la Suisse a adhéré. Afin de respecter au mieux les engagements que la Suisse a pris à l'égard de la communauté internationale, la variante 1 doit donc être préférée à la variante 2.

Cette variante permettrait au procureur de prononcer l'expulsion du prévenu dans le cadre d'une ordonnance pénale. Cette sanction étant prononcée pour une période de 5 à 20 ans, on ne voit pas comment elle pourrait être ordonnée dans le cadre d'une procédure spéciale dont le législateur a voulu qu'elle sanctionne des actes dont la gravité ne nécessite pas le prononcé d'une peine excédant 6 mois<sup>6</sup>.

S'agissant des modifications du Code pénal militaire proposées dans cette variante, elles devraient, tout comme celles de la variante 1, être intégrées telles quelles dans le Code pénal militaire.

## **Conclusion**

Sous réserve des remarques qui précèdent, la variante 1 paraît très nettement préférable à la variante 2, puisqu'elle concrétise le texte voté par le peuple, tout en ménageant les engagements internationaux de la Suisse, en particulier de l'Accord

---

<sup>5</sup> Selon le Ministère public fribourgeois (déterminations FR, p. 3), cette variante prévoit un catalogue d'infractions trop large, puisqu'il contient notamment des infractions pour lesquelles la procédure prévue à l'art. 55a CP est possible. Il englobe également d'autres infractions qui ne justifient pas un renvoi, en particulier, les actes d'ordre sexuel commis entre une personne âgée de 20 ans et une personne âgée de 15 ans (art. 187 CP) ou le téléchargement d'une seule image de pornographie dure (art. 197 ch. 3<sup>bis</sup> CP).

<sup>6</sup> Selon le Ministère public lucernois, il serait contraire à la lettre de la loi qu'un procureur ordonne l'expulsion d'un prévenu, alors que la procédure pénale réserve le prononcé de mesures aux tribunaux. En outre, prononcé une telle sanction dans une ordonnance pénale aurait pour effet de multiplier le nombre d'oppositions (déterminations LU, p. 2).

sur la libre circulation des personnes et la Convention européenne des droits de l'Homme.

La suppression de l'expulsion dans la nouvelle partie générale du Code pénal a permis de recentrer l'enjeu du procès pénal sur la poursuite des infractions. Une réintroduction d'une telle sanction signifierait un retour en arrière qui aurait pour conséquence d'alourdir sensiblement les procédures, ce qui engendrerait une surcharge de travail pour l'entier de la chaîne pénale et une augmentation sensible des coûts. En effet, certaines procédures prendront une ampleur considérable du seul fait qu'elles pourraient aboutir à une expulsion, alors que les aspects pénaux de ces procédures seraient somme toute limités.

Renens, le 28 septembre 2012



A

CH-3003 Bern-Wabern  
EKM, STE

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern-Wabern, 25. September 2012

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt die EKM die Gelegenheit wahr, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Umsetzung des Art. 121 Abs. 3-6 der Bundesverfassung ihre Stellungnahme zu deponieren. Diese wurde an der Plenarsitzung vom 13. September 2012 diskutiert und – fast einstimmig – verabschiedet.

Die Umsetzung des neuen Artikels 121 der Bundesverfassung ist eine sehr schwierige, eigentlich unmögliche Aufgabe. Die EKM bedauert sehr, dass das Parlament die Ausschaffungsinitiative seinerzeit nicht ungültig erklärt hat. Denn nach ihrer Meinung war von Anfang an klar, dass die Initiative nicht umgesetzt werden kann, ohne Völkerrecht zu verletzen. Die Kommission hofft, dass die Legislative künftig bei Volksinitiativen vertiefter prüft, ob sie tatsächlich umsetzbar sind.

Die Kommission hat die beiden vom Bundesrat vorgelegten Varianten zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative geprüft. Sie stellt fest, dass beide nicht umgesetzt werden können, ohne Völkerrecht zu verletzen. Der Bundesrat schreibt selber in seinem Bericht, dass er eine Regelung gefunden hat, welche den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bis zu einem gewissen Grad Rechnung trägt. Die Kommission kann deshalb keiner der beiden vorliegenden Varianten zustimmen.

Die Variante 2 im Bericht lehnt die EKM grundsätzlich ab, vor allem weil sie auf dem Ausschaffungsautomatismus beharrt und somit auch gegen das Gebot der Verhältnismässigkeit verstösst. Die EKM kann sich aber vorstellen, dass auf Grundlage der Variante 1 des Bundesrates eine Umsetzungsmöglichkeit gefunden werden kann, welche völkerrechtliche Vor-

gaben erfüllt. Insbesondere müsste darauf geachtet werden, dass die Ausschaffungspraxis mit den bestehenden Regeln im Personenfreizügigkeitsabkommen in Einklang gebracht wird (siehe auch Variante 2 oder 3 der Arbeitsgruppe Koller). Laut FZA darf die Schweiz einen EU- oder Efta-Bürger nur wegweisen, wenn *von der Person tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr ausgeht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt*. Dies ist mit Sicherheit nicht bei jeder Verurteilung mit einer Mindeststrafe von 6 Monaten der Fall. Leider sieht auch die EKM keine Umsetzungsvariante, welche vollständig EMRK-konform wäre. Eine solche Lösung muss der Gesetzgeber aber finden.

Diese Verbesserungen vorausgesetzt, könnte sich die EKM eine Umsetzung des Artikels 121 BV im Rahmen des Strafrechts vorstellen. Unabdingbar sind aber Einzelfallprüfung und Mindeststrafe als Voraussetzung für eine Landesverweisung.

Mit freundlichen Grüßen

Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM  
Der Präsident



Prof. Dr. Walter Leimgruber



Secrétariat général

peter.haefliger@bj.admin.ch

BA Justiz  
E - 4. OKT. 2012  
Act

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction  
Droit pénal  
Monsieur Peter Häfliger  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Genève, le 2 octobre 2012  
FER No 31-2012

**Modification du code pénal suisse et du code pénal militaire**

Monsieur,

Nous vous remercions de nous avoir consultés sur l'objet susmentionné et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

Le peuple et les cantons ont approuvé le 28 novembre 2010 l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi), tout en rejetant le contre-projet direct qui lui était opposé. L'article 121 de la Constitution fédérale relatif au séjour et à l'établissement des étrangers en Suisse a donc été complété des alinéas 3 à 6. Ces derniers prévoient que les étrangers condamnés pour certaines infractions ou pour avoir touché abusivement des prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale perdent leur droit de séjourner en Suisse. Ils sont en outre frappés d'une interdiction d'entrer en Suisse allant de 5 à 15 ans.

Le Conseil fédéral propose deux variantes très différentes pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions constitutionnelles même si toutes les deux envisagent de compléter le code pénal d'une nouvelle forme d'expulsion.

La première option, qui se fonde sur les propositions soutenues par une majorité du groupe de travail, nous semble mieux adaptée à la situation. Elle concilie autant que possible le renvoi des étrangers criminels avec les respects des droits de l'homme garantis par le droit international. Le Conseil fédéral propose là une solution qui nous semble acceptable et qui respecte la volonté du peuple tout en évitant en majeure partie un conflit de droit avec l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Cette variante est également proportionnée dans le sens où elle ne consacre pas un automatisme d'expulsion mais prévoit que les infractions soient suffisamment graves (par exemple les viols ou le brigandage) pour justifier le renvoi d'un criminel

étranger. En revanche, il ne nous paraît pas nécessaire d'instaurer une peine minimale, ni de préciser que le juge pénal doit tenir compte du contexte dans lequel a eu lieu l'infraction, la sévérité de la sanction prononcée devant être en lien direct avec la gravité de l'acte commis et la situation personnelle de son auteur.

La seconde variante, proposée par les représentants du comité d'initiative au sein du groupe de travail, part du principe que les nouvelles normes constitutionnelles ont la primauté absolue sur les dispositions constitutionnelles antérieures et sur les règles non impératives du droit international, en particulier les droits de l'homme garantis par ce dernier. Cette variante ne laisse notamment aucune place à l'examen individuel de chaque cas à la lumière du principe de proportionnalité et du droit international non impératif. En d'autres termes, elle instaure un automatisme d'expulsion qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit ainsi que des conventions ou des traités internationaux. Bien que nous ne puissions cautionner les délits commis par des étrangers criminels sur notre territoire, une systématique pure et simple de renvoi pourrait conduire à des situations excessives et indésirables. Dès lors, nous jugeons la variante 2 démesurée eu égard à la réalité des besoins.

Fondé sur ce qui précède, notre préférence se porte sur la **variante 1**, la variante 2 devant être rejetée.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce courrier et vous prions d'agrérer,  
Monsieur, nos salutations les meilleures.



Blaise Matthey  
Secrétaire général



Yannic Forney  
Chef de projet  
FER Genève

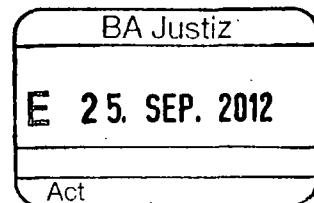
Eidgenössisches  
Justiz- und Polizeidepartement  
3003 Bern

Eidg. Justiz- und  
Polizeidepartement

25. SEP. 2012

No.

Bern, den 24. September 2012  
PD/is/52 14378



**07161 VFG/Vernehmlassungen**  
**Vernehmlassung Umsetzung Ausschaffungsinitiative**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur beabsichtigten Änderung des Straf- und Militärstrafgesetzbuches Stellung nehmen zu dürfen. Mit der heutigen Postaufgabe ist die bis 30. September 2012 angesetzte Vernehmlassungsfrist gewahrt.

Dem Dachverband VFG – Freikirchen Schweiz gehören 16 evangelische Freikirchenverbände an mit 600 Kirchen und ca. 150'000 regelmässigen Gottesdienstbesuchern.

**Unser Verband spricht sich für die Variante 1 aus.**

Grundsätzlich erachtet unser Verband als problematisch, wenn dem Volk Initiativen vorgelegt werden, welche mit dem geltenden Verfassungsrecht und insbesondere mit Grundrechten in Konflikt stehen.

Nach unserer Auffassung lässt sich Variante 2 nicht mit einer Zuweisung an ein Gericht oder die Staatsanwaltschaft vereinbaren, da die anwendbaren Bestimmungen den Behörden keinen Ermessensspielraum einräumen. Die Ausübung von Ermessen ist aber die zentrale Aufgabe des Richters, welcher das abstrakte Gesetz im Einzelfall gerecht zur Anwendung bringen soll.

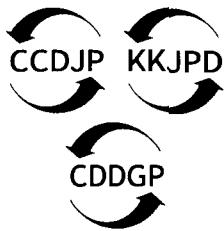
Mit freundlichen Grüßen  
**VFG – Freikirchen Schweiz**



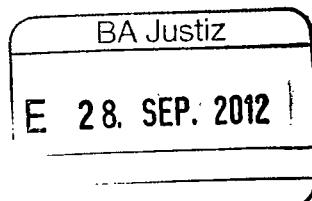
i.A. Peter D. Deutsch, Fürsprecher

**Dreifach**

**Mailkopie an:** peter.haefliger@bj.admin.ch



KONFERENZ DER KANTONALEN JUSTIZ- UND POLIZEIDIREKTORINNEN UND -DIREKTOREN  
CONFERENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS DES DEPARTEMENTS CANTONAUX DE JUSTICE ET POLICE  
CONFERENZA DELLE DIRETTRICI E DEI DIRETTORI DEI DIPARTIMENTI CANTONALI DI GIUSTIZIA E POLIZIA



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Herr Peter Häfliger  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Bern, 26. September 2012

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

Sehr geehrte Herr Häfliger

Die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) wurde eingeladen, zur oben erwähnten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür bestens.

Der Vorstand unserer Konferenz hat beschlossen, auf eine Stellungnahme im Namen der KKJPD zu verzichten, denn er nimmt nur dann Stellung zu einem Geschäft, wenn er die überwiegende Meinung der Mitglieder vertreten kann. Dies ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Vorstand überlässt es deshalb den einzelnen Kantonen, sich zur Vorlage zu äussern.

Besten Dank für die Kenntnisnahme.

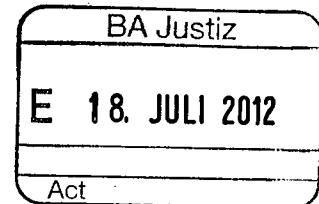
Freundliche Grüsse

Roger Schneeberger  
Generalsekretär



## KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern



Bern, 17. Juli 2012

**Vernehmlassung betreffend Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer).**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz KKP KS bedankt sich für die Gelegenheit, zu den oben erwähnten Gesetzesänderung Stellung nehmen zu dürfen.

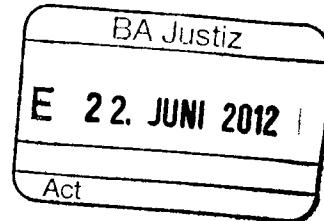
Die vorliegenden Gesetzesänderungen tangieren die operativen Polizeibelange nicht unmittelbar, weshalb die KKP KS an seiner Plenarsitzung (Arbeitstagung) vom Juni 2012 beschlossen hat, auf eine materielle Stellungnahme zu verzichten.

Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Vladimir Novotny  
Generalsekretär KKP KS

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Zürich, 19. Juni 2012 HSC

**Vernehmlassung zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer im StGB und MSTG**

Sehr geehrte Damen und Herren

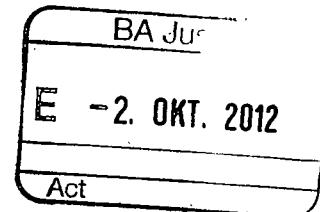
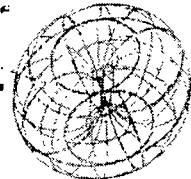
Wir danken für die Gelegenheit, uns zu dieser Vorlage äussern zu können. Leider sehen wir uns aber aufgrund unserer beschränkten Ressourcen zeitlich nicht in der Lage, uns damit eingehend auseinanderzusetzen. Wir müssen daher leider auf eine Stellungnahme verzichten.

Wir danken Ihnen für Ihr Verständnis.

Freundliche Grüsse

Kaufmännischer Verband Schweiz

Hansueli Schütz  
Volkswirtschaftlicher Mitarbeiter



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern, 30. September 2012

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

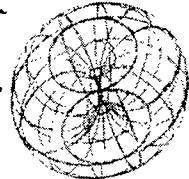
Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Das Netzwerk Kinderrechte Schweiz unterstützt die Variante 1 der zur Stellungnahme vorliegenden Umsetzungen von Artikel 121 Abs. 3 – 6 BV. Aus kinderrechtlicher Sicht sind dabei folgende Punkte wichtig.

**Artikel 3 Kinderrechtskonvention: Kindeswohl als Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.**

- Verhältnis von Völker- und Landesrecht

Der Begleitbericht legt die Rechtslage zum Verhältnis von Völker- und Verfassungsrecht sowie zu verfassungsrechtlichen Bestimmungen untereinander dar. Wir teilen diese Darstellung grundsätzlich, weisen aber darauf hin, dass Artikel 3 KRK in diesem Zusammenhang nicht die ihm zukommende Bedeutung beigemessen wird. Nach Artikel 53 Satz 2 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge gilt eine Norm des allgemeinen Völkerrechts als zwingend, wenn sie von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit als eine Norm angenommen und anerkannt wird, von der nicht abgewichen werden darf. Dies lässt den Katalog des völkerrechtlichen jus cogens offen und bedeutet



gar, dass nicht von einem numerus clausus entsprechender Normen ausgenommen werden darf.

Gemäss Artikel 3 KRK ist bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, sein Wohl ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen. Offener mag die Frage sein, inwieweit nach Einbezug dieses Gesichtspunktes dann auch tatsächlich nach Massgabe des Kindeswohls entschieden werden kann.

Die Kinderrechtskonvention ist von sämtlichen Staaten unterzeichnet und praktisch universell ratifiziert. Artikel 3 KRK hebt sich nach ständiger und unwider-sprochener Praxis des UN-Kinderrechtsausschusses als eines von vier Grundprinzipien von den übrigen Bestimmungen der KRK qualifiziert ab. Uns ist keine nationalstaatliche Rechtsordnung bekannt, die nicht den Grundsatz stützen würde, wonach das Kindeswohl zu berücksichtigen, wenn über Belange entschieden wird, die das Kind direkt betreffen. Der Grundsatz, wonach das Kindeswohl bei Entscheidungen, die das Kind betreffen, als Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist, hat somit den Charakter zwingenden Völkerrechts,

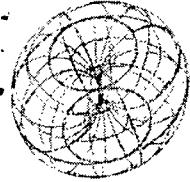
- Verhältnis kollidierender Verfassungsnormen

Auch bei den Ausführungen über Situationen mit kollidierenden Verfassungsnormen wird Artikel 3 KRK mit dem Grundsatz, dem Kindeswohl bei das Kind betreffenden Entscheidungen zu berücksichtigen, nicht die gebührende Bedeutung beigemessen.

Artikel 11 BV verleiht Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts verfolgte der Gesetzgeber mit Artikel 11 BV den Zweck, die in der KRK verbrieften Rechte in allgemeiner Form im Grundrechtsteil zu verankern und diese auch verfassungsrechtlich zu garantieren (BGE 126 II 377, 391). Insofern gibt die Bundesverfassung kinderrechtliche Normen des Völkerrechts wider. Artikel 11 BV geht mit dem zwingenden Teilgehalt von Artikel 3 KRK somit anderen Verfassungsbestimmungen vor.

- Schlussfolgerung

Die Bedeutung von Artikel 3 KRK und Artikel 11 BV wurde in den bisherigen Materialien zur Ausschaffungsinitiative unterschätzt und insofern falsch dargestellt. Ohne die Möglichkeit, das Kindeswohl mitbetroffener Kinder in Ausschaffungsverfahren zu berücksichtigen, widersprechen Artikel 121 Absätze 3 bis 6 BV zwingen-



Netzwerk **Kinderrechte** Schweiz  
Réseau suisse des **droits de l'enfant**  
Rete svizzera **diritti del bambino**  
**Child Rights** Network Switzerland

dem Völker- und vorrangigem Verfassungsrecht. Deshalb kann und darf der Bundesrat nur die vorgeschlagene Umsetzungsvariante 1 ernsthaft vertreten.

### **Jugendstrafrecht**

Wir unterstützen den Standpunkt zum Verzicht der Landesverweisung im Jugendstrafrecht (Ziff. 1.4.6. Begleitbericht). Im Übrigen wurde eine zwingende Ausschaffung bei jugendstrafrechtlichen Fällen von den Initianten der Ausschaffungsinitiative weder thematisiert noch ausdrücklich gefordert.

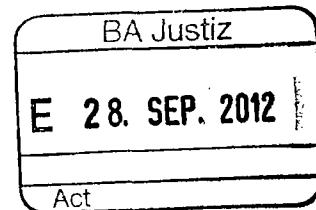
Wir bedanken uns für die Berücksichtigung dieser Standpunkt und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Dr. iur Michael Marugg  
Geschäftsleiter

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Herr Peter Häfliger  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Bern, 25. September 2012



### **Vernehmlassung**

**der Schweizerischen Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht  
zum Schweizerischen Strafgesetzbuch und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von  
Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)**

**Ende der Vernehmlassungsfrist: 30. September 2012**

**Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht**  
Sekretariat  
Maulbeerstrasse 14  
3011 Bern  
Tel. 031 381 45 40  
[info@beobachtungsstelle.ch](mailto:info@beobachtungsstelle.ch)



observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers  
schweizerische Beobachtungsstelle für asyl- und ausländerrecht  
osservatorio svizzero sul diritto d'asilo e degli stranieri

Sehr geehrter Herr Häfliger

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (SBAA) bedankt sich für die Gelegenheit zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes in Bezug auf die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer Stellung zu beziehen.

### **1. Einleitende Bemerkungen**

Bereits im Vorfeld der Abstimmung über die Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer“ hat die Beobachtungsstelle Bedenken bezüglich deren Umsetzung geäussert. Einerseits weil die Initiative gegen internationale Garantien und rechtsstaatliche Prinzipien verstösst, andererseits da diese dem eigentlichen Sinn und Zweck des Strafrechts widerspricht. Nun zeigt sich bei der Umsetzung, dass der neue Verfassungsartikel nur in eine gesetzliche Regelung umgegossen werden kann, 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 das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Grundrechte der Betroffenen zu berücksichtigen behauptet.

### **2. Variante 1**

Die Variante 1 will den neuen Verfassungsartikel grossenteils im Strafrecht und zwar 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.

#### **2.1 Die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips**

Erstens kommt der Deliktkatalog 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 absiehen 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 xxx 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.

## **2.2 Das Kindeswohl**

Wichtig ist ebenso, dass auch die Interessen der Kinder und Jugendlichen berücksichtigt werden. Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen) und die Kinderrechtskonvention garantieren einen speziellen Schutz für Kinder und Jugendliche. Der Situation, dass Kinder/Jugendliche mit der ganzen Familie ausgewiesen werden können, sofern zum Beispiel ein Elternteil straffällig wurde, muss Rechnung getragen werden. Gerade Kindern/Jugendlichen, welche seit Geburt oder frühester Kindheit in der Schweiz leben, sollte ein grösserer Schutz zu kommen. Sowohl in Deutschland, Österreich, Frankreich und Italien gibt es dazu besondere Bestimmungen, welche bei Kindern/Jugendlichen eine Ausweisung verbietet oder nur unter sehr restiktiven Bedingungen zulässt. **Bei den Umsetzungsvorschlägen dieser Volksinitiative wurde dieser Aspekt ausser Acht gelassen und einen speziellen Schutz für Kinder und Jugendliche nicht mitberücksichtigt.**

**Die Variante 1 ist daher abzulehnen.**

## **3. 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 bei nur 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 Zuschlagsstrafe 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 ausländer spezifischen 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.

**Die Variante 2 ist daher abzulehnen.**

#### **4. Zusammenfassend**

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. diese 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 liegen.

Die derzeitige ausländerrechtliche Regelung in den Art. 62 und 63 AuG führt dazu, dass die Fremdenpolizei 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 diskriminierend, 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.

Wir bitten Sie, unsere Bemerkungen und Ergänzungen einfließen zu lassen.

Mit freundlichen Grüßen



Stefanie Kurt  
Geschäftsleiterin SBAA

Der Sekretär: lic.iur. Chr. Winkler, c/o Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, An der Aa 4, Postfach 1356, CH-6301 Zug  
Tel.-Nr. 041 728 46 00 - Fax-Nr. 041 728 46 09 - E-Mail: [christoph.winkler@zg.ch](mailto:christoph.winkler@zg.ch); Internet: [www.skg-ssdp.ch](http://www.skg-ssdp.ch)

An das  
Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Lausanne und Zug, 25. September 2012

**Vernehmlassung zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 - 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) bedankt sich für die Gelegenheit, zur vorgesehenen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 - 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer wie folgt Stellung nehmen zu können.

Generell anzumerken ist, dass die SKG vor dem Hintergrund der Rechtsstaatlichkeit, der Einhaltung des Völkerrechtes sowie der Praktikabilität die auch vom Bundesrat favorisierte Variante 1 bevorzugt. Die diesbezüglichen Ausführungen im erläuternden Bericht zu den einzelnen Bestimmungen sind grundsätzlich nachvollziehbar und verständlich, weshalb diesen nur noch punktuell nachfolgendes anzumerken ist:

***Reglung der Kompetenz betreffend Landesverweisung***

Seit dem 1. Januar 2007 unterstehen Ausweisungsmassnahmen ausschließlich dem Verwaltungsrecht. Trotz dieser Vorbedingungen hat der Bundesrat beschlossen, zwei Änderungsanträge für das Strafgesetzbuch in die Vernehmlassung zu schicken, ungeachtet der Tatsache, dass die Verfassungssystematik zwingend eine Änderung des Ausländergesetzes erforderte.

Die beiden vom Bundesrat vorgeschlagenen Varianten zwingen die Strafbehörden zur Beachtung von Inhalten aus der Migrationspolitik, im Falle der Verhängung einer Strafe, welche die Landesverweisung des Verurteilten (Variante Nr. 1 ad Art. 66a al. 2 und 3, 66d StGB) nach sich ziehen kann oder bei der Entscheidung, ob der Vollzug der Landesverweisung vorübergehend aufgeschoben werden soll (Variante Nr. 2 ad Art. 73c al. 2 StGB). Diese Kompetenz sollte indessen klarerweise nicht den Strafbehörden übertragen werden, da diese sich dann mit Belangen zu befassen haben werden, welche den eigentlichen Rahmen des Strafverfahrens sprengen, zumal zu solcher Entscheidfindung unerlässlich ist, dass auch entsprechend vertiefte Kenntnisse über die politische Situation im Herkunftsland des Verurteilten vorhanden sein müssen. Damit einhergehend droht die Überlastung der Gerichte noch weiter zu wachsen. Ebenso besteht die Gefahr, dass in wohl zahlreichen Verfahren die Landesverweisung zur zentralen Frage gemacht wird und bei dieser Kompetenzregelung gegen erstinstanzliche Urteile von den Verurteilten häufig nur gegen der ausgesprochenen Landesverweisung Berufung erklärt wird, worauf die zweite Instanz dann die Entscheidung über lediglich zweitrangige oder sogar überhaupt nicht zur eigentlichen Strafsache gehörige Punkte zu fällen hat. Entsprechend gelangen Angelegenheiten vor die zweite Instanz, die sinnvollerweise von den Verwaltungsinstanzen hätten entschieden werden müssen. Diese Tatfrage spricht zugunsten einer Umsetzung der Zuständigkeitsregelung betr. Landesverweisung in der Ausländergesetzgebung anstelle der Umsetzung im Strafrecht.

#### **Art. 66a Abs. 1 StGB / Art. 73a Abs. 1 StGB**

Die Aufzählung sämtlicher Tatbestände (Variante 2), welche eine Landesverweisung nach sich ziehen sollen, ist wenig praktikabel. Sinnvoll ist, wie in Variante 1 lit. a vorgesehen, eine Auffangbestimmung zu schaffen, in welcher nicht einzelne Tatbestände aufgezählt, sondern generell schwere, zu einer Landesverweisung führende Verbrechen umschrieben werden. Mit Ausnahme des Menschenhandels würden die explizit gleichwohl in lit. a der Variante 1 aufgezählten Tatbestände (Tötung, Mord, Totschlag, Raub, Vergewaltigung) darunter fallen. Auf die Aufzählung in lit. a Variante 1 ist deshalb gänzlich zu verzichten und, es müsste für den Menschenhandel eine separate litera eingeführt werden:

Stossend an Variante 2 ist, dass bei der vorgeschlagenen Formulierung beispielsweise auch die pornographische Übertretung von Art. 197 Abs. 2 StGB oder die unter Umständen eine Täglichkeit nur leicht übersteigende einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB zu einer Landesverweisung führen. Dies entspräche aber kaum der Intention der Initiative und ginge weit über die neue Bestimmung in der Bundesverfassung hinaus (Art. 122 Abs. 3 BV), in welcher von schweren Sexualdelikten oder Gewaltdelikten wie Raub die Rede ist.

Nicht einsehbar ist sodann, weshalb ein schweres Vermögensdelikt angesichts dessen unter Umständen massiven Schädigungspotentials in der Variante 2 mit Ausnahme von lit. f nicht – wie in Variante 1 (lit. a) ausdrücklich vorgesehen – zu einer Ausschaffung der verurteilten Täter führen soll.

#### **Art. 66a Abs. 2 StGB / Art. 73a Abs. 2 StGB**

In Variante 2 ist stossend, dass sämtliche der aufgeführten Delikte, automatisch und ohne Prüfung des Einzelfalles, zur Landesverweisung führen sollen. Dies, wie dargelegt, selbst bei geringfügigen Verstößen bzw. nicht schweren Straftaten.

Indem Variante 1 nicht unbesehen der Schwere der (abstrakten) Tat, die Landesverweisung vorsieht, wird dem in der Schweiz prinzipiell in allen Bereichen geltenden Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung getragen. Es geht nicht an, sich über dieses Prinzip hinwegzusetzen.

zen und einschneidende Massnahmen, welche eine Landesverweisung von fünf und mehr Jahren zweifelsohne darstellt, bereits bei der Verurteilung von Bagatelldelikten bzw. gar bei Übertretungen durchzusetzen. Die Festlegung einer Mindestgrenze der ausgefallenen Strafe von sechs Monaten ist sicherlich ein taugliches Instrument, um diesem Ansinnen Rechnung zu tragen. Auch vor diesem Hintergrund ist Variante 1 zu unterstützen.

#### **Art. 66a Abs. 3 StGB**

Es wäre sinnvoll, dass bei verübten Straftaten, die mit einer Sanktion von über sechs Monaten Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen geahndet werden, in jedem Fall die Landesverweisung ausgesprochen wird. Für Härtefälle sieht Art. 66d StGB den Aufschub der Landesverweisung vor, so dass der Prüfung einer Rückschaffung in ein kritisches Umfeld unter diesem Titel Rechnung getragen werden kann. Zumindest wäre bei Strafen ab zwei Jahren entsprechend zu verfahren.

#### **Art. 148a StGB / Art. 151 StGB**

Von der Substanz her entsprechen VE-Art. 148a bzw. 151a weitgehend den heutigen Sonderstrafbestimmungen, sieht man von den erhöhten Maximalstrafen ab (Art. 87 AHVG, in Verbindung mit Art. 70 IVG, Art. 25 EOG, Art. 23 FamZG und Art. 23 FLG; ferner Art. 31 ELG, Art. 76 BVG, Art. 105 AVIG, Art. 92 KVG). So wird auf das Kriterium der Arglist verzichtet, und die Normen enthalten die Komponenten eines echten Unterlassungsdelikts. Nach wie vor ist der objektive Tatbestand nur dann erfüllt, wenn dem Leistungsbezüger nachgewiesen werden kann, dass die Täuschung / Meldepflichtverletzung zur Ausrichtung ungerechtfertigter Leistungen führte. Bemerkenswert ist immerhin, dass die kantonal geregelte Sozialhilfe auf Bundesebene durch eine Sonderstrafnorm geregelt wird.

Es ist zu begrüßen, dass die Sonderstrafnorm des missbräuchlichen Bezugs von Sozialhilfe als *Vergehen* und nicht bloss als Übertretung ausgestaltet wird. Ebenso ist zu unterstützen, dass für Meldepflichtverletzungen (soweit sie sich auf die Leistungen auswirken) höhere Strafen möglich sind, als bis anhin, indessen ist eine Maximalstrafe von einem Jahr für echte Unterlassungen noch immer unangemessen tief. Die Höchststrafe müsste auf drei Jahre angehoben werden.

Es besteht die Gefahr, dass mit Inkrafttreten der neuen Strafbestimmung vermehrt vom Betrug auf die neue Strafnorm „ausgewichen“ wird, um die nachzuweisende Arglist zu umgehen. Dies würde im Ergebnis zu deutlich tieferen Strafen führen. Um dieser Gefahr teilweise zu begegnen, sollte die Subsidiarität der neuen Strafnorm in VE-Art. 148a bzw. 151a StGB explizit erwähnt werden (was sich bei der vorgeschlagenen Variante nur indirekt aus Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB ergibt).

Bedauerlich ist sodann, dass die Lüge bzw. Meldepflichtverletzung gegenüber den zuständigen Behörden nach wie vor eine Übertretung bleibt, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass die Täuschung einen Einfluss auf die Höhe der Leistungen hat.

In strafprozessualer Hinsicht wäre wünschenswert, wenn Art. 148a StGB als Katalogtat in Art. 269 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 281 Abs. 4 und Art. 286 Abs. 2 StPO aufgenommen würde. Damit wäre sichergestellt, dass die für die Ermittlungen im Bereich missbräuchlicher Leistungsbezüge notwendigen geheimen Überwachungsmassnahmen (Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr, Einsatz technischer Überwachungsgeräte, Verdeckte Ermittlung) eingesetzt werden können.

Hinzuweisen ist sodann, dass die von Nationalrat Daniel Jositsch am 4. Juni 2012 eingereichte Parlamentarische Initiative darauf abzielt, die Arglist aus dem Betrugstatbestand von Art. 146 StGB herauszulösen. Wird der Vorschlag umgesetzt, ist die Schaffung eines neuen Straftatbestandes für Missbräuche im Sozialhilfe- und Sozialversicherungsbereich obsolet, da entsprechendes Handeln unter dem herkömmlichen Betrugstatbestand geahndet werden könnte. Doppelspurigkeiten und die Schaffung neuer Straftatbestände ohne Not sind auf jeden Fall zu vermeiden.

#### **Zuständigkeit (Art. 73b StGB; Variante 2)**

Variante 2 sieht vor, dass auch die Staatsanwaltschaft eine Landesverweisung aussprechen kann. Einschneidende Massnahmen, wie die Landesverweisung eine darstellt, müssen durch ein unabhängiges Gericht geprüft werden. Vor dem Hintergrund der notwendigen Interessenabwägung ist deren Ausfällung im raschen, primär für Massendelikte vorgesehenen Strafbefehlsverfahren rechtsstaatlich problematisch.

#### **Anpassungen im AuG**

Die weiteren Anpassungen im AuG sind angesichts des Umstandes, dass mit der strafrechtlichen Landesverweisung eine neue Massnahme im Strafgesetzbuch aufgenommen werden soll, zu begrüßen, werden dadurch doch Doppelspurigkeiten zwischen strafrechtlichen und ausländerrechtlichen Fernhaltemassnahmen vermieden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

SCHWEIZERISCHE  
KRIMINALISTISCHE GESELLSCHAFT

Le Président:



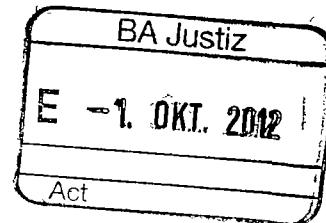
Eric Cottier

Der Sekretär:



Christoph Winkler

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Winterthur, 28. September 2012

**Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz  
(Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung  
krimineller Ausländerinnen und Ausländer) / Ihr Schreiben vom 25.  
Mai 2012 / Stellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken wir Ihnen für die Zustellung der Vernehmlassungsunterlagen und für die Gewährung der Möglichkeit, zu den Vorentwürfen des Bundesrates Stellung nehmen zu können.

Der Bundesrat schickt zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen in die Vernehmlassung. Im Schreiben vom 25. Mai 2012 weist die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes darauf hin, dass der Bundesrat Variante 1 favorisiere. Diese Variante strebe eine vermittelnde Lösung an, welche sowohl dem von den neuen Verfassungsbestimmungen angestrebten Ausweisungautomatismus als auch den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung trage.

**Der Vorstand der SVJ teilt diese Beurteilung und gibt ebenfalls Variante 1 den Vorzug.**

Zu den beiden Varianten erlauben wir uns die folgenden Anmerkungen:

**Zu Variante 1:**

Der Bundesrat führt im Erläuternden Bericht vom 14. Mai 2012 aus, dass bei Variante 1 auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht verzichtet wird (Bericht S. 28 f.). Der Bundesrat verweist zu Recht auf den Umstand, dass das schweizerische Recht unmündige Täter strafrechtlich nicht gleich behandelt wie mündige. Mit Inkrafttreten des Jugendstrafgesetzes (Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (JStG), SR 311.1) wurde das Jugendstrafrecht aus dem Strafgesetzbuch ausgegliedert. Als zentrale Bestimmung werden in Art. 2 JStG Schutz und Erziehung des straffälligen Jugendlichen als programatische Prinzipien vorangestellt. Nicht „Sühne“ steht im Vordergrund, sondern eine re-sozialisierende, täterbezogene Sanktion. In erster Linie werden daher Sanktionen bei Jugendlichen nicht nach der Schwere der Straftat und dem damit verbundenen Verschulden bestimmt, sondern nach den persönlichen Bedürfnissen des Jugendlichen. Das Jugend-

strafrecht gilt daher, im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht nicht als Tatstrafrecht, sondern als Täterstrafrecht. Werden in einem Jugendstrafverfahren Bestimmungen des Strafgesetzbuches angewendet, so sind diese sinngemäss, d.h. entsprechend dem Sinn und Zweck des Jugendstrafrechts anzuwenden (Art. 1 Abs. 2 JStG). Mit dem Bundesrat ist daher festzustellen, dass eine zwingende Landesverweisung, die sich ausschliesslich am Delikt orientiert, dem Grundgedanken des Jugendstrafrechts entgegen steht.

Wir pflichten dem Bundesrat bei, dass die bereits bestehenden Fernhaltemassnahmen nach dem AuG (z.B. ein Einreiseverbot) für Jugendliche sachgerechter sind, weil bei deren Erlass umfassend auf die persönliche Situation des Jugendlichen und die konkrete Gefährlichkeit abgestellt werden kann. Weiter trifft auch zu, dass eine Landesverweisung für Jugendliche weiter reichende Konsequenzen haben kann als für Erwachsene. So befinden sich viele Jugendliche noch in der Ausbildung und sind in der Schweiz aufgewachsen; etliche Jugendliche beherrschen die Sprache ihres Heimatlandes nur unzureichend und unterhalten oft nur wenige Kontakte zu ihrem Heimatland.

**Aus diesen Gründen ist auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht zu verzichten.**

Bei einem Verzicht auf die Einführung der Landesverweisung erlauben wir uns der guten Ordnung halber den Hinweis, dass Art. 1 Abs. 2 Bst. n des JStG dahingehend zu ergänzen wäre, dass Art. 369 Abs. 5bis (neu) StGB sowie Art. 371 Abs. 4bis (neu) StGB im Jugendstrafrecht keine Anwendung finden.

**Zu Variante 2:**

Variante 2 wurde von Vertretern des Initiativkomitees im Rahmen der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe als eigener Umsetzungsvorschlag eingebracht.

Gemäss Bundesrat lässt Variante 2 offen, ob eine Landesverweisung auch im Jugendstrafrecht vorgesehen werden soll (Bericht S. 35).

Sollte die Regelung von Art. 73a–d E-StGB im Jugendstrafrecht Anwendung finden, müsste Art. 1 Abs. 2 Bst. d JStG geändert werden. Gemäss dieser Bestimmung sind im Jugendstrafverfahren nur die Art. 69 bis 73 StGB sinngemäss anwendbar. Da Variante 2 keine Änderung des JStG vorsieht, ist davon auszugehen, dass auch die Vertreter des Initiativkomitees bei Variante 2 auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht verzichtet wollen.

Die Gründe, die bei Variante 1 für einen Verzicht auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht sprechen, gelten auch für den Regelungsentwurf in Variante 2. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es gerade bei Jugendlichen, die sich in einer Ausbildung befinden oder in der Schweiz aufgewachsen sind, besonders stossend wäre, wenn sie aufgrund eines Bagateldeliktes mit einer Landesverweisung belegt würden.

Schliesslich ist weiter anzumerken, dass gemäss Art. 7 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 29. November 1989 einem Kind das Recht zukommt, soweit möglich von seinen Eltern betreut zu werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

**Schweizerische Vereinigung für  
Jugendstrafrechtspflege**  
Der Präsident

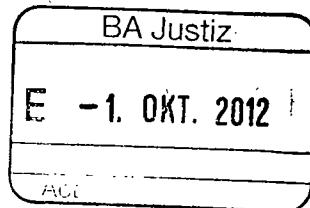


lic. iur. Marcel Riesen-Kupper

---

**lic. iur. Marcel Riesen-Kupper, Präsident**

Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich · Tösstalstr. 163 · 8400 Winterthur  
Telefon: 052 235 07 80 · Fax: 052 235 07 99 · E-Mail: marcel.riesen@ji.zh.ch



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich  
Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

RR/nh            312

Bern, September 2012

**Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen bestens für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorschlägen betreffend Umsetzung der Ausschaffungsinitiative.

**I. Vorbemerkungen**

Dem Schweizerischen Anwaltsverband fällt es grundsätzlich schwer, Stellung zu Vorschlägen zu beziehen, welche Grundrechte verletzen. Beide vorgeschlagenen Varianten verletzen Grundrechte, insbesondere Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Weil die Variante 2 einen Ausweisungsautomatismus vorsieht (zwingende Ausweisung ohne Ausnahmen ausser zwingendes Völkerrecht wie Folterverbot), die Variante 1 jedoch den Automatismus durch eine gewisse Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und Menschenrechtsgarantien begrenzt, äussert sich der Schweizerische Anwaltsverband nur zur Variante 1. Die Variante 2 ist abzulehnen.

**2. Stellungnahme zu Variante 1**

**Zu Art. 66 a, Abs. 1**

Der vorgesehene Deliktskatalog ist unbefriedigend und lässt Fragen offen. So ist in lit. b Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch als Anlassstat erwähnt. Dabei ist zu beachten, dass Hausfriedensbruch ein Antragsdelikt ist, was bedeutet, dass mehr oder weniger zufällig bleibt, ob Strafantrag gestellt wird oder nicht. Die geschädigte Privatperson sollte nicht Landesverweiser sein können.

Zu lit. c (Sozialhilfebetrug) wird festgehalten, dass die Tatschwere viel leichter sein kann als bei gewöhnlichem Betrug, welcher ja keine Katalogstrafat darstellt. Leider sieht der Verfassungstext jedoch ausdrücklich vor, dass Sozialhilfebetrug eine Anlasstat für die Ausschaffung sein soll.

zu Art. 66a, Abs. 2

Nach Auffassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes ist die Grenze von sechs Monaten Freiheitsstrafe zu tief. Es wird vorgeschlagen, diese auf ein Jahr Freiheitsstrafe zu erhöhen.

Die einjährige Grenze gilt auch in der Ausländergesetzgebung gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts als mögliche Grenze für einen Bewilligungsentzug (vgl. Art. 62 lit. b AuG; BGE 135 II 377). Der Bundesgesetzgeber sieht bei Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr eine notwendige Verteidigung vor (Art. 130 StPO) und lässt den teilbedingten Vollzug für Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr zu. Die Grenze von einem Jahr Freiheitsstrafe ist somit als Grenze für eine schwerere Straftat im Strafrecht verbreitet. Zudem sieht Art. 66 a neu in Abs. 1 lit. a für die Auffangklausel auch ein Jahr Mindeststrafe vor. Auch die besondere Vollzugsform des Electronic Monitoring sieht eine (maximal) Grenze von einem Jahr vor.

Der Antrag auf Erhöhung der sechs Monate Freiheitsstrafe auf 12 Monate (oder 1 Jahr) in Abs. 2 ist damit begründet.

Die Erhöhung auf 12 Monate Freiheitsstrafe als Grenze bedeutet, dass gestützt auf Art. 66a, Abs. 3 nur des Landes verwiesen werden kann, wer als Sanktion zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Wer zur einer Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit verurteilt wurde, kann nur des Landes verwiesen werden, falls gemäss Art. 66a, Abs. 2 die öffentlichen Interessen die privaten Interessen überwiegen. Dies wäre dann insbesondere bei schlecht integrierten Ausländern ohne familiäre Bindungen in der Schweiz möglich.

Zu Art. 66a, Abs. 3

Die Grenze von 6 Monaten ist auf 12 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen. Die 180 Tagessätze Geldstrafe sind zu streichen.

Bei der Prüfung der Unzumutbarkeit ist nach Auffassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes die Art der Bewilligung zu beachten. In der Schweiz geborene Ausländer mit C-Bewilligung, die ihr Heimatland nie gesehen haben und bei denen die Einbürgerung zum Beispiel nicht möglich war wegen eines leichten jugendrechtlichen Vergehens, sollte die Unzumutbarkeit der Ausweisung eher bejaht werden als bei Ausländern mit anderen Bewilligungen, insbesondere der Aufenthaltsbewilligung B.

Die bestehende Ausländergesetzgebung differenziert ebenfalls zwischen den Bewilligungsarten.

Zu Art. 66a, Abs. 4

Der SAV begrüsst die vorgesehene Differenzierung.

Zu Art. 66 b

Keine Bemerkungen

Zu Art. 66c

Keine Bemerkungen

Zu Art. 66d

Keine Bemerkungen

Zu Art. 148a (neuer Straftatbestand)

Im Rahmen der Abwägung der Interessen nach Art. 66a Abs. 2 Vorentwurf ist trotz relativ geringer Strafandrohung eine Landesverweisung möglich, wenn die öffentlichen Interessen die privaten überwiegen. Somit liegt kein Widerspruch zur beantragten Erhöhung der Grenze von sechs Monaten in Art. 66a Abs. 2 Vorentwurf vor.

Zu Art. 369 Abs. 5 bis

Der Eintrag bis zum Tod darf ausschliesslich im Zusammenhang mit der Landesverweisung verwendet werden. Der Kerngehalt von Art. 369 Abs. 7 („Nach der Entfernung darf die Eintragung nicht mehr rekonstruierbar sein. Das entfernte Urteil darf den Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden“) darf nicht tangiert werden.

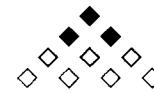
3. Zur vorgesehenen Anpassung/Änderung des Militärstrafgesetzbuches verzichtet der Schweizerische Anwaltsverband auf eine Stellungnahme.

Soweit die Haltung des SAV zum vorliegenden Entwurf. Gerne gehen wir davon aus, dass unsere Anliegen in der weiteren Arbeit Berücksichtigung finden werden.

Mit freundlichen Grüssen  
Für den Schweizerischen Anwaltsverband

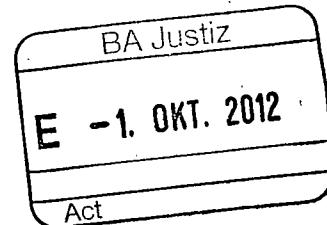
Dr.iur. Beat von Rechenberg  
Präsident

René Rall  
Generalsekretär



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND  
UNION PATRONALE SUISSE  
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Zürich, 28. September 2012 RDB/sm  
[derrer@arbeitgeber.ch](mailto:derrer@arbeitgeber.ch)

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns zur Stellungnahme zur Vernehmlassung zu «Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)» eingeladen. Wir danken Ihnen für die uns eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Ausschaffungsinitiative wurde am 28. November 2010 an der Urne angenommen. Die so neu eingefügten Artikel der Bundesverfassung gilt es nun umzusetzen. Sie unterbreiten uns dazu 2 Varianten, zu denen wir uns gerne äußern.

**1. Zusammenfassung der Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV)**

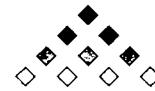
Unsere Position lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Der SAV unterstützt Variante 1.

**2. Allgemeine Überlegungen zur Bedeutung der Personenfreizügigkeit**

Der gut funktionierende, flexible und zur EU hin offene Arbeitsmarkt zählt zu den wichtigsten Standortstücken der Schweiz. Diese Stärke gilt es zu erhalten. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen und Analysen erscheint die Personenfreizügigkeit als Gewinn für die Schweiz und als notwendige Voraussetzung für die weitere wirtschaftliche Prosperität unseres Landes.

Zahlreiche Studien und Berichte und – ebenso wichtig – die Erfahrungen der Unternehmungen zeigen, dass die Personenfreizügigkeit wachstumshemmende Lücken des schweizerischen Arbeitsmarkts füllt. Die gute Verfügbarkeit von qualifizierten Arbeitskräften ist für unser Land und seine hoch-



entwickelte Volkswirtschaft von entscheidender Bedeutung, kann aber allein aus dem relativ kleinen inländischen Arbeitsmarkt heraus nicht gewährleistet werden.

Wer die Personenfreizügigkeit abschaffen will, der nimmt eine drastische Schwächung des Standorts Schweiz in Kauf. Denn den hiesigen Unternehmungen ginge nicht nur die Arbeitsmarkttöffnung zur EU verloren, sondern sie würden wegen der Guillotine-Klausel auch alle Vorteile der Bilateralen I, insbesondere den diskriminierungsfreien Zugang zum EU-Binnenmarkt, verlieren.

### **3. zu den vorgeschlagenen Varianten**

Die Ausschaffungsinitiative strebt einen Automatismus für die Ausweisungen an. Es gilt jedoch den Zielen der Ausschaffungsinitiative Rechnung zu tragen, ohne dabei das rechtliche Umfeld ausser Acht zu lassen. Die völkerrechtlichen Bestimmungen und die fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätze müssen mit der Umsetzung vereinbar sein.

Variante 2 beachtet diese Vereinbarkeit nicht in genügendem Masse. Es besteht kein Raum für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips; die Ausweisung würde ausnahmslos auch bei weniger schweren Delikten erfolgen. Sowohl das Schweizer Rechtsempfinden wie auch die Vereinbarungen im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EU verlangen jedoch eine Verhältnismässigkeitsprüfung des Einzelfalls. Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gilt das Erfordernis der hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung für eine Landesverweisung oder ein Einreiseverbot. Dabei sind die Kriterien im Einzelfall zu überprüfen. Kann die Schweiz diesem Grundsatz nicht mehr nachkommen, müsste sie folgerichtig das FZA kündigen, resp. es würde seitens der EU gekündigt werden.

Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Neuverhandlung mit der EU in diesem Punkt zu anderen Ergebnissen führen wird, da es sich bei der Personenfreizügigkeit um eine der zentralen Freiheiten und einen der Grundpfeiler der Europäischen Union handelt. Auch die Praxis des europäischen Gerichtshofs (EUGH) weist nicht darauf hin, dass eine Sonderlösung mit der Schweiz eingegangen werden würde, nachdem auch EU-Mitgliederstaaten aufgrund nationaler Regelungen für Verstöße gegen das einschlägige EU-Recht verurteilt worden sind.

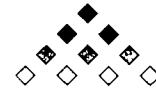
Eine Kündigung des Abkommens hätte nicht nur für die Flexibilität des schweizerischen Arbeitsmarktes negative Folgen, sondern es besteht darüber hinaus das Risiko einer Kündigung der anderen Dossiers der Bilateralen I (Guillotine-Klausel). Der Schaden für den Wirtschaftsstandort Schweiz wäre immens, die Zukunft des Bilateralismus gefährdet.

Mit Variante 1 wird eine Lösung angestrebt, welche den Volkswillen berücksichtigt und die gleichzeitig dem Ausweisautomatismus sowie den rechtsstaatlichen Prinzipien (namentlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip) Rechnung trägt. Variante 1 trägt den Menschenrechtsgarantien und den Schweizer Verpflichtungen im Rahmen des FZA besser Rechnung, weil der Katalog der Straftaten, die automatisch zur Ausweisung führen, auf schwere Verbrechen konzentriert wird.

Die Personenfreizügigkeit ist aus Sicht des SAV von zentraler Bedeutung für den Schweizer Arbeitsmarkt. Die heute anwesenden Zuwanderer, welche gut 20% der Bevölkerung, aber 25% der Arbeitskräfte ausmachen, sind unverzichtbar. Gerade angesichts der demographischen Entwicklung ist die Schweiz auch in Zukunft auf Zuwanderer angewiesen. Die Personenfreizügigkeit darf deshalb nicht gefährdet werden.

### **4. Schlussfolgerung**

Aufgrund der obenstehenden Ausführungen unterstützt der SAV demnach Variante 1.



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND  
UNION PATRONALE SUISSE  
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, welche Sie unseren Bemerkungen entgegenbringen und bitten Sie, unsere Anträge zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Thomas Daum  
Direktor

Ruth Derrer Balladore  
Mitglied der Geschäftsleitung

**Réponse à la procédure de consultation concernant la révision du Code pénal suisse et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif à l'expulsion des étrangers criminels) du Conseil suisse des activités de jeunesse (CSAJ)**

Le Conseil suisse des activités de jeunesse (CSAJ) est l'organisation faîtière d'environ 65 organisations de jeunesse de Suisse actives dans le travail extrascolaire des jeunes. Le CSAJ met ces associations en réseau et représente leurs intérêts au niveau politique ainsi qu'auprès de la population. La politique de l'enfance et de la jeunesse représente l'activité principale du CSAJ. Celui-ci s'engage au niveau national et international pour que les jeunes puissent participer aux décisions politiques et que les intérêts de la jeune génération soient pris en considération.

Lors du passage devant le peuple de l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels », le CSAJ s'est prononcé contre cette initiative, notamment à cause des problèmes qu'elle pose par rapport aux engagements internationaux de la Suisse, en particulier en matière de respect des droits de l'enfant.

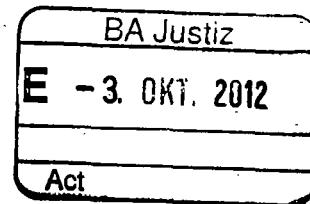
Après acceptation de cette initiative par le peuple, et après avoir pris connaissance des deux variantes soumises en consultation pour la mise en œuvre de cette dernière, le CSAJ réitère le rejet des dispositions comprises dans ce texte. Cependant, il est d'avis que la variante 1 porte la moins atteinte aux dispositions prévues dans la Convention relative aux droits de l'enfant, dans la mesure où elle permet le report du renvoi (art. 66) et de renoncer au renvoi en cas d'incompatibilité avec l'intérêt supérieur de l'enfant (art 66a, al 3), tel que le mentionne le rapport explicatif du Conseil fédéral.

Le CSAJ est vivement préoccupé par le fait qu'aucune mesure concernant les enfants et les jeunes ne soit prévue dans la variante 2 mise en consultation et fait appel au Conseil fédéral pour que ce dernier prenne des mesures correctives.

# SCHWEIZERISCHER FRIEDENSRAT

Postfach 1808  
8021 Zürich  
[info@friedensrat.ch](mailto:info@friedensrat.ch)  
PC 80-35870-1

Tel. 044 242 93 21  
Fax 044 241 29 26  
[www.friedensrat.ch](http://www.friedensrat.ch)



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Zürich, 30. September 2012

## **Vernehmlassung des Schweizerischen Friedensrates zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, uns an der Vernehmlassung zu den beiden Varianten zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV beteiligen zu können. **Für uns ist keine der beiden Varianten akzeptabel, weil beide zu einer Verletzung des Völkerrechts und insbesondere zu einer Beeinträchtigung der Menschenrechte führen.** Beides ist für uns unakzeptabel und führt zu einer Schwächung der internationalen Stellung der Schweiz. Unser Land ist darauf angewiesen, weltweit Geschäfte in einem geregelten Rahmen tätigen zu können. Verlässliche, völkerrechtlich geregelte Beziehungen sind das Fundament, auf dem das Wohlergehen unseres Landes beruht.

Am 24. September dieses Jahres war die Rechtsstaatlichkeit Thema der UNO-Generalversammlung und die Schweiz hat sich zu Recht für ihre Stärkung auf internationaler Ebene eingesetzt und ist diesbezüglich auch einige Selbstverpflichtungen eingegangen. Dem muss aber auch die schweizerische Gesetzgebung entsprechen. Und da muss klar festgehalten werden, dass die Bestimmungen der Ausschaffungsinitiative (Art. 121Abs. 3-6 BV) nicht menschen- und völkerrechtskonform umgesetzt werden können. **Statt untaugliche Versuche zu ihrer Umsetzung zu machen, müssen Bundesrat und Parlament Wege suchen, wie diese Bestimmungen aus der Bundesverfassung entfernt werden können.**

Dass es überhaupt zur heutigen Situation kommen konnte, ist auf ein schweres Versagen des Bundesrates und der Eidgenössischen Räte zurückzuführen. Indem der Bundesrat nicht den Mut oder die Ehrlichkeit hatte, in seiner Botschaft zur Initiative vom 24. Juni 2009 ihre Ungültigkeitserklärung zu beantragen, hat er die Weichenstellung in die falsche Richtung vorgespurt. Und indem die Eidgenössischen Räte seinem Antrag mehrheitlich

gefolgt sind, haben sie ihre verfassungsmässigen Pflichten nicht wahrgenommen. So sind sie durch Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung an die Grundrechte gebunden und haben zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Der Beschluss zur Gültigerklärung der Ausschaffungsinitiative ist nur durch einen Verfassungsbruch von Bundesrat und Parlament zustande gekommen.

**Wir beantragen deshalb, dass der Bundesrat auf die Ausarbeitung einer Vorlage zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative verzichtet.**

Stattdessen soll er

1. einen Vorschlag ausarbeiten, wie menschen- und völkerrechtswidrige Bestimmungen aus der Bundesverfassung entfernt werden können;
2. einen Vorschlag dafür ausarbeiten, dass das Bundesgericht Volksinitiativen auf ihre Übereinstimmung mit den Menschenrechten und dem Völkerrecht überprüfen kann;
3. einen Vorschlag für eine Ausführungsgesetzgebung zu Art. 35 der Bundesverfassung ausarbeiten, damit seine Bestimmungen vom toten Buchstaben zu verbindlicher Verpflichtung werden.

In Bezug auf die beiden vorgeschlagenen Varianten zur Umsetzung der Bestimmungen von Art. 121 Abs. 3-6 BV verweisen wir auf die Vernehmlassung von Solidarité sans frontières, der wir uns diesbezüglich anschliessen.

In der Hoffnung, einen Ausweg aus der Sackgasse aufgezeigt zu haben, in die sich Bundesrat und Parlament mit der Nichtwahrnehmung ihrer Pflicht manövriert haben, die Ausschaffungsinitiative ungültig zu erklären, verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHER FRIEDENSRAT



Ruedi Tobler, Präsident



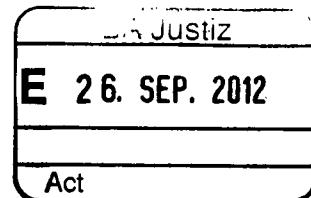
Schweizerischer  
Gemeindeverband

Association des  
Communes Suisses

Associazione dei  
Comuni Svizzeri

Associazion da las  
Vischnancas Svizras

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Urtenen-Schönbühl, 25.09.2012

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit, uns im Rahmen der Vernehmlassung zu oben genannter Vorlage aus Sicht der rund 1800 dem Schweizerischen Gemeindeverband (SGV) angeschlossenen Gemeinden und Städten äussern zu können, danken wir Ihnen.

Der Bundesrat legt zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen der Ausschaffungsinitiative zur Vernehmlassung vor. Aus politischer Sicht lässt sich in Bezug auf die Varianten 1 und 2 keine einheitliche Meinung der Gemeinden und Städte erzielen. Die kommunale Ebene wird aber im Rahmen des Vollzuges eines Landesverweises auf zahlreiche praktische und je nach Variante kaum zu lösende Probleme stossen, denn die auszuschaffende Person mit ihren Angehörigen lebt irgendwo in der Gemeinde, wo die Wirkungen des Landesverweises spür- und sichtbar werden. Der SGV nimmt deshalb zur Vorlage aus Sicht der Vollzugsebene und der mit der Umsetzung verbundenen Herausforderungen Stellung.

Im Gegensatz zur Variante 2 trägt die Variante 1 rechtsstaatlichen Grundprinzipien und völkerrechtlich gewährleisteten Menschenrechtsgarantien weitgehend Rechnung. Weiter reduziert die Variante 1 das Risiko von Verstössen gegen das Freizügigkeitsabkommen (FZA), beseitigt es aber nicht vollständig. Aufgrund der Beschränkung des Deliktataloges auf schwere Verbrechen und aufgrund des Mindeststrafmasses werden die Vorgaben des FZA möglichst wenig tangiert. Zudem hat die Schweiz im Rahmen der Variante 1 die Möglichkeit einer Nachbesserung.

Bei der Variante 2 ist eine Prüfung der Verhältnismässigkeit nicht vorgesehen. Die Wegweisung wird automatisch und unabhängig von der Höhe und der Schwere der Strafe vollzogen. Damit kann ein Landesverweis auch in Bagatelfällen erfolgen. Betroffen sein können ebenfalls bisher unauffällig gebliebene Ausländerinnen und Ausländer der zweiten oder dritten Generation, die im ursprünglichen Herkunftsland über keinerlei soziale Bezüge verfügen. Gerade Jugendliche und junge Erwachsene, die für eine gesunde Entwicklung auf die Begleitung und Unterstützung der Eltern angewiesen sind, würden somit alleine ins für sie fremde Herkunftsland abgeschoben. Solche Fälle sind gerade in kleine-

ren und mittleren Gemeinde, wo sich die Leute noch kennen, geeignet, das Rechtsempfinden der Behörden und der Bevölkerung zu stören.

Hinzu kommt, dass ein Landesverweis in den meisten Fällen nicht nur den Täter oder die Täterin, sondern ein ganzes Familiensystem trifft. In Art. 14 der BV ist der Schutz der Familie als Grundrecht statuiert, das nur in verhältnismässiger Weise eingeschränkt werden darf. Bei der Variante 2 würde diese Prüfung – wie bereits oben erwähnt – nicht stattfinden. Die Konsequenzen für die betroffenen Personen und ihre Familien dürften schwerwiegend sein und Folgen mit sich bringen, die wiederum von staatlicher Seite aufgefangen werden müssen. Was passiert, wenn beispielsweise Ehepaare oder zusammenlebende Paare gemeinsam bestimmte Delikte begehen? Konsequenterweise müssten beide Personen das Land verlassen. Nicht geklärt bliebe, was mit den zurückgelassenen Kindern oder mit anderen allfällig zu unterstützenden Familienmitgliedern geschieht. Durch die Wegweisung von Familienmitgliedern, die bisher massgeblich zum Haushalteinkommen beigesteuert haben, könnten schliesslich ganze Familien in Sozialhilfeabhängigkeit geraten. Dies würde bei der Realisierung der Variante 2 in vermehrtem Masse zutreffen. Damit würden langfristig hohe gesellschaftliche Kosten verursacht, für welche die Öffentlichkeit aufkommen müsste. Insbesondere die kommunale Ebene würde mit diesen Herausforderungen konfrontiert und entsprechende Massnahmen ergreifen müssen.

Je nach Variantenwahl der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative werden demnach sowohl die Herausforderungen als auch die Kosten für Kantone und Gemeinden erheblich ausfallen. Aus Gründen der Vollzugstauglichkeit spricht sich der SGV deshalb für die Weiterverfolgung der Variante 1 aus, die jedoch in Bezug auf das FZA allenfalls nachgebessert werden sollte.

Wir danken Ihnen im Voraus für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

## Freundliche Grüsse

**Schweizerischer Gemeindeverband**  
Präsident stv. Direktorin

A. Gruen

DZ. Zeuler

Hannes Germann  
Ständerat

# Maria Luisa Zürcher

## Rechtsanwältin

Kopie: SSV

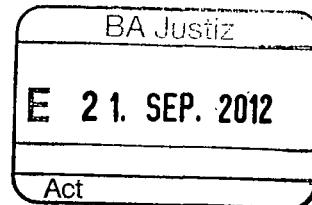


**SKF** Schweizerischer Katholischer Frauenbund

Ligue suisse de femmes catholiques · Unione svizzera delle donne cattoliche · Uniun svizra da las dunnas catolicas



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



19. September 12

**Stellungnahme zur Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer;**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Katholische Frauenbund SKF dankt Ihnen für die Möglichkeit, zu den Umsetzungsvarianten von Artikel 121 Abs. 3-6 BV Stellung nehmen zu können. Der SKF ist der Dachverband der katholischen Frauenorganisationen und vertritt rund 200'000 Frauen in der Schweiz. Sie setzen sich seit 100 Jahren für eine gerechte Zukunft und gegen Ungerechtigkeiten und Unterdrückungen ein.

Grundsätzlich halten wir fest, dass die neuen Verfassungsbestimmungen zur Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer, unabhängig von den in die Vernehmlassung geschickten Umsetzungsvarianten, aus unserer Sicht eine Rechtsentwicklung fortsetzen, die wir für fragwürdig halten. Die öffentliche Infragestellung der Verbindlichkeit von menschenrechtlichen Verpflichtungen in diesem oder in anderen Zusammenhängen (siehe Abstimmung über die Minarettinitiative) deutet auf eine Erosion des Verständnisses von Recht und langfristig auf die Untergrabung der Glaubwürdigkeit staatlichen Handelns hin: Aus der Sicht des SKF bedroht dies unsere Sicherheit ebenso wie die Machenschaften krimineller Ausländerinnen und Ausländer.

Auf Ihre Vernehmlassungsfrage antworten wir wie folgt:

Der SKF befürwortet die Variante 1. Er lehnt die Variante 2 entschieden ab, da diese gegen zentrale Prinzipien der Bundesverfassung verstößt, insbesondere gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Ferner würde die Umsetzung von Variante 2 zu erheblichen Verstößen gegen internationale Abkommen wie die EMRK oder die Kinderrechtskonvention führen. Auch die teilweise Einschränkung des Rechtswegs durch Variante 2 lehnen wir ab.

Gegen Variante 1 spricht zwar, dass sie gegenüber der aktuellen Praxis zu gewissen Abstrichen an den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz führen dürfte (Wird in allen Fällen geprüft, ob die Massnahme Landesverweisung notwendig oder geeignet ist?). Der SKF anerkennt, dass der Bundesrat mit der von ihm favorisierten Variante 1 einen rechtsstaatlich noch vertretbaren Weg zur Umsetzung des Verfassungsauftrags gesucht hat. Insbesondere begrüßt er, dass der Bundesrat am Non-Refoulement-Gebot, am Recht auf Privat- und Familienleben sowie an den Garantien der Kinderrechtskonvention als Hindernisse für den Vollzug der Landesverweisung festhält.

Positiv ist aus unserer Sicht ebenfalls, dass der Entwurf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit weitgehend beachtet. Leider öffnet die Variante 1 in diesem Zusammenhang aber eine Hintertüre, indem sie bei Delikten, die mit Strafen unter 6 Monaten belegt werden, eine Landesverweisung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt. Der SKF lehnt diese Ritzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ab.

Ebenfalls nicht nachvollziehbar und deshalb abzulehnen ist aus der Sicht des SKF, dass Variante 1 keine vorläufige Aufnahme vorsieht, wenn wegen des Non-Refoulement-Gebots oder aus anderen, meist technischen Gründen die Landesverweisung nicht vollzogen werden kann. Das hat zur Folge, dass diese Personen ohne rechtlichen Aufenthaltsstatus in der Schweiz leben müssen – vorübergehend zwar, aber doch auf nicht voraussagbare Dauer. Abgesehen von den Problemen, die diese Personen dadurch im Alltag erwarten, ist der SKF der Ansicht, dass es für Bürgerinnen und Bürger nicht nachvollziehbar ist, dass der Gesetzgeber selber Sans-Papiers schafft.

Ausdrücklich befürwortet der SKF die Aufnahme von „schweren Wirtschaftsdelikten“ in den Deliktskatalog von Variante 1. Es kann nicht sein, dass solche Delikte, die zwar häufig nicht mit physischer Gewalt einhergehen, aber nachhaltig das unabdingbare Vertrauen im Wirtschaftsleben untergraben, in schweren Fällen von der Landesverweisung ausgeschlossen sein sollen.

Für die Berücksichtigung unserer Einwände danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse

SKF Schweizerischer Katholischer Frauenbund



Karin Ottiger  
Geschäftsführerin



BA Justiz

E 25. SEP. 2012

Act

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern, 24. September 2012

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Einladung, uns zu oben genanntem Geschäft zu äussern. Wir tun dies gerne im Namen der Städte, Agglomerationen und urbanen Gemeinden, deren Interessen der Schweizerische Städteverband vertritt. Unsere Stellungnahme erfolgt ebenfalls in Rücksprache mit unserer Sektion Städteinitiative Sozialpolitik, die sich mit soziopolitischen Themen beschäftigt.

Wir respektieren den Volkswillen und würdigen das Bestreben des Bundesrates, dem Volksentscheid zur Ausschaffungsinitiative bestmöglich Rechnung zu tragen. Aus Gründen der Umsetzbarkeit bevorzugen wir klar die ebenfalls vom Bundesrat favorisierte Variante 1. Wir bedauern aber, dass auch diese Variante dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Völkerrecht nicht vollumfänglich Rechnung trägt.

Im Folgenden legen wir zunächst unsere Bemerkungen zu Variante 1 dar. Anschliessend erläutern wir, was aus unserer Sicht gegen Variante 2 spricht.

**1 Umsetzungsvorschlag Variante 1**

**1.1 Festlegung einer Mindeststrafe**

Wir begrüssen es, dass in Art. 66 Abs.2 die Landesverweisung vom Vorliegen einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit abhängig gemacht wird.

## 1.2 Ausnahmen

Wir begrüssen die Festlegung in Art. 66 Abs. 3, dass ausnahmsweise von einer Landesverweisung abgesehen werden kann, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten in schwerwiegender Weise verletzt würde. Unseres Erachtens müssten Ausnahmen auch für Jugendliche und junge Erwachsene bis 25 Jahre gelten, welche in der Schweiz aufgewachsen sind. Diese sind meist gut integriert. Mit einer Ausschaffung in ihr Herkunftsland würden sie aus ihrem sozialen und familiären Umfeld herausgerissen und wären nicht selten auf sich allein gestellt, teilweise ohne Kenntnis der jeweiligen Landessprache.

## 1.3 Verletzung bestehender internationaler Abkommen

Auch Variante 1 kann die Verpflichtungen aus dem Freizügigkeitsabkommen nur teilweise einhalten, da das EU-Recht eine Einzelfallbeurteilung ausdrücklich verlangt. Dies ist aber mit einer automatischen Ausschaffung nicht zu vereinbaren.

Der erläuternde Bericht verweist auf S. 67f. auf die Praxis des Europäischen Gerichtshofes gegenüber EU-Mitgliedstaaten, die gegen einschlägiges EU-Recht verstießen und verurteilt wurden. Dies legt nahe, dass die EU auch im Fall der Schweiz nicht bereit sein dürfte, auf eine Sonderlösung einzugehen.

## 1.4 Deliktkatalog

In Variante 1 wird der Betrug im Bereich der Sozialhilfe speziell erwähnt (Art. 66a Abs. 1 c und Art. 148a). Er hat damit weiter reichende Folgen als etwa der Steuerbetrug oder der Betrug im Geschäftseben zwischen Privaten, was aus unserer Sicht problematisch ist.

## 1.5 Neuer Artikel 148a StGB

Der neue Absatz 3b) von Art. 121 BV führt den missbräuchlichen Bezug von Leistungen von Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe als Grund für eine Ausschaffung auf. Gemäss erläuterndem Bericht lässt es der Verfassungstext offen, «ob es zur Erfüllung der Voraussetzung einer rechtskräftigen Verurteilung bedarf und überlässt es somit dem Gesetzgeber, ob er den Missbrauchstatbestand als verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktion ausgestalten will» (Kap. 1.3.1, S. 13). Bisher wurden in der Sozialhilfe missbräuchlich bezogene Leistungen nach Art. 146 StGB verurteilt, wenn arglistiges Verhalten nachgewiesen werden konnte. In leichten Fällen, wie sie unter anderem für den neuen Artikel 148a StGB vorgesehen sind, kommt zum Beispiel im Kanton Zürich der sog. Bussenartikel (Art. 48a SHG Kanton Zürich) zur Anwendung. Wir erachten die bisherige Abstufung als sinnvoll und sehen daher keine Notwendigkeit, eine zusätzliche Zwischenstufe in Form von Art. 148a einzuführen. Zumal dessen Formulierung in Variante 1 sogar eine Verurteilung aufgrund eines selbstverschuldeten Irrtums einer Sozialbehörde, der zu einer unrechtmässigen Auszahlung von Sozialhilfeleistungen führt, und damit einen Landesverweis mit einschliesst. Eine Anwendung von Art. 146 StGB anstelle des neuen Art. 148a würde einerseits verhindern, dass Personen wegen Bagateldelikten ausgewiesen werden,

andererseits würde dies auch die Unverhältnismässigkeit zwischen den einzelnen Tatbeständen im Deliktatalog (siehe oben) zumindest etwas abschwächen. Sollte trotzdem ein neuer Artikel in der vorgeschlagenen Form (148a) eingeführt werden, müsste das Verhältnis zu oben erwähnten kantonalen Bestimmungen unbedingt geklärt werden.

## 1.6 Sozialpolitische Auswirkungen

Die Auswirkungen sind gemäss unserer Einschätzung wesentlich geringer als bei Variante 2, da etwa keine Ausschaffungen wegen Bagatelldelikten erfolgen und in weniger gravierenden Fällen (Strafmaß unter 6 Monaten) eine Einzelfallabwägung möglich ist.

## 1.7 Vollzug der Landesverweisung

Der erläuternde Bericht zum Gesetzesentwurf führt aus, dass es den kantonalen Behörden überlassen ist, die Zuständigkeit über den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung den Strafvollzugsbehörden, den Migrationsbehörden oder gar einer anderen Behörde zuzuweisen. Ein solches Nebeneinander von Zuständigkeiten ist aus unserer Sicht nicht sachgerecht. Die Migrationsbehörden erlassen bereits heute im Rahmen des geltenden Ausländergesetzes (AuG) Wegweisungsverfügungen und beantragen beim Bundesamt für Migration Einreiseverbote. Es ist zweifelhaft, ob eine strafrechtliche Landesverweisung im Strafvollzug effizienter als im ausländer- oder asylrechtlichen Verfahren vollzogen werden kann. Die Migrationsbehörden vollziehen bereits heute in quantitativ hoher Anzahl asyl- und ausländerrechtliche Wegweisungen. Die Probleme beim Vollzug strafrechtlicher Landesverweisungen werden sich gleich oder ähnlich gelagert darstellen. Es ist auch nicht sachgerecht, dass sich Strafjustizbehörden mit ausländerrechtlichen Ausschaffungsvollzugsmassnahmen beschäftigen. Aus den erwähnten Gründen müssten Migrationsbehörden für die Anordnung einer Ausschaffung bzw. für eine Ausschaffungshaft zuständig bleiben. Dies wäre bereits im Gesetz so zu verankern.

Im Weiteren müsste der Bund die Behörden beim Vollzug unterstützen (z.B. Abklärung Identität und Nationalität, Beschaffung von Reisepapieren etc.) und die anfallenden Kosten übernehmen, wie er dies bei der Unterstützung im Rahmen des Vollzugs der ausländerrechtlichen Weg- und Ausweisung tut. Eine entsprechende Regelung fehlt im Gesetzesentwurf gänzlich. Geht eine solche Norm vergeben, werden die Vollzugsbehörden dazu übergehen, bei schwierigen Vollzugsfällen parallel zum strafrechtlichen Landesverweisungsverfahren ein ausländerrechtliches Ausweisungsverfahren durchzuführen, um sich die finanziellen Beiträge durch den Bund bei der Vollzugsunterstützung zu sichern. Es wäre deshalb unabdingbar, dass der Bund eine finanzielle Unterstützung beim Vollzug der Landesverweisung in demselben Masse zusichert, wie der Bund dies bereits beim Vollzug der ausländerrechtlichen Weg- und Ausweisung tut. Neben dem Gesetzesentwurf wäre auch die Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisungen von ausländischen Personen (VWA; SR 142.281) zu ergänzen.

Aus Vollzugssicht ebenfalls ausgeblendet ist, dass mit einer massiven Mehrbelastung der Straf-, Migrations- und Polizeibehörden gerechnet werden muss. Es gilt auch zu bedenken, dass bereits heute in der ganzen Schweiz adäquate Haftplätze fehlen. Um das Gesetz vollziehen zu können, würde also die Errichtung von neuen Haftanstalten notwendig. Dies bedeutet einen entsprechend grossen

finanziellen Mehraufwand. Mit einer Gesetzesvorlage wären deshalb zwingend auch die nötigen Strukturen und Ressourcen auf Seiten der Vollzugsbehörden und der Justiz zuzusichern.

## **2 Umsetzungsvorschlag Vertreter Initiativkomitee (Variante 2)**

Variante 2 verstösst aus unserer Sicht gegen verfassungsrechtliche Grundprinzipien, Menschenrechtsgarantien und internationale Abkommen. Die Umsetzung gemäss dieser Variante hätte sozialpolitisch gravierende Auswirkungen. Aus diesen Gründen sprechen wir uns klar gegen Variante 2 aus.

Nachfolgend sind die Gründe für die Ablehnung der Variante 2 detailliert dargelegt.

### **2.1 Rechtsstaatliche Grundsatzfragen**

Im Unterschied zu Variante 1 sieht Variante 2 gemäss Art. 73a keine Mindeststrafe für eine automatisierte Landesverweisung vor. Massgebend sollen ausschliesslich die in der Strafnorm aufgeführten Tatbestände sein. Ein Landesverweis kann demnach auch bei Bagateldelikten erfolgen. Variante 2 verstösst daher aus unserer Sicht gegen verfassungsrechtliche Grundprinzipien, Menschenrechtsgarantien und internationale Abkommen.

### **2.2 Verstoss gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit**

Art. 5 BV verlangt, dass jedes staatliche Handeln «im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein» muss. Das hier verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip gehört – so die Marginalie zu Art. 5 BV – zu den «Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns». Wenn eine Norm zwingend dazu führt, dass darauf abgestützte staatliche Massnahmen unverhältnismässig sind, dann verletzt diese Norm logischerweise die Grundsätze staatlichen Handelns und damit die Grundwerte des schweizerischen Rechtsstaats.

Die Prüfung der Verhältnismässigkeit ist jedoch bei Variante 2 nicht vorgesehen, bzw. wird sogar explizit abgelehnt, weil die Ausschaffung unabhängig von der Höhe der Strafe erfolgen soll.

### **2.3 Art. 121 BV**

Die Ausschaffungsinitiative hat zu einer Ergänzung von Art. 121 BV geführt. Gemäss dem weiterhin geltenden Abs. 2 BV von Art. 121 BV können Ausländerinnen und Ausländer aus der Schweiz nur dann «ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden». Allein schon dieser Art. 121 Abs. 2 BV gebietet eine Abwägung im Einzelfall und damit eine Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Daran ändern auch die nachfolgenden, mit der Ausschaffungsinitiative neu geschaffenen Absätze 3-6 von Art. 121 BV nichts. Denn die verschiedenen Verfassungsnormen sind einander nicht über- oder untergeordnet, sondern müssen als Ganzes betrachtet und miteinander in Bezug gebracht werden.

Die Prüfung der Verhältnismässigkeit entspricht nach bisheriger schweizerischer Rechtsauffassung einem rechtsstaatlichen Mindeststandard. Staatliches Handeln muss auch nach Annahme der Ausschaffungsinitiative immer verhältnismässig sein. Dem hat die Ausführungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative Recht zu tragen.

## 2.4 Verletzung bestehender internationaler Abkommen

Das Freizügigkeitsabkommen mit der EU verlangt explizit eine Einzelfallprüfung. Der Ausschaffungsautomatismus will hingegen die Einzelfallprüfung ausschliessen. Dies trifft für Variante 2 umso mehr zu, als diese nicht einmal die Schwere des Deliktes berücksichtigt. Der Ausschaffungsautomatismus könnte demnach nicht auf EU-Bürgerinnen und –Bürger angewendet werden, was eine Ungleichbehandlung von Ausländerinnen und Ausländer aus Drittstaaten zur Folge hätte.

## 2.5 Deliktkatalog

Unter Art. 73a Abs. 1 a bis k sind alle Delikte aufgeführt, die – unabhängig von der Höhe der Strafe – zu einem Landesverweis führen. Neben Delikten wie vorsätzlicher Tötung, Mord, sexuellen Handlungen mit Kindern, Vergewaltigung, Menschenhandel, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wird auch der Betrug im Bereich der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen sowie Sozialmissbrauch genannt. Die Gleichstellung von schwersten Delikten wie Mord oder Vergewaltigung mit Sozialmissbrauch scheint uns nicht verhältnismässig, und es ist für uns nicht nachvollziehbar, weshalb Betrug im Bereich der Sozialhilfe anders behandelt wird als andere Formen von Betrug.

## 2.6 Sozialpolitische Auswirkungen

Die Anwendung zweier stark verschiedener Sanktionssysteme – nicht nur bei schweren, sondern bewusst auch bei Bagateldelikten – je nach Nationalität und ohne Berücksichtigung der bisherigen Integrationsbemühungen, stellt eine krasse Ungleichbehandlung dar und untergräbt die Rechtsgleichheit und damit den Rechtsstaat. Sie trifft im Weiteren auch langjährig unauffällig anwesende Ausländer und Ausländerinnen der zweiten und dritten Generation. Insgesamt wird damit die Entwicklung eines Zugehörigkeitsempfindens in der Gesellschaft (soziale Kohäsion) bewusst verhindert.

Wir weisen zudem darauf hin, dass mit der Ausschaffung eines einzelnen Familienmitgliedes das Recht auf Schutz des Familienlebens massiv verletzt wird – mit den entsprechenden sozialen wie auch finanziellen Folgen für das Familiensystem. Die Ausschaffung zum Beispiel eines Elternteils aufgrund eines Bagatelldeliktes könnte dazu führen, dass eine Familie aufgrund des Wegfalls einer möglichen finanziellen Einnahmequelle über Jahre von der Sozialhilfe abhängig wäre.

Schliesslich möchten wir Sie darauf aufmerksam machen, dass der Gemeinderat der Stadt Bern ausdrücklich festhält, dass er beide Varianten ablehnt. Dies mit dem Argument, dass sich die Initiative nicht rechtskonform umsetzen lasse und Vollzugsprobleme nicht löse. Im Weiteren basiere die Ausschaffungsinitiative auf Abschreckung und Ungleichbehandlung, was dem Integrationsgedanken fundamental widerspreche. Auch die Stadt Bern zieht aber im Variantenvergleich klar Variante 1 vor.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen für weitere Auskünfte gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Schweizerischer Städteverband**

Präsident:



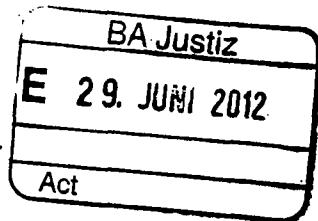
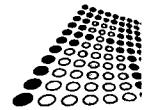
Dr. Marcel Guignard  
Stadtammann Aarau

Direktorin



Renate Amstutz

Kopien    Städteinitiative Sozialpolitik  
                  Schweiz. Gemeindeverband



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Zürich/Chur, 28. Juni 2012

## **Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer); Vernehmlassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Vorstand des **Schweizerischen Verbandes für Zivilstandswesen** (SVZ) bedankt sich für die ihm gewährte Möglichkeit, zur eingangs erwähnten Änderung Stellung nehmen zu dürfen.

Die Ergänzung des Art. 121 der Bundesverfassung (BV) wird begrüßt. Der Vorstand des SVZ erklärt sich mit der Regelung einverstanden, dass kriminelle Ausländerinnen und Ausländer, welche missbräuchlich Leistungen von den Sozialversicherungen oder von der Sozialhilfe bezogen haben oder wegen bestimmter Rechtsbrüche verurteilt worden sind, ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren.

Die Variante 1 strebt eine im Vergleich zu den geltenden Aus- und Wegweisungsbestimmungen deutlich strengere Praxis an, wobei diese vermittelnde Lösung doch zeigt, dass die bestehenden Verfassungsgrundsätze und Menschenrechtsgarantien trotzdem soweit möglich berücksichtigt werden.

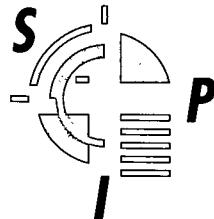
Der Vorstand des SVZ favorisiert die vom Bundesrat vorgeschlagene Variante 1.

Wir bitten Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unsere Stellungnahme zu würdigen und danken Ihnen bestens für die Berücksichtigung unserer Standpunkte.

Mit freundlichen Grüßen  
**Schweizerischer Verband für Zivilstandswesen**

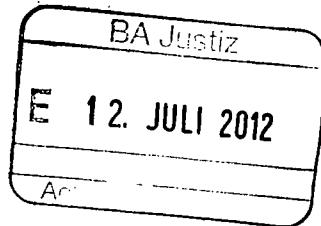
Roland Peterhans  
Präsident

Gian Carlo Pescio  
Ressort Vernehmlassungen



INSTITUT SUISSE DE POLICE  
ISTITUTO SVIZZERO DI POLIZIA  
SWISS POLICE INSTITUTE  
SCHWEIZERISCHES POLIZEI-INSTITUT

Avenue du Vignoble 3  
Case postale 146  
CH-2009 Neuchâtel  
Tél. 032 723 81 00  
Fax 032 723 81 19  
[www.institut-police.ch](http://www.institut-police.ch)  
isp@ne.ch



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Neuchâtel, 11. Juli 2012  
31.1/MPM

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

**Stellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländer im Schweizerischen Strafgesetzbuch und im Militärstrafgesetz.

Die vorgeschlagenen Varianten mit den dafür notwendigen Anpassungen haben wir interessiert angeschaut und mit der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten (KKPKS) besprochen. Wie die KKPKS verzichtet auch das Schweizerische Polizei-Institut auf eine Meinungsäusserung.

Freundlicher Gruss

Schweizerisches Polizei-Institut

Peter-Martin Meier  
Direktor

EDUQUA





BA Justiz
E 27. SEP. 2012
Act

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern, 26. September 2012

**Stellungnahme der Geschäftsstelle des Schweizerischen Roten Kreuzes zur Vernehmlassung betreffend Änderungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch und im Militärstrafgesetz**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir danken Ihnen für Ihre Einladung zum oben genannten Vernehmlassungsverfahren.

Der Bundesrat hat zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen aufgrund des Volksentscheides betreffend Ausschaffungsinitiative ausgearbeitet. Das Schweizerische Rote Kreuz **lehnt beide Varianten entschieden ab** und dies aus folgenden Gründen:

- Die vorgeschlagene Umsetzung des Volksentscheides ist nicht mit den Grundsätzen unserer humanitären Organisation vereinbar.
- Beide Varianten sind diskriminierend und stehen mit dem internationalen Völkerrecht in Konflikt.
- Wir sind der Ansicht, dass die bestehenden gesetzlichen Vorlagen ausreichen, um die Ausschaffung von mehrfach bestraften Ausländerinnen und Ausländern zu vollziehen.

Aus diesen Gründen können wir hinter keinem der vom Bundesrat vorgelegten Vorschläge stehen. Wir würden es sehr begrüßen, wenn die Umsetzung des Volksentscheides nochmals grundsätzlich überdacht würde.

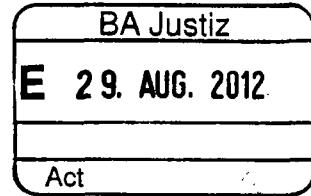
Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anregungen.

Freundliche Grüsse

Schweizerisches Rotes Kreuz

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Markus Mader".

Markus Mader  
Direktor



# SKOS CSIAS COSAS

Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe  
Conférence suisse des institutions d'action sociale  
Conferenza svizzera delle istituzioni dell'azione sociale  
Conferenza svizra da l'agid sozial

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Bern, 27. August 2012

Vernehmlassung  
**Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und Militärstrafgesetzes**  
**Umsetzung Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer danken wir Ihnen.

Die Sozialhilfe ist in besonderem Masse von der Ausschaffungsinitiative betroffen. In unserer Position legen wir deshalb den Fokus im Besonderen auf die damit verbundenen Aspekte der Vorlage.

## 1. Gesamtsicht

Der Bundesrat legt zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen zur Vernehmlassung vor. Die SKOS spricht sich **klar für Variante 1 aus**. Die vom Initiativkomitee vorgeschlagene Variante 2 kommt für die SKOS nicht in Frage.

Während Variante 1 rechtsstaatlichen Grundprinzipien und völkerrechtlich gewährleisteten Menschenrechtsgarantien Rechnung trägt, verstösst Variante 2 aus Sicht der SKOS gegen grundlegende Prinzipien der Schweizerischen Rechtsordnung und gegen internationale Abkommen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, die Gewährleistung der Menschenrechte und die Anerkennung zwischenstaatlicher Vereinbarungen müssen gewahrt bleiben.

Dass Bagatellvergehen mit schweren Delikten wie Mord, Vergewaltigung oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit gleichgesetzt und mit Landesverweis geahndet werden sollen, ist unverhältnismässig und führt zu einer schwerwiegenden Schieflage in der Schweizerischen Rechtsordnung. Eine wirksame Missbrauchsbekämpfung im Bereich der Sozialhilfe bzw. der Sozialversicherungen würde damit keineswegs gefördert, sondern wegen der rechtsstaatlich äusserst bedenklichen Regelung im Gegenteil sogar behindert.

Insgesamt zu wenig beleuchtet werden in beiden Varianten die sozialpolitischen Auswirkungen. Da der erläuternde Bericht auf diesbezüglich zentrale Fragen keine Antwort gibt, sind einige entsprechende Überlegungen der vorliegenden Stellungnahme angefügt. Wir beantragen, dass die Vorlage ans Parlament zu diesen Punkten ausführlich Stellung nimmt.

## **2. Variante 1: Umsetzungsvorschlag des Bundesrates**

### *Deliktskatalog (Art. 66a Abs. 1)*

Im ausführlichen Deliktskatalog in Art. 66 Abs. 1 a-d werden unter Buchstabe c Betrug und missbräuchlicher Bezug von Leistungen im Bereich der Sozialversicherungen oder Sozialhilfe gleichwertig aufgezählt. Der Missbrauch von Leistungen der Sozialhilfe oder Sozialversicherungen wird über den Betrug nach 146 StGB und einen neuen Straftatbestand (Art. 148a VE-StGB) erfasst.

Damit würde Betrug in der Sozialhilfe oder in den Sozialversicherungen bedeutend strenger beurteilt als etwa Steuerbetrug oder Betrug zwischen Privaten. Aus Sicht der SKOS gibt es keine Rechtfertigung für die Privilegierung des Betrugs ausserhalb der sozialen Sicherung. Alle Betrugsfälle und alle Abgabe – und Subventionsverhältnisse müssen gleich behandelt werden. Dies ist bereits aus Gründen der Rechtsgleichheit zwingend. Der Verfassungstext sieht ja ausdrücklich vor, dass der Deliktskatalog erweitert werden kann. Von dieser Kompetenz ist zur Wahrung von Rechtsgleichheit und Gebrauch zu machen, damit die Verfassung nicht in eine bedenkliche Norm- und Werteschieflage gerät.

### *Missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a)*

Mit Art. 148a wird ein neuer Tatbestand geschaffen. Die SKOS schliesst sich der Argumentationsweise im erläuternden Bericht zur Gesetzesvorlage nicht an, wonach neben Art. 146 StGB ein ergänzender Art. 148a nötig sei.

Aus Sicht der SKOS umfasst Art. 146 bereits die anvisierten schweren Delikte im Bereich der Sozialhilfe. Wenn für eine Ausweisung die Schwere des Delikts massgebend sein soll, dann erfüllt bereits Art. 146 diesen Zweck. Wenn eine Person arglistig, durch unwahre oder unvollständige Angaben oder Verschweigen von Tatsachen Sozialhilfeleistungen zu Unrecht bezieht, kann der Tatbestand des Betrugs gemäss Art. 146 StGB erfüllt sein. Dieser Tatbestand ist auch auf die Sozialhilfe anwendbar. Weil eine Ausschaffung ein schweres Delikt voraussetzt, ist der Betrugstatbestand ausreichend. Der vorgeschlagene Art. 148a ist nicht auf ein schweres Delikt ausgerichtet führt zu einer nicht zu rechtfertigenden Sonderbehandlung von einfachen Sozialhilfedelikten. **Art. 148a sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.**

Der erläuternde Bericht geht nicht auf das Verhältnis von Art. 148a StGB zu den Sozialhilfestrafnormen im kantonalen Recht ein. Die meisten Kantone verfügen bereits heute über eine Strafnorm im Bereich der Sozialhilfe. Falls doch ein spezieller Tatbestand 148a StGB geschaffen werden soll, dann ist zumindest in der Botschaft ans Parlament darzulegen, in welchem Verhältnis die verschiedenen Strafnormen zueinander stehen. Müssen die kantonalen Strafbestimmungen wegen dem neuen Art. 148a StGB aufgehoben werden? Oder sind sie als Teil des Verwaltungsstrafrechts der Kantone weiterhin anwendbar? Auch diese Fragen zeigen auf, dass der vorgeschlagene Art. 148a StGB problematisch und entbehrlich ist.

Richtigerweise differenziert der erläuternde Bericht den Missbrauchsbegehrung insofern, als dass «die blosse Aufrechterhaltung einer Notlage bzw. die blosse Verletzung der Pflicht, die persönliche Situation zu verbessern oder die Notlage zu beheben [die keinen unrechtmässigen Leistungsbezug zur Folge hat]», nicht unter den Tatbestand nach Art. 148a fällt. Auch die zweckwidrige Verwendung von Leistungen erfüllt den Tatbestand nicht.

#### *Festlegung einer Mindeststrafe (Art. 66a Abs. 2)*

Die SKOS unterstützt grundsätzlich die Festlegung eines Mindeststrafmasses von sechs Monaten, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnützige Arbeit als Voraussetzung einer Landesverweisung. Die SKOS hat bereits zu früherem Zeitpunkt darauf hingewiesen, dass die Grenze von sechs Monaten im schweizerischen Strafrecht eine vielfach verwendete Größe zur Abgrenzung von schwereren und leichteren Straftaten darstellt. Dass bei einer Strafe unter sechs Monaten von einer Landesverweisung abgesehen werden soll und dass Ausnahmen bei schwerwiegender Verletzung der persönlichen Rechte im Sinne der Menschenrechtsgarantien gemacht werden können, ist zu begrüßen und stützt das Prinzip der Verhältnismässigkeit.

#### *Verletzung internationaler Abkommen*

Variante 1 reduziert zwar das Risiko von Verstößen gegen das Freizügigkeitsabkommen (FZA), besiegeln es aber nicht vollständig. Insbesondere aufgrund der Beschränkung des Deliktkatalogs auf schwere Verbrechen und aufgrund des Mindeststrafmasses sollen die Vorgaben des FZA möglichst nicht tangiert werden. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Schweiz im Falle von FZA-widrigen Ausweisungen insbesondere wegen des Ausweisungautomatismus im Gegensatz zur Einzelfallbegutachtung nach FZA in Bedrängnis geraten dürfte.

### **3. Variante 2: Umsetzungsvorschlag Initiativkomitee**

Die SKOS erachtet die Variante 2 in keinem Punkt als vertretbar. Es wird deshalb darauf verzichtet, detailliert zu den Vorschlägen des Initiativkomitees Stellung zu nehmen.

Der Umsetzungsvorschlag verstösst aus Sicht der SKOS grundlegend gegen fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze. Insbesondere wird das Prinzip der Verhältnismässigkeit in drastischer Weise missachtet. Art. 5 BV verlangt, dass jedes staatliche Handeln «im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein» muss. Die Ausschaffungsinitiative hat zu einer Ergänzung von Art. 121 BV

geführt. Gemäss Art. 121 Abs. 2 BV können Ausländerinnen und Ausländer aus der Schweiz nur dann «ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden». Allein schon dieser Wortlaut gebietet eine Abwägung im Einzelfall und damit eine Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Die mit der Ausschaffungsinitiative geschaffenen Absätze 3-6 ändern daran nichts. Denn die verschiedenen Verfassungsnormen sind einander nicht über- oder untergeordnet, sondern müssen als Ganzes betrachtet und miteinander in Bezug gebracht werden.

Eine Prüfung der Verhältnismässigkeit ist bei Variante 2 grundsätzlich nicht vorgesehen. Eine Wegweisung soll unabhängig von der Höhe und der Schwere der Strafe und automatisch erfolgen. Damit kann ein Landesverweis auch in Bagatellfällen erfolgen und kann Personen treffen, die seit langem, ev. seit mehreren Generationen, in der Schweiz verwurzelt sind.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip gehört – so die Marginalie zu Art. 5 BV – zu den «Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns». Wenn eine Norm zwingend dazu führt, dass darauf abgestützte staatliche Massnahmen unverhältnismässig sind, dann verletzt diese Norm logischerweise die Grundsätze staatlichen Handelns und damit die Grundwerde des schweizerischen Rechtsstaates. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist somit auch ein profund moralisches Prinzip für das gesellschaftliche Zusammenleben. Dieses wird dann nachhaltig in Frage gestellt, wenn sich der Staat – wie im Falle der Ausschaffungsinitiative – selber nicht daran hält.

Rechtsstaatliche Defizite sind nicht nur verfassungsmässig problematisch, sondern würden auch im Vollzug zu erheblichen Problemen führen. Die Missbrauchsbekämpfung würde grundlegend erschwert aufgrund der überhöhten Konsequenzen für die betreffenden Menschen und ihre Familien. Das Rechtsempfinden der Bevölkerung, insbesondere auch der Vollzugsbehörden, würde empfindlich gestört und könnte zu Legitimationsproblemen führen.

#### **4. Sozialpolitische Relevanz**

Die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative bedarf neben den rechtlichen Erwägungen auch einer sozialpolitischen Beurteilung.

Kommt es zu einem Landesverweis, so betrifft dies in den meisten Fällen nicht nur den Täter oder die Täterin, sondern ein ganzes Familiensystem. Der Schutz der Familie ist nach Art. 14 BV ein Grundrecht, das nur in verhältnismässiger Weise eingeschränkt werden darf.

Durch die Wegweisung von Familienmitgliedern, die bisher massgeblich zum Haushaltseinkommen beigesteuert haben, können ganze Familien in Sozialhilfeabhängigkeit geraten. Damit würden langfristig hohe gesellschaftliche Kosten verursacht, für die die öffentliche Sozialhilfe aufkommen muss. Betroffen sein können auch bisher unauffällig gebliebene Ausländerinnen und Ausländer der zweiten oder dritten Generation, die im ursprünglichen Herkunftsland über keinerlei Bezüge verfügen. Die langfristigen Konsequenzen für die betreffenden Personen und ihre Familien dürften schwerwiegend sein und Folgewirkungen mit sich bringen, die wiederum von staatlicher Seite aufgefangen werden müssten.

Die SKOS bedauert, dass die Gesetzesvorlage keine Aussage macht zu jugendlichen Täterinnen und Tätern, insbesondere zu solchen, die in der Schweiz aufgewachsen sind. Aus Sicht der SKOS muss bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen die Dauer des Aufenthaltes und auf den Integrationsprozess Rücksicht genommen werden. Die Gesetzgebung und die Botschaft sind entsprechend zu ergänzen.

Eine besondere Konstellation kann sich zudem gerade im Bereich von missbräuchlichem Bezug von Leistungen der Sozialhilfe oder Sozialversicherungen ergeben. Nicht selten begehen Ehepaare oder

zusammen lebende Paare gemeinsam betrügerische Delikte. Konsequenterweise würden beide Personen des Landes verwiesen. Nicht geklärt bleibt in diesem Fall, was mit den zurückbleibenden Kindern oder anderen allfällig zu unterstützenden Familienmitgliedern geschieht. Auch hier wird der Staat kostenintensive Unterstützung leisten müssen.

Je nach Umsetzung der Ausschaffungsinitiative werden sich demnach die Kosten für Kantone und Gemeinden erheblich erhöhen.

## 5. Fazit

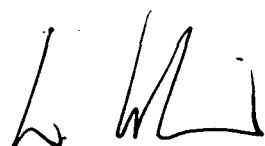
Die SKOS spricht sich grundsätzlich für die Variante 1 zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative aus. Wir weisen aber darauf hin, dass auch in dieser Vorlage einige Fragen offen blieben. Insbesondere braucht es eine vertiefte Erläuterung zum Verhältnis der Strafnormen von Bund und Kantonen.

Zudem unterstreichen wir die Unteilbarkeit des Rechtsstaates. Staatliches Handeln muss immer verhältnismässig sein. Mit einer neuen Norm können die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns nicht aufgehoben oder aufgeweicht werden, auch nicht beschränkt auf ein einzelnes Rechtsgebiet. Die Lebensumstände des Täters oder der Täterin und die Folgen für den Täter bzw. die Täterin und mitbetroffene Familienmitglieder sind beim Entscheid über einen Landesverweis zu berücksichtigen, dies sowohl aus individuellen vor allem aber auch sozialpolitischen Erwägungen.

Wir danken Ihnen im Voraus für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen

**Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe  
SKOS – CSIAS – COSAS**



Walter Schmid, Präsident

BA Justiz

E 26. SEP. 2012

Act

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 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  
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 Deliktatalog 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 Deliktkatalog 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 akzeptablen 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 diskrimatorisch, 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

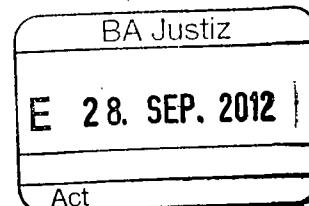


Stiftung Kinderschutz Schweiz  
Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant  
Fondazione Svizzera per la Protezione dell'Infanzia

Hirschengraben 8  
Postfach 6949  
3001 Bern

T +41 31 398 10 10  
F +41 31 398 10 11  
info@kinderschutz.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Bern, 27. September 2012

## **Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes / Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

### **Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Stiftung Kinderschutz Schweiz als nationale Kinderschutzorganisation stehen die Rechte, der Schutz und die Interessen des Kindes als zentrale Elemente im Vordergrund. Für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative sind insbesondere die beiden Grundprinzipien des Diskriminierungsverbotes und des Kindeswohls zu respektieren. Ebenfalls sollen Vertragsstaaten das Recht des Kindes achten, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen.

Die Stiftung Kinderschutz Schweiz unterstützt die Variante 1 der zur Stellungnahme vorliegenden Umsetzung von Artikel 121 Abs. 3 bis 6 BV. Aus Sicht des Kindesrechtes sind für die Umsetzung folgende Aspekte speziell wichtig:

### **Artikel 2 Kinderrechtskonvention: Verbot der Diskriminierung von Kindern<sup>1</sup>**

#### Kinder mit straffälligen Eltern

Artikel 2 KRK schützt Kinder vor Diskriminierung oder Bestrafung infolge Tätigkeiten ihrer Eltern. Die zwingende Ausweisung ist eine Nebenstrafe zum Delikt, durch welche Kinder straffälliger Eltern mitbestraft werden. Die Massnahme

<sup>1</sup> SR-Nr. 0.107 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK), Artikel 2 Abs. 1 Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.

Abs. 2 Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um sicherzustellen, dass das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäusserungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird.

betrifft nur Kinder mit straffälligen ausländischen Eltern und diskriminiert sie gegenüber Kindern von straffälligen Eltern mit Schweizer Bürgerrecht.

### **Artikel 3 Kinderrechtskonvention: Kindeswohl als Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist<sup>2</sup>**

#### Verhältnis von Völker- und Landesrecht

Der Begleitbericht legt die Rechtslage zum Verhältnis von Völker- und Verfassungsrecht sowie zu verfassungsrechtlichen Bestimmungen untereinander dar. Wir teilen diese Darstellung grundsätzlich, weisen aber darauf hin, dass Artikel 3 KRK in diesem Zusammenhang nicht die ihm zukommende Bedeutung beigemessen wird. Nach Artikel 53 Satz 2 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge gilt eine Norm des allgemeinen Völkerrechts als zwingend, wenn sie von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit als eine Norm angenommen und anerkannt wird, von der nicht abgewichen werden darf. Dies lässt den Katalog des völkerrechtlichen *jus cogens* offen und bedeutet gar, dass nicht von einem numerus clausus entsprechender Normen ausgegangen werden darf.

Gemäss Artikel 3 KRK ist bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, sein Wohl ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen. Offener mag die Frage sein, inwieweit nach Einbezug dieses Gesichtspunktes dann auch tatsächlich nach Massgabe des Kindeswohls entschieden werden kann.

Die Kinderrechtskonvention ist von sämtlichen Staaten unterzeichnet und praktisch universell ratifiziert. Artikel 3 KRK hebt sich nach ständiger und unwidersprochener Praxis des UN-Kinderrechtsausschusses als eines von vier Grundprinzipien von den übrigen Bestimmungen der KRK qualifiziert ab. Uns ist keine nationalstaatliche Rechtsordnung bekannt, die nicht den Grundsatz stützen würde, wonach das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, wenn über Belange entschieden wird, die das Kind direkt betreffen. Der Grundsatz, wonach das Kindeswohl bei Entscheidungen, die das Kind betreffen, als Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist, hat somit den Charakter zwingenden Völkerrechts.

#### Verhältnis kollidierender Verfassungsnormen

Auch bei den Ausführungen über die Situationen mit kollidierenden Verfassungsnormen wird Artikel 3 KRK mit dem Grundsatz, das Kindeswohl bei allen Entscheidungen zu berücksichtigen die das Kind betreffen, nicht die gebührende Bedeutung beigemessen.

Artikel 11 BV<sup>3</sup> verleiht Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts verfolgte der Gesetzgeber mit Artikel 11 BV den Zweck, die in der KRK verbrieften Rechte

---

<sup>2</sup> Artikel 3 KRK Absatz 1 Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

<sup>3</sup> SR-Nr. 101, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, Artikel 11, Abs. 1 Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Abs. 2 Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.

in allgemeiner Form im Grundrechtsteil zu verankern und diese auch verfassungsrechtlich zu garantieren (BGE 126 II 377, 391). Insofern gibt die Bundesverfassung kinderrechtliche Normen des Völkerrechts wider. Artikel 11 BV geht mit dem zwingenden Teilgehalt von Artikel 3 KRK somit anderen Verfassungsbestimmungen vor.

### Fazit

Die Bedeutung von Artikel 3 KRK und Artikel 11 BV wurde in den bisherigen Materialien zur Ausschaffungsinitiative unterschätzt und insofern falsch dargestellt. Ohne die Möglichkeit, das Kindeswohl mitbetroffener Kinder in Ausschaffungsverfahren zu berücksichtigen, widersprechen Artikel 121 Absätze 3 bis 6 BV zwingendem Völker- und vorrangigem Verfassungsrecht. Deshalb kann und darf der Bundesrat nur die vorgeschlagene Umsetzungsvariante 1 ernsthaft vertreten.

### **Jugendstrafrecht**

Wir unterstützen den Standpunkt zum Verzicht der Landesverweisung im Jugendstrafrecht (Ziff. 1.4.6. Begleitbericht). Im Übrigen wurde eine zwingende Ausschaffung bei jugendstrafrechtlichen Fällen von den Initianten der Ausschaffungsinitiative weder thematisiert noch ausdrücklich gefordert.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

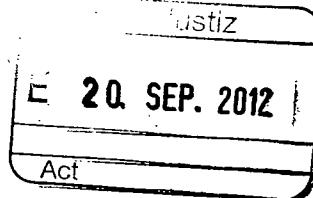
Freundliche Grüsse

**Stiftung Kinderschutz Schweiz**

Jacqueline Fehr  
Präsidentin

Kathie Wiederkehr  
Geschäftsleiterin

Hopfenweg 21  
Postfach/C.p. 5775  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 370 21 11  
Fax 031 370 21 09  
info@travailsuisse.ch  
www.travailsuisse.ch



Mme Simonetta Sommaruga  
Conseillère fédérale  
Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit pénal  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Berne, le 18 septembre 2012

**Modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., relatif au renvoi des étrangers criminels) ; procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,  
Mesdames et Messieurs

Nous vous remercions de nous donner la possibilité d'exprimer notre avis sur ce projet et c'est bien volontiers que nous vous le faisons parvenir.

Travail.Suisse avait rejeté l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels » ainsi que le contre-projet direct qui lui était opposé. Notre non à l'initiative était motivé par le fait qu'elle va à l'encontre du principe de proportionnalité et est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et à l'accord sur la libre circulation des personnes.

Notre non au contre-projet direct était en particulier motivé par le fait que le droit en vigueur suffit pour renvoyer les étrangers « criminels » et que les secundos/as, nés en Suisse ne devraient pas être expulsés. Le contre-projet ne donnait pas de garantie sur ce point.

Bien que le peuple ait accepté l'initiative, il faut interpréter les nouvelles dispositions constitutionnelles le plus possible dans le sens du respect du droit international et de l'application du principe de proportionnalité.

C'est pourquoi, nous rejetons clairement la variante 2 car nous ne pouvons pas accepter que les nouvelles normes constitutionnelles aient la primauté sur le droit international en particulier sur les droits de l'homme garantis par ce dernier.

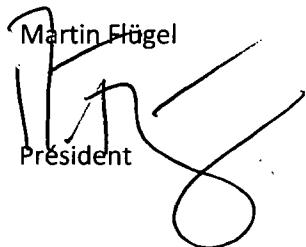
Nous optons pour la variante 1 qui doit respecter les garanties des droits de l'homme inscrites dans le droit international tout en prévoyant pour respecter la volonté du peuple un durcissement de la pratique concernant l'expulsion des criminels étrangers. Cette variante devra cependant encore être améliorée dans le sens de la rendre parfaitement compatible avec l'Accord sur la libre circulation des personnes. A plusieurs reprises le peuple suisse s'est prononcé en faveur de la libre-circulation des personnes. Il est donc logique que la mise en œuvre de l'initiative respecte la volonté du peuple.

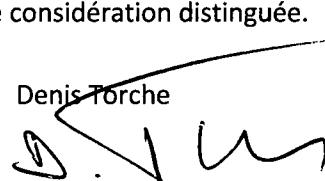
Etant donné que l'UDC ne se satisfera pas de cette variante et qu'une nouvelle initiative est en préparation et prête à être lancée si la variante 1 est choisie, la question de la relation entre initiatives populaires et droit international devrait être réexaminée. Il faudrait avoir en particulier le courage politique d'invalider dès le départ toute initiative qui s'avérerait manifestement incompatible avec le droit international auquel souscrit la Suisse. C'est une orientation juridique mais aussi politique à prendre mais qui aurait l'avantage d'éviter pour l'avenir de telles incompatibilités entre normes constitutionnelles et droit international qui desservent les intérêts de notre pays.

Nous espérons aussi qu'on utilisera le plus possible dans l'interprétation des actes tombant sous le coup de l'initiative le principe de proportionnalité. A cet égard, nous pensons tout particulièrement aux jeunes de la 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> génération. Un renvoi de Suisse de ces personnes ne devrait en principe pas avoir lieu. Une expulsion a en effet des conséquences en général plus graves pour un jeune étranger qu'un adulte car il peut être encore en formation, ne pas maîtriser la langue du pays d'origine et a, en général, de plus faibles liens avec le pays d'origine, voir plus du tout. Dans cette perspective, nous soutenons aussi la variante 1 qui ne prévoit pas d'inscrire l'expulsion dans le droit pénal des mineurs.

Concernant la mise en œuvre des dispositions d'application, nous nous prononçons aussi pour le code pénal plutôt que la loi sur les étrangers.

En vous remerciant de donner un accueil favorable à notre avis, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérales, Mesdames et Messieurs, à l'assurance de notre considération distinguée.

Martin Flügel  
  
Président

Denis Torche  
  
Secrétaire central

**Unia Zentralsekretariat  
Geschäftsleitung**

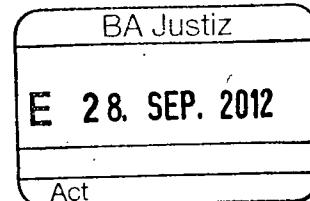
Weltpoststrasse 20  
CH-3000 Bern 15  
T +41 31 350 21 11  
F +41 31 350 22 11  
<http://www.unia.ch>



Unia Zentralsekretariat, Geschäftsleitung, Weltpoststrasse 20, CH-3000 Bern 15

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
z. Hd. Peter Häfliger  
Bundestrain 20  
3003 Bern

**Die Gewerkschaft.  
Le Syndicat.  
Il Sindacato.**



**Stellungnahme der Gewerkschaft Unia zur  
Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6  
BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)**

27. September 2012

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für Ihre Einladung zur Stellungnahme. Wir nehmen gerne die Gelegenheit wahr, uns zur geplanten Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zu äussern.

Die Gewerkschaft Unia ist mit 200'000 Mitgliedern nicht nur die grösste Gewerkschaft der Schweiz. Sie ist auch die grösste Organisation von Migrantinnen und Migranten, denn mehr als die Hälfte unserer Mitglieder haben keinen Schweizer Pass. Wir vertreten unsere Mitglieder nicht nur am Arbeitsplatz, sondern nehmen auch zu wichtigen gesellschaftlichen und politischen Fragen Stellung, welche unsere Mitglieder betreffen.

Die Gewerkschaft Unia hat die Ausschaffungsinitiative anlässlich der Volksabstimmung konsequent bekämpft, da die damit eingehenden Verschärfungen der Gesetzgebung ausländerfeindlich und unnötig sind. Die Ausschaffungsinitiative löst ausserdem die bereits bekannten Probleme der Ausführung einer Ausweisung aufgrund fehlender Identifikation und Dokumente oder aufgrund der Weigerung des Staates, den Staatsbürger aufzunehmen, in keiner Weise. Insbesondere aber, lehnen wir die Doppelbestrafung dezidiert ab. Es kann nicht sein, dass für eine ganze Bevölkerungsgruppe eine Sonderjustiz herrscht.

Variante 2 verletzt mehrere rechtliche Garantien, unter anderem das Prinzip der Verhältnismässigkeit, sowie mehrere völkerrechtliche Konventionen und internationale Verträge, welche die Schweiz verpflichtet ist einzuhalten, u.a. der UNO-Pakt II sowie die Kinderrechtskonvention. Würde diese Variante umgesetzt, würde die Schweiz die Verurteilung durch den EKMR riskieren, Verurteilung, die sie nicht nur auf einen Fall, sondern auf das ganze betroffene Rechtsgebiet umsetzen müsste. Die Gewerkschaft Unia lehnt deshalb diese Variante vehement ab. Wir werden im Folgenden nicht weiter darauf eingehen.

Jedoch erfüllt auch Variante 1 die Anforderungen einer völkerrechtskonformen Umsetzung nicht. Sie verletzt trotz einer Abschwächung gegenüber Variante 2 weiterhin mehrere völkerrechtliche Garantien. Auch das FZA wird mit dieser Variante teilweise beeinträchtigt, ein Einschnitt den die Europäische Union nicht akzeptieren wird. Auch angenommen, dass das FZA eingehalten werden könnte, würde dies bedeuten, dass die Ausweisungen nur auf Drittstaatsangehörige ausgeführt werden könnten. Dies ist eine Diskriminierung und eine Verhärtung der bereits existierenden Diskriminierung der Drittstaatsangehörigen, welche die Gewerkschaft Unia grundsätzlich ablehnt.

Ausserdem ist es bedenklich, dass im Deliktkatalog Genozid oder Menschenhandel und Raub in Verbindung mit Hausfriedenbruch gleich behandelt werden; in beiden Fällen ist eine Ausweisung von mindestens 5 Jahren vorgesehen. Diese Unverhältnismässigkeit zeigt, dass nicht aufgrund des begangenen Delikts bestraft wird, sondern, dass jemand aufgrund seiner Nationalität verurteilt wird. Der Gewerkschaft Unia leuchtet ausserdem nicht ein, weshalb der Missbrauch von Sozialleistungen als neuer Strafbestandteil im Deliktkatalog aufgenommen wurde (66a lit.b). Die Sozialversicherungsgesetzgebung sieht dieses Delikt bereits vor, weshalb wir eine Aufnahme ins Strafgesetzbuch als unnötig erachten.

Hingegen wertet die Gewerkschaft Unia als positiv, dass Minderjährige von den Bestimmungen ausgeschlossen werden.

Zusammenfassend können wir weder der einen noch der anderen Variante zustimmen.

Freundliche Grüsse



Rita Schiavi  
Mitglied der Geschäftsleitung



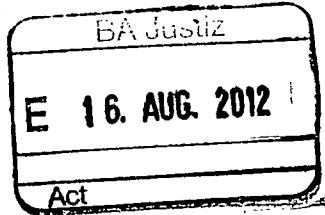
Vania Alleva  
Mitglied der Geschäftsleitung



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

LA DOYENNE



OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE  
Domaine de direction Droit pénal  
Bundesrain 20

3003 BERNE

Le 14 août 2012/CC/pr

Procédure de consultation relative à la modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels)

Mesdames, Messieurs,

Pour faire suite au courrier du 25 juin 2012 de Madame Isabel Rochat, Conseillère d'Etat, vous trouverez en annexe l'avis de la Faculté concernant la procédure de consultation mentionnée sous rubrique et rédigé conjointement par les Professeurs Bernhard Sträuli, directeur du Département de droit pénal et Michel Hottelier du Département de droit public.

Cet avis a également été envoyé pour information aux parlementaires genevois à Berne.

Veuillez croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de notre considération distinguée.

Christine Chappuis

Annexe mentionnée

Le 10 août 2012

***Procédure de consultation relative à la modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst., relatif au renvoi des étrangers criminels)***

***Prise de position du Département de droit pénal  
et du département de droit public***

**A. Introduction**

1. Le peuple et les cantons ont approuvé le 28 novembre 2010 l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », tout en rejetant le contre-projet qui lui était simultanément opposé.

L'adoption par l'Assemblée fédérale d'un contre-projet à l'initiative précitée s'est imposée en raison des problèmes juridiques que le renvoi systématique de certains étrangers du territoire suisse, sans exception au vu du texte de l'initiative, ne manquerait pas de générer. Dans le message qu'il a présenté le 24 juin 2009 aux Chambres, le Conseil fédéral a en effet relevé que la mise en œuvre indifférenciée des mesures proposées par l'initiative entrerait en conflit avec plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est Partie (CEDH, Pacte II, CDE), ainsi qu'avec l'Accord international sur la libre circulation des personnes (ALCP)<sup>1</sup>.

2. L'initiative populaire ayant été validée par l'Assemblée fédérale en dépit des problèmes juridiques qu'elle pose, puis acceptée par le peuple et les cantons, la cheffe du département fédéral de justice et police a mis sur pied un groupe de travail composé d'experts et de membres de l'administration fédérale. Ce groupe n'ayant pas été en mesure de rédiger un texte uniforme, deux variantes sont présentement soumises à consultation.

3. Le rapport explicatif présenté à l'appui des solutions préconisées par le groupe de travail relève que la variante 1 se fonde sur les propositions soutenues par une majorité de ce groupe de travail. Elle accorde un poids accru aux nouvelles dispositions constitutionnelles par rapport au droit constitutionnel en vigueur et au droit international. Ces nouvelles dispositions entraînent un durcissement de la pratique actuelle en matière d'expulsion et impliquent des restrictions dans l'application de certains principes. Sur le plan du droit international, cette variante entend cependant tenir compte des droits de l'homme garantis par le droit international.

La variante 2 reprend la solution proposée par les membres du comité d'initiative présents au sein du groupe de travail. Elle part du principe que les nouvelles normes

---

<sup>1</sup> FF 2009 4571, en particulier p. 4580 ss.

constitutionnelles ont la primauté absolue sur les dispositions constitutionnelles antérieures et sur les règles non impératives du droit international, en particulier sur les droits de l'homme. Le choix d'une variante au détriment de l'autre exerce par conséquent une influence déterminante, d'un point de vue juridique, sur le respect par la Suisse des engagements internationaux auxquels elle a souscrit dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine.

## B. Remarques générales

4. Tant la variante 1 que la variante 2 attribuent au juge pénal la compétence d'expulser les étrangers concernés par l'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. Cette innovation introduit une rupture fondamentale dans le système traditionnel qui régit les mesures d'éloignement des étrangers.

La modification de la partie générale du code pénal entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>2</sup> ainsi que l'adoption de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005<sup>3</sup> ont en effet conduit à la disparition de la norme pénale qui permettait l'expulsion judiciaire<sup>4</sup>. L'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. n'impose aucunement pareil revirement. Les raisons présentées par le groupe de travail dans le rapport explicatif pour retenir cette solution ne sont, au reste, guère convaincantes<sup>5</sup>.

5. La compétence de prononcer l'expulsion des personnes visées par les normes constitutionnelles précitées devrait plutôt incomber aux autorités administratives, via une révision de la loi fédérale sur les étrangers.

## C. Remarques sur la variante 1

6. Comme le relève le rapport présenté à l'appui de la variante 1, les innovations législatives proposées permettent de réconcilier l'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. avec les droits de l'homme et l'ALCP.

7. Cette variante présente l'avantage de réaliser le mandat prévu à l'article 5 alinéa 4 Cst., qui prévoit que la Confédération et les cantons respectent le droit international. Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne<sup>6</sup>. Il en va, en particulier, ainsi dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine<sup>7</sup>.

8. En cas d'adoption de la variante 1, les risques de condamnations émanant de tribunaux suisses ou de la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de la CEDH paraissent limités, sans être exclus pour autant, ainsi qu'en attestent trois arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de notre pays dans le

<sup>2</sup> RO 2006 3459 ; FF 1999 1787.

<sup>3</sup> RS 142.20.

<sup>4</sup> Voir sur le sujet le message du Conseil fédéral du 8 mars 2002, FF 2002 3469. Sur les problèmes liés à la dichotomie entre expulsion administrative et expulsion judiciaire, voir déjà GIORGIO MALINVERNI, Article 69<sup>ter</sup>, in : Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Bâle/Berne/Zurich 1995, p. 21<sup>ss</sup>, §72<sup>ss</sup>, en particulier 78.

<sup>5</sup> Rapport explicatif, p. 19.

<sup>6</sup> ATF 131 V 66 consid. 3.2 p. 70 *M.*; 122 I 485, consid. 3a p. 487 *S. c.* Office fédéral de la police.

<sup>7</sup> ATF 136 III 168 consid. 3.3.2 p. 171 *Ma.*; 136 II 241 consid. 16.1 p. 255 *X.* et les autres références citées.

cas de renvois d'étrangers jugés exagérément sévères<sup>8</sup>.

9. Comme le relève le rapport explicatif présenté par le groupe de travail, la Suisse s'expose, de manière générale, à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle met en œuvre des normes internes contraires à la CEDH. En pareille hypothèse, elle doit ensuite prendre les mesures nécessaires afin d'éviter que le même type de violation de la Convention ne se répète<sup>9</sup>. Il s'ensuit qu'une norme de rang législatif contraire à la CEDH ne saurait en principe trouver application.

10. Les différentes dispositions proposées par la variante 1 appellent les observations suivantes, dans l'hypothèse où l'expulsion des étrangers visés par l'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. viendrait à être attribuée aux instances pénales en dépit des remarques qui précèdent :

Le rangement de l'expulsion parmi les (autres) mesures (art. 66 ss. CP) est adéquate.

L'article 66a AP ne constitue pas, loin s'en faut, un exemple de bonne technique législative. Une liste d'infractions et des clauses générales (fondées en l'espèce sur un plancher ou un plafond de peine) ne font jamais bon ménage lorsqu'il s'agit de justifier une même conséquence juridique, ici l'expulsion. Ce résultat hautement insatisfaisant semble toutefois trouver son origine dans la rédaction des alinéas 3 et 4 de l'article 121 Cst. On s'en accommodera donc.

Les articles 66b à 66d AP s'inscrivent dans la logique de la nouvelle et n'appellent pas de commentaires particuliers.

Réprimant l'obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale, l'article 148a AP est techniquement très insatisfaisant. D'une part, l'adverbe «illégalement» n'apporte jamais rien à quelque incrimination, puisque cette dernière décrit par définition un comportement contraire au droit, c'est-à-dire illégal ; au mieux constitue-t-il un rappel inutile de l'exigence générale d'illicéité comme seconde condition fondamentale de la punissabilité<sup>10</sup>. D'autre part, l'article 148a AP permettrait d'appréhender l'auteur qui use de déclarations fausses ou incomplètes etc. pour obtenir des prestations auxquelles il a droit ; or, un tel comportement ne mérite pas d'être érigé en infraction pénale. Seule l'obtention *indue* de prestations sociales est susceptible de motiver une sanction pénale ; ainsi seulement est préservé le parallèle avec l'article 146 CP réprimant l'escroquerie, qui pose l'exigence d'un préjudice chez autrui. L'article 148a AP doit donc être reformulé par la suppression de l'adverbe «illégalement» et l'adjonction de l'adjectif «indues» après le substantif «prestations».

Les dispositions relatives au casier judiciaire et les modifications apportées au CPM ne motivent pas de remarques spécifiques par rapport à celles qui précédent.

#### D. Remarques sur la variante 2

11. La variante 2 présente des contours nettement plus stricts que la variante 1. Elle affiche plusieurs dispositions qui, en tant que telles, contreviennent aux droits de l'homme et à l'ALCP. Son adoption exposerait la Suisse à des constats de violation de la CEDH, ainsi que du Pacte II et de la CDE dans le cadre des rapports périodiques que présente notre pays aux Comités onusiens institués par ces deux derniers instruments. De même, la Suisse n'échapperait pas à un constat de violation délibérée des

<sup>8</sup> ACEDH *Boultif c. Suisse*, arrêt du 2 août 2001 ; *Emre c. Suisse*, arrêt du 22 mai 2008 ; *Emre c. Suisse* (n° 2), arrêt 11 octobre 2011.

<sup>9</sup> Rapport explicatif, p. 11.

<sup>10</sup> Voir PHILIPPE GRAVEN, L'infraction pénale punissable, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1995, p. 101.

engagements internationaux auxquels elle a souscrit sur la scène universelle dans le cadre du rapport périodique universel qu'effectue le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies. Cette éventualité paraît d'autant plus regrettable que la Suisse a pris une part particulièrement active dans l'élaboration et la mise au point de cette instance et de son mécanisme de protection des droits de l'homme<sup>11</sup>.

Les motifs qui précèdent ne peuvent que conduire au rejet de cette variante.

12. Pour le surplus et à toutes fins utiles, on relèvera encore ce qui suit :

On ne comprend pas pourquoi l'avant-projet mentionne les intitulés du Chapitre 1 et de la Section 1, qui reprennent le droit actuel sans y apporter le moindre changement.

Le rangement des articles 73a ss. AP dans un nouveau Chapitre 3 consacré exclusivement à l'expulsion du territoire suisse (avec modification correspondante de l'intitulé du Titre 3) trahit une méconnaissance profonde du système des sanctions pénales, lesquelles se subdivisent en peines et mesures exclusivement. Il n'y a pas de troisième catégorie. L'expulsion est une peine (accessoire), comme le prévoyait l'ancienne partie générale du code pénal suisse (art. 55 aCP), ou alors une (autre) mesure, comme le prévoit la variante 1 (*supra C*).

Procédant par voie d'énumération d'infractions qui motivent une expulsion, l'article 73a AP est par définition lacunaire et comporte le risque d'inégalités de traitement flagrantes. Face à deux maux, la technique législative retenue aux fins de l'article 66a AP selon la variante 1 mérite ainsi la préférence.

L'article 73d AP est contraire à tous les principes connus et reconnus en matière de hiérarchie des normes.

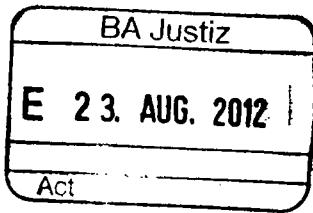
L'article 151a AP suscite les mêmes critiques que celles mentionnées plus haut à l'enseigne de l'article 148a AP selon la variante 1.

Michel Hottelier  
Professeur  
Département de droit pénal

Bernhard Sträuli  
Directeur  
Département de droit pénal

---

<sup>11</sup> Voir FF 2009 5673 ; 2008 5511.



**Verband Schweizerischer Einwohnerdienste (VSED)  
Association suisse des services des habitants (ASSH)  
Associazione svizzera dei servizi agli abitanti (ASSA)  
Associazion svizra dals servetschs als abitants (ASSA)**

## A-Post

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundesstrasse 20  
3003 Bern

St.Gallen, 21.08.2012 WE

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Schweizerischer Einwohnerdienste VSED hat das Schreiben des EJPD, worin das Vernehmlassungsverfahren mitgeteilt wird, erhalten. Wir bedanken uns für die Möglichkeit der Stellungnahme in diesem für die Schweiz bedeutungsvollen Geschäft.

Der Vorstand des VSED hat an seiner Sitzung vom 27. Juni 2012 in Luzern die Vernehmlassungsvorlage an diskutiert. Er wird zu den beiden Vorlagen keine Stellung beziehen, weil die Einwohnerdienste von der Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer nicht unmittelbar betroffen sind.

Der VSED dankt Ihnen trotzdem für die Aufnahme in die Liste der Vernehmlassungsadressaten und wünscht Ihnen für den weiteren Verlauf des Verfahrens viel Erfolg.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Einwohnerdienste

Stephan Wenger, Präsident

Präsidium: Stephan Wenger, Leiter Einwohneramt Stadt St.Gallen, Rathaus, Poststr. 28, 9001 St.Gallen  
Tel. 071/ 224 53 37 / Fax. 071/ 224 51 08 / [stephan.wenger@stadt.sg.ch](mailto:stephan.wenger@stadt.sg.ch)

Sekretariat: Walter Allemann, Leiter Einwohnerkontrolle, Rathaus, Alb. Zwyssigstr. 76, 5430 Wettingen  
Tel. 056/ 437 77 41 / Fax. 056/ 437 77 99 / [walter.allemann@wettingen.ch](mailto:walter.allemann@wettingen.ch)

**SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG DER RICHTERINNEN UND RICHTER SVR  
ASSOCIATION SUISSE DES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE ASM  
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DEI MAGISTRATI ASM  
ASSOCIAZIUN SVIZRA DALS DERSCHADERS ASD**

**Präsident** Peter Hodel, Oberrichter, Obergericht des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich,  
☎ 041 257 91 91, E-Mail: peter.hodel@gerichte.zh.ch  
**Sekretariat** Jürg Steiger, Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen,  
☎ 058 705 25 37, E-Mail: juerg.steiger@bvger.admin.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Zürich, 7. September 2012

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 haben Sie unter anderem die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter zur Vernehmlassung zum rubrizierten Geschäft bis 30. September 2012 eingeladen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit und machen davon gerne wie folgt Gebrauch:

Am 28. November 2010 haben Volk und Stände die Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" angenommen. Damit wurde Artikel 121 der Bundesverfassung (BV) um die Absätze 3–6 ergänzt, wonach Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt worden sind oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren. Die Verurteilten sind zudem mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen.

Am 22. Dezember 2010 wurde eine Arbeitsgruppe aus Fachleuten und Mitarbeitenden der Bundesverwaltung für die Umsetzung dieser neuen Verfassungsbestimmungen eingesetzt. In ihrem Bericht vom 21. Juni 2011 zuhanden des EJPD präsentierte die

Arbeitsgruppe vier Varianten. Eine Variante wurde von den Vertretern des Initiativkomitees eingebracht. Im Erläuternden Bericht des Bundesrates wird sie als Variante 2 präsentiert. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe schlug ihrerseits drei Varianten vor, aus denen der Bundesrat die Variante 1 der Vernehmlassungsvorlage erarbeitet hat.

Die Variante 2 geht im Ergebnis davon aus, dass Art. 121 Abs. 3–6 BV als jüngeres Recht absoluten Vorrang vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht hat. Die Variante 1 berücksichtigt hingegen die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien und vermeidet weitgehend eine Kollision mit dem Freizügigkeitsabkommen. Dies wird insbesondere dadurch erreicht, dass der Katalog der Straftaten, die automatisch zur Ausweisung führen, auf schwere Verbrechen konzentriert wird.

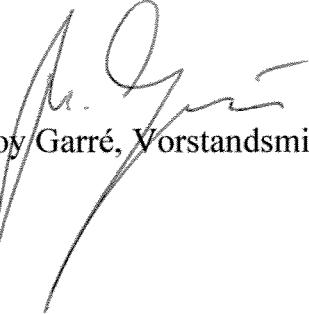
Die Richtervereinigung geht wie der Bundesrat von der Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen und nicht vom Vorrang des jüngeren Rechts aus. Sie teilt daher die verfassungsrechtlichen Ausführungen auf S. 16–19 des Erläuternden Berichts. Auf die Einhaltung der internationalen Menschenrechtsgarantien und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gemäss Art. 5 Abs. 2 BV legen wir viel Wert. Die ausführende Gesetzgebung ist so auszugestalten, dass die zuständigen Behörden bei allen Ausweisungsfällen, die vom Schutzbereich von Art. 8 EMRK oder Art. 17 UNO-Pakt II erfasst werden, eine Verhältnismässigkeitsprüfung vornehmen. Die Grundkonzeption der Variante 1 ist daher zu begrüssen. Problematisch ist hingegen die Wiedereinführung einer neuen Form von Landesverweisung im StGB. Diese Nebenstrafe wurde bekanntlich mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Gesetzesrevision des Allgemeinen Teils des StGB aufgehoben. Die Aufhebung wurde damit begründet, die strafrechtliche Sanktion der Landesverweisung stehe in Konkurrenz mit der fremdenpolizeilichen Ausweisung, welche ebenfalls Folge von Delikten sein könne. Es sei schwierig, die Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion und als fremdenpolizeiliche Massnahmen aufeinander abzustimmen, weil sie unterschiedliche Zwecke verfolgten (s. Botschaft vom 21 September 1998, S. 123 f. und schon ANDREAS ZÜND, Strafrechtliche Landesverweisung und fremdenpolizeiliche Ausweisung, in FS K. Eichenberger, Aarau 1990, S. 363 ff., 377 f.). Die Richtervereinigung betrachtet diese treffenden Überlegungen als immer noch geltend. Die Frage der Aufenthaltsberechtigung von Personen in der Schweiz ist eine typische verwaltungsrechtliche Frage und setzt fachspezifische Kenntnisse voraus, die primär bei der fremdenpolizeilichen Behörde liegen. Das Strafgericht würde in der Regel ohnehin zur Prüfung der EMRK-Konformität der Landesverweisung einen Amtsbericht bei dieser Behörde einholen müssen (s. Erläuternden Bericht, S. 19). Es wäre daher prozessökonomischer, wenn diese Behörde weiterhin direkt entscheiden könnte.

Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und verbleiben mit freundlichen Grüßen.

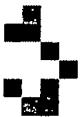
SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG  
DER RICHTERINNEN UND RICHTER

  
Peter Hodel

Peter Hodel, Präsident

  
Roy Garré

Roy Garré, Vorstandsmitglied



VKM | ASM |

Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden  
Association des services cantonaux de migration  
Associazione dei servizi cantonali di migrazione

Geschäftsstelle | Migrationsdienst des Kantons Bern  
Eigerstrasse 73 | 3011 Bern  
Tel. +41 (0)31 633 42 99 | Fax +41 (0)31 633 55 86  
info@vkm-asm.ch | www.vkm-asm.ch

BA Justiz
E 04. OKT. 2012
Act

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
  
3003 Bern

Bern, 27. Juli 2012

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 erhielten wir Gelegenheit, uns im Rahmen der Vernehmlassung zu obigem Geschäft zu äussern. Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Die Vereinigung der kantonalen Migrationsämter (VKM) bevorzugt die Umsetzung von Variante 1 des Vorschlags. Eine Umsetzung von Variante 2 wird abgelehnt. Dies mit folgenden Überlegungen:

Variante 2 sieht einen Ausweisungautomatismus für Delikte wie einfache Körperverletzung, Freiheitsberaubung oder Betäubungsmittelbesitz. Je nach Situation kann es sich bei solchen Delikten auch um Bagatelldelikte Handeln (Beispiel: Besitz einiger Gramm Softdrogen, kurze Freiheitsberaubung durch Festhalten). Würde in solchen Fällen dennoch – wie von Variante 2 vorgesehen – konsequent eine Wegweisung verfügt, so wäre mit einer Vervielfachung von Vollzugsfällen zu rechnen. Der Vollzug würde dadurch massiv überlastet; dies umso mehr als angesichts der

Tatsache, dass bei gut integrierten Personen, die wegen Bagateldelikten ausgewiesen werden, mit Unverständnis auch aus Teilen der Gesellschaft zu rechnen wäre.

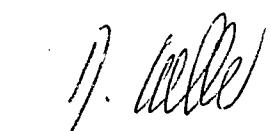
Neben der Frage des strafrechtlichen Tatbestands spielen auch andere Aspekte wie die Anwesenheitsdauer oder der Integrationsgrad einer Person eine wichtige Rolle bei Entscheiden über die Ausweisung. Variante 2 berücksichtigt solche Aspekte in keiner Weise, während Variante 1 für Delikte mit einem Strafmaß von einem Freiheitentzug unter 6 Monaten eine Verhältnismässigkeitsprüfung zulässt. Im Sinne sachlicher Entscheide, die alle wichtigen Aspekte von Ausweisungen berücksichtigen, ist daher für Variante 1 zu plädieren.

Variante 2 sieht im Gegensatz zu Variante 1 keine Ausweisung bei schweren Vermögensdelikten vor. Im Zentrum stehen einzig Gewaltdelikte. Die VKM ist der Ansicht, dass sich die Schwere des Verschuldens einer Tat durch die dafür verhängte Strafe zeigt. Es ist nicht einsehbar, weshalb beispielsweise ein Millionenbetrug nicht zu einer Ausweisung führen soll, hingegen eine einfache Körperverletzung die automatische Ausweisung nach sich zieht. Variante 1 berücksichtigt daher richtigerweise sowohl Gewaltdelikte wie auch andere (Delikte gegen Vermögen, Freiheit, etc.) und trifft damit im Gegensatz zu Variante 2 keine unsachgemässen Unterscheidungen.

Zum Schluss noch eine Bemerkung zu einem Thema das unabhängig vom Variantenentscheid von Bedeutung ist. In jedem Fall wird durch die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV eine massive Erhöhung der Fallzahlen im Ausschaffungsvollzug erfolgen. Im Falle von Variante 2 ist diese ausserdem noch massiv höher, als bei Variante 1. Die Zunahme der Fallzahlen im Ausschaffungsvollzug ist auf den bundesgesetzlichen Automatismus der Koppelung der strafrechtlichen Landesverweisung an bestimmte Freiheitsstrafen zurückzuführen. Die Kantone können ihren zeitlichen, mengenmässigen und damit auch finanziellen Aufwand also nicht mehr selber steuern, sondern sie werden durch bundesgesetzliche Vorgaben gesteuert. Die VKM beantragt deshalb, dass der Bund konsequenterweise auch in diesen Fällen die Haftkostenpauschale nach Art. 15 VVWA zu übernehmen hat. Dies würde eine Anpassung von Art. 82 AuG bedingen. Angesichts der schon heute nicht kostendeckenden Abgeltungen und der zu erwartenden massiven Anstiegs der Fallzahlen ist sogar eine Erhöhung der finanziellen Bundesbeiträge zu prüfen.

Von grundsätzlicher Wichtigkeit ist auch die Frage, ob die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 wie vorgeschlagen im Strafrecht oder im Ausländerrecht zu regeln ist. Je nachdem wird die Zuständigkeit für Landesver-/Ausweisungen der Strafjustiz oder den kantonalen Migrationsbehörden übertragen. Die VKM äussert sich nicht zu dieser Frage des Regelungsstandortes, da sie je nach Struktur der kantonalen Behörden unterschiedlich beurteilt werden kann.

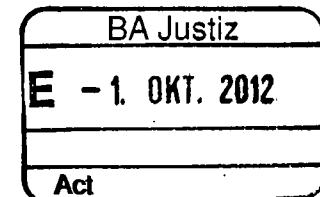
Freundliche Grüsse



David Keller, Präsident

Geschäftsstelle:  
Integrationsförderung  
Stadthaus, Stadthausquai 17  
8001 Zürich  
Postadresse: Postfach, 8022 Zürich  
Tel. 044 412 37 37  
Fax 044 412 37 42  
[www.auslaenderbeirat.ch](http://www.auslaenderbeirat.ch)

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Zürich, 25. September 2012

**Vernehmlassungsantwort des Ausländerbeirats der Stadt Zürich zur Umsetzung der „Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer“**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Ausländerbeirat der Stadt Zürich ist «Sprachrohr» der ausländischen Wohnbevölkerung und kann gegenüber der Stadt Empfehlungen abgeben und bei der Stadtpräsidentin Anträge einreichen. Insbesondere soll er der ausländischen Wohnbevölkerung Zürichs ermöglichen, ihre Bedürfnisse in allen wichtigen Lebensbereichen zu formulieren, die die Politik und Verwaltung der Stadt Zürich betreffen.

Als direkt Betroffene, sogenannte Ausländerinnen und Ausländer möchten wir zur geplanten Verfassungsänderung Stellung nehmen.

Auch wenn es in dieser Vernehmlassung darum gehen soll, welche der beiden vorgeschlagenen Varianten umgesetzt werden sollen, möchten wir diese Gelegenheit nutzen, um unseren grundsätzlichen Bedenken Ausdruck zu verleihen. Bereits bei der Einreichung der Initiative sowie im Vorfeld der Abstimmung haben viele Rechtsexperten darauf hingewiesen, dass die Initiative aus verschiedenen Gründen nicht umgesetzt werden könne. So sei unter anderem ein Ausschaffungsautomatismus nicht mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit vereinbar und stehe zudem im Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union und mit der Einhaltung internationaler Menschenrechtsgarantien. Zudem wird in unseren Augen auch eines der Grundprinzipien der Gewaltentrennung verletzt, indem der Gesetzgeber nicht nur das Gesetz formuliert, sondern gleichzeitig auch die genaue Durchführung desselben vorschreibt. In einem freien Land müsste es aber Sache der Richter sein, das konkrete Strafmaß von Fall zu Fall festzulegen.

Nach Annahme der Initiative am 28. November 2010 wurde bald klar, dass die Initiative gar nicht im Wortlaut umgesetzt werden kann. Dieses Dilemma zeigt unserer Meinung nach deutlich, dass die Initiative gar nie für gültig hätte erklärt werden dürfen. In diesem Sinne lehnen wir natürlich beide Varianten ab und regen vielmehr eine vertiefte Diskussion über das Initiativrecht und rechtsstaatliche Grundprinzipien an.

Trotz allem möchten wir uns aber auch zur Frage der Umsetzung äussern, zumal in den vergangenen Monaten verschiedene Stimmen zu hören waren, die trotz massiven rechtsstaatlichen Bedenken für eine wortgetreue Umsetzung plädieren. Die Argumentation dieser Stimmen von Vertretern verschiedener grosser Regierungsparteien, die sich gegen die Initiative ausgesprochen hatten, besagt in etwa Folgendes: Eine wortgetreue Umsetzung verstösst zwar gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Menschenrecht auf Familienleben und andere internationale Verträge, nur so könne aber die „Verantwortung“ für die entstehenden Probleme den Initianten übertragen werden.

Als direkt Betroffene sehen wir das ein bisschen anders. Wir können zwar den Frust vieler Politiker sehr gut verstehen, glauben aber nicht, dass die Initianten auf diese Weise in die Verantwortung genommen werden. Die Konsequenzen aus einem solchen Vorgehen müssten aber wir tragen. Die Leidtragenden wären (neben der Schweizer Verfassung und der Rechtsstaatlichkeit) unsere Söhne und Töchter, Eltern oder Geschwister, die Gefahr laufen würden, aufgrund eines Deliktes aus der Schweiz gewiesen zu werden, bei dem das Gericht von einer Strafe abgesehen hat.

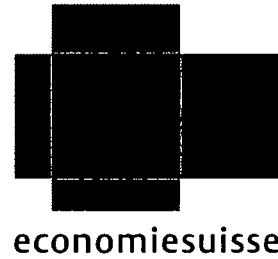
Wir möchten Sie deshalb bitten, bei der Umsetzung nicht nur parteipolitische und taktische Überlegungen in den Vordergrund zu rücken, sondern auch zu bedenken, welche konkreten Auswirkungen die Umsetzung für diejenigen Menschen haben kann, die vielleicht auch Ihre Nachbarn, Arbeitskolleginnen oder Vereinskameraden sind.

Aus den genannten Gründen würden wir schweren Herzens empfehlen, bei der Umsetzung die Variante 1 zu bevorzugen, bei der rechtsstaatliche Grundsätze weitgehend gewahrt werden, auch wenn die Rechtsungleichheit damit weiter zementiert wird.

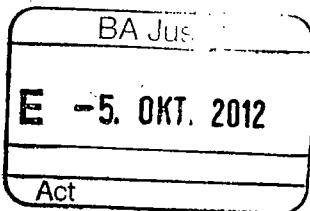
Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Ausländerbeirat der Stadt Zürich



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern



1. Oktober 2012

**Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des  
Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller  
Ausländerinnen und Ausländer)  
Stellungnahme economiesuisse**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Ausschaffungsinitiative wurde von Volk und Ständen angenommen. Dies ist zu akzeptieren und umzusetzen. Im Rahmen der Verfahrensbestimmungen hat der Bundesrat zwei Varianten der Umsetzung zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Wir haben unsere Mitgliedschaft diesbezüglich umfassend konsultiert. Dabei haben wir allerdings nur geringe Rückmeldungen erhalten. Zudem konzentriert sich economiesuisse als Dachverband der Wirtschaft auf wirtschaftspolitische Fragen entsprechend unserem statutarischen Mandat. Bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative handelt es sich aber primär um eine gesellschaftspolitische Vorlage. Wir verzichten deshalb auf eine Stellungnahme und die Favorisierung einer der beiden vorgeschlagenen Varianten.

Wir möchten dennoch die Gelegenheit nutzen, um zu betonen, dass es für den Wirtschaftsstandort Schweiz zentral ist, dass dabei das Personenfreizügigkeitsabkommen und der bewährte bilaterale Weg zur EU nicht gefährdet werden dürfen.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink, appearing to read "P. Gentinetta".

Dr. Pascal Gentinetta  
Vorsitzender der Geschäftsleitung

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Jan Atteslander".

Dr. Jan Atteslander  
Mitglied der Geschäftsleitung

# KONFERENZ DER SCHWEIZER STAATSANWÄLTE

## CONFERENCE SUISSE DES PROCUREURS

Die Präsidentin  
Dr. iur. Esther Omlin  
Oberstaatsanwältin  
Postfach 1561, 6061 Sarnen  
Tel. 041 666 66 91, Fax 041 666 66 88  
oberstaatsanwalt@ow.ch

### **Vernehmlassung betreffend Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die uns gebotene Möglichkeit, zur Änderung des StGB und MStG betreffend die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung Art. 121 Abs. 3-6 BV Stellung zu beziehen.

Aus strafrechtlicher Sicht kann wie folgt Stellung genommen werden:

Auch wir unterstützen eine völkerrechtskonforme Regelung und lehnen den Ausschaffungsautomatismus von Variante 2 im Grundsatz ab. Allerdings erscheinen uns diverse Relativierungsversuche des ursprünglichen Volkswillens in Variante 1 als zu weitgehend. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, warum eine Landesverweisung von der Staatsanwaltschaft in einem Strafbefehlsverfahren nicht ausgesprochen werden sollte und auch ein Einzelrichter nicht befugt sein soll, eine solche Sanktion auszusprechen. Diverse der im Deliktskatalog erwähnten Delikte sind mehrheitlich in Strafbefehlsverfahren oder Einzelrichterverfahren verfolgbar. Ein Strafbefehlsverfahren kann ebenfalls weitreichende und fundierte Ermittlungen beinhalten, welche als solide Grundlage für den Entscheid der Landesverweisung dienen können. Ohnehin wäre die Kompetenz der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 66a Abs. 2 stark eingeschränkt. Sodann hätte bei einer Landesverweisung durch Strafbefehl der Beschuldigte eine Einsprachemöglichkeit, womit wiederum ein Gericht resp. ein Einzelrichter über die Landesverweisung entscheiden würde. Schliesslich führt ein Ausschluss der Staatsanwaltschaft von der Kompetenz zur Landesverweisung zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Zwang, den Strafbefehl anzunehmen, um durch einen Weiterzug einer allfälligen gerichtlichen Landesverweisung zu entgehen. Solches führt zu materiell ungemessenen Strafen. In dieser Hinsicht wäre Variante 2 unproblematischer.

Im Übrigen wird an dieser Stelle auf die Stellungnahme der KSBS verwiesen.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüßen

Für die Konferenz der Schweizer Staatsanwälte  
Die Präsidentin

Dr. iur. Esther Omlin

Seite 2/2

Bern, 30.09.2012

# Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes im Rahmen der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

## **Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH**

### **1 Grundsätzliches**

Weyermannstrasse 10  
Postfach 8154  
CH-3001 Bern

T++41 31 370 75 75  
F++41 31 370 75 00

info@fluechtlingshilfe.ch  
[www.fluechtlingshilfe.ch](http://www.fluechtlingshilfe.ch)

Spendenkonto  
PC 30-1085-7

Die Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Umsetzungsvorschlägen zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV)<sup>1</sup>.

Die SFH möchte an dieser Stelle nochmals betonen, dass sie die sogenannte „Ausschaffungsinitiative“ von Anfang an als völkerrechtswidrig bekämpft hat und damals empfohlen hat, sie nicht zur Abstimmung zuzulassen.<sup>2</sup> Bei dieser Gelegenheit hatte die SFH auch argumentiert, dass es dieser Initiative nicht bedürfe, da das geltende

<sup>1</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV), 14. Mai 2012; abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/dgg/pc/documents/2136/Ausschaffung-krimineller-Auslaender-05a-Bericht-de.pdf>.

<sup>2</sup> Stellungnahme der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH zur Eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» Bern, 8. Oktober 2008, [http://www.fluechtlingshilfe.ch/asylrecht/stellungnahmen/stellungnahme-der-sfh-zur-ausschaffungsinitiative-der-svp-vom-8.-oktober-2008/at\\_download/file](http://www.fluechtlingshilfe.ch/asylrecht/stellungnahmen/stellungnahme-der-sfh-zur-ausschaffungsinitiative-der-svp-vom-8.-oktober-2008/at_download/file).



Ausländergesetz mit seinen Artikeln 62 ff. – bereits über Normen verfüge, welche es ermöglichen, schwer straffällig gewordene ausländische Personen bei erheblicher Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszuweisen.<sup>3</sup> Zu beiden Bestimmungen hat das Bundesgericht eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, welche die Interessen des Einzelnen am Verbleib in der Schweiz gegenüber den Interessen des Staates an der Entfernung der Einzelperson zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit ins Verhältnis setzt und eine Güterabwägung vornimmt.

Diese Einschätzung hat zur Folge, dass die SFH die nun in Vernehmlassung befindliche Variante 2, welche sich eng am Initiativtext orientiert, vollumfänglich ablehnt, da sie – ebenso wie die Initiative selbst – mit dem Völkerrecht nicht in Einklang zu bringen ist. Entsprechend ist auch die vorliegende Variante 2 weder verfassungskonform anwendbar noch mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu vereinbaren.

Auch Variante 1, welche laut Bundesrat eine ergebnisoffenere Abwägung ermöglicht, ist zwar der Variante 2 vorzuziehen, da sie Völkerrecht und Verfassung besser Rechnung trägt als Variante 2. Dennoch lehnt die SFH auch diese Variante ab, denn auch bei ihrer Umsetzung ist vorprogrammiert, dass gewisse völkerrechtliche Garantien nicht eingehalten werden können. Zudem wird bei der Umsetzung in nicht wenigen Fällen das Prinzip der Verhältnismässigkeit, welches in der Bundesverfassung festgeschrieben ist, missachtet werden müssen.

Grundsätzlich möchte die SFH an dieser Stelle ihrem Befremden Ausdruck verleihen, dass ein Land, das sich seiner humanitären Tradition röhmt, ernsthaft den Versuch unternimmt, zwischen zwingendem und nicht zwingendem Völkerrecht zu unterscheiden. Anstelle dem Völkerrecht als grundlegendes Fundament der internationalen Rechtsgemeinschaft den nötigen Respekt entgegen zu bringen, nimmt die Schweiz hier Unterscheidungen vor, die zur Folge haben werden, dass die von den meisten Staaten respektierten menschenrechtlichen Grundstandards durchlöchert werden. Es ist der Schweiz nicht würdig, wenn sie „nur“ die menschenrechtlichen Verträge einhält, die sie zwingend einhalten muss. Die Schweiz nimmt für sich in Anspruch, auf vielen Gebieten einer Vorbildrolle einzunehmen. Auch in Bezug auf die Einhaltung und Achtung der Menschenrechte sollte sie diese Funktion nicht leichtfertig aufs Spiel setzen. Die SFH fordert die offizielle Schweiz auf, ihren menschenrechtlichen Verpflichtungen ohne Einschränkungen gerecht zu werden.

Die SFH setzt sich anwaltschaftlich für die Anliegen von Asylsuchenden und Flüchtlingen ein, die den Schutz der Schweiz suchen. Da sie sich nicht vertieft mit den Rechten von Staatsangehörigen der EU-Staaten befasst, sei nur einleitend bemerkt, dass beide Varianten mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union wohl nicht zu vereinbaren sind. Auch dieser Umstand spricht gegen die in Vernehmlassung geschickten Umsetzungsvarianten.

---

<sup>3</sup> Siehe STN der SFH zur Ausschaffungsinitiative, FN 2, S. 7.

## 2 Umsetzungsvariante 1

Die folgenden Ausführungen gelten für das Strafgesetzbuch und das Militärstrafgesetz gleichermaßen.

Die vom Bundesrat favorisierte Variante 1 arbeitet mit einem klar und abschliessend definierten Deliktskatalog. Auffällig ist dabei, dass die in Art. 66a VE-StGB genannten Delikte, welche die fünf bis 15-jährige Landesverweisung zur Folge haben sollen, in ihrer Schwere sehr unterschiedlich sind. Sie reichen von schweren Kapitalverbrechen bis hin zu Sozialhilfemissbrauch. Dieser Katalog resultiert aus dem Wortlaut der Initiative. In Bezug auf das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung ist festzuhalten, dass mit der Einführung von Art. 66a VS-StGB ausländische Personen im Verhältnis zu Schweizerinnen und Schweizern diskriminiert werden, da die Folge der Landesverweisung eine Doppelbestrafung darstellt, die sich allein an die Staatsangehörigkeit der Betroffenen knüpft.

Variante 1 geht davon aus, dass sowohl das Refoulement-Vebot (Art. 66d VE-StGB) als auch das Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II sowie die Garantien der Kinderrechtskonvention (Art. 3, 9, 10 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention) beachtet werden müssen, was die SFH als selbstverständlich erachtet. Zudem muss der Landesverweis gemäss Art. 66a VE-StGB auch zumutbar sei, was nicht der Fall ist, sofern die Betroffenen in diesen oben genannten Rechten zu schützen sind. Gerade in Bezug auf den Schutz der Einheit der Familie könnte der vorgeschlagene Wortlaut jedoch sehr problematisch sein, da Art. 66a VE-StGB Ausnahmen nur ermöglicht, sofern die betroffene Person „in schwerwiegender Weise“ in ihren persönlichen Rechten betroffen ist. Mit dieser Formulierung ist zu erwarten, dass die Grundrechtsposition von straffälligen ausländischen Personen im Vergleich zur heutigen Rechtslage empfindlich beschnitten wird. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist heute sehr abgestuft und nimmt eine umfassende Prüfung aller Umstände vor. Neben der Art der vorherigen Bewilligung berücksichtigt das Bundesgericht heute die Aufenthaltsdauer der deliktisch handelnden Person, ihren Aufenthaltsstatus und ihr Vorverhalten.<sup>4</sup> Für diese Verhältnismässigkeitsprüfung im eigentlichen Sinn wird neu kein Raum mehr sein.

Heute geht das Bundesgericht bei der Anwendung der Widerrufsgründe des gelgenden Ausländergesetzes von einem wesentlich höheren Strafmass aus. Unter Berücksichtigung der sogenannten Reneja-Praxis wurde eine längerfristige Freiheitsstrafe beispielsweise dann angenommen, wenn die Person zu mindestens 24 Monaten Haft verurteilt wurde.<sup>5</sup> In Bezug auf Art. 62 Bst. b AuG zog das Bundesgericht die Grenze bei 12 Monaten Haft (BGE 135 II377). In jedem Fall wird diese Praxis durch die neuen Strafbestimmung verschärft, da die Landesverweisung schon bei einem Strafmass ab sechs Monaten Haft verfügt werden wird. Die Erklärungen, warum das Strafmass bei sechs Monaten angesetzt werden soll, vermögen nicht zu überzeugen. Darüber hinaus wäre diese Praxis im Vergleich mit den Nachbarländern ausserordentlich streng, wie den Ausführungen im erläuternden Bericht in den Ziff. 1.7. zu entnehmen ist.

<sup>4</sup> Siehe dazu die Ausführungen im Grundlagenbericht der Eidg. Kommission für Migrationsfragen, EKM, Wegweisen. Ausschaffen – Ein Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Strafhaftigkeit, 2010, Ziff. 2.3.1, S. 27 ff.

<sup>5</sup> Zum Beispiel BGE 110 I<sup>b</sup> 201 vom 25.09.2009.

Der Ausweisungsautomatismus geht davon aus, dass die Landesverweisung in der Regel zumutbar ist und im öffentlichen Interesse steht. Angesichts der unterschiedlichen Schwere der Delikte könnte die automatische Landesverweisung jedoch in einzelnen Fällen unverhältnismässig sein, dann nämlich, wenn die Massnahme nicht notwendig ist, weil der Täter eine günstige Zukunftsprognose hat. Da die Landesverweisung bereits mit der Verhängung des Strafurteils abhängig von der Höhe der Strafe festgelegt wird, kann diesem Umstand zukünftig kaum mehr Rechnung getragen werden. Die SFH kritisiert auch, dass bezüglich der Dauer der Landesverweisung wenig Spielraum besteht. Ein Strafrichter kann nicht weniger als fünf Jahre aussprechen, was bei weniger schweren Delikten kaum verhältnismässig sein wird.

Bezüglich der Dauer der ausgesprochenen Landesverweisung ist festzuhalten, dass bereits Art. 66a STGB eine lange – bis zu 15 jährige Frist vorsieht. Auf jeden Fall aber könnte die sehr lange Dauer welche Art. 66b für Wiederholungsfälle festlegt, im Konflikt mit einem Antrag auf internationalen Schutz in Konflikt stehen. Sofern eine Person mit einer derart langen Landesverweisung belegt ist, wird die Stellung eines Asylantrags verunmöglicht. Die SFH ist der Ansicht, dass Personen, die klar eine Beziehung zur Schweiz hatten, die Möglichkeit der Antragstellung offen gehalten werden sollte für den Fall, dass sie flüchtlingsrelevante Verfolgung zu gewärtigen haben, oder Leib und Leben gefährdet sind. Das vorhergehende deliktische Verhalten wäre dabei im Rahmen der Asylprüfung gegebenenfalls zu berücksichtigen.

Bezüglich des in Art. 66d VS-StGB vorgeschlagenen Aufschubes der Landesverweisung aufgrund der Verletzung von zwingendem Völkerrecht möchte die SFH zu bedenken geben, dass bei der heutigen Formulierung alle Personen „durch die Maschen fallen werden“ deren Wegweisung asylrechtlich als unzumutbar zu beurteilen wäre, weil sie vor Krieg, Bürgerkrieg, Situationen allgemeiner Gewalt geflohen sind oder weil sie durch die Wegweisung in eine unzumutbare medizinische Notlage geraten würden. Auch in diesen Fällen kann die Wegweisung internationale Menschenrechtsstandards verletzen, insbesondere Art. 3 EMRK<sup>6</sup>, die Trennlinie ist sehr unscharf. Daher möchte die SFH vorschlagen, auch die Gründe, welche nach gelgendem Asylrecht die Unzumutbarkeit der Wegweisung zur Folge haben, in Art. 66d VS-StGB aufzunehmen, um sie im Einzelfall berücksichtigen zu können.

Zum Vollzug der Landesverweisung gemäss Art. 66c VS-StGB ist festzuhalten, dass der mögliche Aufschub ohne Erteilung eines Status zu erheblichen Problemen in der Praxis führen wird. Heute werden Personen, deren Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist, gemäss Art. 83 Ausländergesetz vorläufig aufgenommen. Zwar gewährt die vorläufige Aufnahme keine Aufenthaltsbewilligung, jedoch sind mit dieser Massnahme ein Aufenthaltsrecht und ein bestimmter Status verknüpft, der in Art. 85 AuG konkretisiert wird. Diese Rechte sind jedoch mit der neuen Verfassungsbestimmung nicht zu vereinbaren, da die Initiative klar postuliert, dass Personen, die von einer Landesverweisung betroffen sind, jegliches Aufenthaltsrecht verlieren sollen. Folglich werden Personen, deren Landesverweisung gegen zwingend zu beachtendes Völkerrecht verstößt, ohne Status in der Schweiz verbleiben. Die SFH regt an, wie auch im erläuternden Bericht erwähnt, sich dieser

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere, EGMR, Sufi und Elmi gegen Vereinigtes Königreich, Beschwerdenummern 8319/07 und 11449/07, Urteil vom 28. Juni 2011.

Lücke anzunehmen und zu prüfen, ob für diese Personen ein besonderer Status geschaffen werden sollte.<sup>7</sup>

### 3 Umsetzungsvariante 2

Wie bereits in der Einleitung erwähnt lehnt die SFH diese sich stark am Initiativtext orientierende Umsetzungsvariante ausdrücklich ab, weil sie mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und der Bundesverfassung nicht in Einklang gebracht werden kann.

Die in Variante 2 vorgesehene ausnahmslos zwingende Landesverweisung bedeutet die totale Negation des Verhältnismässigkeitsprinzips. Dies ist mit den Prinzipien des Rechtsstaates in keinster Weise zu vereinbaren. Der von Variante 2 vorgegebene zwingende Vorrang der neuen Strafrechtsbestimmungen vor den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (mit Ausnahme des Jus cogens) kann die SFH nicht akzeptieren.

---

<sup>7</sup> In diese Richtung argumentiert auch das Bundesgericht in BG 2C\_459/2011. In diesem Urteil wird eine Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen in der Auslegung des EMRK verlangt. In Ausnahmesituationen, wenn das private Interesse das öffentliche überwiegt, können sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch Personen auf den Schutz des Privat- und Familienlebens berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist bzw. die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden muss. Vgl. beispielsweise, EGMR, Agraw gegen Schweiz, Beschwerdenummer 3295/06, Urteil vom 29. Juli 2011.



Second@s Plus Schweiz  
Postfach 7853  
3001 Bern  
info@secondos-plus.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern

Luzern, 30. September 2012

**Vernehmlassungsantwort Second@s Plus Schweiz  
zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes  
(Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit lassen wir Ihnen die Vernehmlassungsantwort unserer Organisation Second@s Plus Schweiz zukommen. Wir bitten Sie, uns künftig bei Bürgerrechts-, Ausländerrechts- und Migrationrechtsthemen als Vernehmlassungsadressaten zu berücksichtigen.

Second@s Plus Schweiz ist ein Verein, der sich für die Integration und politische Partizipation von Secondos und Secondas einsetzt. Wir stützen uns bei dieser Einschätzung auf die Erfahrungen unserer Mitglieder, bei welchen mindestens ein Elternteil aus dem Ausland eingewandert ist. Dabei nehmen wir für uns in Anspruch, einen breiten Blickwinkel einzubringen, da wir sowohl die Realitäten der Migrationsbevölkerung, als auch jene der Schweizer Bevölkerung kennen.

**Gegen die Ausschaffungsinitiative**

Second@s Plus hatte sich von Anfang an gegen die Ausschaffungsinitiative ausgesprochen. Wir wehren uns grundsätzlich gegen die Zementierung einer Zwei-Klassen-Justiz. Es darf nicht sein, dass man in der Schweiz aufgrund einer anderen Staatsangehörigkeit eine zusätzliche Strafe für das gleiche Delikt erhält. Dies ist vor allem bei Personen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind, sehr abstoßend.

**Variante 1**

Von den hier genannten Varianten können wir uns mit keiner anfreunden. Die Variante 2 lehnen wir entschieden ab. Ein Ausschaffungsautomatismus untergräbt unseren Rechtsstaat und verletzt zahlreiche völkerrechtliche Prinzipien. Da sich die Fehler der Vergangenheit nicht mehr korrigieren lassen, ist es umso wichtiger, dass bei der Umsetzung zumindest Variante 1 bevorzugt wird, in welcher die rechtsstaatlichen Grundsätze weitgehend gewahrt werden, auch wenn die Rechtsungleichheit aufgrund der Staatszugehörigkeit weiterhin zementiert wird.

Die Variante 1 ist auch deshalb vorzuziehen, da sie den Ausweisungautomatismus bei erfülltem Tatbestand durch das Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt. So sieht der neue Art. 66a Abs. 2 StGB vor, dass die Ausweisung nur erfolgen darf, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Bei einer verhängten Strafe von mehr als sechs Monaten sieht der neue Art. 66a Abs. 3 StGB vor, dass ausnahmsweise von einer Landesverweisung abgesehen werden kann, wenn die Landesverweisung für die betroffene Person unzumutbar ist. Mit diesen zwei Bestimmungen wird im Gegensatz zu dem in der Variante 2 vorgesehenen Ausweisungautomatismus den rechtsstaatlichen Prinzipien Rechnung getragen, insbesondere erfordern diese zwei Bestimmungen eine konkrete Beurteilung jedes Einzelfalls. Second@s Plus hätten in diesem Zusammenhang eine Ergänzung des neuen Art. 66a um einen zusätzlichen Absatz begrüsst, welche eine explizite Beurteilung des Einzelfalls beinhaltet hätte. Insbesondere weisen wir darauf hin, dass Personen, welche in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind, nicht in ein fremdes Land ausgeschafft werden dürfen und die Umstände des Einzelfalls zwingend berücksichtigt werden müssen.

Second@s Plus begrüssen bei der Variante 1 insbesondere, dass die zwei neuen Strafbestimmungen, die Landesverweisung und der missbräuchliche Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, zwar in das Strafgesetzbuch, nicht jedoch in das Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht aufgenommen werden. Damit wird dem Grundsatz des Jugendstrafgesetzes Rechnung getragen, wonach dieses den Schutz und die Erziehung von Jugendlichen verpflichtet ist. Darüber hinaus würden im Zusammenhang mit der Landesverweisung die bei erfülltem Tatbestand eintretenden Rechtsfolgen (Verlust des Aufenthaltsrechts, Verlust aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt, Ausweisung aus der Schweiz und Einreiseverbot) aufgrund der in der EMKR, im UNO-Pakt II und der KRK verankerten Bestimmungen betreffend die Achtung des Privat- und Familienlebens und betreffend das Kindeswohl in der Praxis zu kaum lösbar Konflikten führen. Mit der Nicht-Aufnahme der Strafbestimmungen in das Jugendstrafrecht werden diese Konflikte vermieden.

Schweizer Gerichte wenden bei Normenkonflikten zwischen dem Verfassungsrecht und dem nicht zwingenden Völkerrecht die sogenannte Schubert-Praxis an. Daraus resultiert, dass das jüngere Verfassungsrecht älteren völkerrechtlichen Bestimmungen vorgeht. Diese Praxis wird dazu führen, dass die neue Verfassungsbestimmung auch für die EU- und EFTA-Bürger Anwendung finden wird und diese des Landes verwiesen werden dürfen. Nach noch geltenden Bestimmungen des FZA und des EFTA-Übereinkommens ist die Landesverweisung nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit möglich. Eine strafrechtliche Verurteilung allein ist kein Ausweisungsgrund. Diese Änderung dürfte die Beziehungen zu den EU- und EFTA-Partner trüben, auch wenn nicht zu erkennen ist, dass die neue Bestimmung vor allem zur Bekämpfung von Kriminaltourismus besser geeignet ist als die Bestimmungen im FZA bzw. im EFTA-Übereinkommen.

In Bezug auf die neue Strafbestimmung, welche den missbräuchlichen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe zum Inhalt hat, begrüssen wird zum einen den mildernden Strafrahmen der Variante 1, zum anderen erachten wir es als systematisch richtig, dass der Vorsatz nicht nur bezogen auf den unrechtmässigen Bezug von Leistungen verlangt ist, sondern auch in Bezug auf die Irreführung.

### **Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen müssen erweitert werden**

Bereits bei Einreichung der Ausschaffungsinitiative und im Vorfeld der Abstimmung haben viele Rechtsexperten darauf hingewiesen, dass die Initiative gar nicht umgesetzt werden könne, da sie im Widerspruch mit den Grundprinzipien der Bundesverfassung und des Völkerrechts steht. So sei unter anderem ein Ausschaffungautomatismus nicht mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit vereinbar und stehe ausserdem im Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommens mit der Europäischen Union und mit der Einhaltung internationaler Menschenrechtsgarantien. Anstatt die Initiative konsequenterweise für ungültig zu erklären, hat sich das Parlament damals für einen Gegenvorschlag entschieden,



welcher der Initiative inhaltlich weit entgegenkommt, die genannten Konflikte jedoch weitgehend auflöst. Nach der Annahme der Initiative am 28. November 2010 wurde bald klar, dass die Initiative so gar nicht umgesetzt werden kann. Dieses Dilemma zeigt sehr deutlich, dass es von Anfang an ein Fehler war, die Initiative für gültig zu erklären. Deshalb verlangen Second@s Plus, dass die Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen erweitert werden müssen. Der Rechtsstaat muss seine Grundprinzipien verteidigen. Das Initiativrecht darf auf keinen Fall auf Kosten von Ausländern und Ausländerinnen missbraucht werden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen natürlich für weitere Fragen sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Halua Pinto de Magalhães und Ekin Yilmaz,

Co-Präsidium Second@s Plus Schweiz



## **UNHCR-Stellungnahme zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärgesetzes**

(Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die  
Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer;  
Art. 121 Abs. 3-6 BV)

**September 2012**

## Einleitung

1. Das UN-Flüchtlingshochkommissariat UNHCR unterbreitet die vorliegende Stellungnahme als die Organisation, die von der UN-Generalversammlung damit betraut wurde, für den internationalen Schutz von Flüchtlingen, Staatenlosen und anderen Personen unter ihrem Mandat zu sorgen, sowie die Regierungen bei der Suche nach dauerhaften Lösungen für Flüchtlinge zu unterstützen.<sup>1</sup> Wie in der Satzung der Organisation dargelegt, erfüllt UNHCR sein internationales Schutzmandat, *inter alia*, indem es „*den Abschluss und die Ratifizierung von Internationalen Abkommen zum Schutz der Flüchtlinge fördert, ihre Ausführung überwacht und Verbesserungsvorschläge vorbringt.*“<sup>2</sup> Diese Aufsichtsfunktion wird im Artikel 35 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention)<sup>3</sup> nochmals wiederholt. Demnach verpflichten sich die Vertragsstaaten, „*mit dem Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge [...] zusammenzuarbeiten und im besonderen ihre Aufgabe zu erleichtern, die Durchführung dieses Abkommen zu überwachen.*“ Dieselbe Verpflichtung ist auch in Artikel II des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967 (Protokoll von 1967)<sup>4</sup> enthalten. Die Interpretation der Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention und des Protokolls von 1967 durch UNHCR wird allgemein als massgebende Sichtweise erachtet, welche sich durch eine über 60-jährige Erfahrung in der Beaufsichtigung und Anwendung von internationalen Flüchtlingsinstrumenten etabliert hat und den Staaten eine Anleitung für Entscheidungen und für die Gesetzgebung in flüchtlingsrechtlichen Fragen zur Verfügung stellt.

2. In diesem Zusammenhang soll betont werden, dass das Mandat von UNHCR nicht nur Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention umfasst, sondern sich unter anderem auf alle Personen erstreckt, die internationalen Schutzes bedürfen. Dazu gehören auch Personen, die sich infolge bewaffneter Konflikte oder schwerwiegender Störungen der öffentlichen Ordnung, welche ihr Leben, ihre physische Integrität, Freiheit und persönliche Sicherheit bedrohen, ausserhalb ihres Herkunftslandes befinden. Diese Personen erhalten in der Schweiz in der Regel eine vorläufige Aufnahme.

3. Des Weiteren hat die UN-Generalversammlung UNHCR die Verantwortung dafür übertragen, staatenlosen Personen Schutz zu bieten, und Staatenlosigkeit zu verhindern.<sup>5</sup> Sie hat UNHCR speziell

---

<sup>1</sup> Siehe *Satzung des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge*, Resolution 428 (V) der UN-Generalversammlung, Annex, UN Doc. A/1775, 1950, Absatz 1, abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/user\\_upload/dokumente/02\\_unhcr/01\\_UNHCR-Satzung.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/user_upload/dokumente/02_unhcr/01_UNHCR-Satzung.pdf).

<sup>2</sup> *Idem*, Absatz 8(a).

<sup>3</sup> *Abkommen von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, in Kraft seit dem 21. April 1954, ratifiziert durch die Schweiz am 21. Januar 1955, SR 0.142.30.

<sup>4</sup> *Protokoll über die Rechtstellung der Flüchtlinge von 1967*, in Kraft seit dem 4. Oktober 1967, ratifiziert durch die Schweiz am 20. Mai 1968, SR 0.142.301.

<sup>5</sup> UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/50/152, 9. Februar 1996, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f31d24.html>, regelmäßig bestätigt in weiteren Resolutionen unter anderem, A/RES/63/148, 27. Januar 2009, abrufbar unter:

darum ersucht, „interessierten Staaten sachdienliche Fach- und beratende Dienste zur Ausarbeitung und Anwendung von Rechtsvorschriften zur Regelung der Staatsangehörigkeit zu gewähren.“<sup>6</sup> Die Generalversammlung hat UNHCR auch damit betraut, die spezifische Rolle zu übernehmen, die in Artikel 11 des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961 („Übereinkommen von 1961“)<sup>7</sup> enthalten ist.<sup>8</sup> UNHCR hat daher ein direktes Mandat für und Interesse an den nationalen Gesetzen von Staaten, die einen Einfluss auf die Verhütung oder Verminderung von Staatenlosigkeit haben, einschliesslich deren Ausgestaltung in Übereinstimmung mit dem internationalen Recht auf dem Gebiet der Menschenrechte sowie dem Schutz von Staatenlosen, wie er unter anderem in dem Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954 („Übereinkommen von 1954“)<sup>9</sup> vorgesehen ist.

4. UNHCR bedankt sich für die Einladung zur Äusserung seiner Beobachtungen im Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (*Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV*)<sup>10</sup> und reicht hiermit in Ausübung seines Mandats Anmerkungen und Beobachtungen bezüglich der Vereinbarkeit der Vorschläge zur Umsetzung der „Ausschaffungsinitiative“ mit dem internationalen Flüchtlingsrecht ein, insbesondere der Genfer Flüchtlingskonvention, sowie dem Übereinkommen von 1954. UNHCR hofft, dass diese Stellungnahme den Schweizerischen Bundesrat und die Schweizerische Bundesversammlung darin unterstützt, die Vorlage zu prüfen und dass dabei den von UNHCR ausgedrückten Bedenken und Beobachtungen gebührend Rechnung getragen wird.

---

<sup>6</sup> <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989619e2.html>, A/RES/64/127, 27. Januar 2010, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c73cec02.html>, A/RES/65/194, 28. Februar 2011 abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d9b0b272.html> und A/RES/66/133 vom 19. März 2012 abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/4f993e2b9.pdf>.

<sup>7</sup> UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/50/152, 9. Februar 1996, Abs. 15, siehe oben, Fussnote 5.

<sup>8</sup> *Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961 vom 30. August 1961*, abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/3\\_Staatenlosigkeit/Verminderung\\_der\\_Staatenlosigkeit\\_1961 - 457.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/3_Staatenlosigkeit/Verminderung_der_Staatenlosigkeit_1961 - 457.pdf).

<sup>9</sup> Art. 11 des *Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit* (siehe oben, Fussnote 8) regelt, dass „im Rahmen der Vereinten Nationen eine Stelle errichtet wird, an die sich Personen, die sich auf dieses Übereinkommen berufen, mit der Bitte um Prüfung ihres Anspruches und um Unterstützung bei seiner Durchsetzung gegenüber der zuständigen Behörde wenden können.“

<sup>10</sup> *Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28. September 1954*, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Oktober 1972, SR 0.142.40.

<sup>10</sup> *Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV)*, 14. Mai 2012; abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/dgg/documents/2136/Ausschaffung-krimineller-Auslaender-05a-Bericht-de.pdf>.

## Übersicht

5. Gemäss erläuterndem Bericht wurde die Eidgenössische Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ am 15. Februar 2008 bei der Schweizerischen Bundeskanzlei eingereicht und von dieser geprüft. Mit Verfügung vom 7. März 2008 stellte die Bundeskanzlei fest, dass die Initiative gültig zustande gekommen ist. Am 28. November 2010 haben Volk und Stände die Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ angenommen. Damit wurde Artikel 121 der Schweizer Bundesverfassung (BV) um die Absätze 3–6 ergänzt, wonach Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt worden sind oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren.
6. Die Volksinitiative verstösst nach der Auffassung des Bundesrats nicht gegen zwingendes Völkerrecht. Sie könne so ausgelegt werden, dass insbesondere das zum zwingenden Völkerrecht gehörende Prinzip des Non-Refoulement respektiert werde. Der Bundesrat hat beschlossen, zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen in die Vernehmlassung zu schicken. Beide sehen die Einführung einer neuen Form der Landesverweisung im Strafgesetzbuch vor. Die vom Bundesrat favorisierte Variante 1 strebt eine vermittelnde Lösung an, welche sowohl dem von den neuen Verfassungsbestimmungen angestrebten Ausweisungsautomatismus als auch den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung tragen solle. Die Variante 2 entspricht dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees im Rahmen einer vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe eingebracht worden ist. Sie geht im Ergebnis davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen als jüngeres Recht absoluten Vorrang vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht – insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien haben.
7. UNHCR unterstützt die von Staaten getätigten Bemühungen, ihre nationale Sicherheit zu gewährleisten und sicherzustellen, dass das Institut des Asyls nicht von jenen missbraucht wird, welche des internationalen Flüchtlingsschutzes unwürdig sind. Solche Bemühungen müssen allerdings in Übereinstimmung mit den internationalen menschenrechtlichen und flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen der Staaten stehen. Übereinstimmung mit internationalem Flüchtlingsrecht umfasst in diesem Zusammenhang eine sachgerechte und sorgfältige Anwendung der massgebenden Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention, vor allem ihrer Artikel 32 und 33. Es sollte beachtet werden, dass die Genfer Flüchtlingskonvention ein System von Prüfungen und Abwägungen bereitstellt, welches den wichtigsten Sicherheitsinteressen der Staaten und Gastgemeinschaften voll Rechnung trägt und gleichzeitig die Rechte von Personen schützt, welche - anders als andere Ausländerinnen und Ausländer - den Schutz ihres Herkunftstaates nicht mehr geniessen. So verpflichtet insbesondere Artikel 2 der Genfer Flüchtlingskonvention jeden Flüchtling und alle Asylsuchenden zur Beachtung der Gesetze und sonstiger Rechtsvorschriften des Aufnahmelandes. Artikel 32 erlaubt die Ausweisung eines Flüchtlings aus Gründen der öffentlichen

Sicherheit und Ordnung in ein Land, in dem er oder sie nicht der Verfolgung ausgesetzt ist, schreibt für eine solche Ausweisung aber auch gewisse prozessuale Rechte der Flüchtlinge, welche sich rechtmässig im Gebiet eines Vertragsstaates aufhalten, vor. Neben dem Erfordernis einer in einem durch gesetzliche Bestimmungen geregelten Verfahren getroffenen Entscheidung und dem Recht auf ein Rechtsmittel beinhalten diese auch, dass den betroffenen Flüchtlingen oder staatenlosen Personen eine „*angemessene Frist*“ gewährt werden soll, um ihnen „*die Möglichkeit zu geben, in einem anderen Lande um rechtmässige Aufnahme nachzusuchen.*“ Ausnahmsweise kann - unter den aussergewöhnlichen, in Artikel 33 Absatz 2 genannten Umständen - ein Flüchtling sogar den flüchtlingsrechtlichen Schutz vor *Refoulement* in ein Land, in dem ihm Verfolgung droht, verlieren. Dies erfordert, dass schwerwiegende Gründe vorliegen, aufgrund welcher der Flüchtling als gegenwärtige oder zukünftige Gefahr für die Sicherheit des Landes, in dem er sich aufhält, angesehen werden muss, oder wenn er, nach rechtskräftiger Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens eine Gefahr für die Allgemeinheit des Aufnahmelandes darstellt. Bei beiden Varianten des Vorschlags hat UNHCR Bedenken bezüglich der Einhaltung dieser Standards, auf welche weiter unten detailliert eingegangen wird.

8. Es ist ferner daran zu erinnern, dass die Bestimmungen von Artikel 32 und 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention, wie auch Artikel 31 des Übereinkommens von 1954, nicht auf die menschenrechtlichen *Non-Refoulement* Verpflichtungen des Aufnahmelandes, die keine Ausnahmen zulassen, übertragen werden können. Folglich wäre ein Aufnahmeland daran gehindert, eine Person auszuschaffen, wenn dies dazu führen würde, dass sie einem realen Folterrisiko<sup>11</sup> oder anderem irreparabilem Schaden, namentlich Verletzungen des Rechts auf Leben oder des Rechts auf Freiheit von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe,<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Refoulement* in ein Land, in dem stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass eine Person dort Gefahr liefe, gefoltert zu werden, ist nach Artikel 3 des *Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe* vom 10. Dezember 1984 ausdrücklich verboten. Siehe z.B. auch UNHCR, „Suresh Factum“, „UNHCR, Factum of the Intervenor, UNHCR, Suresh v. the Minister of Citizenship and Immigration; the Attorney General of Canada, SCC No. 27790“, 8. März 2001, Paragrafen 63–65, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3e71bbe24>. Eine detaillierte Analyse des Prinzips des *Non-Refoulement* kann einem Rechtskommentar entnommen werden, der von UNHCR im Rahmen der „*Globalen Konsultationen zum internationalen Schutz*“ – einem im Jahr 2000 von UNHCR lancierten Prozess zur Bekräftigung des Flüchtlingsschutzsystems, *inter alia* durch eine erneute Bestätigung seiner fundamentalen Komponenten und durch Klarstellung strittiger Punkte – in Auftrag gegebenen wurde. Siehe dazu E. Lauterpacht und D. Bethlehem, „*Avis sur a portée et le contenu du principe du non-refoulement:*“, in E. Feller, V. Türk und F. Nicholson (Hrsg.), *La Protection des Réfugiés en Droit International: Consultations Mondiales du UNHCR sur la Protection Internationale*, Brüssel (2008), Paragraf 159 (ii), 166 und 179.

<sup>12</sup> Das Verbot der Verletzung des Rechts auf Leben, der Folter und anderer Formen grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, der Artikel 6 und 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, umfasst nach der Interpretation des Menschenrechtskomitees der Vereinten Nationen eine *Non-Refoulement* Verpflichtung, nach welcher es Staaten untersagt ist, eine Person auszuschaffen, wenn sie dadurch dem Risiko einer solchen Behandlung ausgesetzt würde. Siehe Menschenrechtskomitee der Vereinten Nationen, *General*

ausgesetzt würde. Dieses Verbot des *Refoulement* bei einem Risiko von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung ist auch Teil des Völker gewohnheitsrechts<sup>13</sup> und hat den Status einer zwingenden Norm des Völkerrechts, *jus cogens*,<sup>14</sup> erlangt und ist zusätzlich regional abgesichert.<sup>15</sup> Es konstituiert somit ein für alle Staaten verbindliches, absolutes Verbot jeglicher Form der erzwungenen Rückkehr an einen Ort, an dem ein reales Risiko von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung besteht. Auch diesbezüglich hat UNHCR bei beiden Varianten des Vorschlags Bedenken, auf welche weiter unten detailliert eingegangen wird.

9. UNHCR ist über die Methodik in der Schweizer Rechtssetzung besorgt, internationales Recht in zwingendes und nicht zwingendes Völkerrecht zu unterteilen und möchte daran erinnern, dass die Schweiz sich mit Unterzeichnung verschiedener flüchtlings- und menschenrechtlicher Abkommen zur Respektierung der entsprechenden Normen und Prinzipien in ihrer Gesamtheit verpflichtet hat. Die Auffassung, dass ein Staat nur Grundsätze, welche als *jus cogens* gelten, respektieren müsse, scheint im Widerspruch zum Anspruch auf Rechtstaatlichkeit in einem internationalen Umfeld zu stehen und kann als der Rechtssicherheit abträglich angesehen werden. Zudem läuft die Schweiz damit Gefahr neben der Verletzung der entsprechenden Vertragspflichten<sup>16</sup> auch verbindliche völkerrechtliche Normen zu verletzen.

10. UNHCR möchte auch darauf hinweisen, dass Diskussionen zum Austritt aus menschenrechtlichen Übereinkommen der humanitären Tradition der Schweiz zuwiderlaufen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, sich mit allen Mitteln für das Aufrechterhalten dieser Errungenschaften einzusetzen.

---

*Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26. May 2004, Paragraf 12, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b26ae2.html>.

<sup>13</sup> Siehe dazu auch: *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*; Paragraf 14-16; abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?relid=y&docid=4a8124482>.

<sup>14</sup> Siehe, UNHCR, *UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, August 2006, verfügbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44dc81164.html>, Paragraf 16, mit Bezugnahme auf den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und auf dessen Entscheidungen *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Trial Chamber, Urteil vom 10. Dezember 1998; siehe auch Entscheidung des House of Lords in *Pinochet Ugarte, re.* [1999] 2 All ER 97, dort Fussnote 24.

<sup>15</sup> Das Verbot des *Refoulement* bei einem Risiko schwerer Menschenrechtsverletzungen, insbesondere von Folter und anderen Formen erniedrigender Behandlung, wurde auch in regionalen Menschenrechtsinstrumenten fest verankert. Siehe dazu z. B. die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Schutzbereich von Artikel 3 EMRK, insbesondere seit den Entscheidungen *Soering gg. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenummer. 14038/88, Urteil vom 7. Juli 1989, und *Chahal gg. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenummer. 22414/93, Urteil vom 15. November 1996.

<sup>16</sup> Siehe dazu auch das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, welches für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft trat, SR 0.111. Insbesondere Artikel 26 (Pacta sunt servanda) und Artikel 27 (Innerstaatliches Recht und Einhaltung von Verträgen).

Die Europäische Menschenrechtskonvention wurde von 47 europäischen Staaten unterzeichnet und die Genfer Flüchtlingskonvention und/oder das Protokoll von 1967 gar von 148 Staaten weltweit. Das Zeichen, das die Schweiz daher alleine mit der Diskussion über eine mögliche Kündigung dieser Verpflichtungen an die Staatengemeinschaft sendet, ist höchst bedauerlich. UNHCR möchte die Schweiz des Weiteren daran erinnern, dass eingegangene Verpflichtungen bis zum Austritt aus den betreffenden Übereinkommen jedenfalls verbindlich sind und deren Nichtbeachtung eine Verletzung internationalen Rechts bedeuten kann.

## Variante 1

11. Gemäss Übersicht des erläuternden Berichts basiert die Variante 1 der Vernehmlassungsvorlage auf den Vorschlägen, die von der Mehrheit der Arbeitsgruppe unterstützt wurden. Den neuen Verfassungsbestimmungen werde jedoch im Verhältnis zum bisherigen Verfassungsrecht und zum Völkerrecht mehr Gewicht zugemessen. Mit Blick auf die mit den neuen Verfassungsbestimmungen beabsichtigte Verschärfung der geltenden Ausweisungspraxis würden in diesen Bereichen gewisse Einschränkungen vorgenommen. Für das Völkerrecht bedeute dies, dass die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden.

12. Die nachstehenden Artikel des Schweizerischen **Strafgesetzbuches** sollen wie folgt geändert werden:

### Art. 66a (neu)

<sup>1</sup> Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der folgenden Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird, für 5 bis 15 Jahre des Landes:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112) Totschlag (Art. 113), Raub (Art. 140), Menschenhandel (Art. 182), Vergewaltigung (Art. 190) oder ein anderes Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder ein gemeingefährliches Verbrechen, sofern diese Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchstrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind;
- b. Diebstahl (Art. 139) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186);
- c. Betrug (Art. 146 Abs. 1) im Bereich einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a Abs.1);
- d. Widerhandlung gegen Artikel 19 Absatz 2 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951.

<sup>2</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit, so kann es den Ausländer nur des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen.

<sup>3</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe, so kann es ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde.

<sup>4</sup> Wird der Ausländer im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten zu einer Strafe verurteilt, so legt das Gericht fest, welcher Anteil der Strafe auf Straftaten nach Absatz 1 entfällt. Dieser Anteil ist massgebend dafür, ob eine Prüfung nach Absatz 2 oder 3 vorzunehmen ist. Bei dieser Prüfung sind alle im Urteil enthaltenen Straftaten zu berücksichtigen.

13. Gemäss erläuterndem Bericht bringt der Einleitungssatz zum Ausdruck, dass eine Landesverweisung grundsätzlich nur gegen Täter verhängt werden kann, die zum Zeitpunkt der Tat schuldfähig waren. Die Bemessung der Dauer der Landesverweisung von 5–15 Jahre liegt dabei im Ermessen des Gerichts, das sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren habe. Der darauf folgende Deliktskatalog enthält schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter, wie gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, die Freiheit, die sexuelle Integrität sowie schwere gemeingefährliche Verbrechen. Ferner gehören zu den mit einem Landesverweis bedrohten Straftaten der Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch, Betrug im Bereich der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, sowie der unbefugte oder bandenmässige Handel mit Betäubungsmitteln.

14. UNHCR begrüsst, dass Variante 1 bemüht ist, eine Lösung zu finden, die mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Einklang steht. Trotzdem gibt auch diese Variante Bedenken diesbezüglich auf, welche weiter unten diskutiert werden. UNHCR begrüsst des Weiteren, dass die Schweiz einen klaren und abschliessend bestimmten Deliktskatalog zu erstellen gedenkt. Dies kann dazu beitragen, Rechtsunsicherheit zu vermeiden. UNHCR möchte jedoch darauf hinweisen, dass auch bei dieser Variante der Schweregrad der verschiedenen Straftatbestände beträchtliche Unterschiede aufweist. Zudem ist UNHCR besorgt, dass mit diesem Artikel eine automatisierte strafrechtliche Doppelbestrafung für ausländische Personen in der Schweiz eingeführt wird, was zu Konflikten mit dem Gebot der Nichtdiskriminierung führen könnte.

15. Gemäss erläuterndem Bericht hat eine Mehrheit der Arbeitsgruppe sowie der Bundesrat die Vorteile einer Umsetzung im Strafgesetzbuch im Gegensatz zum Ausländergesetz stärker gewichtet und damit die Strafgerichte als entscheidfindende Organe gewählt. UNHCR möchte dabei zu Bedenken geben, dass ein Entscheid über einen Landesverweis bereits die Frage der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person und der Nichtverletzung des Prinzips des *Non-Refoulement* berücksichtigen sollte. Diese schwierige und unabdingbare Abwägung verlangt umfangreiche Kenntnisse der entscheidenden Behörde, gemäss Vorschlag somit der Strafgerichte, über die Situation im Herkunftsland der betroffenen Person. UNHCR möchte zu bedenken geben, dass diese Expertise im schweizerischen Rechtssystem normalerweise nicht bei dieser Institution liegt. Zwar muss bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Vollzugs ohnehin vertieft auf die Situation im Herkunftsland einer Person eingegangen werden, doch kann die vorherige Belegung mit einer Landesverweisung die Gefahr eines Präjudizes in sich zu tragen. Zudem stellt sich die Frage der Zweckmässigkeit

einer Verhängung eines Landesverbotes, wenn in diesem Entscheid keine flüchtlings- und menschenrechtlichen Aspekte einbezogen werden.

16. UNHCR möchte darauf hinweisen, dass eine starre Untergrenze für die Befristung der Landesverweisung, wie sie in Art. 66a E-StGB vorgesehen ist, in Einzelfällen gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen kann. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist es erforderlich in allen Ausweisungsfällen eine faire Balance zwischen den verschiedenen Interessen zu treffen.<sup>17</sup> Diese Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Balance zwischen den Interessen der betroffenen Person und des die Ausweisung anordnenden Staates ist mit einer starren Untergrenze kaum vereinbar.

#### **Art. 66b (neu)**

Begeht jemand, während er mit einer Landesverweisung belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 66a erfüllt, so ist die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen.

*17. Artikel 66b des Vorschlages besagt, dass, falls ein Täter vor Ablauf der Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz wiedereinreist und erneut ein Delikte begeht, die eine Landesverweisung zur Folge haben, die Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach Absorptionsprinzip vollzogen werden sollen. Im Wiederholungsfall dauert die Landesverweisung also stets 20 Jahre.*

18. UNHCR unterstützt die von Staaten getätigten Bemühungen, ihre nationale Sicherheit zu gewährleisten. Bei einer Landesverweisung auf 20 Jahre, bei deren Verhängung beziehungsweise deren Dauer keine auf dem Prinzip der Verhältnismässigkeit beruhende Prüfung vorgenommen wird, besteht die Gefahr, menschenrechtliche Verpflichtungen aus dem internationalen Recht zu verletzen. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu auffordern, dem allumfassenden Prinzip der notwendigen Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns im Einzelfall auch in oben beschriebenem Fall Rechnung zu tragen.

19. UNHCR möchte auch darauf hinweisen, dass eine Landesverweisung, gerade bei langer Dauer, dem Gesuch um individuellen Schutz einer Person nicht entgegenstehen sollte. Falls sich die Situation im Herkunftsland einer Person, die mit einem Landesverweisung belegt ist, soweit verschlechtert, dass sie in der Schweiz um internationale Schutz anfragen möchte, so sollte dies ohne Vorbehalt möglich sein und der Person das Recht auf ein faires (Asyl-)Verfahren garantiert sein. Eine etwaige Gefahr, die von dieser Person ausgeht, kann dabei im Asylverfahren berücksichtigt werden.

---

<sup>17</sup> Vgl. z.B. EGMR, *Kaya gg. Deutschland*, Beschwerdenummer 31753/02, Urteil vom 28. Juni 2007.

### **Art. 66c (neu)**

<sup>1</sup> Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen. Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Vollzug entlassen oder die stationäre Massnahme ersatzlos aufgehoben wird.

<sup>2</sup> Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an dem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

*20. Als Strafen für Verbrechen und Vergehen sind nach Schweizer Recht die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit vorgesehen. Diese können je entweder unbedingt, bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden. Gemäss Vorschlag sind dabei fast alle Strafen und Massnahmen vor der Landesverweisung zu vollziehen. Lediglich die Strafart der gemeinnützigen Arbeit wird das Gericht nicht als Hauptstrafe neben einer Landesverweisung ausfallen, da sich diese nur rechtfertigt, wenn der Verurteilte nach dem Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf.*

21. Wie bereits weiter oben erwähnt, ist UNHCR besorgt, dass mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf eine automatisierte strafrechtliche Doppelbestrafung für ausländische Personen in der Schweiz eingeführt wird, was zu Konflikten mit dem völkerrechtlichen Prinzip der Nichtdiskriminierung führen könnte. UNHCR möchte daher vorschlagen, dass auch in Bezug auf die Verhängung einer Landesverweisung an sich, Ermessen ausgeübt wird und nicht nur bezüglich deren Dauer.

### **Art. 66d (neu)**

<sup>1</sup> Die zuständige Behörde schiebt den zwangsweisen Vollzug der Landesverweisung auf, wenn:

- a. der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschaulungen gefährdet wäre; davon ausgenommen ist der Flüchtling, der sich gemäss Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 nicht auf das Rückschiebungsverbot berufen kann;
- b. dem Betroffenen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht.

<sup>2</sup> Die zuständige Behörde überprüft periodisch, ob die Voraussetzungen für den Aufschub des zwangsweisen Vollzugs der Landesverweisung noch gegeben sind.

22. Werden Vollzugshindernisse erkannt, sei es von Amtes wegen oder gestützt auf Hinweise der betroffenen ausländischen Person, bleibt gemäss des vorgeschlagenen Artikels die mit der angeordneten Landesverweisung verbundene materielle Verpflichtung zur Ausreise aus der Schweiz und damit der Entzug des Aufenthaltsrechts bestehen; nur auf die zwangsweise Vollstreckung (Ausschaffung) wird vorläufig verzichtet. Gemäss Erläuterndem Bericht hätte ohne diese «Offenheit» in der Vollzugsphase die Ausschaffungsinitiative wegen Verstosses gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts für ungültig erklärt werden müssen.

23. Nicht darauf berufen kann sich laut Vorschlag ein Flüchtling, wenn gemäss gemäss Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 erhebliche Gründe vorliegen, dass er als eine Gefahr für die Sicherheit der Schweiz angesehen werden muss oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist. Die Vollzugsbehörde müsse folglich bei anerkannten Flüchtlingen stets eine Abwägung vornehmen, ob das Verbrechen oder Vergehen, das die Landesverweisung zur Folge hatte, ausreichend schwer ist, so dass eine Ausweisung gerechtfertigt sei. Dabei würden lediglich ein besonders schweres Verbrechen im Zusammenhang mit einer konkreten Wiederholungsgefahr den Rückschiebungsschutz aufzuheben vermögen.

24. Ein weiterer aus Artikel 83 des Ausländergesetzes bekannter Aufschubgrund ist die Unzumutbarkeit des Vollzugs wegen Krieg, Bürgerkrieg oder einer medizinischen Notlage. Dieses Vollzugshindernis wird im Entwurf gemäss Erläuterndem Bericht nicht explizit aufgeführt, da es keine völkerrechtlich geschützte Menschenrechtsgarantie darstelle. Genannte Situationen würden bei der Abwägung des Gerichts im Zusammenhang mit der Prüfung von Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden können, oder sie könnten in bestimmten Fällen zu einem Rückschiebungsverbot führen, das von den Vollzugsbehörden zu beachten sei. Sei der Vollzug der Landesverweisung z.B. in ein Land mit einer medizinischen Unterversorgung für das Entstehen einer schwerwiegenden und lebensbedrohenden Situation kausal, so könne darin ausnahmsweise auch eine Verletzung von Artikel 3 EMRK (unmenschliche Behandlung) liegen.

25. UNHCR begrüßt, dass der Entwurf für in der Schweiz anerkannte Flüchtlinge und Personen, denen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht, explizit einen Aufschub des zwangsweisen Vollzugs der Landesverweisung feststellt. In Bezug auf die darin enthaltene Ausnahmeklausel Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes und dem Begriff der Gefährdung der „Sicherheit der Schweiz“, möchte UNHCR darauf hinweisen, dass die Schwelle für eine Tat, um nach Völkerrecht darunter zu fallen, sehr hoch angesetzt werden muss.

26. Wie bereits im Einführungsteil erwähnt, ist daran zu erinnern, dass zwar die Bestimmungen von Artikel 32 und 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention, wie auch Artikel 31 des Übereinkommens von 1954 Ausnahme zulassen, dies aber für die menschenrechtlichen Non-

*Refoulement*-Verpflichtungen der Schweiz aus anderen menschenrechtlichen Verträgen nicht der Fall ist, da beispielsweise das Folterverbot der UN-Antifolterkonvention und Art. 3 EMRK keine Ausnahmen zulassen. Folglich wäre die Schweiz aufgrund dieser Verpflichtungen daran gehindert, eine Person auszuschaffen, wenn dies dazu führen würde, dass diese einem realen Folterrisko oder anderem irreparabilem Schaden, namentlich Verletzungen des Rechts auf Leben oder des Rechts auf Freiheit von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ausgesetzt würde. UNHCR begrüßt, dass dieser Grundsatz Eingang in den vorliegenden Gesetzesentwurf gefunden hat und auch im erläuternden Bericht mehrmals bekräftigt wird.

27. UNHCR stellt fest, dass einige der in Artikel 66a des vorgeschlagenen Artikels aufgelisteten Verstöße weithin als schwere Verbrechen angesehen werden, da sie Gewalt gegen Personen beinhalten, welche in den Anwendungsbereich von Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention fallen können. Die Liste beinhaltet allerdings auch andere Tatbestände wie den „Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch“ und „missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe“.

28. Eine Tat muss, damit die erste Ausnahme des Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention wegen einer Gefahr für die Sicherheit des Landes zur Anwendung kommen kann, schwerwiegender Natur sein, und beispielsweise direkt oder indirekt die Unversehrtheit des Staates, seine Verfassung, die Unabhängigkeit oder den äusseren Frieden des betroffenen Landes bedrohen.<sup>18</sup> Verurteilungen wegen der im vorgeschlagenen Artikel 66a Absatz 1 lit. b), c) und d) genannten Straftaten, würden, generell nicht diesen hohen Schwellenwert erreichen, um einen Flüchtling als gegenwärtige oder zukünftige Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmelandes angesehen werden könnte.

29. Ähnlich wie die Eidgenössische Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ scheint der vorliegende Gesetzesentwurf Tatbestände wie Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch und den „missbräuchlichen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe“ hinsichtlich des flüchtlingsrechtlichen *Non-Refoulement*-Prinzips in demselben Schweregrad einzustufen wie die vorher genannten. Aus Sicht von UNHCR hingegen erreichen Letztere für sich genommen nicht die benötigte Schwere, um die Tatbestandsmerkmale des

---

<sup>18</sup> Siehe A. Grahl-Madsen, „Commentary on the Refugee Convention, Artikel 2–11, 13–37“, herausgegeben von UNHCR (1997), Kommentar zu Artikel 33, bei 8, verfügbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4785ee9d2.html>. Ähnlich hielt dazu Professor Walter Kälin fest, dass Artikel 33 Abs. 2 GFK Verhalten wie den Versuch die Regierung des Aufnahmestaates durch Gewalt oder andere illegale Mittel zu stürzen, Aktivitäten gegen einen anderen Staat, welche zu Vergeltungsmassnahmen gegen den Aufnahmestaat führen könnten, sowie Terrorakte und Spionage, beinhaltet, und dass eine Gefährdung der „Sicherheit des Landes“ nur bedeuten kann, dass „der Flüchtling die Grundlage der staatlichen Ordnung oder gar die Existenz des Zufluchtlandes ernsthaft gefährden muss, damit er in den Verfolgerstaat zurückgewiesen werden darf. W. Kälin, *Das Prinzip des Non-refoulement*, zu Artikel 33 Abs. 2, Europäische Hochschulschriften Bd./Vol.298, bei 131, Bern (1982).

zweiten Falls von Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention (i.e. rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens, Flüchtling als Gefahr für die Allgemeinheit) zu erfüllen. Ihre Anwendung könnte daher zu einer Ausweitung des Geltungsbereichs der Norm führen, der über den Anwendungsbereich von Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention hinausgeht. UNHCR ist daher besorgt, dass durch den Einbezug solcher Vergehen die Gefahr von *Refoulement* für Flüchtlinge und Asylsuchende im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, da eine Landesverweisung auch aus Gründen möglich wäre, welche über die in Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention zulässigen Ausnahmen vom *Refoulement*-Verbot hinausgehen.

30. Zwar hat das Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob ein Flüchtling unter Artikel 5 Abs. 2 des Asylgesetzes fällt, kein Ermessen und der Vollzug ist bei Bestehen der Voraussetzungen auszusetzen, doch ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der gerade geschilderten Standards. Insbesondere in Bezug auf Prüfung der geforderten Schwere der Tat und den auch bei leichteren als von der Genfer Flüchtlingskonvention für den Ausschluss vorgesehenen Kriterien einsetzenden Automatismus der Landesverweisung, scheint eine individuelle Beurteilung der Natur des Verbrechens zumindest erheblich erschwert zu sein. Der Spielraum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung wird somit dadurch eingeschränkt, dass das Gericht regelmässig auch bei weniger schweren Vergehen gezwungen wäre, einen Landesverweis auszusprechen.

31. Des Weiteren schliesst der durch die Formulierung des vorgeschlagenen Artikels 66a festgelegte Automatismus eine notwendige Zukunftsprognose darüber aus, ob eine weiter bestehende Anwesenheit der Täterin bzw. des Täters die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung bedroht. Diesem Defizit kann auch mit dem vorgeschlagenen Artikel 66d nicht genügend Rechnung getragen werden. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu auffordern bei der Prüfung von Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes nicht nur die geforderte Schwere der Tat zu berücksichtigen, sondern auch eine Zukunftsprognose durchzuführen.

32. UNHCR hat grosse Bedenken bezüglich der im erläuternden Bericht geäusserten Einschränkung der völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien. Durch die gewählten Formulierung wird der Eindruck erweckt, dass Personen in Krieg, Bürgerkrieg oder in Gegenden, in denen sie in eine medizinische Notlage kommen würden, zurückgeschickt werden könnten, ohne dadurch international anerkannte Menschenrechte zu verletzen. Um diesen Eindruck und eine möglicherweise daraus entstehende Gefährdung des Schutzes der betroffenen Personen zu vermeiden, möchte UNHCR die Schweiz dazu auffordern, Krieg, Bürgerkrieg oder schwerwiegende medizinische Notlagen auch als Aufschubgründe in Artikel 66d des Entwurfs des Schweizerischen Strafgesetzbuches aufzunehmen. UNHCR möchte an dieser Stelle bekräftigen, dass auch Kriegs- und Gewaltsituationen durchaus die für Artikel 3 EMRK geforderte Schwelle

erreichen können.<sup>19</sup> Es ist daher sowohl bei der Auslegung von Artikel 5 Absatz 2 AsylG als auch in Ansehung der sich entwickelnden Rechtsprechung zu Artikel 3 EMRK eine weite Auslegung des Begriffs der Unzulässigkeit auf nationalrechtlicher Ebene angezeigt. Eine zu restriktive Auslegung birgt das Risiko einer Verletzung von Artikel 3 EMRK oder in Einzelfällen vorläufig aufgenommener Flüchtlinge sogar einer Verletzung des Refoulementverbots der Genfer Flüchtlingskonvention.

33. Auch in Bezug auf Artikel 8 EMRK könnten sich Schwierigkeiten ergeben, wenn der vorgeschlagene Ausweisungsautomatismus nur durch die in Artikel 66d des Vorschlags genannten Gründe aufgeschoben werden kann. UNHCR möchte daher die Schweiz dazu auffordern, menschenrechtlichen Grundsätze vollumfänglich zu reflektieren und in seiner nationalen Gesetzgebung zu reflektieren. Eine Möglichkeit wäre es, in diesem Bereich generell auch die Fälle der Unzumutbarkeit der Wegweisung in die Liste der Aufschubtatbestände aufzunehmen.

34. Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung sieht gemäss erläuterndem Bericht keine vorläufige Aufnahme vor, auch wenn technische Gründe oder das *Non-Refoulement*-Gebot dem Vollzug entgegenstehen. Es kann daher zu Situationen kommen, in denen Personen, darunter auch Schutzbedürftige, ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. Dies würde zu zahlreichen rechtlichen sowie praktischen Komplikationen führen, beispielsweise könnten Personen mit einer nicht vollziehbaren Landesverweisung sich oftmals nicht ausweisen und es wäre ihnen wohl verwehrt zu arbeiten, so dass sie eventuell gezwungen sein könnten, über Jahre Not- und Sozialhilfe zu beanspruchen. UNHCR möchte die Schweiz dazu anregen, wie auch im erläuternden Bericht erwähnt, sich dieser Lücke anzunehmen und zu prüfen, ob für diese Personen ein besonderer Status geschaffen werden sollte.<sup>20</sup>

35. Diese Problematik stellt sich in besonderer Weise für mit einem Landesverweis belegte Personen, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen und für die keine Ausnahme vom *Refoulement*-Verbot besteht. Für diese wäre ein Nicht-Status mit den Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention unvereinbar, da zumindest die durch die Genfer Flüchtlingskonvention garantierten Rechte - ähnlich wie bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen - gewahrt werden müssten. Diese umfassen unter anderem Sozialleistungen, einen Reiseausweis für Flüchtlinge und den Arbeitsmarktzugang. Ähnliche

---

<sup>19</sup> Vgl. insbesondere, EGMR, *Sufi und Elmi gg. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenummern 8319/07 und 11449/07, Urteil vom 28. Juni 2011.

<sup>20</sup> In diese Richtung argumentiert auch das Bundesgericht in BG 2C\_459/2011. In diesem Urteil wird festgehalten, dass Art. 8 EMRK eine Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen verlangt. In Ausnahmesituationen, wenn das private Interesse das öffentliche überwiegt, können sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch Personen auf den Schutz des Privat- und Familienlebens berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist bzw. die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden muss. Vgl. beispielsweise auch: EGMR, *Agraw gg. Schweiz*, Beschwerdenummer 3295/06, Urteil vom 29. Juli 2011.

Fragestellungen könnten sich auch für staatenlose Personen, die von diesen neuen Regelungen betroffen sind, ergeben.

#### **Art. 369 Abs. 5<sup>bis</sup> (neu)**

<sup>bis</sup> Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, bleiben bis zum Tod des Betroffenen eingetragen.

36. *Bei einem Urteil, das eine Landesverweisung enthält, sieht Absatz 5bis vor, dass dieses erst mit dem Tod der betroffenen ausländischen Person aus VOSTRA (Strafregister-Informationssystem) entfernt wird.*

37. UNHCR möchte die Schweiz auf Bedenken bezüglich der Verhältnismässigkeit einer solchen absoluten Regel aufmerksam machen. Die im Erläuternden Bericht als Begründung genannte Befürchtung, dass ein Risiko bestehe, dass eine Wiederholungstat erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgedeckt wird, diese aber schon vor Ablauf der Landesverweisung begangen wurde, könnte Schwierigkeiten dahingehend bereiten, dass ein solcher lebenslanger Eingriff in die Privatsphäre einer Person trotzdem nicht in jedem Fall zu rechtfertigen ist. Zwar ist ein staatliches Interesse an einem solchen Schritt im Einzelfall nachvollziehbar, doch erscheint eine generelle, gegen alle ausländischen Personen gerichtete Massnahme, schwer zu rechtfertigen. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu anregen, diesen Artikel so zu überarbeiten, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns in jedem Fall gewahrt ist und klargestellt wird, welche Behörden Zugriff auf diese sensiven Informationen haben. Eine Abweichung vom Prinzip der Löschung der Daten zu einem gewissen, festgelegten Zeitpunkt, wie es für die anderen im VOSTRA eingetragenen Daten vorgesehen ist, scheint kaum gerechtfertigt zu sein.

38. Die nachstehenden Artikel des Schweizerischen **Militärstrafgesetzes** vom 14. Juni 1927 sollen wie folgt geändert werden:

#### **Art. 49a (neu)**

<sup>1</sup> Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der folgenden Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird, für 5 bis 15 Jahre des Landes:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 115), Mord (Art. 116), Totschlag (Art. 117), Raub (Art. 132), Vergewaltigung (Art. 154) oder ein anderes Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder ein gemeingefährliches Verbrechen, sofern diese Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind;
- b. Diebstahl (Art. 131) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 152).

<sup>2</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720

Stunden gemeinnütziger Arbeit, so kann es den Ausländer nur des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen.

<sup>3</sup> Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe, so kann es ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde.

<sup>4</sup> Wird der Ausländer im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten zu einer Strafe verurteilt, so legt das Gericht fest, welcher Anteil der Strafe auf Straftaten nach Absatz 1 entfällt. Dieser Anteil ist massgebend dafür, ob die Prüfung nach Absatz 2 oder 3 vorzunehmen ist. Bei dieser Prüfung sind alle im Urteil enthaltenen Straftaten zu berücksichtigen.

#### **Art. 49b (neu)**

Begeht jemand während er mit einer Landesverweisung belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 49a erfüllt, so ist die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen.

#### **Art. 49c (neu)**

Der Vollzug richtet sich nach den Artikeln 66c und 66d des Strafgesetzbuches.

*39. Die Grundsätze für die Verhängung einer Landesverweisung, auch im Wiederholungsfall, nach Militärstrafgesetzes entsprechen denjenigen in Artikel 66a VE-StGB. Einzig der Deliktskatalog in Absatz 1 ist weniger umfangreich, weil er auf die Straftaten abstellt, die gestützt auf das MStG verfolgt werden. Der Deliktskatalog führt den Betrug im Bereich der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe im Sinne von Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe c VE-StGB nicht auf. Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz werden von den zivilen Gerichten beurteilt, weshalb auch die Widerhandlungen gegen Artikel 19 Absatz 2 BetmG, wie sie in Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe d VE-StGB vorgesehen sind, nicht im Deliktskatalog des MStG erscheinen. Im erläuternden Bericht wird zudem darauf hingewiesen, dass Ausländerinnen und Ausländer, die gestützt auf das MStG verurteilt wurden, nach Artikel 68 AuG zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz ausgewiesen werden können.*

40. UNHCR möchte, insbesondere in Bezug auf den Begriff der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz, auf seine weiter oben, zu den Änderungen des Strafgesetzbuches gemachten Äusserungen, verweisen.

41. Die nachstehenden Artikel des **Asylgesetzes** vom 26. Juni 1998 sollen wie folgt geändert werden:

#### **Art. 37 Abs. 4**

<sup>4</sup> Das Bundesamt entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist oder wenn gegen sie eine Landesverweisung nach Artikel 66a des Strafgesetzbuchs oder Artikel 49a des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG) ausgesprochen wurde.

#### **Art. 53 Asylunwürdigkeit**

Flüchtlingen wird kein Asyl gewährt, wenn:

- a. sie wegen verwerflicher Handlungen des Asyls unwürdig sind,
- b. sie die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben oder gefährden; oder
- c. gegen sie eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB oder Artikel 49a MStG ausgesprochen wurde.

#### **Art. 64 Abs. 1 Bst. d und e**

<sup>1</sup> Das Asyl in der Schweiz erlischt, wenn:

- d. die Ausweisung vollzogen worden ist;
- e. eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB oder Artikel 49a MStG rechtskräftig geworden ist.

#### **Art. 109 Abs. 5**

<sup>5</sup> Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist oder wenn gegen sie eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB oder Artikel 49a MStG ausgesprochen wurde.

42. Gemäss erläuterndem Bericht sind anerkannte Flüchtlinge durch das Non-Refoulement-Gebot weitreichender geschützt als Personen, die nicht als Flüchtlinge im Sinne von Artikel 3 AsylG gelten. Vor diesem Hintergrund müsse die Vollzugsbehörde, um zwingendes Völkerrecht einzuhalten, die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft durch das BFM oder Bundesverwaltungsgericht abwarten, wenn die von einer Landesverweisung betroffene Person ein Asylgesuch eingereicht habe. Das Bundesamt für Migration oder das Bundesverwaltungsgericht sind daher verpflichtet, prioritär über die Flüchtlingseigenschaft der betroffenen Person zu entscheiden, wenn eine Landesverweisung rechtskräftig ist. Diese Änderungen werden in den Artikeln 37 und 109 eingebettet. Artikel 53 und Artikel 64 werden dahingehend erweitert, dass eine ausländische Person, die von einer Landesverweisung

*betroffen ist, unabhängig von ihrer Flüchtlingseigenschaft keinen Anspruch auf Asyl habe oder ihr Anrecht auf Asyl verliere.*

43. UNHCR nimmt die Anpassungen in Bezug auf oben genannte Artikel im Falle eines Landesverweises zur Kenntnis und möchte darauf hinweisen, dass die besondere Beförderlichkeit des Verfahrens sowie die vorangehende strafrechtliche Verurteilung keinen Einfluss auf die umfassende Prüfung und den Ausgang des Asylverfahrens haben sollte. Dieses sollte fair und ohne Präjudiz durchgeführt werden. In Bezug auf Artikel 53 des Entwurfs zur Asylunwürdigkeit ergibt sich, wie weiter oben erwähnt, die Frage nach dem Status den eine Person erhält, sollte die Ausschaffung unzumutbar, unzulässig oder unmöglich sein, insbesondere wenn bei der betroffenen Person zwar ein Ausschlussgrund nach Artikel 53 AsylG festgestellt wird, diese aber trotzdem die Flüchtlingseigenschaft nach der Genfer Flüchtlingskonvention erfüllt. Bisher werden solche Personen, die keinen Ausschlussgrund nach Artikel 1 F der Genfer Flüchtlingskonvention erfüllen und für die keine Ausnahme vom *Refoulement*-Verbot nach Artikel 33 Absatz 2 der Genfer Flüchtlingskonvention besteht, als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen und ihnen werden die Rechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention gewährt. Insbesondere haben diese Personen – anders als andere vorläufig aufgenommene Personen – Anspruch auf einen Reiseausweis für Flüchtlinge.

## Variante 2

44. Variante 2 entspricht dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees der Eidgenössischen Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ im Rahmen der Arbeitsgruppe eingebracht worden ist. Sie geht, gemäss erläuterndem Bericht davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen als jüngeres Recht absoluten Vorrang haben vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht – insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien. Der Verfassungstext selbst nehme die Verhältnismässigkeitsprüfung bereits vor, so dass für den Verhältnismässigkeitsgrundsatz beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung und bei der einzelfallweisen Beurteilung kein Raum mehr verbleibe.

45. Da diese Variante einen Weg wählt, der eine Umsetzung so nahe als möglich am ursprünglichen Initiativtext sucht, möchte UNHCR an dieser Stelle explizit auf die UNHCR-Stellungnahme zur Eidgenössischen Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer" verweisen.<sup>21</sup> Die darin geäusserte Position gilt, zusammen mit einigen zusätzlichen Bemerkungen weiter unten, auch für die Variante 2 dieser Vernehmlassung.

46. Die nachstehenden Artikel des Schweizerischen **Strafgesetzbuches** sollen wie folgt geändert werden:

### Art. 73a (neu)

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

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112 ), Totschlag (Art. 113 );
- b. schwere Körperverletzung (Art. 122 ), einfache Körperverletzung (Art. 123 ), Aussetzung (Art. 127 ), Gefährdung des Lebens (Art. 129 ), Raufhandel (Art. 133 ), Angriff (Art. 134 ), Raub (Art. 140 ), Erpressung (Art. 156 ), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 f. ), Geiselnahme (Art. 185 );
- c. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 ), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 ), sexuelle Nötigung (Art. 189 ), Vergewaltigung (Art. 190 ), Schändung (Art. 191 ), sexuelle Handlungen mit Anstaltpfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192 ), Ausnützung der Notlage (Art. 193 ), Förderung der Prostitution (Art. 195 ), Pornografie (Art. 197 );

<sup>21</sup> UNHCR-Stellungnahme zur Eidgenössischen Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer", September 2008; abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/user\\_upload/unhcr\\_ch/In\\_der\\_Schweiz/Stellungnahme\\_Volksinitiative\\_Ausschaffung\\_krimineller\\_Auslaender\\_09.2008\\_1.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/user_upload/unhcr_ch/In_der_Schweiz/Stellungnahme_Volksinitiative_Ausschaffung_krimineller_Auslaender_09.2008_1.pdf).

- d. Menschenhandel (Art. 182 );
- e. Zuwiderhandlung gegen Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951
- f. Einbruchsdelikt (Art. 186 i.V.m. Art. 139 oder 144), gewerbsmässiger oder bandenmässiger Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 );
- g. Brandstiftung (Art. 221), Verursachung einer Explosion (Art. 223), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224); Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen (Art. 226);
- h. öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259);
- i. Völkermord (Art. 264) sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a);
- j. Verweisungsbruch (Art. 291) und vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen Artikel 115 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005
- k. Betrug (Art. 146) im Bereich der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen sowie Sozialmissbrauch (Art. 151a Abs. 1).

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

47. Zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen soll im Strafgesetzbuch neben den Strafen und Massnahmen eine zwingende Landesverweisung als neue Sanktionsform eingeführt werden.

48. Gemäss dem vorgeschlagenen Wortlaut von Artikel 73a des Vorschlags – sie (= „zu einer Landesverweisung verurteilte Person“<sup>22</sup>) verliert „unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Verbleib in der Schweiz und Wiedereinreise in die Schweiz“ – scheint die Variante 2 in ihren Anwendungsbereich auch Flüchtlinge, welchen der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde, schutzbedürftige vorläufig aufgenommene Personen sowie Asylsuchende einzuschliessen. Diesbezüglich versteht UNHCR den Einschub „unabhängig von ihrem

---

<sup>22</sup> Bereits die in Artikel 73a Absatz 2 des Vorschlags gewählte Formulierung „zu einer Landesverweisung verurteilte Person“, zeigt auf, dass hier eine doppelte Bestrafung für bereits zu einer Strafe wegen der in Artikel 73a Absatz 1 des Vorschlags genannten Straftaten verurteilte Person beabsichtigt ist. Dies könnte Probleme mit dem *ne bis in idem*-Grundatz aufwerfen, der es verbietet eine Person wegen ein und derselben Tat zweimal zu verurteilen. Zudem stellen sich, wie bereits bei Variante 1 angemerkt, Probleme mit dem Grundsatz der Nicht-Diskriminierung.

*ausländerrechtlichen Status*“ dahingehend, dass – wenngleich die vorläufige Aufnahme technisch gesehen kein „Aufenthaltsrecht“ im Sinne des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer verleiht – auch die Gruppe der in der Schweiz „vorläufig Aufgenommenen“ vom Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Artikels umfasst sind. Mit dem breiten Verweis auf „zu einer Landesverweisung verurteilte Person“ scheint die Bestimmung auch Staatenlose mit einzubeziehen. Alle diese von dem vorliegenden Vorschlag möglicherweise betroffenen Personengruppen fallen unter das Mandat des UNHCR.

49. Da im Text der Ausschaffungsinitiative nicht festgelegt ist, wohin die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer ausgewiesen werden sollen, ist UNHCR besorgt, dass dies eine Zurückweisung oder Ausweisung von Personen, welche unter das Mandat des UNHCR fallen, in ihr Herkunftsland, oder in andere Länder, in welchen sie dem Risiko einer Verfolgung ausgesetzt wären, beinhalten könnte. UNHCR möchte daher nochmals auf seine Analyse zur Vereinbarkeit der „Ausschaffungsinitiative“<sup>23</sup> mit den Verpflichtungen der Schweiz gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention und dem Übereinkommen von 1954 sowie nach dem menschenrechtlichen Prinzip des *Non-Refoulement* verweisen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, von einer Einführung des vorliegenden Artikel 73a der Variante 2 abzusehen.

#### **Art. 73b (neu)**

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

<sup>2</sup> Bei einer Verurteilung gemäss Artikel 73a Absatz 1 Buchstabe a, b, c, d oder e ist die Dauer auf mindestens 10 Jahre anzusetzen.

<sup>3</sup> Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots 20 Jahre.

50. Gemäss Artikel 73b bestimmt das Gericht oder die Staatsanwaltschaft die Dauer einer Landesverweisung und setzt zugleich eine Frist bis wann der Ausreise nachzukommen ist. Eine Daueruntergrenze von 10 Jahren ist bei gewissen Delikten (Art. 73a Absatz 1 Buchstabe a bis e) vorgegeben. Bei einem Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Landesverweises zwingend 20 Jahre.

51. UNHCR möchte in Bezug auf diesen Artikel auf die weiter oben in Paragraf 16ff., zur Variante 1 gemachten Äusserungen verweisen.

---

<sup>23</sup> Siehe oben Fussnote 21.

### **Art. 73c (neu)**

- <sup>1</sup> Die Landesverweisung ist durch die zuständige kantonale Behörde im Anschluss an die Verurteilung bzw. nach Verbüssung der Strafe unverzüglich zu vollziehen.
- <sup>2</sup> Die Landesverweisung kann nur vorübergehend aufgeschoben werden, wenn zwingende Gründe nach Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung entgegenstehen.
- <sup>3</sup> Bei ihrem Entscheid hat die kantonale Vollzugsbehörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Artikel 6a Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 als sicher bezeichnet, nicht gegen Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung verstösst.
- <sup>4</sup> Werden Gründe nach Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung geltend gemacht, entscheidet die kantonale Vollzugsbehörde innerhalb von 30 Tagen. Der Entscheid kann an das zuständige kantonale Gericht weitergezogen werden, welches innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Rechtsmittels endgültig entscheidet.

*52. Artikel 73c regelt die Verantwortlichkeit des Vollzuges der Landesverweisung. Dabei haben die kantonalen Behörden bei den vom Bundesrat als sicher eingestuften Staaten davon auszugehen, dass die Ausweisung nicht gegen den verfassungsmässigen Schutz vor Refoulement verstösst. Zudem wird der Rechtsweg festgelegt, sollten Gründe nach Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung geltend gemacht werden.*

53. UNHCR möchte darauf hinweisen, dass in allen Fällen gewährleistet sein muss, dass es durch eine Überstellung oder eine Zurückweisung weder direkt noch indirekt zu *Refoulement* kommt.<sup>24</sup> Die Einhaltung des *Non-Refoulement*-Gebots nach Artikel 33 Absatz 1 der Genfer Flüchtlingskonvention erfordert, dass Flüchtlinge, und damit auch Asylsuchende bis zur endgültigen Entscheidung über ihren Flüchtlingsstatus, vor jeder Zurückweisung an einen Ort geschützt werden, an dem ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht wäre. Es besteht zusätzlich nach Artikel 3 EMRK ein Abschiebungsverbot, wenn die

<sup>24</sup> UNHCR Exekutiv-Komitee, *Beschluss Nr. 58 (XL - 1989) über das Problem der Flüchtlinge und Asylsuchenden, die in irregulärer Weise von einem Land, in dem sie bereits Schutz gefunden hatten, weiterwandern*, lit. f und i, abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1\\_international/1\\_1\\_voelkerrecht/1\\_1\\_8/FR\\_int\\_vr\\_EXKOM-EXKOM\\_058.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_1_voelkerrecht/1_1_8/FR_int_vr_EXKOM-EXKOM_058.pdf); UNHCR, *Summary Conclusions on the Concept of "Effective Protection" in the Context of Secondary Movement of Refugees and Asylum-Seekers (Lisbon Expert Roundtable, 9-10 December 2002)*, Februar 2003 (nachfolgend: UNHCR, *Summary Conclusions on Effective Protection*, 2003), Nr. 15 a und c, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe9981e4.html>, zu direktem und indirektem *Refoulement* auch: UNHCR, *Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“ un seine Auswirkungen auf den Umgang mit Massenfluchtbewegungen und auf den Flüchtlingsschutz*, Mai 2001 (nachfolgend: UNHCR, *Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“*, 2001), abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1\\_international/1\\_3\\_asylverfahren/FR\\_int\\_asyl-HCR\\_STC.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_3_asylverfahren/FR_int_asyl-HCR_STC.pdf).

Gefahr von Folter oder grausamer und unmenschlicher Behandlung droht.<sup>25</sup> Dies schliesst auch die Nicht-Zurückweisung in Staaten ein, die ihrerseits den Flüchtling an einen Ort, an dem ihm diese Gefahr droht, weiterschicken (das sogenannte indirekte *Refoulement* oder auch „Kettenabschiebung“). In diesem Fall sind beide Staaten für die Einhaltung des *Refoulementverbots* verantwortlich. Der Abschiebung in ein als sicher geltendes Land muss in jedem Fall eine sorgfältige Abschätzung des Risikos für direktes<sup>26</sup> und indirektes *Refoulement* vorausgehen.<sup>27</sup>

54. Aus völkerrechtlicher Sicht sind bestimmte Schutzmechanismen für Asylsuchende erforderlich, mit denen gewährleistet wird, dass der übernehmende Staat für die betroffene Person „sicher“ ist, d.h. die völkerrechtlichen Verpflichtungen eingehalten werden und Asylsuchende effektiven Schutz erhalte.<sup>28</sup> Die Frage der Sicherheit ist dabei keine allgemeine, sondern eine fallspezifische.<sup>29</sup> So kann ein Land für Asylsuchende aus einem bestimmten Herkunftsland sicher sein, während es für Personen von anderer Herkunft als unsicher angesehen werden muss; zudem ist die Frage der Sicherheit auch im Einzelfall relevant und daher zu prüfen, also z. B. basierend auf individuellen Hintergrund und Profil der jeweiligen Person.

55. UNHCR hat Bedenken, dass der vorgeschlagene Wortlaut „*bei ihrem Entscheid hat die kantonale Vollzugsbehörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Artikel 6a Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 als sicher bezeichnet, nicht gegen Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung verstösst.*“ des Artikel 73c Absatz 3 die notwendige Einzelfallbeurteilung beeinträchtigen könnte. Ein solcher Automatismus, in Verbindung mit der Entscheidungsbefugnis bei kantonalen Behörden, welche vielleicht nicht immer in der Lage sind die Situation in den Herkunftsländern bei einer Rückkehr vollumfänglich abzuklären, birgt die erhebliche Gefahr einer Verletzung des Prinzips des *Non-Refoulement* in bestimmten Einzelfällen. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu auffordern, den vorliegenden Artikel dahingehend anzupassen, dass diese Gefahr ausgeschlossen werden kann. Des Weiteren möchte UNHCR vorschlagen, den Wortlaut der Bestimmung

---

<sup>25</sup> Vgl. z.B. auch EGMR, *Jabari gg. Türkei*, Beschwerdenummer 40035/98, Urteil vom 11. Juli 2000.

<sup>26</sup> Vgl. beispielsweise in jüngerer Zeit, die Urteile des EGMR in den Fällen *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland* (Beschwerdenummer 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011) und *Hirsi Jamaa u.a. gg. Italien* (Beschwerdenummer 27765/09, Urteil vom 23. Februar 2012).

<sup>27</sup> Siehe UNHCR, *Note on Non-Refoulement (EC/SCP/2)*, 1977, Paragraf 4, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cccd10.html>; Siehe auch P. Weis, *The Refugee Convention*, 1951, Cambridge 1995, S. 341f.

<sup>28</sup> Z.B. UNHCR, *Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“*, 2001; abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1\\_international/1\\_3\\_asylverfahren/FR\\_int\\_asyl-HCR\\_STC.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_3_asylverfahren/FR_int_asyl-HCR_STC.pdf); vgl. im Einzelnen zu den Voraussetzungen von effektivem Schutz: UNHCR, *Summary Conclusions on Effective Protection*, 2003, siehe oben, Fussnote 24.

<sup>29</sup> Siehe dazu: UNHCR, *Note on International Protection*, 7. Juli 1999, A/AC.96/914, Paragraf 20, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68d98b.html>.

zumindest so anzupassen, dass aus ihr klar hervorgeht, dass die Vermutung der Sicherheit des jeweiligen Landes im Einzelfall widerlegbar ist.

56. UNHCR begrüßt, dass der vorliegende Text, im Gegensatz zur Ausschaffungsinitiative die Möglichkeit eines Rechtsmittels explizit vorsieht und möchte gleichzeitig darauf aufmerksam machen, dass bei Rückführungen in das Heimatland bei welchen eine Verletzung der EMRK nicht ausgeschlossen werden kann (auch wenn dieses Land auf nationalen Listen für sichere Herkunftsstaaten fungiert), nach der Rechtsprechung des EGMR gewährleistet sein muss, dass gegen Verfügungen eingelegte Rechtsbehelfe automatischen Suspensiveffekt haben müssen.<sup>30</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist diesbezüglich mit Verweis auf die in Artikel 13 EMRK enthaltenen Rechte zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Entscheidung grundsätzlich erst vollzogen werden darf, wenn eine gerichtliche Überprüfung stattgefunden hat.<sup>31</sup> Insbesondere bei kurzer Beschwerdefrist ist der Suspensiveffekt bei Wegweisungsverfügungen notwendig, da ansonsten das Recht auf rechtliche Beratung und Vertretung stark eingeschränkt würde. Wenn auf Schutzbedürfnissen basierende Argumente gegen die Abschiebung vorgebracht werden, sollten daher Ausnahmen von der aufschiebenden Wirkung nur in eng begrenzten Fällen erlaubt sein und ein Antrag auf Aussetzung der Durchführungsentscheidung muss weiterhin möglich bleiben.<sup>32</sup> UNHCR ist der Ansicht, dass auch in diesen Fällen die gesuchstellenden Personen sich mindestens solange im Land aufhalten können sollten, bis über die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde entschieden worden ist.<sup>33</sup>

### Art. 73d (neu)

Die Artikel 73a–73c gehen nicht zwingendem Völkerrecht vor. Als zwingendes Völkerrecht gelten ausschliesslich das Verbot der Folter, des Völkermords, des Angriffskrieges, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Tod oder Folter drohen.

<sup>30</sup> Vgl. EGMR, *Gebremedhin gg. Frankreich*, Beschwerdenummer 25389/05, Urteil vom 26. April 2007, Ziffer 66 und M.S.S. gg. Belgien und Griechenland, oben Fussnote 26, Ziffer 293.

<sup>31</sup> Vgl. z.B. EGMR, *Jabari gg. Türkei*, oben Fussnote 25; Über den Fall, was passiert, wenn die betroffenen Person gar keinen Rechtsbehelf einlegen möchte, hat das Gericht naturgemäß nicht entschieden, es hat aber klargestellt, dass eine solche Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelf "effektiv in Recht und Praxis" möglich sein muss, vgl. EGMR, M.S.S. gg. *Belgien und Griechenland*, oben Fussnote 26, Ziffer 288ff.; *Gebremedhin gg. Frankreich*, oben Fussnote 30, Ziffer 53; Čonka gg. *Belgien*, Beschwerdenummer 51564/99, Urteil vom 5. Februar 2002, Ziffern 75 und 83.

<sup>32</sup> UNHCR, *Anmerkungen zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger [KOM(2005) 391 endgültig]*; abrufbar unter: [http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/2\\_europaeisch/2\\_3\\_migration/2\\_3\\_13/FR\\_eu\\_migr\\_rueck-HCR\\_KOM\\_2005\\_391.pdf](http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/2_europaeisch/2_3_migration/2_3_13/FR_eu_migr_rueck-HCR_KOM_2005_391.pdf).

<sup>33</sup> Vgl. auch das Schweizer BVGer, dass die Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung, ob die aufschiebende Wirkung gewährt werden soll, nicht als auf Fälle einer drohenden EMRK-Verletzung beschränkt ansieht, siehe BVGer, Urteil vom 2. Februar 2010, BVGE 2010/1.

*57. Artikel 73d des Vorschlags bestimmt, dass die Artikel 73a-73c des Strafgesetzesbuches dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgehen sollen. Des Weiteren definiert der Artikel die Tatbestände des Verbots von Folter, des Völkermords, des Angriffskriegs, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Tod oder Folter drohen als zwingendes Völkerrecht.*

58. Wie bereits erwähnt, ist UNHCR über die Methodik in der Schweizer Rechtssetzung besorgt, internationales Recht in zwingendes und nicht zwingendes Völkerrecht zu unterteilen und möchte daran erinnern, dass die Schweiz sich mit Unterzeichnung verschiedener flüchtlings- und menschenrechtlicher Abkommen zur Respektierung der dort enthaltenen Normen und Prinzipien in ihrer Gesamtheit verpflichtet hat. Mit der angewandten Praxis läuft die Schweiz Gefahr, verbindliche völkerrechtliche Normen zu verletzen.

59. Ferner ist UNHCR äusserst besorgt über die enge und abschliessende Art mit der durch den Wortlaut der Variante 2 versucht wird, zu definieren, was zwingendes Völkerrecht beinhaltet. Eine solche Formulierung birgt grosse Gefahren, da sie keinen Raum für die Diskussion von Entwicklungen im internationalen Völkerrecht offen lässt und zudem andere, nicht genannte, schwerste Menschenrechtsverletzungen ausnimmt. Die Schweiz läuft damit Gefahr Menschenrechte systematisch zu verletzen. UNHCR ruft die Schweiz daher eindringlich dazu auf, von einer Beschränkung seiner Verpflichtungen auf zwingendes Völkerrecht einerseits und einer engen Definition derselben andererseits, abzusehen.

## Schlussfolgerungen

60. UNHCR ist über die Methodik in der Schweizer Rechtssetzung besorgt, internationales Recht in zwingendes und nicht zwingendes Völkerrecht zu unterteilen und möchte daran erinnern, dass die Schweiz sich mit Unterzeichnung verschiedener flüchtlings- und menschenrechtlicher Abkommen zur Respektierung der entsprechenden Normen und Prinzipien in ihrer Gesamtheit verpflichtet hat. UNHCR möchte die Schweiz eindringlich dazu auffordern, ihren verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen auch weiterhin vollumfänglich nachzukommen.

61. UNHCR möchte auch darauf hinweisen, dass Diskussionen zum Austritt aus menschenrechtlichen Übereinkommen der humanitären Tradition der Schweiz zuwiderlaufen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, sich mit allen Mitteln für das Aufrechterhalten dieser Errungenschaften einzusetzen. Die Europäische Menschenrechtskonvention wurde von 47 europäischen Staaten unterzeichnet und die Genfer Flüchtlingskonvention und/oder das Protokoll von 1967 gar von 148 Staaten weltweit. Das Zeichen, das die Schweiz daher alleine mit der Diskussion über eine mögliche Kündigung dieser Verpflichtungen an die Staatengemeinschaft sendet, ist höchst bedauerlich.

62. UNHCR begrüßt, dass das Prinzip des *Non-Refoulement* Eingang in den vorliegenden Gesetzentwurf gefunden hat und auch im erläuternden Bericht mehrmals bekräftigt wird. UNHCR hat jedoch auch in den vorliegenden Varianten Bedenken bezüglich der Effektivität der Gewährung dieses Schutzes - sowohl in Variante 1 als auch insbesondere in Variante 2. Gleichzeitig hat UNHCR grosse Bedenken bezüglich der im erläuternden Bericht geäusserten Einschränkung der völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien. UNHCR fordert die Schweiz dazu auf, diese in ihrem vollen Umfang und zu jeder Zeit zu garantieren.

63. UNHCR ist besorgt, dass insbesondere durch den Einbezug von Tatbeständen wie Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch und „missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe“ die Gefahr von *Refoulement* für Flüchtlinge und Asylsuchende im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, da eine Landesverweisung auch aus Gründen möglich wäre, welche über die in Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention zulässigen Ausnahmen vom *Refoulement*-Verbot hinausgehen. Zwar hat das Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob ein Flüchtling unter Artikel 5 Abs. 2 des Asylgesetzes fällt, kein Ermessen und der Vollzug ist bei Bestehen der Voraussetzungen auszusetzen, doch ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Einhaltung flüchtlingsrechtlicher Standards. Insbesondere in Bezug auf Prüfung der geforderten Schwere der Tat und den auch bei leichteren als von der Genfer Flüchtlingskonvention für den Ausschluss vorgesehenen Kriterien einsetzenden Automatismus der Landesverweisung, scheint eine individuelle Beurteilung der Natur des Verbrechens zumindest erheblich erschwert zu sein.

64. UNHCR möchte die Schweiz dazu auffordern, Krieg, Bürgerkrieg oder schwerwiegende medizinische Notlagen auch als Aufschubgründe in Artikel 66d des Entwurfs des Schweizerischen Strafgesetzbuches aufzunehmen. UNHCR möchte an dieser Stelle bekräftigen, dass auch Kriegs- und Gewaltsituationen durchaus die für Artikel 3 EMRK geforderte Schwelle erreichen können. Es ist daher sowohl bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 2 AsylG als auch in Ansehung der sich entwickelnden Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK eine weite Auslegung des Begriffs der Unzulässigkeit auf nationalrechtlicher Ebene angezeigt. Eine zu restriktive Auslegung birgt das Risiko einer Verletzung von Artikel 3 EMRK oder in Einzelfällen vorläufig aufgenommener Flüchtlinge sogar einer Verletzung des Refoulementverbots der Genfer Flüchtlingskonvention.

65. In Bezug auf eine automatisierte Landesverweisung an sich, aber auch bezüglich deren Dauer und der Dauer eines Eintrages in VOSTRA, möchte UNHCR die Schweiz dazu auffordern, dem Grundprinzip staatlichen Handelns, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, in jedem Fall Rechnung zu tragen. Jedenfalls sollte eine Landesverweisung dem Gesuch um individuellen Schutz einer Person nicht entgegenstehen, falls sich die Situation im Herkunftsland dieser Person soweit verschlechtert, dass sie die Schweiz um internationalen Schutz anfragen möchte.

66. UNHCR ist besorgt, dass mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf eine automatisierte strafrechtliche Doppelbestrafung für ausländische Personen in der Schweiz eingeführt wird, was zu Konflikten mit dem Gebot der Nichtdiskriminierung führen könnte. UNHCR möchte daher vorschlagen, dass auch in Bezug auf die Verhängung einer Landesverweisung an sich, Ermessen ausgeübt werden sollte und nicht nur bezüglich deren Dauer.

67. Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung könnte zu Situationen führen, in denen Personen, darunter auch Schutzbedürftige, ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. Dadurch würden sich zahlreiche rechtliche sowie praktische Schwierigkeiten ergeben. UNHCR möchte die Schweiz dazu auffordern, sich dieser potentiellen Lücke anzunehmen und wie im erläuternden Bericht angeregt - zu prüfen, welcher Rechtsstatus für diese Personen geschaffen werden soll. UNHCR erinnert insbesondere daran, dass die Genfer Flüchtlingskonvention völkerrechtlich verbindlich Mindestrechte für Personen vorsieht, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Insbesondere haben diese Personen – anders als andere vorläufig aufgenommene Personen – Anspruch auf einen Reiseausweis für Flüchtlinge.

68. Variante 2 des Vorschlags wählt einen Weg, der eine Umsetzung so nahe als möglich am ursprünglichen Initiativtext sucht. UNHCR möchte daher auf seine Anmerkungen in der UNHCR-Stellungnahme zur Eidgenössischen Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer" aus dem Jahr 2008 verweisen und die Schweiz an dieser Stelle nochmals auffordern ihren internationalen Verpflichtungen vollumfänglich nachzukommen.

69. UNHCR ruft die Schweiz nochmals eindringlich dazu auf, von einer Beschränkung seiner Verpflichtungen auf zwingendes Völkerrecht einerseits und einer engen Definition derselben andererseits, abzusehen.

UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein  
September 2012

## POTAUX Claire

---

**From:** POTAUX Claire  
**Sent:** vendredi 28 septembre 2012 18:44  
**To:** 'peter.haefliger@bj.admin.ch'  
**Cc:** SCHNOERING Katharina; LENZ Annika  
**Subject:** Position de l'OIM sur la Modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'article 121, al 3 à 6, relatif au renvoi des étrangers criminels)  
**Attachments:** CommentairesOIM.docx

Monsieur,

En ce qui concerne la consultation sur la Modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'article 121, al 3 à 6, relatif au renvoi des étrangers criminels), nous souhaitons vous informer que l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) **soutient la variante 1.**

La variante 2 viole de nombreux principes des droits de l'homme donc l'OIM ne peut pas considérer cette option, décourage la Suisse de poursuivre cette variante et ne donnera pas de commentaires spécifiques à ce sujet.

L'OIM souhaite cependant faire quelques commentaires sur la variante 1 du texte qui devraient être pris en considération dans la version finale du texte en ce qui concerne le principe de non-refoulement, la protection des droits de l'enfants ainsi que le droit à une vie de famille. Veuillez trouver ces commentaires dans le document ci-joint.

En vous remerciant pour votre attention ainsi que pour la consultation et avec nos meilleures salutations,

Claire Potaux

Claire Potaux  
Programme Officer  
IOM Bern  
Tel: +41 31 350 8213  
Fax: +41 31 350 8215  
E-mail: [cpotaux@iom.int](mailto:cpotaux@iom.int)  
Web: [www.ch.iom.int](http://www.ch.iom.int)

**Le principe de non-refoulement :** Bien que l'article 66d contienne quelques garanties, il est important de souligner les obligations de la Suisse découlant aussi bien de la Convention contre la Torture et autres Peines ou Traitements cruels, inhumains ou dégradants, de la Convention relative au Statut des Réfugiés, ainsi que de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le principe de non-refoulement ne s'applique pas uniquement aux réfugiés et la Cour Européenne des Droits de l'Homme a spécifié que les protections garanties par ces instruments internationaux s'appliquent aux migrants, indépendamment de leur habilité à obtenir ou à maintenir leur statut de réfugié.<sup>i</sup> La Convention relative au Statut des Réfugiés permet à un état de déroger au principe de non-refoulement et permet l'expulsion de réfugiés dans certains cas. Toutefois, il faut noter que cela est possible seulement dans les cas où le réfugié représente « un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un *crime ou délit particulièrement grave*, constitue une menace pour la communauté dudit pays» (emphase rajoutée)<sup>ii</sup>. Les instruments des droits de l'homme internationaux ne permettent pas les exceptions de sécurité, lorsque l'expulsion d'un migrant pourrait induire un véritable risque de violation des droits de l'homme, qui causerait un mal irréparable.<sup>iii</sup> Ceci protège les migrants contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou encore les châtiments et la privation arbitraire de la vie.<sup>iv</sup> La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Comité contre la Torture n'acceptent pas d'exception ou de dérogation à l'obligation du non-refoulement, étant donné qu'elle s'applique à la prohibition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou des châtiments.<sup>v</sup> Le Comité des Droits de l'Homme a de plus déclaré que « ce principe ne devrait pas être mis en péril pour des considérations de sécurité nationale ou du type de comportement criminel dont on accuse ou suspecte un individu. » [trad.]<sup>vi</sup> Il est de ce fait vital que la législation reconnaissse qu'une appréciation individuelle est nécessaire avant qu'un quelconque ordre d'expulsion ne soit émis dans une sentence criminelle.

**La Protection des Droits de l'Enfant :** La législation ne contient aucune référence aux enfants et aux mineurs et dans le cas où un enfant aurait commis une infraction criminelle, ce n'est pas clair, s'il peut être expulsé. Il est important de souligner qu'il est nécessaire d'avoir des provisions spécifiques pour les enfants incluses dans la législation. La Convention des Droits de l'Enfant demande d'un Etat qu'il fasse du bien-être d'un enfant une préoccupation principale dans toutes les décisions, y compris celle de l'expulsion.<sup>vii</sup> Le Comité des Droits de l'Enfant l'a expliqué en rapport avec les enfants non-accompagnés : « les États sont en outre tenus de ne pas renvoyer un enfant dans un pays s'il y a des motifs sérieux de croire que cet enfant sera exposé à un risque réel de dommage irréparable ». <sup>viii</sup> De plus, dans toutes les décisions et les actions concernant les enfants et les mineurs l'intérêt de l'enfant doit être la préoccupation principale.<sup>ix</sup>

**Le Droit à la Vie de Famille :** La nouvelle loi ne semble pas prendre en considération le droit à la vie de famille ou le principe de proportionnalité. Les droits de l'homme considèrent la famille comme un des groupes fondamentaux de la société; et elle a le droit à une protection contre les interférences illégales ou arbitraires de la part de la société ou de l'état.<sup>x</sup> C'est aussi un droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses parents, sauf si c'est dans son intérêt.<sup>xi</sup> Dans la jurisprudence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, il est écrit que par rapport à l'expulsion, l'Etat se doit de balancer l'intérêt de l'individu avec celui de la société. L'Etat détient une marge d'appréciation, mais l'expulsion doit rester

proportionnelle au but visé.<sup>xii</sup> Afin de se conformer à l'article 8 (Droit à la vie de famille), « cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » Dans ce cas, la mesure d'expulsion était basée sur la loi domestique et était donc « prévue par la loi ». De plus, le but légitime était « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ». Lors des considérations sur la nécessité de l'expulsion dans une société démocratique et sur sa proportionnalité par rapport au but poursuivi, il est important de d'évaluer : 1) La nature et le sérieux de l'infraction commise ; 2) La durée du séjour du demandeur dans le pays d'où il doit être expulsé ; 3) Le temps écoulé depuis que l'infraction a été commise et le comportement du demandeur durant cette période ; 4) La nationalité des différentes personnes concernées ; 5) La situation familiale du demandeur (durée du mariage et autres facteurs dénotant de la vie de famille d'un couple) ; 6) Si l'époux ou l'épouse avait connaissance de l'infraction au moment où il ou elle est entré(e) dans la relation familiale ; 7) S'il y a des enfants issus du mariage, et si oui, leurs âges ; et ; 8) Le sérieux des difficultés que risque de rencontrer l'époux ou l'épouse dans le pays vers lequel le demandeur doit être expulsé ; 9) L'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier le sérieux des difficultés qu'aucun des enfants du demandeur risque de rencontrer dans le pays vers lequel le demandeur doit être expulsé ; 10) La solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays d'accueil et le pays de destination ; 11) La longueur de l'ordre d'exclusion.<sup>xiii</sup> Il est important que les modifications de la loi suisse, plus particulièrement de l'article 66(a), respecte le principe de proportionnalité pendant les procédures et ne donne pas trop de pouvoir discrétionnaire au juge (selon l'interprétation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme). Considérer uniquement les intérêts de la société irait à l'encontre des principes des droits de l'homme. Par rapport à la proportionnalité, il faut aussi mentionner que la législation ne fait pas de distinction entre les migrants réguliers et irréguliers et qu'elle devrait offrir une protection additionnelle à ceux qui ont migré de façon régulière.

---

<sup>1</sup> Voir, e.g., *Ahmed v. Austria*, 71/1995/577/663, ECtHR, 17 Décembre 1996, at paras. 42, 47 (l'applicant a perdu le statut de réfugié, à cause d'une condamnation criminelle, mais le non-refoulement lui a été accordé); *Motumbo v. Switzerland*, 13/1993, CAT, 18 Novembre 1993, aux paras. 2.5, 9.7.

<sup>2</sup> Convention relative au Statut des Réfugiés, Art. 33(2)

<sup>3</sup> CCPR General Comment n°31, the nature of the general legal obligation imposed on State Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, at para. 12; CCPR, General Comment n°20, Prohibition of Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) p.200, 10 March 1992,, at para. 9; See also *Chahal v. United Kingdom* (ECtHR), at para. 80.

<sup>4</sup> See, e.g. *Ahmed v. Austria* (ECtHR), op.cit., at paras. 40-41; *Paez v. Sweden*, 29482/95, CAT, 18 April 1996, at para. 14.5; *Aemei v. Switzerland* (CAT), at para. 9.8; *Maksudov and Rakhimov v. Kyrgyzstan* (CCPR), at paras. 12.4-12.6.

<sup>5</sup> *Chahal v. United Kingdom* (ECtHR), op.cit., at para. 80 ("whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) if removed to another State [...] the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by [the 1951 Refugee Convention] [...]"); *Soering v. United Kingdom* (ECtHR), op.cit., at para. 88; *Ahmed v. Austria* (EHC), op.cit., at para. 40; *H.L.R. v. France* (ECtHR), op.cit. at para. 35; *Aemei v. Switzerland* (CAT), op.cit., at para. 9.8 ("Whenever there are substantial grounds for believing that a particular person would be in danger of being

---

subjected to torture if he was expelled to another State, the State party is required not to return that person to that State.”).

<sup>vi</sup> *Maksudov and Rakimov v. Kyrgyzstan* (CCPR), op.cit., at para. 12.4 (case concerning extradition and subsequent torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment).

<sup>vii</sup> Convention internationale des Droits de l’Enfant (CDH) art. 3(1) (“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”)

<sup>viii</sup> CRC General Comment n°6, on unaccompanied or separated children outside their country of origin, at para. 27 (specifically mentioning arts. 6 [right to life] and 37 [torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, liberty], but not limiting application of *non-refoulement* to those rights).

<sup>ix</sup> Convention internationale des Droits de l’Enfant (CDH), art. 3.

<sup>x</sup> See UDHR, art. 16(3), ICCPR, art. 23. CRC, art. 16. ECHR, art. 8.

<sup>xi</sup> CDH, art. 9.

<sup>xii</sup> See *Uner v. Netherlands*, Application no. 46410/99, *Nunez v. Norway*, Application no. 55597/09, *Antwi and Others v. Norway*, Application no. 26940/10

<sup>xiii</sup> *Maslov v. Austria*, Application no. 1638/03.



IOM International Organization for Migration  
OIM Organisation Internationale pour les Migrations  
IOM Internationale Organisation für Migration

BA Justiz
E 11. OKT. 2012
Act

Berne, le 10 octobre 2012

Objet : Consultation sur la modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6, Cst., relatif au renvoi des étrangers criminels)

Chère Madame, cher Monsieur,

Vous trouverez ci-joint une copie écrite de notre courriel du vendredi 28 septembre 2012, concernant la modification du code pénal, en particulier sur le thème du renvoi des étrangers criminels. L'OIM (Organisation Internationale pour les Migrations) soutient la variante 1 proposée.

Nous vous transmettons un document contenant nos commentaires concernant le principe de non-refoulement, la protection des droits de l'enfant, ainsi que sur le droit à la vie de famille, tels qu'ils peuvent influencer la discussion sur le renvoi des étrangers criminels. Nous souhaiterions que ces points soient pris en considération dans la version finale de la variante 1.

Nous nous ferons un plaisir de vous renseigner, si vous avez besoin d'informations complémentaires à ce sujet.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos meilleures salutations.

Claire Potaux  
Programme Officer  
IOM Bern

---

IOM Bern:

Thunstrasse 11 • Postfach 216 • 3000 Bern 6 • Schweiz  
Tel: +41.31.350 82 11 • Fax: +41.31.350 82 15 • E-mail:bern@iom.int • Internet: http://www.ch.iom.int

Union suisse des arts et métiers (USAM)  
M. Hans-Ulrich Bigler  
Directeur  
Schwarztorstrasse 26  
Case postale  
3001 Berne

Paudex, le 28 août 2012  
ASN/bn

**Procédure de consultation : modification du code pénal et du code pénal militaire  
(mise en œuvre de l'article 121 al. 3 à 6 Cst, relatif au renvoi des étrangers criminels)**

Monsieur le Directeur,

Nous avons pris connaissance avec intérêt de l'objet cité sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

**I. Remarques générales**

Suite à l'approbation le 28 novembre 2010 par le peuple et les cantons de l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », l'article 121 de la Constitution fédérale relatif au séjour et à l'établissement des étrangers en Suisse a été complété des alinéas 3 à 6. Ceux-ci prévoient que les étrangers condamnés pour certaines infractions ou pour avoir touché abusivement des prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale perdent leur droit de séjourner en Suisse.

Les deux variantes proposées par le Département fédéral de justice et police (DFJP) sont diamétralement opposées : la première, soutenue par la majorité du groupe de travail, nous semble adaptée à la situation. Elle présente une cohérence entre les droits accordés aux étrangers en Suisse et le durcissement de la pratique, souhaité par les initiateurs et le corps électoral, en matière de renvoi des étrangers criminels.

La seconde variante, proposée par les représentants du comité d'initiative au sein du groupe de travail, instaure un automatisme de l'expulsion qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit ainsi que des conventions et traités internationaux. Même si, comme c'est notre cas, nous considérons qu'il n'y a pas lieu d'adopter une attitude par trop amène à l'égard de personnes étrangères ayant commis des délits sur notre territoire, chacun sent qu'un automatisme pur et simple de l'expulsion dans les cas parfois largement prévus qui figurent désormais dans notre Constitution serait susceptible de conduire à un certain nombre de situations indésirables. Dès lors, la variante 2 s'inscrit à notre sens dans une perspective absolue, excessive et se trouve en décalage par rapport à la réalité des besoins.

## **II. Remarques particulières**

### **A. La gravité des infractions de l'article 121 al.3 Cst.**

De par la gravité de l'atteinte qu'ils portent aux biens juridiques que sont la vie, l'intégrité corporelle ou sexuelle, le patrimoine et la liberté, les crimes et délits énoncés à l'article 121 al. 3 litt.a Cst. sont réprimés sévèrement. Ils sont en effet passibles soit d'une peine privative de liberté, soit d'une condamnation pécuniaire, en fonction de leur degré de réalisation et de l'implication de leur auteur.

Conformément au mandat constitutionnel prévu à l'article 121 al.4 Cst., les notions de trafic de drogue et d'effraction doivent, à notre sens, être précisées.

La loi fédérale sur les stupéfiants (LStup) a pour but de protéger la santé en tant que bien juridique. Dans cette perspective, tous les actes caractéristiques du trafic de drogue, allant de l'acquisition à la vente en passant par le stockage, la livraison ou encore le financement de l'achat, peuvent avoir des conséquences dangereuses et doivent dès lors être qualifiés d'activité délictueuse. Cependant, nous ne saurions accepter qu'une mesure aussi radicale que l'expulsion puisse être ordonnée pour des actes, tels ceux de l'article 19 al.1 LStup, dont les risques pour la santé peuvent être considérés comme relativement limités. Partant, une peine sévère pouvant entraîner le renvoi se justifie à notre avis pour les infractions définies à l'alinéa 2 de l'article 19 LStup, qui met en lumière un mode opératoire systématique, organisé, lucratif et susceptible d'atteindre la santé de nombreux individus.

En ce qui concerne l'effraction prévue à l'article 121 al. 3 litt.a Cst., elle est, de notre point de vue, réalisée dès le moment où l'auteur de l'infraction se rend coupable à la fois d'une violation de domicile au sens de l'article 186 CP et d'un vol (art. 139 CP).

Nous relevons enfin que l'escroquerie (art.146 CP) couvre l'abus, commis de manière astucieuse, en matière d'assurances sociales ou d'aide sociale. Par conséquent, cette infraction doit également figurer dans les nouvelles dispositions pénales.

Ainsi, même si la variante 1 ne consacre pas un automatisme de l'expulsion, elle prévoit d'introduire dans le Code pénal des normes couvrant les infractions suffisamment importantes pour justifier le renvoi d'un étranger criminel. Il ne nous paraît toutefois nécessaire ni d'instaurer une peine minimale, ni de préciser que le juge pénal doit tenir compte du contexte particulier dans lequel a eu lieu l'infraction, la sévérité de la sanction prononcée devant de fait être en lien direct avec la gravité de l'acte perpétré et la situation personnelle de son auteur.

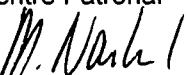
## **III. Conclusions**

Fondé sur ce qui précède, nous considérons qu'il n'y a pas lieu de mettre en œuvre une législation pénale excessive et contraire aux principes fondamentaux du droit ainsi qu'aux engagements internationaux. De ce fait, notre préférence se porte sur la variante 1, la variante 2 devant être rejetée.

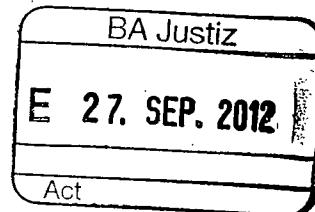
\*\*\*\*\*

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce courrier et vous prions de croire, Monsieur le Directeur, à l'assurance de nos sentiments distingués.

Centre Patronal

  
Anne-Sophie Narbel

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundestrain 20  
3003 Bern



Bern, 26. September 2012 sgv-Sc

**Vernehmlassungsantwort**  
**Umsetzung der Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich die Dachorganisation sgv für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Sie haben den sgv eingeladen, zum oben erwähnten Geschäft Stellung zu beziehen. Diese Einladung nehmen wir hiermit fristgerecht wahr. Der Schweizerische Gewerbeverband bevorzugt die Variante 2. Inhaltlich ist der Variante 1 viel abzugewinnen, doch sie entspricht nicht der korrekten Umsetzung des Volkswillens. Ja, es entsteht der Verdacht, dass der in der Abstimmung unterlegene Gegenvorschlag des Bundesrates über die Variante 1 eingeführt wird. Das widerspricht dem Willen des Souveräns, der die Volksinitiative angenommen und den Gegenvorschlag abgelehnt hat.

**I. Allgemeine Bemerkungen**

Die Ausschaffungsinitiative erreichte am 28. November 2010 einen Ja-Anteil von 52.9 Prozent. 1'397'923 der Stimmenden und 17.5 Stände sagten ja. Chancenlos war der direkte Gegenvorschlag. 54.2 Prozent der Stimmenden lehnten ihn ab. In keinem Kanton gab es ein Ja. Am 28. November 2010 haben Volk und Stände somit einen richtungsweisenden Entscheid gefällt. Dieser lautet: Ausländerinnen und Ausländer sollen aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie wegen gewisser Delikte rechtskräftig verurteilt wurden; das Strafmaß ist irrelevant.

Der Bundesrat hat bei der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Ausdruck gebracht, dass er der Variante-V1 (Vorentwurf [Variante 1]) den Vorzug gebe. Aus dem erläuternden Bericht geht denn auch hervor, dass sich der Bundesrat mit der Variante-V2 nicht vertieft auseinandergesetzt hat. So hat er diesbezüglich keine Ergänzungen zu den „Änderungen bisherigen Rechts“ erlassen und die Einordnung in das Strafgesetzbuch (StGB) nicht analog Variante-V1 vorgenommen.

## II. Zu den einzelnen Varianten

### Variante-V1

Die Variante-V1 geht davon aus, die Ausschaffungsinitiative kollidiere mit rechtssstaatlichen Garantien der Bundesverfassung sowie wichtigen Bestimmungen des nicht-zwingenden Völkerrechts, namentlich der Europäischen Menschenrechts-konvention (EMRK), dem Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU (FZA), dem UNO-Pakt II und dem UN-Kinderrechtsabkommen (KRK). Die Variante-V1 will die neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer umsetzen. Sie tut dies jedoch nicht. Sie orientiert sich hingegen am – von Volk und Ständen abgelehnten – direkten Gegenvorschlag. Die Variante-V1 arbeitet wie der direkte Gegenvorschlag mit Mindeststrafen und schafft bedeutende Ermessensspielräume.

Verhängt das Gericht eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe (bzw. 180 Tagessätze Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit), so kann der Ausländer nur des Landes verwiesen werden, wenn das öffentliche Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländer am Verbleib in der Schweiz überwiegt (Art. 66a Abs. 2 V1-StGB). Es ist davon auszugehen, dass gemäss dieser Bestimmungen nur Ausländer des Landes verwiesen werden, die bereits gestützt auf das Ausländergesetz (AuG) aus der Schweiz weggewiesen werden würden.

Verhängt das Gericht eine Strafe von mehr als 6 Monaten (bzw. 180 Tagessätze Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit) so kann es ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde (Art. 66a Abs. 3 V1-StGB).

Die Variante-V1 verstösst in mehrfacher Weise gegen Art. 121 Abs. 3-6 BV. Entgegen dem Willen der Volksinitiative arbeitet sie mit Mindeststrafen und nicht mit einem Automatismus. Auffallend ist, dass eine Strafe von „exakt“ 6 Monaten noch unter Art. 66a Abs. 2 V1-StGB fällt. Urteile, die eine Freiheitsstrafe von dieser Dauer für die erwähnten Delikte verhängen, sind verhältnismässig häufig. Zudem liegt die Schwelle für Bagatelldelikte gemäss Art. 132 Abs. 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) deutlich tiefer. Gemäss dieser Bestimmung liegt ein Bagatelfall bei Freiheitsstrafen bis 4 Monaten, bei Geldstrafen bis 120 Tagessätzen und bei gemeinnütziger Arbeit bis 480 Stunden vor. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Bundesrat – wenn er schon mit Mindeststrafen arbeitet – für 6 Monate Freiheitsstrafe die mildere Form wählt und sich bei der Festlegung dieser Schwelle nicht an Art. 132 Abs. 3 StPO orientiert. Überdies lässt es der Bundesrat nicht bei Mindeststrafen bleiben, sondern lässt es dem Richter offen, Ausländerinnen und Ausländer selbst dann nicht auszuweisen, wenn diese zu hohen Freiheitsstrafen verurteilt werden. Hier erfolgt ein weiterer Verstoss gegen Art. 121 Abs. 3-6 BV. Variante-V1 würde dazu führen, dass selbst Mörder, Vergewaltiger, Räuber, Menschenhändler und Totschläger nicht ausgewiesen werden, wenn milde Richter entsprechend entscheiden. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass mit der Variante-V1 die Richter einem massiven Druck ausgesetzt sind, indem sie es in der Hand haben, die Ausweisung als Massnahme zu erlassen oder davon abzusehen. Von diesem Druck sind Richter im Falle eines Automatismus entbunden, wie ihn die Variante-V2 in Art. 73a Abs. 1 V2-StGB vorsieht.

Gemäss erläuterndem Bericht ist eine Landesverweisung unzumutbar (Art. 66a Abs. 3 V1-StGB), wenn sie namentlich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt. Im Vordergrund stehen dabei Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II und die massgeblichen Bestimmungen der Kinderrechtskonvention. Gemäss Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz (Abs. 1). Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Ge-

sundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer (Abs. 2). Dass eine Ausweisung eines Ausländers sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens tangiert, ist unbestritten. Das Schweizerische Strafrecht berücksichtigt mit der Unterscheidung in Vergehen und Verbrechen sowie dem verurteilten Strafmaß die Schwere der Tat. Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Art. 66a Abs. 1 V1-SGB eine Strafe von über 6 Monaten Freiheitsstrafe (oder 180 Tagesätzen Geldstrafe) ist der Beweis erbracht, dass die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK erfüllt sind. Es kann nicht sein, dass ein Ausländer zu einer derart hohen Freiheitsstrafe verurteilt wird und gleichzeitig eine Ausweisung gestützt auf Art. 8 Abs. 2 EMRK negiert wird. Selbiges gilt bezüglich Art. 17 UNO-Pakt II. Hiernach darf niemand willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes aufgesetzt werden (Abs. 1). Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen (Abs. 2). Eingriffe in das Privatleben sind mit einer Verurteilung nach Art. 66a Abs. 3 V1-StGB weder willkürlich noch rechtswidrig. Wird jemand für ein Verbrechen oder ein Vergehen mit einer Freiheitsstrafe bestraft, ist ein Eingriff in sein Privatleben gerechtfertigt.

Der sgv lehnt die Variante-V1 ab, weil sie:

- sich am von Volk und allen Ständen abgelehnten direkten Gegenentwurf zur Ausschaffungsinitiative orientiert;
- mit Art. 121 Abs. 3-6 BV nicht konform ist;
- den Landesverweis von einer Mindeststrafe abhängig macht und selbst bei Erreichen dieser Strafhöhe eine Ausweisung nicht zwingend ist, sondern im richterlichen Ermessen liegt;
- mit der Aufschlüsselung der Strafe bei der Verurteilung für mehrere Straftaten der Schweizer Rechtstradition widerspricht;
- keine Regelung beinhaltet, welche Wiederholungstäter erfasst (Addition von Strafen);
- das Einbruchsdelikt nicht umfassend regelt;
- für gewisse Delikte keine Mindestdauer für den Landesverweis definiert;
- den „Drogenhandel“ nicht entsprechend Art. 121 Abs. 3 lit. a BV als Ausweisungsgrund regelt;
- eine Landesverweisung von Wiederholungstatern für 20 Jahre nur dann vorsieht, wenn die Tat während der Dauer der Landesverweisung verübt wurde, was Art. 121 Abs. 5 Satz 2 BV widerspricht;
- die Strafandrohung für den missbräuchlichen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe nicht auf 3 Jahre Freiheitsstrafe festsetzt.

#### Variante-V2

Gemäss Art. 139 Abs. 3 BV erklärt die Bundesversammlung eine Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung für ganz oder teilweise ungültig, wenn diese die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesbeschluss über die Volksinitiative „Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ vom 18. Juni 2010 ist die Volksinitiative gültig. Somit ist festzuhalten, dass diese keine zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verletzt.

Der Bundesrat lehnt die Variante-V2 ab, weil sie einen Ausweisungautomatismus vorsieht und im Widerspruch zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen stehen soll. Für eine Einzelfallprüfung unter der Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und für nicht-zwingendes Völkerrecht bestünde kein Raum, so der Bundesrat weiter. Dabei übersieht die Exekutive, dass sich der Vorentwurf in erster Linie an der von Volk und Ständen angenommen Volksinitiative zu orientieren hat. Für die im Abstimmungskampf vom Bundesrat eingebrachten Bedenken besteht kein Raum mehr. Volk und Stände haben sich unter Berücksichtigung dieser Bedenken für die Ausschaffungsinitiative und gegen den direkten Gegenentwurf entschieden. Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen hat sich somit ausschliesslich am Wortlaut der Ausschaffungsinitiative zu orientieren und dessen Konstrukt zu übernehmen.

Art. 73a V2-StGB führt jene Delikte auf, deren Verurteilung – unabhängig von der Höhe der Strafe – zwingend zu einer Ausweisung führen. Die Variante-V2 nimmt korrekterweise die Delikte gemäss Art. 121 Abs. 3 BV auf, umschreibt diese näher und führt im Sinne von Art. 121 Abs. 4 BV weitere hinzu. Art. 73a Abs. 2 V2-StGB stellt die Vermutung auf, dass ein Ausländer, welcher eines oder mehrere der in Art. 73a Abs. 1 V2-StGB aufgeführten Delikte begeht und dafür verurteilt wird, die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet. Die Folge dieser Vermutung ist der Verlust des ausländerrechtlichen Status und des Aufenthaltsrechts in der Schweiz. Art. 73b V2-StGB regelt die Ausreisefrist und das Einreiseverbot, jeweils gemäss Art. 121 Abs. 5 und 6 BV. An dieser Stelle noch einmal der Hinweis, dass der Wiederholungsfall in Sinne von Art. 73b Abs. 3 V2-StGB zeitlich nicht in die Landesverweisperiode fallen muss. Damit ist feststellen, dass die Variante-V2 dem Verfassungsauftrag nach Art. 121 Abs. 3-6 BV entspricht.

Die Ausweisung stellt jedoch einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienrechts dar. Gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK ist eine Ausweisung jedoch zulässig, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und notwendig ist, um die nationale oder öffentliche Sicherheit aufrechtzuerhalten. Als weitere Faktoren werden das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten und der Schutz von Gesundheit oder Moral genannt. Das letzte Wort von Art. 8 Abs. 2 EMRK „anderer“ weist darauf hin, dass diese Faktoren nicht abschliessend sind und demnach auch nicht kumulativ erfüllt sein müssen. Eine Einzelfallprüfung ist in Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht vorgesehen. Daran ändert auch nichts, wenn einzelne Richter am EGMR dies anders beurteilen. Massgeblich ist der Text der Konvention und nicht Präjudizien, die eine Mehrheit der Richter erlassen.

Es kann auch argumentiert werden, dass eine Ausweisung einen weniger starken Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienrechts darstellen (die Familienangehörigen können dem Landesverwiesenen nachfolgen), als eine unbedingte Freiheitsstrafe bzw. eine widerrufene bedinge Freiheitsstrafe. Ein Mitglied der Familie, das auf diese Weise dem Familienverband „entrissen“ wird, kann sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen; die zuständige Gerichte würden keine Abwägung anstellen, ob die ausgesprochene und zu vollziehende Freiheitsstrafe einen Eingriff in Art. 8 EMRK darstellen würde. Ebenso wenig darf dies im Bereich der Ausweisung der Fall sein. Ist ein Straftäter zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, so darf gestützt auf Art. 8 EMRK keine Abwägung stattfinden, ob dies dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens widerspricht; gleiches gilt für Aufweisungsentscheide, die deshalb ausgesprochen wurden, weil ein unter Art. 73a Abs. 1 V1-StGB aufgeführtes Delikt begangen wurde.

Vor allem ist darauf hinzuweisen, dass Art. 8 EMRK auch das Opfer schützt. Die Variante-V1 scheint sich dieser Tatsache nicht bewusst zu sein. Auch das Opfer hat ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Dieses wird dadurch beeinträchtigt, als das Opfer mögliche Konfrontationen in der Öffentlichkeit über sich ergehen lassen muss. Es darf nicht sein, dass der Täter zum Opfer und das Opfer zu Täter gemacht werden. Es ist keineswegs angebracht, dass das Opfer durch einen Wohnortswechsel dem Täter aus dem Weg gehen kann, als dem Täter eine Rückkehr in sein Heimatland zuzumuten.

Verfassungsrecht geht nicht-zwingendem Völkerrecht vor. Wie dargelegt, ist die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative in der Variante-V2 mit zwingendem (was unbestritten ist) und nicht-zwingendem Völkerrecht vereinbar. Für den Fall, dass diese Ansicht nicht geteilt wird, wäre zu untersuchen, wie bei Normwidersprüchen zwischen nicht-zwingendem Völkerrecht und jüngerem Verfassungsrecht zu verfahren ist.

Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden bindend. Das Anwendungsgebot von Art. 190 BV gilt aber nicht gegenüber jüngerem Verfassungsrecht, das genügend präzise ist, um von den rechtsanwendenden Behörden angewandt zu werden. Nicht-zwingendes Völkerrecht, das einer jüngeren Verfassungsbestimmung widerspricht, ist somit nicht mehr anwendbar. Für nicht direkt anwendbare Verfassungsnormen gilt entsprechend, dass die Ausführungsgesetzgebung Vorrang vor dem älteren Völkerrecht hat. Dieses Prinzip darf nicht umgangen werden, indem die Ausführungsgesetzgebung gestützt auf Art. 5 Abs. 4 BV konform mit älterem Völkerrecht und in Widerspruch zur jüngeren Verfassungsbestimmung erlassen wird. Das jüngere Verfassungsrecht geht in diesem Fall der programmatischen allgemeinen und älteren Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 BV vor. Andernfalls würden Volk und Stände als Verfassungsgeber entmachtet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Variante-V2 nicht nur den Willen des Souveräns besser umsetzt als die Variante-V1, sondern auch konform mit den üblichen Regelungen und ihrer Anwendung in der Schweiz ist und das zwingende Völkerrecht einhält. Das nicht-zwingende Völkerrecht wird im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung ebenfalls respektiert.

### III. Fazit

**Der Schweizerische Gewerbeverband unterstützt die Variante V2, weil sie dem Willen des Souveräns näher kommt als die Variante V1, die Regeln der Schweizer Verfassung umsetzt und die Grundsätze des Völkerrechts einhält.**

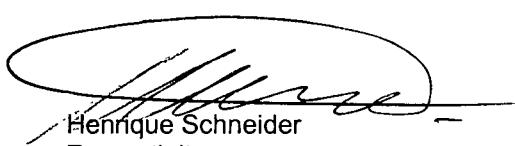
Wir bitten Sie ebenfalls, die anbei gelegte Antwort der „Chambre vaudoise des arts et métiers“ zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

**Schweizerischer Gewerbeverband sgv**



Hans-Ulrich Bigler  
Direktor



Henrique Schneider  
Ressortleiter

Beilage

- erwähnt