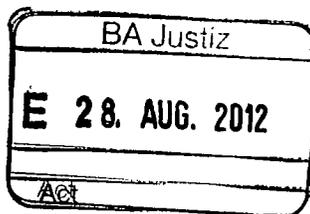


Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch



KANTON **solothurn**

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

27. August 2012

Stellungnahme zum Geschäft: Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Umsetzung Artikel 121 Absätze 3 – 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 hat uns Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga eingeladen, zu den beiden Entwürfen über die Umsetzung der sog. „Ausschaffungsinitiative“ Stellung zu nehmen. Wir danken für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung.

Es geht vorliegend um die Umsetzung des in der eidg. Volksabstimmung vom 28. November 2010 angenommenen Art. 121 Abs. 2-6 BV (sog. „Ausschaffungsinitiative“). Unbestritten ist, dass die Verfassungsbestimmung eine Ausführungsgesetzgebung benötigt. So sind nach der in der Volksabstimmung ebenso angenommenen Übergangsbestimmung Art. 197 Ziff. 8 BV durch den Gesetzgeber innert 5 Jahren seit Annahme die Tatbestände nach Art. 121 Abs. 3 BV zu definieren und zu ergänzen (sog. „Anlasstatenkatalog“) sowie Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise nach Art. 121 Abs. 6 BV zu erlassen.

Wie die bisherigen Arbeiten der vom Bundesrat eigens für die Ausarbeitung einer Umsetzungsgesetzgebung eingesetzten Arbeitsgruppe gezeigt haben, offenbart sich in der Frage der gesetzgeberischen Umsetzung ein Konflikt zwischen der (uneingeschränkten) Umsetzung des Volkswillens bzw. dem Wortlaut der angenommenen Verfassungsbestimmung einerseits und der Wahrung grundlegender Verfassungsprinzipien, namentlich des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, und der Beachtung des nicht zwingenden Völkerrechts, namentlich der Menschenrechtsgarantien der EMRK, des UNO-Paktes II und der Kinderrechtskonvention. Eine Lösung, welche allen diesen Anliegen vollumfänglich gerecht wird und den offenkundigen Konflikt zu beseitigen vermag, ist nicht möglich. Der Gesetzgeber muss sich entweder dafür entscheiden, Art. 121 BV unter Rücksichtnahme auf das ebenso bindende übrige Verfassungsrecht und nicht zwingende Völkerrecht einschränkend umzusetzen oder aber dem Wortlaut der angenommenen Initiative weitestgehend nachzuleben und dabei die Verletzung von Verfassungsgrundsätzen sowie völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bewusst in Kauf zu nehmen. Letzteres würde mit Sicherheit dazu führen, dass im Anwendungsfall gestützt auf die entsprechende Gesetzgebung ausgesprochene zwingende Landesverweisungen durch das Bundesgericht oder spätestens durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aufgehoben würden. Zudem müssten in diesem Fall konsequenterweise die entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz aufgekündigt oder neu ausgehandelt werden.

Der Bundesrat stellt nun 2 Varianten für die Umsetzung zur Diskussion:

Die Variante 1 orientiert sich an der grundsätzlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Konflikt zwischen Völkerrecht und Bundesrecht. Danach gehen völkerrechtliche Normen, die dem Menschenrechtsschutz dienen, in jedem Fall dem widersprechenden Landesrecht vor. Variante 1 respektiert diese Praxis des Bundesgerichts, ablesbar z.B. im sog. „PKK-Fall“ (BGE 125 II 417). Wie schwierig die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung ist, zeigt sich daran, dass selbst Variante 1 Angriffsfläche bietet. Ein Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU ist möglich, weil Letzteres eine „gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung“ verlangt, damit ein EU-Bürger aus der Schweiz weggewiesen werden kann. Es ist denkbar, dass diese Vertragsbestimmung in einzelnen Fällen auch bei Umsetzung von Variante 1 verletzt wird. Immerhin minimiert Variante 1 das Konfliktpotenzial.

Die Variante 1 hat folgende Merkmale:

Der Strafrichter hat die Landesverweisung auszusprechen, wenn er den Täter wegen eines im Anlasstatenkatalog enthaltenen schweren Delikts verurteilt.

- Der Deliktskatalog wird mit schweren Vermögens- bzw. Wirtschaftsdelikten ergänzt.
- Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz wird Rechnung getragen, indem die Landesverweisung nur zwingend ist, wenn der Täter zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten (bzw. 180 TS Geldstrafe) wegen der genannten Delikte verurteilt wird.
- Eine Landesverweisung ist jedoch auch bei geringerer Strafhöhe aufgrund einer Interessenabwägung möglich, was namentlich bei den Kriminaltouristen greifen soll.
- Auch im Fall einer Strafe von über 6 Monaten soll der Strafrichter im Einzelfall prüfen können, ob internationale Menschenrechtsgarantien einer Landesverweisung entgegenstehen.
- Die Vollzugsbehörde kann vom Vollzug der Landesverweisung einzig wegen dem Non-Refoulement-Gebot (zwingendes Völkerrecht, Art. 25 Abs. 2 und 3 BV) oder tatsächlicher Unmöglichkeit absehen.
- Eine Anordnung der zwingenden Landesverweisung soll nicht im Strafbefehlsverfahren möglich sein.
- Auf die zwingende Landesverweisung im Jugendstrafrecht wird verzichtet.
- Ausländerrechtlich wird den Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, der Status als vorläufig Aufgenommene verweigert. Sie verbleiben ohne rechtlichen Status in der Schweiz.

Die Variante 2 entspricht dem Umsetzungsvorschlag der Initianten. Da der Deliktskatalog keine Mindeststrafe vorsieht und auch keine Einzelfallprüfung in Bezug auf die internationalen Menschenrechtsgarantien erfolgen kann, verletzt diese Variante den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Menschenrechtspakten (EMRK, Uno-Pakt II, KRK). Die Variante 2 steht somit offensichtlich nicht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht.

Die Variante 2 soll wie folgt aussehen:

- Der Deliktskatalog umfasst auch leichtere Verbrechen und Vergehen und verzichtet auf die Berücksichtigung der konkreten Schwere der Straftat im Einzelfall (keine Mindeststrafe).

- Es erfolgt ein Ausweisungs-Automatismus ohne Prüfung von Menschenrechtsgarantien und ohne Interessenabwägung im Einzelfall. Einzige Ausnahme ist zwingendes Völkerrecht (Non-Refoulement-Gebot).
- Die zwingende Landesverweisung kann auch im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden.
- Die Landesverweisung muss unverzüglich vollzogen werden. Über einen Verstoss gegen das Non-Refoulement-Gebot muss die Vollzugsbehörde innert 30 Tagen und das endgültig entscheidende kantonale Gericht ebenfalls innert 30 Tagen seit Eingang des Rechtsmittels entscheiden.
- Es wird offengelassen, ob die zwingende Landesverweisung auch im Jugendstrafrecht anzuwenden ist.
- Der ausländerrechtliche Status von Personen, deren Landesverweisung wegen dem Non-Refoulement-Gebot nicht vollzogen werden kann, wird offen gelassen.

Unseres Erachtens ist die auch vom Bundesrat favorisierte Variante 1 vorzuziehen. Sie kommt dem Anliegen der Initiative unter Beachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Massgeblichkeit von Menschenrechtsgarantien des Völkerrechts so weit wie möglich nach und ist auch praktikabel.

Zu Variante 1 haben wir noch folgende Bemerkung im Einzelnen:

Art. 66a StGB:

Während hier die neue zwingende Landesverweisung in Art. 66a StGB eingefügt werden soll, ist in der kürzlich im Bundesblatt erschienenen Vorlage „Änderung des Sanktionenrechts“ eine Platzierung der strafrechtlichen Landesverweisung in Art. 67c StGB (nach dem Berufs- und Fahrverbot) vorgesehen (BBl 2012, S. 4759). Systematisch würde eine derart unterschiedliche Platzierung der beiden Fälle der strafrechtlichen Massnahme „Landesverweisung“ wenig Sinn machen.

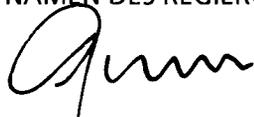
Art. 66c StGB:

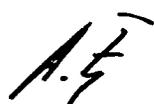
Hier ist eine wichtige Unklarheit auszuräumen. Aus dem Wortlaut „Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen“ ist nicht eindeutig eruierbar, ob damit ein teilweiser Strafvollzug im Heimatland einer ausländischen Person noch möglich ist. Der Vollzug von schweizerischen Strafurteilen im Heimatland muss weiterhin möglich sein.

Wir laden Sie ein, unsere Überlegungen bei der weiteren Behandlung des Geschäftes angemessen zu berücksichtigen.

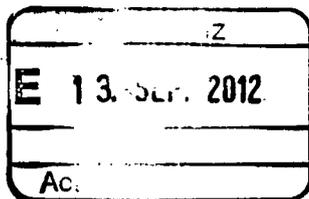
Mit freundlichen Grüssen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES


Peter Gomm
Landammann


Andreas Eng
Staatsschreiber

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch



Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@ktsh.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Schaffhausen, 11. September 2012

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, uns in der erwähnten Angelegenheit äussern zu können, und nehmen wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Bemerkungen

Von den beiden unterbreiteten Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen sprechen wir uns klar für die Variante 1 aus. Variante 2 lehnen wir ab, weil sie im Widerspruch sowohl zu fundamentalen rechtsstaatlichen als auch völkerrechtlichen Grundsätzen steht und keinen Raum für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips lässt. Wir beantragen indessen, dass der Entscheid über die Aufenthaltsberechtigung von Straftätern der ausländerrechtlichen Behörde übertragen wird.

Unabhängig vom Variantenentscheid wird die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV eine deutliche Erhöhung der Fallzahlen im Ausschaffungsvollzug zur Folge haben. Dies wird die existierende Problematik fehlender Haftplätze massiv verschärfen. Wir erwarten, dass der Bund für den Vollzug dieser Landesverweisungen mindestens die gleichen Dienstleistungen und finan-

ziellen Abgeltungen wie beim Vollzug von Wegweisungen anbietet. Angesichts der schon heute nicht kostendeckenden Abgeltungen und des zu erwartenden massiven Anstiegs der Fallzahlen erachten wir darüber hinaus eine Erhöhung der finanziellen Bundesbeiträge für angezeigt.

II. Zu den beiden Varianten

Variante 1

Der Deliktskatalog ist zweckmässig ausgestaltet. Wir begrüssen es, dass bei dieser Variante zusätzlich auf das konkrete Strafmass der verhängten Strafe abgestellt wird und je nach Höhe desselben eine Ausschaffung nur erfolgt, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen (Art. 66a Abs. 2 VE-StGB) bzw. von einer Ausschaffung ausnahmsweise abgesehen werden kann, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsorganisationen geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde (Art. 66a Abs. 3 VE-StGB). Gleichzeitig ermöglicht eine Ausnahmeregelung, dass insbesondere Kriminaltouristen unabhängig von der Höhe der im Einzelfall verhängten Strafe des Landes verwiesen werden können. Ferner begrüssen wir den Verzicht auf die Landesverweisung im Jugendstrafrecht.

Gemäss Art. 66a Abs. 2 und 3 VE-StGB soll der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein. In diesem Zusammenhang stellt sich die Problematik, dass bei den Strafen gemäss Art. 66a Abs. 2 VE-StGB regelmässig der Staatsanwalt einen Strafbefehl erlässt. Mit der vorgeschlagenen Gesetzesformulierung müsste demnach in den Fällen, bei denen sich die Frage einer Landesverweisung stellt – und dies werden nicht wenige sein – eine Anklageerhebung an den Einzelrichter des Kantonsgerichtes erfolgen, was die Verfahren sowohl verlängern als auch verteuern würde. Durch die Übertragung des Entscheids über die Aufenthaltsberechtigung an die ausländerrechtliche Behörde kann diese Problematik gelöst werden (vgl. dazu Ziff. III nachfolgend).

Variante 2

Variante 2 verstösst gegen die Grundprinzipien des Verfassungsrechts und ist mit der bisherigen Praxis der Schweiz unvereinbar, wonach Verfassungsbestimmungen völkerrechtskonform auszulegen sind. Insbesondere wird der Deliktskatalog und der damit verbundene Ausweisungsautomatismus dezidiert abgelehnt. Im Gegensatz zu Variante 1 wird hier weder die konkrete Schwere einer Straftat noch die Höhe der ausgesprochenen Strafe berücksichtigt. Die Landesverweisung wird automatisch angeordnet, wenn der Täter wegen einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat verurteilt wurde. Je nach Vorfall kann es sich bei den im Katalog auf-

geführten Straftatbeständen um wenig schwerwiegende Delikte oder gar Bagatelldelikte handeln.

III. Zuständigkeit zur Anordnung der Landesverweisung

Wir lehnen die vorgeschlagene Einführung einer neuen Form der Landesverweisung im Strafgesetzbuch und die damit zusammenhängende Zuständigkeit der Gerichte für den Entscheid über die Aufenthaltsberechtigung von Straffälligen ab. Die Landesverweisung als Nebenstrafe wurde mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Gesetzesrevision des Allgemeinen Teils des StGB aufgehoben. Die Wiedereinführung einer Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion würde die der damaligen Gesetzesrevision zugrundeliegende Problematik wieder aufleben lassen.

Zudem geht es bei der Aufenthaltsberechtigung von Personen in der Schweiz um verwaltungsrechtliche Fragen, die fachspezifische Kenntnisse erfordern, welche bei der fremdenpolizeilichen Behörde liegen. Es ist – entgegen den Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 19 oben) – gerade nicht prozessökonomisch, dass das Gericht mit dem Schuldspruch auch einen Entscheid über die Ausweisung der Täterin oder des Täters fällt. Das Gericht müsste in solchen Fällen – wie auch im erläuternden Bericht zugestanden wird – in der Regel zur Prüfung der EMRK-Konformität der Landesverweisung bei den ausländerrechtlichen Behörden eine Stellungnahme (Amtsbericht) einholen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum nicht die ausländerrechtliche Behörde selbst den Entscheid über die Aufenthaltsberechtigung des Straftäters treffen soll, wenn sie ohnehin faktisch darüber (mit-)entscheiden muss.

Selbst wenn – wie im Vernehmlassungsbericht (S. 19) aufgeführt wird – eine strafrichterliche Landesverweisung auf potentielle ausländische Täterinnen und Täter eine grössere Abschreckungswirkung haben sollte, kann dies kein massgebliches Kriterium für die Zuordnung der Zuständigkeit zur Prüfung der Aufenthaltsberechtigung von Straftätern sein.

Würde zudem der Entscheid über den Entzug der Aufenthaltsberechtigung beim Gericht liegen, dürfte dies wohl dazu führen, dass die Straftäter bei der Anordnung einer Landesverweisung vermehrt Berufung anmelden würden. Dies hätte zur Folge, dass das Gericht das ganze Strafurteil schriftlich begründen müsste, obwohl nur ein Teil des Urteils angefochten wird, welcher zudem nicht direkt mit der Straftat zu tun hat. Dadurch würde unnötiger zusätzlicher Aufwand entstehen, welcher vermieden werden könnte, wenn die ausländerrechtliche Behörde den Entscheid in einem separaten Verfahren fällen würde.

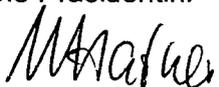
Aus den erwähnten Gründen fordern wir mit Nachdruck, dass die Zuständigkeit zur Anordnung der Landesverweisung der ausländerrechtlichen Behörde zugewiesen wird.

Für die Kenntnisnahme und die Guttheissung unserer Anträge danken wir Ihnen.



Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

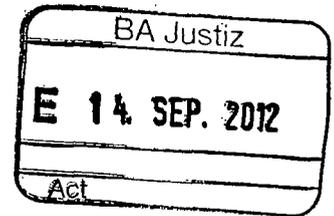

Ursula Hafner-Wipf

Der Staatsschreiber:


Dr. Stefan Bilger



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt



Staatskanzlei
Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Telefon +41 (0)61 267 85 62
Telefax +41 (0)61 267 85 72
E-Mail staatskanzlei@bs.ch
Internet www.bs.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 12. September 2012

Regierungsratsbeschluss
vom 11. September 2012

Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer); Vernehmlassung des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Kreisschreiben vom 25. Mai 2012 von Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga wurden dem Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt zwei Vorentwürfe sowie der erläuternde Bericht zu einer Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) unterbreitet. Gerne übermitteln wir Ihnen nachfolgend unsere Stellungnahme, welche sich auf die uns wichtig erscheinenden Punkte beschränkt.

Allgemeine Bemerkungen

Der Kanton Basel-Stadt respektiert den Volkswillen und würdigt die Bestrebungen des Bundesrats, diesem in der Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative zum Ausdruck gebrachten Willen bestmöglich Rechnung zu tragen. Gleichzeitig ist aus Sicht des Kantons Basel-Stadt jedoch die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der Verfahrensgarantien unumgänglich. Beide vom Bundesrat vorgeschlagene Varianten führen diesbezüglich zu Schwierigkeiten, was der Kanton Basel-Stadt als problematisch erachtet. Während Variante 2 nicht mit internationalen und nationalen Normen und Grundwerten zu vereinbaren und folglich abzulehnen ist, trägt Variante 1 dem internationalen Menschenrecht immerhin weitgehend Rechnung und erlaubt eine Verhältnismässigkeitsprüfung, weshalb dieser Variante der Vorzug zu geben ist.

Weiter gibt der Kanton Basel-Stadt zu bedenken, dass sowohl Variante 1 als auch Variante 2 die Wiedereinführung der gerichtlichen Landesverweisung vorsehen, nachdem dieses Instrument erst vor wenigen Jahren abgeschafft wurde. Durch die Wiedereinführung der straf-

rechtlichen Landesverweisung entsteht erneut die doppelte Zuständigkeit von Straf- und Ausländerbehörde, welche in der Vergangenheit zu Divergenzen geführt hat. Diese Differenzen lassen sich trotz stärkerer Bindung der Ausländerbehörde an den Entscheid des Strafrichters nicht gänzlich vermeiden (erläuternder Bericht des Bundesrats vom 14. Mai 2012, S. 59).

Der Kanton Basel-Stadt vertritt die Ansicht, dass die Zuständigkeit in sämtlichen ausländerrechtlichen Fragen bei der bis anhin zuständigen Ausländerbehörde verbleiben muss. Bereits systematische Überlegungen sprechen für eine Zuständigkeit der Ausländerbehörden. So steht Art. 121 BV unter dem Titel „9. Abschnitt: Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern“. Erst vor Art. 122 BV folgt der Titel „10. Abschnitt: Zivilrecht, Strafrecht, Messwesen“. Überdies erscheint es nicht unproblematisch, die Entscheidkompetenz in wesentlichen und komplexen ausländer- und völkerrechtlichen Fragen (erneut) Institutionen zu übertragen, die aufgrund ihrer fachspezifischen Ausrichtung nicht über dieselbe Erfahrung und Sachkenntnis verfügen, wie die Ausländerbehörde selber. Der vom Bundesrat gemachte Vorschlag, dass der Strafrichter eine Stellungnahme der Ausländerbehörde einholen kann, ist nicht als verfahrensökonomisch zu beurteilen und ist der Beschleunigung des Verfahrens nicht dienlich. Namentlich dürfte die Umsetzung von Art. 84 Abs. 4 StPO, wonach die schriftliche Urteilsbegründung innerhalb von 60 in Ausnahmefällen von 90 Tagen seit der mündlichen Eröffnung zugestellt werden muss, kaum mehr möglich sein. Eine Verlängerung der genannten gesetzlichen Fristen erscheint nicht zuletzt aufgrund der zunehmenden Komplexität der ausländerrechtlichen Fragen unumgänglich. Schliesslich deutet der Umstand, dass der Strafrichter die Ausländerbehörde bei seinem Entscheid über die Ausfällung einer Landesverweisung bezieht, wiederum darauf hin, dass die Kompetenz in sämtlichen ausländerrechtlichen Fragen bei der bis anhin zuständigen Stelle belassen werden sollte. Auf diese Weise würde die Beurteilung eines Falles gesamthaft - sowohl betreffend der Landesverweisung als auch deren Vollzug - von einer Institution durchgeführt werden, welche langjährige Erfahrung und umfassende Kenntnisse aller relevanten Umstände hat.

Aufgrund der vorgesehenen Verschiebung eines erheblichen Teils der ausländerrechtlichen Kompetenzen von der kantonalen Verwaltung auf die Strafjustiz werden für den Kanton Basel-Stadt erhebliche Mehrkosten entstehen, sind gerichtliche Verfahren in der Regel doch komplizierter, aufwendiger, langwieriger und teurer als solche von Verwaltungsbehörden. Gleichzeitig ist damit zu rechnen, dass sich der Aufwand auf Seiten der Verwaltungsbehörden nicht merklich verringert, da von einer Zunahme der Anfechtungen der Vollzugsentscheide zu rechnen ist. Nicht zuletzt haben Angeklagte im Strafverfahren in vielen Fällen Anspruch auf eine amtliche Verteidigung, die sich dann auch mit der Frage der Landesverweisung auseinandersetzen muss. Variante 1 schliesst ausserdem die Ausfällung einer Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren aus, was die Staatsanwaltschaft in vielen Fällen zwingen wird, Anklage im ordentlichen Verfahren zu erheben, anstatt den Fall rasch und unkompliziert durch den Erlass eines Strafbefehls abzuschliessen.

Auch wenn sich aus dem Umstand, dass bei der vorgeschlagenen Lösung zeitgleich über die Strafsache und das Aufenthaltsrecht entschieden wird, gewisse Erleichterungen ergeben mögen, ist der Kanton Basel-Stadt der Ansicht, dass die dadurch entstehenden Nachteile insgesamt überwiegen. Sowohl organisatorisch als auch finanziell ist daher die vorgesehene

Schaffung eines kantonalen zweistufigen Verfahrens (bei Variante 1 zudem unter Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens), wozu im Falle des Vollzugs durch die Anordnung der Ausschaffungshaft noch eine weitere obligatorische richterliche Überprüfung hinzukommt, eine teure und komplizierte Lösung zulasten der Kantone. Auf diesen Umstand wird im erläuternden Bericht des Bundesrats mit keinem Wort eingegangen. Der Bund äussert sich auch nicht dazu, ob und allenfalls wie er beabsichtigt die Kantone hierbei zu unterstützen.

Spezifische Bemerkungen zu Variante 1

Im Gegensatz zu Variante 2 schliesst Variante 1 die Verhältnismässigkeitsprüfung respektive eine Einzelfallbeurteilung nicht gänzlich aus. Dennoch soll der Aufenthaltsstatus der Ausländerin oder des Ausländers künftig nicht mehr berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich jedoch um ein wichtiges Element der Einzelfallbeurteilung. Probleme dürften sich überdies im Zusammenhang mit dem FZA ergeben. So kann das Erfordernis der gegenwärtigen und hinreichend schweren Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit künftig nicht mehr berücksichtigt werden. Ausserdem bestehen auch bei Variante 1 Bedenken, dass es zu Eingriffen in das Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 13. Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) kommen kann. Zwar wäre es möglich diesen Umständen durch eine extensive Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe „unzumutbar“ und „schwerwiegend“ [Art. 66a Abs. 3 StGB (neu)] oder aber mittels einer Abwägung zugunsten der betroffenen ausländischen Person zu begegnen, allerdings besteht hier die erhöhte Gefahr einer uneinheitlichen - und somit auch unbefriedigenden - Anwendung der gesetzlichen Bestimmung in der Praxis.

Stossend erscheint sodann, dass Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, vorübergehend ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. In Übereinstimmung mit dem erläuternden Bericht ist diesbezüglich festzuhalten, dass eine solche Regelung nicht nur für die betroffene Person mit zahlreichen Schwierigkeiten im Alltag verbunden ist, sondern auch zu Mehrkosten für die Kantone führen wird (Not- und Sozialhilfe). Sollte es nicht möglich sein, vom Verlust des rechtlichen Status abzusehen, schliesst sich der Kanton Basel-Stadt dem Vorschlag des Berichts an, dass die Schaffung eines besonderen Status für diese Personen zu prüfen ist.

Schliesslich stellt der Kanton Basel-Stadt fest, dass - im Unterschied zu Variante 2 - die Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft keinen Eingang in den Deliktkatalog gefunden haben.

Spezifische Bemerkungen zu Variante 2

Eine Umsetzung von Variante 2 wird unvermeidlich zu Verstössen gegen das FZA führen. Ausserdem wird bei der Aussprechung der Landesverweisung das Verhältnismässigkeitsprinzip und nicht zwingendes Völkerrecht nicht gebührend beachtet. Eine Einzelfallprüfung wird nicht vorgenommen. Bereits aufgrund der Unvereinbarkeit dieser Umsetzungsvariante mit Verfahrensgarantien, Grundrechten, völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz sowie den Anforderungen an einen Rechtsstaat ist diese Variante aus Sicht des Kantons Basel-Stadt abzulehnen.

Darüber hinaus ist die in Art. 73c Abs. 4 StGB vorgesehene Bestimmung, wonach beim Vollzug der Landesverweisung innerhalb von 30 Tagen über das Vorliegen von Ausschaffungshinderungsgründe entschieden werden muss und im Falle eines Weiterzugs das zuständige Kantonale Gericht ebenfalls innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Rechtsmittels endgültig entscheiden muss, kaum umsetzbar. Der Entscheid über das Vorliegen von Ausschaffungshinderungsgründen ist von grosser Tragweite und setzt eine ernsthafte Abklärung voraus. Dies hat umso mehr zu gelten, als der Entscheid der kantonalen Gerichtsbarkeit endgültig ist und offenbar keiner Überprüfung durch das Bundesgericht unterliegen soll.

Schliesslich wird die Legitimität der Staatsanwaltschaft zur Ausübung der ihr geschaffenen Kompetenz zur Aussprechung einer mehrjährigen Landesverweisung vom Kanton Basel-Stadt in Frage gestellt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und bitten Sie höflich, die Anliegen des Kantons Basel-Stadt zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB) und des Militärstrafgesetzes (MStG) (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer); Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 25. Mai 2012 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) den Regierungsrat im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens eingeladen, zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) und des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 bis 6 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101] über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) Stellung zu nehmen. Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen.

Der Bundesrat hat zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen in die Vernehmlassung geschickt. Beide Varianten sehen die Einführung einer strafrechtlichen Landesverweisung vor. Da die erste Variante den Deliktskatalog auf schwere Verbrechen einschränkt, eine Mindeststrafe vorsieht und die völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bei der Verhängung des Landesverweises miteinbezieht und damit die international geschützten Menschenrechtsgarantien gewährleistet, ist diese zu begrüßen. Die zweite Vari-

ante führt aufgrund des Ausweisungsautomatismus zur Verletzung von international geschützten Menschenrechtsgarantien und ist deshalb abzulehnen.

Bei der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen gemäss der ersten Variante hinterfragen wir allerdings die Notwendigkeit der Schaffung des neuen Straftatbestands des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a VE-StGB). In den Bundeserlassen des Sozialversicherungsrechts bestehen bereits strafrechtliche Bestimmungen, die auch jemanden sanktionieren, der durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen bestimmte Leistungen der entsprechenden Sozialversicherungszweige erwirkt, die ihm nicht zukommen. Die entsprechenden Straftatbestände sind sogar offener formuliert als der vorgeschlagene Sozialmissbrauchstatbestand.

Aus dem erläuternden Bericht zur Vorlage geht weiter hervor, dass es den Kantonen überlassen werden soll, ob sie den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung formell mit der Sicherheitshaft nach der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]) oder mit der Ausschaffungshaft nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz [AuG; SR 142.20]) sicherstellen wollen. Als Variante ist es für den Bundesrat auch denkbar, nur eine solche Entfernungsmassnahme in einem Gesetz zu verankern. Damit würde der Vollzug der Landesverweisung für alle Kantone auf der gleichen Grundlage (StPO oder AuG) beruhen. Wir sind der Ansicht, dass es zur Förderung des einheitlichen Vollzugs und der Rechtssicherheit sinnvoll ist, nur eine Entfernungsmassnahme im Gesetz zu verankern.

Im Übrigen verzichten wir auf eine detailliertere Stellungnahme zur Vorlage.

Sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Altdorf, 14. September 2012



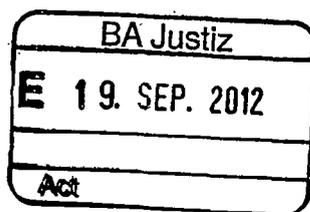
Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

Der Kanzleidirektor

Josef Dittli

Roman Balli



6431 Schwyz, Postfach 1260

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Schwyz, 18. September 2012

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

Sehr geehrte Damen und Herren

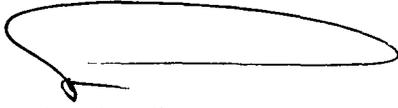
Im Hinblick auf die Umsetzung der neuen Ausschaffungsregelung für kriminelle Ausländerinnen und Ausländer in Art. 120 Abs. 3 - 6 BV unterbreitet das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement Gesetzesentwürfe in zwei Varianten. Die vom Bundesrat favorisierte Variante 1 versucht einen Ausgleich zwischen den Anforderungen der von Volk und Ständen angenommenen neuen Verfassungsbestimmungen und den geltenden Verfassungsprinzipien wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie den Anforderungen des internationalen Menschenrechtsschutzes zu finden. Die Variante 2, die von Kreisen eingebracht worden ist, die den Initianten der Verfassungsänderung nahestehen, setzt den Verfassungstext in Art. 121 Abs. 3 - 6 BV möglichst wortgetreu um.

Der Regierungsrat des Kantons Schwyz spricht sich für die Variante 2 aus. Dieser Vorschlag setzt das neue Verfassungsrecht dem Wortlaut sowie dem Sinn und Geist der Verfassungsbestimmungen gemäss korrekt und angemessen um. Er trägt dem eindeutig geäusserten Willen einer klaren Mehrheit von Volk und Ständen Rechnung. Die Variante 1 nimmt dagegen über weite Strecken den von der Mehrheit des Volkes und allen Ständen verworfenen Gegenentwurf der Bundesversammlung wieder auf. Es darf nicht sein, dass der angenommene Verfassungstext nicht und statt dessen der verworfene Gegenvorschlag umgesetzt wird.

Der Vollzug der vorgeschlagenen Bundesgesetzgebung bringt den Kantonen eine beachtliche administrative Mehrbelastung. Diese ist den Kantonen vom Bund zu vergüten. Dafür ist eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüssen freundlich.

Im Namen des Regierungsrates:



Walter Stählin, Landammann

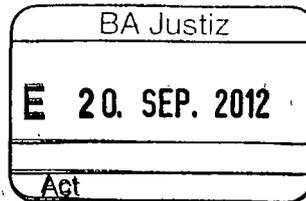


Dr. Mathias E. Brun, Staatsschreiber



Staatskanzlei, Schlossmühlestrasse 9, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Frau Simonetta Sommaruga
Bundesrätin
3003 Bern



Frauenfeld, 18. 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

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, uns zu den Entwürfen für eine Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie weiterer Erlasse im Zusammenhang mit der Umsetzung des vom Volk und den Ständen am 28. November 2010 angenommenen Art. 121 Abs. 3-6 der Bundesverfassung (BV) äussern zu können und teilen Ihnen mit, dass wir uns für die Variante 2 der unterbreiteten Vorentwürfe aussprechen.

Mit freundlichen Grüssen

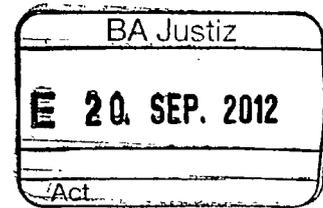
Die Präsidentin des Regierungsrates

M. Müller

Der Staatsschreiber

J. J. J.





EJPD
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

1392

Bern, 19. September 2012 POM C

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



Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Regierungsrat des Kantons Bern dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zur Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzbuches (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer). Er hat die Vorlage unter Einbezug von Gerichtsbarkeit und Staatsanwaltschaft einlässlich geprüft.

Der Regierungsrat schickt voraus, dass er die nachfolgenden Bemerkungen in Kenntnis der Ergebnisse der Volksabstimmung macht. Er ist dabei bestrebt, eine praxistaugliche und finanziell tragbare Lösung zu unterstützen, welche die geringst möglichen Reibungen mit übergeordnetem Verfassungs- oder Völkerrecht hat. Es ist deshalb, nach einleitenden allgemeinen Bemerkungen, vorweg eine Würdigung der beiden vom Bundesrat vorgeschlagenen Varianten vorzunehmen. Anschliessend soll auf einige Einzelfragen näher eingegangen werden.

Allgemeine Bemerkungen

Die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative muss nicht notwendig im StGB erfolgen, sie wäre auch im Ausländerrecht möglich. Im Erläuternden Bericht wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Verfassung keine klaren Vorgaben in Bezug auf den Regelungsstandort macht (S. 17) und dass der systematische Zusammenhang wie auch praktische Gründe (Einbettung in ein gut ausgebautes und funktionierendes System) die Umsetzung im AuG in Form einer verwaltungsrechtlichen Massnahme nahelegen würden (S. 18). Entsprechend

hat die Arbeitsgruppe denn auch eine Variante mit einer Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im Ausländerrecht vorgelegt (S. 8).

Die bernische Generalstaatsanwaltschaft (damals noch Generalprokuratur) hat in ihren Vernehmlassungen vom 11. Mai 2009 und vom 10. September 2010 zur erneuten Revision des AT StGB (Sanktionen) darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht die Wiedereinführung der strafrechtlichen Landesverweisung nicht erforderlich oder dringlich sei. Die Generalstaatsanwaltschaft und auch der Regierungsrat empfinden es deshalb als bedauerlich, dass der Bundesrat darauf verzichtet, auch die Variante mit einer Umsetzung der Initiative im Ausländerrecht in die Vernehmlassung zu geben. Die Kenntnis des Wortlautes dieser Variante und der dazugehörigen Erläuterungen würde es eher gestatten zu beurteilen, ob die im Erläuternden Bericht aufgeführten Vorzüge einer Verankerung im Strafrecht (angeblich grössere general- und spezialpräventive Wirkung; strafrechtliches Urteil ergeht im Bewusstsein über die gegebenenfalls damit verbundene Konsequenz der Ausweisung; Kohärenz mit dem Revisionsvorhaben für ein neues Sanktionenrecht) gegenüber einer ausländerrechtlichen Lösung wirklich überwiegen.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass eine Umsetzung der Initiative im Strafrecht mit gewichtigen Nachteilen verbunden ist. Sie zwingt die Strafbehörden, in ihre Entscheidungsfindung Gebiete zu berücksichtigen, in denen es ihnen – im Gegensatz zu den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden – an Fachwissen (Vorliegen von Rückschaffungshindernissen, aktuelle Ländersituation etc.) fehlt, was in vielen Fällen zur Notwendigkeit führen wird, Mitberichte einzuholen, wodurch die Strafverfahren verlängert und aufgebläht werden.

Bewertung der beiden vom Bundesrat vorgeschlagenen Varianten

Wenngleich auch bei ihr gewisse Änderungen wünschenswert erscheinen, verdient eindeutig die erste den Vorzug vor der zweiten in die Vernehmlassung gegebenen Variante. Dies namentlich aus folgenden Gründen:

- a) Die Variante 2 will entgegen den Angaben, welche das Initiativkomitee im Vorfeld der Abstimmung gemacht hat, wonach nur „schwere Verbrechen“ zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen (Erläuternder Bericht S. 34), eine Regelung einführen, die völlig unbesehen der Verhältnisse im Einzelfall einen Landesverweisungs-Automatismus schafft, der auch bei leichten Verbrechen und Vergehen greift, die eine Massnahme mit derart weitgehenden Konsequenzen schlicht nicht rechtfertigen können. Der Deliktskatalog nach zweiter Variante ist mit anderen Worten deutlich zu weit gefasst. Demgegenüber beschränkt sich der Deliktskatalog, der nach Variante 1 vorgesehen ist, im Regelfall auf schwere Verbrechenstatbestände, bei deren Realisierung der Verlust des Aufenthaltsrechts eher gerechtfertigt erscheinen mag.
- b) Die Variante 2 hebt ohne zwingenden Grund für einen Teilbereich der schweizerischen Rechtsordnung das grundlegende Prinzip der Verhältnismässigkeit auf, dem namentlich auch auf dem Gebiet der strafrechtlichen Massnahmen, zu denen die Landesverweisung zählen würde, besondere Bedeutung zukommt. Es würde ein Automatismus greifen, der einzig in abstracto auf die Realisierung eines im Deliktskatalog genannten Straftatbestandes abstellt, ohne der Schwere des realisierten Delikts im Einzelfall im Geringsten Rechnung zu tragen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein solcher Systembruch zur Wahrung der Rechts- und Friedensordnung in der Schweiz erforderlich sein

sollte. Demgegenüber bemüht sich Variante 1, dem Gebot der Verhältnismässigkeit möglichst ausgewogen gerecht zu werden. Ist von einer Strafe Umgang zu nehmen, so entfällt die Möglichkeit einer Landesverweisung. Erweist sich das Verschulden im konkreten Fall als nicht so gravierend, dass eine erhebliche Strafe ausgesprochen werden muss, ist im Regelfall von einer Landesverweisung abzusehen, doch kann eine Interessenabwägung ausnahmsweise dennoch eine solche indizieren. Muss eine erhebliche strafrechtliche Sanktion greifen, so ist prinzipiell eine Landesverweisung auszusprechen, von der ausnahmsweise abgesehen werden kann, wenn diese unzumutbar erscheint. Eine solche Verhältnismässigkeitsprüfung kann den Gerichten durchaus zugetraut werden; umgekehrt zeugt der Ausschluss jeglicher Verhältnismässigkeitsprüfung durch Gericht/Staatsanwaltschaft gemäss Variante 2 wohl auch von einem grundlegenden Misstrauen gegenüber der Justiz, das nicht gerechtfertigt ist.

- c) Eine Inkraftsetzung der Variante 2 würde unweigerlich zu Konflikten mit staatsvertraglichen/völkerrechtlichen Verpflichtungen führen, welche die Schweiz eingegangen ist, während die diesbezüglichen Friktionen nach Massgabe von Variante 1 einigermassen eingeschränkt sein dürften. Die Konsequenzen, welche derartige Konflikte haben können, sind nicht klar absehbar. Sie mit der Variante 2 leichtfertig in Kauf zu nehmen, ist umso weniger angebracht, als ein schützenswertes öffentliches Interesse fehlt, die Initiative in solcher Rigidität umzusetzen.
- d) Die Variante 2 will das Strafbefehlsverfahren auch im Fall einer Landesverweisung zulassen. Dies würde den bisherigen Grundsätzen der StPO widersprechen, welche die Verhängung der einschneidenderen Massnahmen (Art. 59 bis 64 StGB) dem Verfahren vor Gerichten vorbehält. Die Landesverweisung, deren Mindstdauer fünf und deren Höchstdauer zwanzig Jahre betragen soll, ist zweifelsfrei eine einschneidende Massnahme, die schlecht zu einem auf Raschheit ausgelegten, eine staatsanwaltschaftliche Anhörung der beschuldigten Person nicht erfordernden Verfahren passt. Auch dürften zusätzlicher Abklärungsaufwand im Strafbefehlsverfahren und zu gewärtigende anschliessende Rechtsmittelverfahren kaum zu einer Aufwand- und Kostenersparnis führen.
- e) Variante 1 verdient auch insoweit den Vorzug gegenüber Variante 2, als diese verschiedene Fragen offen lässt, an deren Beantwortung ein erhebliches Interesse besteht (Landesverweisung für Jugendliche und im Militärstrafrecht), und als sie die Schnittstellen zum Ausländerrecht nicht regelt. Diesbezüglich ist Variante 1 vollständiger, in sich geschlossener, und es ist vor allem zu begrüssen, dass sie im Bereich der neuen Landesverweisung eine Lösung enthält, mit welcher der Dualismus zwischen strafrechtlicher und fremdenpolizeilicher Massnahme verhindert wird.
- f) Was die Landesverweisung für Jugendliche im Besonderen betrifft, so scheint die Variante 2 die Jugendrechtspflege nicht auszunehmen, was aus verschiedenen Gründen problematisch ist. Das als Täterstrafrecht ausgestaltete Jugendstrafrecht orientiert sich bei den Sanktionen nicht ausschliesslich am Delikt, sondern vor allem auch an der Person des Jugendlichen. Deshalb kann z.B. bei einer gestörten Persönlichkeitsentwicklung eine stationäre Massnahme angeordnet werden, obschon der Jugendliche lediglich Übertretungen begangen hat. Selbst bei Vergehen oder Verbrechen liegt nur in seltenen Ausnahmefällen eine hohe kriminelle Energie vor. Die Landesverweisung wäre in

praktisch allen Fällen eine massiv überrissene Sanktion, die sich im Vergleich zu den anderen Sanktionen niemals rechtfertigen liesse.

- g) Der in Variante 1 vorgesehene neue Straftatbestand des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe erscheint begrüssenswert. Er schafft einen vernünftigen Auffangtatbestand für missbräuchliche Bezüge von Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen, bei denen im Einzelfall sehr ungewiss sein kann, ob das für die Erfassung als Betrug massgebliche Element der Arglist erfüllt ist oder nicht. Die Trennlinie zwischen gewöhnlicher und arglistiger Irreführung ist oft unscharf, der Übergang von noch gerade nicht arglistigem zu bereits arglistigem Verhalten ist vielfach gleitend. Ausserdem können auch durch nicht arglistige Irreführungen sehr beträchtliche Schädigungen entstehen und grosse Beträge unrechtmässig erlangt werden. Aus diesen Gründen dürfte es empfehlenswert sein, das Fehlen des Tatbestandsmerkmals der Arglist nicht zum Anlass zu nehmen, um den Strafrahmen gegenüber dem Betrugstatbestand so drastisch zu beschränken. Ein bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe reichender Rahmen erschiene angemessener. Ebenfalls wäre es wegen der Unbestimmtheit des Gesetzesbegriffs des leichten Falles, der ein weites Ermessen eröffnet, vermutlich vorzuziehen, wenn nicht eine Rückstufung zum Übertretungstatbestand vorgenommen, sondern bloss die Möglichkeit, eine Busse zu verhängen, vorgesehen würde.

Einzelfragen

Nachstehend ist es dem Regierungsrat ein Anliegen, auf einige Einzelfragen etwas näher einzugehen:

- a) Es ist bereits in den allgemeinen Bemerkungen darauf hingewiesen worden, dass die Umsetzung der Initiative im Strafrecht mit gewichtigen Nachteilen verbunden ist. Exemplarisch sei zum Beispiel die Frage gestellt, was geschehen soll, wenn ein Strafgericht völkerrechtliche Vollzugsaufschubgründe feststellt. Dabei drängt sich ein Vergleich mit dem ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren auf: Wenn in einem ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren ein völkerrechtliches Hindernis für den Vollzug einer Wegweisung vorliegt, liegt ein gesetzlicher Grund für die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme vor (Art. 83 Abs. 3 AuG). Die vorläufige Aufnahme kann nur das Bundesamt für Migration anordnen (Art. 83 Abs. 1 AuG). Kommt in einem ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren die kantonale Migrationsbehörde zum Schluss, dass der Vollzug der Wegweisung völkerrechtliche Bestimmungen verletzt, ordnet sie zwar die Wegweisung an, schiebt den Vollzug der Wegweisung zugunsten einer vorläufigen Aufnahme auf und beantragt die Anordnung der vorläufigen Aufnahme beim BFM (Art. 83 Abs. 6). Personen im strafrechtlichen Vollzugsaufschub der Landesverweisung würden sich nach dem vorliegenden Entwurf im ausländerrechtlichen Nichts befinden, obwohl sie sachlich gesehen gleich dastehen wie ein vorläufig Aufgenommener. Denn gegen den vorläufig Aufgenommenen besteht eine asyl- oder ausländerrechtliche Wegweisung, die bspw. aus völkerrechtlichen Gründen nicht vollzogen werden darf. Eine sachliche Begründung für die Ungleichbehandlung von Personen im Vollzugsaufschub der strafrechtlichen Landesverweisung gegenüber Personen im Vollzugsaufschub der asyl- oder ausländerrechtlichen Wegweisung fehlt. Dies umso mehr, als laut Gesetzesentwurf (Art. 66d StGB) der klassische Grund für den Vollzugsaufschub der strafrechtlichen Landesverweisung die Anerkennung als Flüchtling ist. Ein

solcher Vollzugaufschubgrund wird erfahrungsgemäss langfristig bestehen bleiben. Ähnliches gilt auch für den Vollzugaufschubgrund der Verletzung des Non-Refoulements.

Aus diesen Gründen beantragt der Regierungsrat, dass die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaften und Strafgerichte) in Art. 83 Abs. 6 AuG ausdrücklich zu befugten sind, die vorläufige Aufnahme beim BFM zu beantragen, wenn sie völkerrechtliche Vollzugaufschubgründe der Landesverweisung feststellen.

Es ist demnach auch sachlich korrekt, wenn das BFM die Situation anders einschätzen würde und keine völkerrechtlichen Gründe für den Aufschub der strafrechtlichen Landesverweisung feststellen könnte und deswegen den Antrag der kantonalen Strafverfolgungsbehörden abweisen würde. Der Rechtsweg ans Bundesverwaltungsgericht wäre danach offen.

- b) Bezüglich Zuständigkeit für den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung wird im erläuternden Bericht ausgeführt, es sei den kantonalen Behörden überlassen, diese festzulegen. Da die kantonalen Migrationsbehörden bereits in quantitativ viel höherer Anzahl asyl- und ausländerrechtliche Wegweisungen vollziehen und sich die Probleme beim Vollzug strafrechtlicher Landesverweisungen gleich oder ähnlich gelagert darstellen werden, erscheint diese vorgeschlagene Vielfalt der Zuständigkeit nicht sachgerecht.
- Da die kantonalen Migrationsbehörden schon heute bei einer grossen Anzahl der Personen, die aus strafrechtlichen Gründen weggewiesen werden, beim Vollzug der Wegweisung die Unterstützung des Bundesamtes für Migration benötigen, beantragt der Regierungsrat die Ergänzung einer Norm, welche die Vollzugsunterstützung des Bundes auch bei Personen zusichert, die ausschliesslich in einem strafrechtlichen Verfahren des Landes verwiesen wurden. Gerade in diesem Zusammenhang dürfte es wiederum im Interesse des Bundes liegen, die Ansprechpartner auf kantonalen Ebene zu limitieren.
- c) Bei Variante 1 fragt sich, ob die vorgesehene Änderung des bisherigen Rechts genügend ist oder ob nicht vorzuziehen wäre, Art. 130 StPO in dem Sinn zu ergänzen, dass auch die drohende Landesverweisung in Anbetracht ihres einschneidenden Charakters einen Fall notwendiger Verteidigung darstellt.
- d) Richtig erschiene, in Art. 66d auch den Aufschubgrund von Art. 83 Abs. 4 AuG (Unzumutbarkeit des Vollzugs wegen Krieg, Bürgerkrieg etc.) zumindest in fakultativer Form aufzunehmen. Der Erläuternde Bericht (S. 50) weist zu Recht darauf hin, dass der Vollzug der Landesverweisung bei Vorliegen eines derartigen Aufschubgrundes eine Verletzung des Verbots unmenschlicher Behandlung darstellen kann.
- e) Bei der Umsetzung der im Verfassungstext ausdrücklich erwähnten Einbruchsdelikte fehlt in beiden Varianten der aus Gründen der Kohärenz erforderliche Hinweis, dass es auf die Stellung eines Strafantrages für Hausfriedensbruch und/oder Sachbeschädigung nicht ankommen kann. andernfalls wäre es einem überführten Täter möglich, eine Ausschaffung zu entgehen, indem er den Antragsrückzug erkauft.

- f) Zweifel bestehen, ob wenige, für die Gerichtspraxis kaum Relevanz aufweisende Fälle tatsächlich rechtfertigen, dass Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, bis zum Tod des Betroffenen im Strafregister eingetragen bleiben. Eine Regelung, wonach Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, frühestens 15 Jahre ab Vollzugsbeginn zu entfernen sind, dürfte den Bedürfnissen der Praxis genügen.
- g) Zuzustimmen ist dem Erläuternden Bericht (S. 27) darin, dass die Existenz von Art. 291 StGB den Erlass einer neuen Strafbestimmung bei Missachtung eines Einreiseverbots überflüssig macht.
- h) Der Erläuternde Bericht bleibt recht unbestimmt in Bezug auf die Folgen, die das neue Recht für die Kantone haben wird. Für die Justiz dürfte jedenfalls insofern ein Mehraufwand resultieren, als eine nicht unbedeutende Anzahl von Verfahren, die bisher im kostengünstigen Strafbefehlsverfahren erledigt werden konnten (primär Einbruchdiebstahl), nun wegen der Möglichkeit einer Landesverweisung im aufwändigeren gerichtlichen Verfahren behandelt werden müssen. Sowohl bei Variante 1 als auch bei Variante 2 wird es generell zu aufwändigeren und damit kostspieligeren Verfahren kommen, weil sich die Strafbehörden mit Sachfragen befassen müssen, die nicht ihre Kernkompetenz beschlagen. Kommt hinzu, dass von einer Landesverweisung bedrohte Beschuldigte nach Massgabe der aktuellen Rechtsprechung so oder so Anspruch auf Verteidigung haben.

Soweit der Bund die kantonalen Behörden beim Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung unterstützt (Abklärung der Identität und Nationalität, Beschaffung von Reisepapieren, usw.), hat er die anfallenden Kosten in demselben Rahmen zu übernehmen, wie er dies bei der Unterstützung beim Vollzug der ausländerrechtlichen Weg- und Ausweisung tut. Eine entsprechende Norm fehlt im Gesetzesentwurf. Geht eine solche Norm vergessen, werden die meisten Kantone dazu übergehen, bei schwierigen Vollzugsfällen parallel zum strafrechtlichen Landesverweisungsverfahren ein ausländerrechtliches Wegweisungsverfahren durchzuführen, um sich die finanzielle Unterstützung durch den Bund bei der Vollzugsunterstützung zusichern zu können. Das käme administrativem Leerlauf gleich.

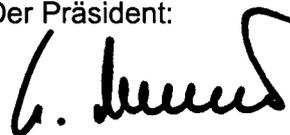
Der Regierungsrat beantragt deshalb die Einführung einer Norm, welche die finanzielle Unterstützung des Bundes beim Vollzug der Landesverweisung in derselben Masse zusichert, wie er dies bereits beim Vollzug der ausländerrechtlichen Weg- und Ausweisungen tut.

Der Regierungsrat ersucht höflich um wohlwollende Berücksichtigung seiner Anliegen und Anträge.

Mit freundlichen Grüßen

Im Namen des Regierungsrates

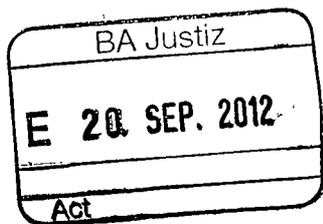
Der Präsident:



Der Staatsschreiber:



Regierungsrat
Rathaus
8750 Glarus



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Glarus, 18. September 2012
Unsere Ref: 2012-100

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

Hochgeachtete Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

Die Variante 1 stellt einen ausgewogenen Kompromiss zwischen dem rechtmässigen Teil der Stossrichtung der seinerzeitigen Ausschaffungsinitiative und dem übergeordneten Recht dar. Die Variante 2 sieht demgegenüber einen undifferenzierten Ausweisungsautomatismus für teils wenig gewichtige Delikte. Bei deren konsequenten Handhabung wäre mit einer Vervielfachung der Vollzugsfälle zu rechnen, was im Vergleich zu heute zu einem massiven Mehraufwand führen würde. Gut integrierten Personen drohte unter Umständen wegen Bagatelldelikten die Ausschaffung. Härtefälle im Sinne des Ausländergesetzes würden so geradezu provoziert. Eine schriftliche fremdenpolizeiliche (nötigenfalls scharfe) Verwarnung gemäss bisheriger Glarnerischer Praxis würde in solchen Fällen besser dem verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen. Namentlich bei betroffenen EG/EFTA-Staatsbürgern wäre mit Variante 2 zudem ein Konflikt mit dem europäischen Personenfreizügigkeitsrecht vorprogrammiert, was das Image der Schweiz beeinträchtigen und unnötig Ressourcen auf allen Stufen binden würde.

Neben der Frage der Schwere des strafrechtlichen Verhaltens spielen praxisgemäss auch weitere Aspekte wie die bisherige Anwesenheitsdauer, bestehende soziale Bindungen oder der Integrationsgrad einer Person eine wichtige Rolle. Variante 2 berücksichtigt solche Aspekte in keiner Weise, während Variante 1 für Delikte mit einer Strafe von unter 6 Monaten Freiheitsentzug eine Verhältnismässigkeitsprüfung zulässt. Ausserdem sieht die Variante 2 im Gegensatz zu Variante 1 keine Landesverweisung bei schweren Vermögensdelikten vor. Im Zentrum stehen vielmehr allein Gewaltdelikte. Danach würde z.B. ein Millionenbetrug nicht zu einer Landesverweisung führen, eine einfache Körperverletzung hingegen schon, obwohl auch bei Vermögensdelikten mit grossem wirtschaftlichem Schaden Existenzen zerstört werden können.

Die Variante 1 erfasst sowohl Gewaltdelikte wie auch gewisse andere schwerer wiegende Delikte (z.B. gegen das Vermögen, die Freiheit etc.). Im Interesse sachlicher und rechts-

staatlicher Entscheide, die alle wichtigen Aspekte von Landesverweisungen umfassend berücksichtigen, ist deshalb zusammenfassend im Ergebnis der Variante 1 der Vorzug zu geben. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass es unabhängig vom Variantenentscheid im Vergleich zu heute zu einer Erhöhung der Fallzahlen im Ausschaffungsvollzug kommen, und damit die Probleme bei den Administrativhaftplätzen zunehmen dürften.

Genehmigen Sie, hochgeachtete Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Für den Regierungsrat


Andrea Betsiga
Landammann


Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

versandt am: 19. Sep. 2012

Anhang

zur Vernehmlassung der Regierung des Kantons St.Gallen zu Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)

Für den Fall einer Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) im Schweizerischen Strafgesetzbuch (SR 311.0; abgekürzt StGB) und im Militärstrafgesetz (SR 321.0; abgekürzt MStG) wird um Berücksichtigung der folgenden, ohne weitere Anmerkung auf Variante 1 bezogenen, Bemerkungen ersucht.

Allgemeine Bemerkung

Die unterbreiteten Änderungen dürften zu einer Zunahme von Ausschaffungen führen. Ein erfolgreicher Vollzug setzt in vielen Fällen die Anordnung von Zwangsmassnahmen voraus. Bereits heute sind jedoch die Ausschaffungsgefängnisse (20 Plätze) praktisch voll ausgelastet und bei einem erhöhten Platzbedürfnis muss mit erheblichen Kosten für den Kanton gerechnet werden, was umso mehr bei Variante 2 gelten würde.

Bei der Anordnung der Landesverweisung haben die Gerichte allfällige entgegenstehende völkerrechtliche Verpflichtungen zu beachten. Aufgabe der Vollzugsbehörde kann es nur sein, im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung Vollzugshindernisse (Non-Refoulement-Gebot, technische Hindernisse) zu beurteilen. Bisher waren für die Prüfung des Non-Refoulement-Prinzips Bundesbehörden zuständig. Die Kantone verfügen nicht über die erforderlichen Kenntnisse und Kapazitäten, um die Verhältnisse in den jeweiligen Ländern zuverlässig zu klären. Die kantonalen Vollzugsbehörden werden deshalb auf die Unterstützung des Bundesamtes für Migration angewiesen sein.

Mit Botschaft vom 4. April 2012 beantragte der Bundesrat den eidgenössischen Räten verschiedene Änderungen des Sanktionenrechts. U.a. sieht die Revision die Wiedereinführung der strafrechtlichen Landesverweisung vor, sodass über das aufenthaltsrechtliche Schicksal verurteilter Personen bereits im Zeitpunkt ihrer (bedingten) Entlassung definitiv entschieden ist. Es ist wichtig, dass die beiden Revisionen aufeinander abgestimmt werden. Jedenfalls muss vermieden werden, dass mit der einen Revision neue Bestimmungen eingeführt werden, die innert kurzer Zeit durch eine andere Revision wieder abgeändert werden.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 66a VE-StGB/Art. 352 Abs. 2 StPO

In Ziff. 2.1.3.2. des Erläuternden Berichts (S. 49) weist der Bundesrat darauf hin, dass gemeinnützige Arbeit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur angeordnet werden darf, solange Aussicht besteht, dass die verurteilte Person nach dem Strafvollzug in der Schweiz bleiben darf. Eine gemeinnützige Arbeit als Hauptstrafe neben einer Landesverweisung wird deshalb zu Recht als unzweckmässig beurteilt. Konsequenterweise sollte daher auf die Erwähnung der gemeinnützigen Arbeit in Art. 66a Abs. 2 VE-StGB verzichtet bzw. im Gesetz festgehalten werden, dass mit dieser Strafe eine Landesverweisung unvereinbar ist. Mit der Anordnung von gemeinnütziger Arbeit bringt der Strafrichter bereits zum Ausdruck, dass die privaten Interessen der verurteilten Person gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Landesverweisung überwiegen.



Nach dem Entwurf soll in Fällen, in denen eine Landesverweisung *in Betracht* kommt, der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafbefehlsverfahren ist in diesen Fällen ausgeschlossen (Erläuternder Bericht, S. 25). In Betracht kommt die Landesverweisung gemäss Art. 66a VE-StGB unter zwei Voraussetzungen: der Täter ist Ausländer und er wird wegen einer Katalogtat zu einer Strafe verurteilt. Die Prüfung der Landesverweisung ist auch bei einer Strafe bis zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten (bzw. dem entsprechenden Äquivalent) dem Gericht vorbehalten. Diese enge Auslegung, die sich auf die Ausführungen im Erläuternden Bericht stützt, würde zu einer erheblichen Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens, zu längeren Verfahren und zu einer zusätzlichen Belastung der Staatsanwaltschaften und der Gerichte führen.

Sodann würde die Bestimmung von Art. 66a Abs. 2 VE-StGB gerade in den Fällen, für die sie eigentlich besonders geeignet wäre, nämlich für Kriminaltouristen im unteren Bereich der Deliktsschwere, kaum je zur Anwendung gelangen. Solche Delinquenz wird heute mit Strafbefehlen geahndet. Dies führt zu einer raschen, spürbaren Sanktionierung. Erachtet die Staatsanwaltschaft eine fakultative Landesverweisung im konkreten Fall als angezeigt, so wird sie Anklage bei Gericht erheben müssen. In den übrigen Fällen könnte sie weiterhin einen Strafbefehl erlassen, allerdings ohne Landesverweisung. Kommt es zur Anklage, so ist damit zu rechnen, dass Haft bis zur Hauptverhandlung bei nicht vorbestraften Delinquenten schon aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen kaum angeordnet wird. Das Gerichtsverfahren wird in diesen Fällen oft ohne den Beschuldigten durchzuführen sein.

Die Zuleitung aller Fälle, in denen eine Landesverweisung in Betracht kommt, an den Strafrichter und die damit ausgeschlossene Erledigung mit Strafbefehl geht zu weit. Es gibt durchaus Fälle, bei denen die Sachlage z.B. mangels schützenswerter Beziehungen der beschuldigten Person zur Schweiz (Kriminaltouristen) auch bezüglich Landesverweisung klar ist und sich die betroffene Person auch nicht gegen eine Landesverweisung wehrt. Der generelle Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens würde die wirksamen Schnellverfahren der Staatsanwaltschaft verhindern oder es bestünde die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft im Interesse einer raschen Erledigung des Strafverfahrens einen Strafbefehl ohne Landesverweisung ausfällt. Sinnvoller wäre es, den rechtsstaatlichen Bedenken gegenüber Landesverweisungen im Strafbefehlsverfahren mit entsprechenden verfahrensrechtlichen Anpassungen zu begegnen. Im Übrigen sollte die Staatsanwaltschaft in der Lage sein, die geforderte Interessenabwägung nach Art. 66a Abs. 2 VE-StGB vorzunehmen.

Durchaus nicht unrealistisch ist die Annahme, dass Richter bei aus ihrer Sicht nicht landesverweiswürdigen Taten auf eine Strafe erkennen würden, die nach diesem Absatz nur ausnahmsweise eine Landesverweisung rechtfertigt. Es kann an dieser Stelle auf die Praxis des Bundesgerichtes zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei Freiheitsstrafen von "nicht erheblich mehr als 18 Monaten" gemäss BGE 118 IV 337 zu Art. 41 aStGB verwiesen werden. Eine solche Praxis wäre nicht zu vertreten.

Art. 66c Abs. 1 VE-StGB

Unklar ist, was mit "... die stationäre Massnahme *ersatzlos* aufgehoben wird." gemeint ist. In der Botschaft findet sich keine Erklärung. Die Aufhebung einer stationären Massnahme richtet sich nach Art. 62c StGB. Gemeint ist offenbar, dass die Landesverweisung erst vollzogen werden darf, wenn keine freiheitsentziehende Sanktion mehr zu vollziehen ist. Der Strafrichter hat aber nach Art. 62c Abs. 2 StGB die Möglichkeit, den Vollzug einer nach Aufhebung einer Massnahme verbleibenden Reststrafe bedingt aufzuschieben. Die verur-



teilte Person ist dann in Freiheit zu entlassen und die Landesverweisung muss vollzogen werden können, auch wenn die Massnahme eben nicht ersatzlos aufgehoben wurde. Das Wort ersatzlos ist deshalb zu streichen.

Art. 66d VE-StGB

Es muss geregelt werden, in welchem Status und unter welcher Verantwortung sich verurteilte Personen, bei denen eine rechtskräftige Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, in der Schweiz aufhalten können. Nachdem diese Personen – richtigerweise – nicht vorläufig aufgenommen werden sollen, muss für sie ein besonderer Status geschaffen werden, mit dem die Pflichten und Rechte sowie die Zuständigkeiten (namentlich auch mit Blick auf die finanziellen Folgen: Wer kommt z.B. für den Lebensunterhalt und die medizinische Versorgung auf) geklärt werden. Ebenso sollte der Status von Personen mit rechtskräftiger Landesverweisung, die nicht freiwillig ausreisen, für die Dauer des - unter Umständen (z.B. bei technischen Schwierigkeiten) länger dauernden - Vollzugsverfahrens ausdrücklich geregelt werden.

Art. 148a VE-StGB

Angesichts des aufgeführten Beispiels im Erläuternden Bericht (S. 54) und der Konsequenzen einer Subsumtion unter Abs. 2 der genannten Bestimmung (Tat wird zur Übertretung und Landesverweisung generell ausgeschlossen) fragt es sich, ob nicht für die Privilegierung das Vorliegen eines *besonders* leichten Falls zu verlangen ist. Erforderlich wäre dann, dass das inkriminierte Verhalten in objektiver und subjektiver Hinsicht Bagatelldarstellung aufweise.

Art. 369 Abs. 5^{bis} VE-StGB

Es leuchtet ein, dass Urteile mit Landesverweisung bis zum Tod der betroffenen Person eingetragen bleiben müssen. Allerdings wird sich der Tod von Personen, die aus der Schweiz ausgewiesen wurden, kaum feststellen lassen. Deshalb sollte die Bestimmung aus Praktikabilitätsgründen mit einer Altersgrenze ergänzt werden (z.B. "... bis zum Tod des Betroffenen, längstens bis zum Erreichen des 80. Altersjahres ...").

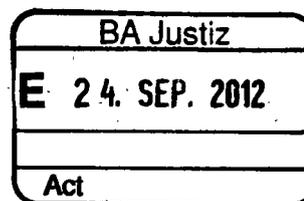
Art. 62 Bst. b AuG (nicht im Entwurf)

Diese Bestimmung des geltenden Rechts enthält einen offensichtlichen Fehler. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung bei einer Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB möglich sein soll, nicht aber bei einer Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB) oder bei einer Suchtbehandlung (Art. 60 StGB). Erklärbar ist diese Regelung nur damit, dass sie aus der früheren monistischen Ausgestaltung der Arbeitserziehung entstanden ist, die heute aber nicht mehr gilt. Dieser Fehler ist zu korrigieren, wozu sich hier die Gelegenheit böte.



Art. 37 Abs. 4 und Art. 109 Abs. 5 VE-AsylG

Im Zeitpunkt des Abschlusses des Strafverfahrens sollte über ein Asylgesuch entschieden sein. Andernfalls müsste vor dem Vollzug einer Landesverweisung noch das Asylverfahren abgeschlossen werden. Es ist deshalb in Art. 37 Abs. 4 und Art. 109 Abs. 5 VE-AsylG ergänzend festzulegen, dass das Bundesamt das Asylgesuch bereits dann besonders beförderlich behandeln muss, wenn die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift ein Delikt aus dem Katalog von Art. 66a VE-StGB mit einem Strafmass von mehr als sechs Monaten beantragt hat.



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 32 60
F +41 58 229 38 96

St.Gallen, 21. 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

Mit Rundschreiben vom 25. Mai 2012 haben Sie uns zwei Vorentwürfe für die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) zur Stellungnahme unterbreitet.

Unsere Prüfung der unterbreiteten Varianten hat ergeben, dass die Variante 2 abzulehnen ist. Bei einer Umsetzung dieser Variante wäre in Kauf zu nehmen, dass es in vielen Fällen zu Ausschaffungen käme, die gegen das Freizügigkeitsabkommen (SR 0.142.112.681; abgekürzt FZA) sowie gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 13 BV und Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) verstiesse. Auch verschaffe sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) keine genügende Nachachtung. Die Umsetzung der Variante 2, mit dem weiten Deliktskatalog, der - über die angenommene Verfassungsbestimmung hinaus - auch leichte Vergehen umfasst, und dem Fehlen einer Mindeststrafe könnte sodann zu Ausschaffungen nach Bagatelldelikten führen. Aufgrund der Berücksichtigung der Schwere der Tat und des damit verbundenen Bekenntnisses zum Schuldstrafrecht sowie der Möglichkeit einer Einzelfallabwägung befürworten wir die Variante 1.

Beide Varianten verankern die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 BV im Schweizerischen Strafgesetzbuch (SR 311.0; abgekürzt StGB) und im Militärstrafgesetz (SR 321.0; abgekürzt MStG). Aufgrund der Erfahrungen mit der altrechtlichen Landesverweisung in Art. 55 aStGB lehnen wir dies ab und befürworten eine Umsetzung im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20; abgekürzt AuG). Art. 55 aStGB beinhaltet einen unzweckmässigen Dualismus zwischen strafrechtlicher Landesverweisung und verwaltungsrechtlicher Ausweisung aufgrund der Anknüpfung an die gleichen Voraussetzungen (Straftat) mit den gleichen Rechtsfolgen (Landesverweisung resp. Ausweisung), weswegen die Landesverweisung im StGB letztlich abgeschafft wurde. Diese klare Kompetenzaufteilung hat sich in der Praxis bewährt und sollte nicht wieder rückgängig ge-



macht werden. Die Landesverweisung sollte somit nicht wieder als strafrechtliche Sanktion konzipiert werden, sondern weiterhin als rein administrative Massnahme im Ausländerrecht. Aufgrund des fachlichen Knowhows der ausländerrechtlichen Behörden und der Verwaltungsgerichte ist die gesetzliche Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im AuG zu bevorzugen. Dies würde unterschiedliche Rechtspraxen zwischen Strafgerichten und ausländerrechtlichen Behörden sowie Verwaltungsgerichten verhindern. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass sich bezüglich des Vollzugs der Landesverweisung der Rechtsweg wieder zerteilen würde. Während die Beschwerden gegen die Strafe der Landesverweisung dem strafprozessualen Weg folgen, entscheiden über den Aufschub der Landesverweisung und die periodische Prüfung des Beibehalts eines solchen die vom Kanton mit dem Vollzug betrauten Behörden resp. im Fall eines Weiterzugs die entsprechenden Rechtsmittelinstanzen (Art. 66d Vorentwurf Variante 1). Hinzu kommt, dass die Notwendigkeit entstehen kann, dass der Strafrichter zwecks Abklärung der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität einer Landesverweisung auf eine Stellungnahme der ausländerrechtlichen Behörden angewiesen ist (Erläuternder Bericht, S. 19). Das prozessökonomische Argument, dass bei einer Verankerung der Ausschaffungsinitiative im StGB und MStG nur eine Behörde über Strafe und Landesverweisung entscheidet, greift daher nicht (vgl. Erläuternder Bericht, S. 19). Eine Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 BV im AuG wäre sodann verfassungskonform, da die Verfassung keine klaren Vorgaben in Bezug auf den Regelungsstandort macht (Erläuternder Bericht, S. 18), zumal die neuen Abs. 3 – 6 des Art. 121 BV systematisch im 9. Abschnitt mit der Überschrift "Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern" eingefügt wurden. Schliesslich nennt der Erläuternde Bericht (S. 18) auch selbst stichhaltige Gründe, die für eine Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im AuG sprechen, wie das gut ausgebaute und funktionierende System der Zwangsmassnahmen im AuG, das auf (verwaltungsrechtliche) Wegweisungstatbestände zugeschnitten ist. Weiter enthält das AuG andere Wegweisungstatbestände, die weiterhin durch die Migrationsbehörden umzusetzen sein werden. Insgesamt vermögen die genannten Vorteile der gesetzlichen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 im AuG die möglicherweise stärker wirkende General- und Spezialprävention bei einer Verankerung der Ausschaffungsinitiative im StGB sowie im MStG mehr als aufzuwiegen.

Zusammenfassend beantragen wir eine Regelung im Sinn der Variante 1 im Ausländergesetz.

Weitere Bemerkungen, insbesondere für den Fall, dass entgegen unserem Antrag am Regelungsstandort StGB und MStG festgehalten würde, wollen Sie dem Anhang entnehmen.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Im Namen der Regierung


Martin Gerber
Präsident


Canisius Braun
Staatssekretär





ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

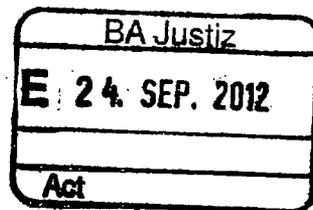
Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

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



Fribourg, le 10 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 du DFJP. Réponse au courrier du DFJP du 25 mai 2012

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à votre lettre du 25 mai 2012 relative à la consultation notée en titre. Nous vous remercions de nous avoir consultés. Dans le délai imparti, nous vous faisons part, ci-après, de nos observations.

1. Choix des variantes

Nous nous prononçons en faveur de la variante 1 telle qu'aménagée par le Conseil fédéral. La variante 1 s'efforce de concilier autant que possible l'exigence du caractère automatique de l'expulsion, telle qu'elle ressort des nouvelles dispositions constitutionnelles votées par le peuple et les cantons, avec le respect des principes qui fondent notre constitution (notamment le principe de proportionnalité) et des droits de l'Homme garantis par le droit international.

Connaissant la maturité politique du peuple suisse, il est légitime de penser que la majorité des votants tenait à ce que les auteurs d'infractions d'une certaine gravité soient expulsés, et qu'elle n'entendait pas remettre en cause les principes fondamentaux de notre Etat de droit. Il se justifie par conséquent de tenir compte, comme le fait la variante 1, de la gravité de l'infraction, qui, comme le souligne le Conseil fédéral, découle d'une part de la peine dont elle est (objectivement) passible et, d'autre part, de la peine infligée en l'espèce compte tenu de la culpabilité de l'auteur. Nous saluons à cet égard le fait que les alinéas 2 et 3 de l'article 66a CP, tels que proposés, utilise le critère (bien établi en droit pénal) « des six mois », limite entre la criminalité « légère » et la criminalité « grave ».

2. Remarques d'ordre général

1. Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg *salue en particulier le fait que la variante 1 renonce à l'introduction du renvoi dans le droit pénal des mineurs*, compte tenu des lourdes conséquences que peut entraîner une expulsion pour une personne mineure. Toute décision d'interdiction d'entrée ou de renvoi à l'encontre d'un mineur doit rester de la compétence exclusive des autorités chargées de l'application de la législation sur les étrangers.

2. Pour garantir la sécurité du droit, l'inscription dans le code pénal de la répartition des compétences et des grands principes est une solution qui nous paraît opportune. Ainsi, le tribunal devra examiner les motifs susceptibles de s'opposer à ce qu'une expulsion soit ordonnée (CEDH, Pacte II de l'ONU, Convention sur les droits de l'enfant), ce qui pourra lui occasionner une certaine surcharge de travail, alors que l'autorité d'exécution ne devra tenir compte, d'office ou sur demande, que du principe de non-refoulement, voire d'obstacles techniques.
3. L'exécution des expulsions incombera aux cantons. Ces derniers peuvent confier cette tâche aux autorités d'exécution des peines et mesures, aux autorités compétentes en matière d'étrangers ou aux deux. Indépendamment de la solution qui sera choisie – laquelle nécessitera une adaptation de la législation cantonale en la matière –, *l'autorité amenée à exécuter les expulsions devra rendre un nombre croissant de décisions de mise en œuvre et décider des reports d'exécution, ce qui se traduira inévitablement par une augmentation de la charge de travail.*
4. Dans la pratique, *des conflits d'application avec l'accord sur la libre-circulation des personnes (ALCP) ne manqueront pas de se produire.* L'ALCP stipule que la personne étrangère concernée doit constituer, tant au moment de la condamnation pénale qu'au moment de l'expulsion, une menace actuelle et suffisamment grave pour l'ordre, la sécurité ou la santé publiques.
5. Le durcissement de la pratique entraînera une *augmentation notable du nombre des personnes à expulser, respectivement à placer en détention administrative* lorsque l'exécution du renvoi s'avère problématique. Il n'est pas exclu que, combiné aux besoins accrus découlant des domaines de l'asile et de Dublin, cette évolution entraîne à terme une *extension des structures carcérales spécifiques* dans les cantons, avec à la clé des coûts très importants. La question d'un financement fédéral se poserait alors avec acuité. Un tel financement devrait aussi être envisagé pour des structures de moins de 50 places.
6. La solution proposée ne prévoit *pas d'admission provisoire*, même quand l'expulsion est impossible pour des raisons techniques ou en vertu du principe de non-refoulement. Par conséquent, un certain nombre de personnes resteraient en Suisse sans aucun statut légal, ce qui risque de provoquer une hausse des coûts de l'aide d'urgence et de l'aide sociale. Ici aussi se posera la question d'une contribution de la Confédération à l'augmentation des charges des cantons. Dans l'idéal, une base légale devrait être créée pour assurer la prise en charge finale des coûts d'aide sociale d'urgence par la Confédération

3. Remarques de détail concernant la variante 1

I. Ad art. 66a al. 1 (nouveau) CP

La *lettre b* de l'article 66a al. 1 CP va trop loin, en ce sens que n'importe quel vol pourrait conduire à une expulsion. Lier le vol à la violation de domicile indique qu'il doit s'agir d'un vol par effraction. Or, la violation de domicile ne se poursuit que sur plainte. Ainsi, le sort d'une personne à expulser reposerait-il sur les épaules du plaignant. Soit celui-ci maintient sa plainte pour violation de domicile et l'étranger est expulsé, soit il la retire et l'article 186 CP tombe, de même que l'expulsion. Afin de mieux cibler le genre de criminels qu'il y a lieu d'expulser, *il conviendrait de retenir, sous la lettre b, uniquement le vol qualifié, soit le vol par métier ou le vol en bande (art. 139 ch. 2 et c CP).* En marge de cette réflexion, nous nous permettons de relever que les conditions dans lesquelles les requérants d'asile sont logés peuvent les inciter à commettre des vols ou à trafiquer des stupéfiants. En effet, l'aide qui leur est octroyée est faible et ils ont une interdiction de

travailler. Lever cette interdiction de travailler pourrait permettre d'améliorer leur situation et ne pas les inciter à commettre des larcins.

La *lettre c* de l'article 66a al. 1 CP correspond à la volonté populaire de mieux combattre les abus de l'aide sociale. Il faut remarquer à ce sujet qu'une escroquerie à l'aide sociale est vite réalisée, puisque l'étranger a l'obligation d'annoncer tout changement dans sa situation personnelle sans délai. Une omission de sa part peut amener l'application de l'article 148a nouveau CP du projet. Or, vu les enjeux liés à cette infraction, il appartiendra à l'organe de versement des aides de prouver qu'il a communiqué, dans une langue que comprend la personne, l'obligation d'annonce immédiate de tout changement, ainsi que les conséquences pénales, y compris l'expulsion, en cas d'omission. Ainsi, *l'instruction pénale sera plus compliquée et le bénéfice du doute (incompréhension de la part du prévenu notamment) plus large encore.*

A ce propos, nous prenons position comme suite sur l'art. 148a (nouveau) CP :

II. Ad art. 148a (nouveau) CP

L'introduction d'un nouvel article 148a relatif à l'obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale n'apparaît pas opportune. Actuellement, des omissions volontaires d'annoncer une situation personnelle complète et exacte peuvent tomber sous le coup de l'art. 146 CP (ATF 6B_409/2007). Si l'escroquerie n'est pas réalisée, il peut y avoir contravention à la loi sur l'aide sociale (ce que prévoit l'art. 148a al. 2 du projet).

L'art. 148a CP concerne aussi l'aide sociale cantonale prodiguée en application de l'article 115 Cst. Tel qu'il est formulé, l'art. 148a CP ne vise cependant pas seulement les personnes concernées par l'article 121 al. 3 à 6 Cst., mais l'ensemble des bénéficiaires des assurances sociales ou d'aide sociale. Une telle extension va au-delà de la volonté populaire exprimée le 28 novembre 2010 et constitue une mesure disproportionnée par rapport au cercle de destinataires initialement visé. Pour cette raison également, l'art. 148a CP ne saurait être maintenu en sa teneur actuelle.

Cet article est contraire à la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale et viole de ce fait les souverainetés cantonales et les règles fondamentales du fédéralisme. Selon l'article 115 Cst., les personnes dans le besoin sont assistées par leur canton de domicile. La Confédération règle les exceptions et les compétences. En vertu de cette répartition des compétences claire, les cantons ont codifié le domaine de l'aide sociale, instaurant notamment des sanctions en cas de perception illégale de prestations. Ainsi, il conviendrait plutôt de remplacer l'article 148a CP dans sa formulation mise en consultation par un renvoi au droit cantonal applicable ou d'y renoncer tout simplement.

La *lettre d* de l'article 66a al. 1 CP appelle un commentaire : il peut arriver que, grâce à la collaboration exceptionnelle d'un prévenu de trafic de stupéfiants, un réseau puisse être démantelé. Cela est en faveur de la justice, mais elle doit disposer d'une marge de manœuvre pour obtenir les informations (en l'état l'application de l'article 48 let. d CP permet de faire miroiter une diminution de la peine). Mais si l'expulsion est automatique, l'étranger n'a pratiquement plus aucun intérêt à collaborer. Plus sa peine est courte et plus tôt il sera expulsé, risquant éventuellement la vengeance des personnes qu'il a impliquées dans la procédure. Cela dit, il est judicieux de ne prévoir l'expulsion qu'en cas de crime contre la LStup, et non pour un simple délit.

Une nouvelle lettre devrait être introduite, mentionnant l'infraction prévue à l'article 291 CP (rupture de ban). Il paraît évident que celui qui viole une décision d'expulsion et qui est condamné

pénalement de ce fait doit être soumis au système d'expulsion prévu à l'article 66a (nouveau) CP. Dans ce cas, la durée de la nouvelle expulsion sera de vingt ans (cf. art. 66b (nouveau) CP).

III. Ad art. 66a al. 2 et 3 (nouveau) CP

La condition prévue à l'article 66a al. 3 CP pour renoncer à l'expulsion (atteinte grave aux droits personnels garantis par le droit international en matière de droits de l'homme) n'est pas prévue expressément pour les cas (mineurs) visés par l'article 66a al. 2 (nouveau) CP. Ne devrait-on pas étendre cette exigence aussi aux cas visés par l'alinéa 2 ?

IV. Ad art. 66a al. 4 (nouveau) CP

La logique à la base de la disposition de l'article 66a al. 4 CP est claire, mais son application sera délicate. Actuellement, le juge n'est pas obligé de justifier, lorsqu'il prononce une peine pour plusieurs infractions, la part de la peine qu'il attribue à chaque infraction. Il devra le faire avec ce nouveau système, ce qui offrira plus de prise à un recours. L'on n'oubliera pas non plus que le Ministère public, lorsqu'il prononce une peine par ordonnance pénale, ne la motive pratiquement pas. Il ne motive pratiquement pas non plus les faits retenus (art. 353 CPP, en lien avec 325 CPP). De leur côté, les tribunaux n'ont pas à motiver les peines inférieures à 2 ans (art. 82 CPP). *L'on imagine mal comment concilier cette obligation de justifier la peine avec les dispositions du CPP précitées.* Cela signifie que, ne serait-ce que pour avoir une motivation des décisions, les prévenus feront recours ou opposition, ce qui entraînera un surcroît de travail pour les magistrats, sans augmentation d'effectifs.

V. Ad art. 66c (nouveau) CP

Le texte de l'article 66c al. 1 in initio ne mentionne que la peine et la mesure institutionnelle. Cette mesure ne vise que les cas prévus aux articles 59 à 61 CP. Or, *l'article 66c al. 1 in initio devrait aussi mentionner l'internement (cf. art. 64 CP) et la mesure ambulatoire (cf. art. 63 CP).*

D'après le rapport explicatif, pour une peine prononcée avec sursis, l'expulsion sera prononcée dès le constat d'entrée en force du jugement. Ce point doit être mentionné dans l'article 66c al. 1 (nouveau) CP ; l'on y mentionne en effet que les peines « fermes ».

Fondamentalement, nous considérons que *la mise en œuvre de l'expulsion devrait primer l'exécution préalable d'une éventuelle mesure institutionnelle, surtout lorsqu'un internement (art. 64 CP) a été ordonné.* En effet, nous constatons déjà actuellement que l'exécution préalable de l'internement d'une personne étrangère faisant l'objet d'une mesure de renvoi exécutoire est finalement contre-productive puisque la personne concernée ne peut de toute façon plus envisager de rester en Suisse à l'issue de cette mesure, laquelle induit par ailleurs des coûts extrêmement importants pour la collectivité. Finalement, dans certains cas de figure, l'exécution préalable d'une mesure d'internement – dont la durée est difficilement déterminable par définition – est de nature à préteriter la mise en œuvre a posteriori du renvoi (document de voyage plus valable ou difficilement renouvelable en fonction d'un pays de destination considéré, notamment pour certains pays africains sujets régulièrement à une grande instabilité politique).

La même question se pose pour les *autres mesures, à savoir les mesures thérapeutiques institutionnelles et les traitements ambulatoires.* Dans la pratique, nous nous trouvons confrontés à des personnes condamnées à des mesures institutionnelles et privées de liberté en milieu pénitentiaire. Pour un certain nombre d'entre elles, force est de constater, au fil des années, que bien souvent les suivis thérapeutiques et autres traitements institutionnels ordonnés restent en effet et que

le degré de dangerosité de ces personnes n'est en rien atténué. Dans ces conditions, il serait alors intéressant de se demander, pour des raisons d'égalité de traitement, s'il ne conviendrait pas d'apprécier la situation de ces personnes à l'aune de celles condamnées à une peine ferme et susceptibles d'être expulsées. Le moment de l'expulsion pourrait ainsi intervenir au terme de la quotité de la peine prononcée par le juge, peine suspendue au profit d'une mesure. Il conviendrait cependant de procéder à une appréciation individuelle des situations. Cette solution permettrait de donner un peu d'espoir à certaines personnes dont l'horizon semble « bouché », rien ne permettant, à priori, de penser que leur comportement délictuel se poursuivrait dans le milieu et la culture d'origine de ces personnes.

VI. Ad art. 66d al. 1 (nouveau) CP

L'introduction du système prévu par la variante 1 n'est admissible que par la création formelle de l'institution du « report de l'expulsion » pour les bénéficiaires de l'interdiction de refoulement. Ainsi, lorsque l'expulsion concerne un réfugié, l'autorité d'exécution doit toujours procéder à une pesée d'intérêts pour déterminer si le délit ou le crime à l'origine de l'expulsion est suffisamment grave pour justifier son exécution (application relative du principe de non-refoulement prévu à la lettre a de l'article 66d al. 1. La lettre b de cet article prévoit quant à elle une interdiction absolue du refoulement (art. 3 CEDH).

Cependant, cette nouvelle institution du « report de l'expulsion » engendrera des coûts nouveaux à charge des cantons. Les ressortissants étrangers dont l'exécution du renvoi sera reportée aussi longtemps que les obstacles juridiques ou techniques ne seront pas surmontés seront déchus de tous leurs droits liés au séjour. En conséquence, interdites d'accès au marché du travail, les personnes concernées pourront prétendre à l'obtention d'une aide sociale minimale. L'on pourrait à cet égard se demander si les conséquences d'un tel système ne pourraient pas inciter les autorités cantonales à la retenue dans le prononcé de certaines expulsions lorsqu'il serait notoire que celles-ci ne pourraient jamais être exécutées. Idéalement, pour éviter cet inconvénient, une base légale devrait être créée assurant la prise en charge finale de ces coûts d'aide sociale d'urgence par la Confédération.

VII. Ad art. 37 al. 4 LAsi (nouveau)

L'autorité d'exécution est tenue d'attendre la décision de l'ODM ou du TAF pour savoir si une personne ayant déposé une demande d'asile se voit effectivement accorder le statut de réfugié. *Il est dès lors indispensable que l'ODM et « surtout » le TAF respectent leur engagement à traiter prioritairement les dossiers des candidats qui sont sous le coup d'une expulsion entrée en force.*

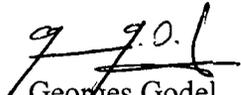
VIII. Ad art. 75 al. 1, art. 76 et art. 78 al. 1 LEtr (nouveau)

La mise en œuvre concrète de l'initiative sur le renvoi entraînera de manière certaine une augmentation du nombre de personnes à éloigner de Suisse, respectivement à placer en détention administrative du droit des étrangers lorsque l'exécution du renvoi se révèle problématique. Il n'est pas exclu que des besoins accrus en places de détention nécessitent à terme une extension des structures carcérales spécifiques dans les cantons, avec à la clé des coûts très importants. Cette perspective doit être mise en rapport avec les besoins accrus en place de détention administrative du droit des étrangers dans les domaines de l'asile et de l'application de l'Accord de Dublin. Une politique de financement de la part de la Confédération pour des projets cantonaux de création de nouvelles places de détention *administrative* soutiendrait de manière dynamique et opportune la mise à niveau des moyens carcéraux dans le domaine du droit des étrangers. Ce financement devrait

alors également concerner des projets cantonaux de moindre envergure et pas seulement des établissements concordataires de plus de 50 places.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat:

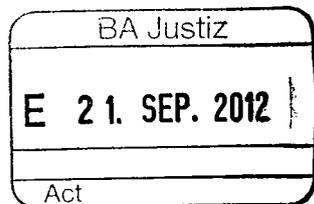

Georges Godel
Président




Danielle Gagnaux
Chancelière d'Etat

Postadresse:
Regierungsrat des Kantons Aargau
Regierungsgebäude
5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40
Fax 062 835 12 50
E-Mail regierungsrat@ag.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Aarau, 19. September 2012

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 wurden die Kantonsregierungen zur Stellungnahme zu den beiden Vorentwürfen zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 Bundesverfassung [BV] über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) eingeladen. Wir danken dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

1. Allgemeines

Vorliegend geht es um die Umsetzung einer verfassungs- und völkerrechtlich sehr problematischen neuen Verfassungsbestimmung. Die konsequente Umsetzung der durch den Bundesrat vorgelegten Varianten zur Umsetzung der sogenannten Ausschaffungsinitiative bergen die Gefahr in sich, sowohl zu einer Verletzung des Freizügigkeitsabkommens als auch zu einer Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu führen. Der erläuternde Bericht geht auf die entsprechende Problematik in umfassender Weise ein – die entsprechenden Darlegungen verdienen uneingeschränkt Zustimmung.

Variante 2 steht unbestritten im Einklang mit der von Volk und Stände angenommenen Ausschaffungsinitiative. Bei Variante 1 ist dies fraglich. Sie entspricht eher dem verworfenen Gegenvorschlag. Unter dem Aspekt, dass der Volkswille in jedem Fall und vollumfänglich zu respektieren ist, wäre der Variante 2 der Vorzug zu geben.

Gleichzeitig erkennt der Regierungsrat die damit verbundenen erheblichen rechtlichen Probleme; Einzelheiten werden nachfolgend ausgeführt. Er bevorzugt daher aus sachpolitischen Gründen die Variante 1, welche eine vermittelnde Lösung zwischen Ausweisautomatismus einerseits und den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien andererseits darstellen will.

2. Kompetenz- und Aufgabenteilung

Die vorliegenden Gesetzesentwürfe lassen eine klare und eindeutige Kompetenz- und Aufgabenteilung zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden auf Bundes- und Kantonsebene vermissen. Auch im erläuternden Bericht ist oft die Rede von der "zuständigen Behörde", ohne dass diese klar benannt wird. Um Probleme und Zweispurigkeiten bei der Umsetzung zu vermeiden, ist es unseres Erachtens unumgänglich, die Kompetenzaufteilung im Gesetz eindeutig zu verankern.

3. Finanzielle Auswirkungen

Anhand der im erläuternden Bericht vorgelegten Zahlen ist bei beiden Gesetzesentwurfsvarianten mit einer markanten Steigerung der Anzahl Ausweisungen respektive Landesverweisungen zu rechnen. Da der Regelungsstandort im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) und nicht im Ausländergesetz, wie zum Teil gefordert wurde, gewählt wird, also hauptsächlich die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte zuständig sind, ist von einer massiven Erhöhung der Belastung sowohl für die Staatsanwaltschaften als auch für die Gerichte auszugehen. Gleichzeitig würden auch mehr Arbeitsstunden für die Ausländerbehörden anfallen, da die Revisionsvorlage den Kantonen zahlreiche Prüfungen im Bereich des Non-Refoulements zuweist. Weitere Kosten würden entstehen, da die von der Landesverweisung betroffenen Personen ohne Aufenthaltsbewilligung kein Anrecht auf eine Arbeitsbewilligung haben und somit in der Regel nicht für ihren Lebensunterhalt aufkommen können, bis die Landesverweisung vollzogen werden kann. Im Fall von Vollzugsverzögerungen (zum Beispiel wegen Rechtsmittelverfahren, Non-Refoulement-Gebot, etc.) können somit weitere Mehrkosten entstehen, zumindest im Rahmen des Rechts auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV.

4. Rechtssicherheit

Werden die Gesetzesvorschläge umgesetzt, würde jährlich eine vierstellige Anzahl von Personen unter Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen ihren gefestigten Aufenthalt in der Schweiz verlieren. Es muss davon ausgegangen werden, dass der europäische Gerichtshof für Menschenrechte ein paar Jahre nach in Kraft treten der Regelungen erste Rechtsverletzungen feststellen und damit Revisionsgründe gemäss Art. 410 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) schaffen würde und deshalb Verfahren in sehr grosser Zahl wieder aufgenommen werden müssten.

5. Zu Variante 1

a) Art. 66a VE-StGB

Die erforderliche umfassende Interessenabwägung bei der Anordnung einer Ausschaffung, sofern keine 180 Tagessätze Geldstrafe oder sechs Monate Freiheitsstrafe übersteigende Strafe ausgefällt wird, wurde in Ziffer 1.4.4.6 des erläuternden Berichts zu Recht als nicht strafbefehlstauglich erachtet und soll mit der vorgeschlagenen Neufassung von Art. 352 Abs. 2 StPO umgesetzt werden.

Andererseits bedeutet das, dass auch für eigentliche Bagatelldelikte gemäss Deliktskatalog bei Beschuldigten ohne schweizerische Staatsangehörigkeit statt des Strafbefehlsverfahrens stets das wesentlich aufwendigere ordentliche Strafverfahren mit Anklage beim Gericht durchzuführen ist, was im Vorverfahren insbesondere ein umfassendes abgeschlossenes Beweisverfahren, eine Akteneröffnung mit der Möglichkeit zur Stellung von Beweisergänzungsanträgen sowie die umfassende Gewährung von Parteirechten an die Privatklägerschaft und für die Gerichte den Entscheid über Zivilforderungen bedingt und so zu einer massiven Mehrbelastung der Staatsanwaltschaften und Strafgerichte führt.

Diese Problematik könnte entschärft werden, wenn der Deliktskatalog gemäss Art. 66a Abs. 1 VE-StGB auf das gemäss Verfassungstext absolut Notwendige und insbesondere praktisch ausschliesslich auf Straftaten mit einer Mindestandrohung von 180 Tagessätzen Geldstrafe oder sechs Monate Freiheitsstrafe eingeschränkt würde, für welche das Strafbefehlsverfahren ohnehin nicht zum Zug kommen kann. Denn durch die alternative Nennung einer Maximalstrafe von mindestens zehn Jahren wird der Katalog in Art. 66a Abs. 1 lit. a VE-StGB über den Wortlaut und Auftrag der Verfassungsbestimmung hinaus unnötig auf qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB) sowie zahlreiche gewerbsmässig qualifizierte Vermögensdelikte (Diebstahl, Art. 139 Ziff. 2 StGB; Betrug, Art. 146 Abs. 2 StGB; Check- und Kreditkartenmissbrauch, Art. 148 Abs. 2 StGB; Hehlerei, Art. 160 Ziff. 2 StGB) ausgedehnt. Aus unserer Sicht wäre hier aber wohl für den Regelfall eine Beschränkung auf Vermögensdelikte mit einer Mindeststrafandrohung von 180 Tagessätzen Geldstrafe beziehungsweise sechs Monaten Freiheitsstrafe angebracht, was dem im Verfassungstext ausdrücklich genannten Raub in der nicht qualifizierten Form (Art. 140 Ziff. 1 StGB) entsprechen würde. Aufgrund des Verfassungsauftrags ist die Gleichstellung von sexueller Nötigung (Art. 189 StGB), Schändung (Art. 191 StGB) und Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB) mit dem Tatbestand der Vergewaltigung wohl unumgänglich, trotz fehlenden Mindeststrafen, da ausdrücklich auch andere schwere Sexualdelikte eingeschlossen werden müssen.

Schliesslich erwähnt der Verfassungstext ausdrücklich auch Einbruchsdelikte, was der Gesetzgeber in Variante 1 mit der Verbindung von Diebstahl (Art. 139 StGB) und Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) umsetzen will. Hier fehlt jedoch der aus Gründen der Kohärenz erforderliche Hinweis, dass es auf die Stellung eines Strafantrags beim letztgenannten Tatbestand nicht ankommen kann, wäre es doch sonst einem überführten Täter allenfalls möglich, sich einen Rückzug des Antrags zu erkaufen und damit einer Ausschaffung zu entgehen.

b) Art. 66d VE-StGB

Gemäss erläuterndem Bericht soll es Sache der Vollzugsbehörde sein, bei anerkannten Flüchtlingen zu prüfen, ob das Verbrechen oder Vergehen, welches zur Landesverweisung geführt hat, ausreichend schwer ist, um den Vollzug der Ausweisung zu rechtfertigen. Damit würde die Vollzugsbehörde verpflichtet, ein vom zuständigen Strafgericht bereits rechtskräftig beurteilter Aspekt (Schwere der Straftat) erneut zu prüfen und allenfalls die Landesverweisung faktisch aufzuheben. Grundsätzlich soll es Sache des Strafgerichts sein, bei der Ausfällung einer Landesverweisung die Frage des Non-Refoulements umfassend zu prüfen. Um eine schweizweit kohärente Rechtsanwendung zu gewährleisten, scheint eine Klärung der Non-Refoulement-Problematik mit dem zuständigen Bundesamt für Migration unumgänglich.

Eine erneute Beurteilung des Non-Refoulement-Gebots durch die Vollzugsbehörde in einem formellen Entscheid sollte nur dann zulässig sein, wenn sich die Situation im Heimatland seit Ausfällung des Strafurteils wesentlich geändert hat.

c) Art. 367 StGB in der Fassung vom 19. März 2010

Die kantonalen Migrationsbehörden haben bei ihren Bewilligungsentscheiden unter anderem zu berücksichtigen, ob die betreffende ausländische Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Deshalb benötigen sie umfassende Einsicht in das strafrechtliche Vorleben von ausländischen Personen, insbesondere bei Personen, die sich zuvor bereits in der Schweiz aufgehalten haben und wegen Straffälligkeit des Landes verwiesen worden sind. Ansonsten besteht die Gefahr, dass Einreisegesuche von potentiell gefährlichen Personen in Unkenntnis des Vorlebens bewilligt werden. Deshalb benötigen kantonale Migrationsbehörden auch nach Ablauf der Landesverweisung Kenntnis von dieser und Zugang zu den im VOSTRA gespeicherten Daten.

d) Art. 75, 76 und 78 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) und Art. 220 Abs. 2 StPO

Die Revisionsvorlage lässt offen, ob zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung eine strafrechtliche Sicherheitshaft oder eine ausländerrechtliche Administrativhaft angeordnet werden soll. Wir würden eine schweizweit einheitliche Regelung begrüßen. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint es sinnvoll, wenn das mit dem Fall betraute Strafgericht den Vollzug der von ihm ausgefallten Landesverweisung mit der Anordnung einer strafrechtlichen Sicherheitshaft sicherstellt, nach entsprechender Anpassung der StPO. Sollte die Sicherstellung des Vollzugs mit ausländerrechtlicher Administrativmassnahmen gewährleistet werden, so ist das AuG mit einem Haftgrund zu ergänzen, welcher eine Haftanordnung für Personen mit einer zwingenden Landesverweisung in jedem Fall ermöglicht.

6. zu Variante 2

a) Art. 73a Abs. 1 VE-StGB

Bezüglich des Deliktskatalogs kann festgestellt werden, dass dieser sehr weit über die Anforderungen der neuen Verfassungsbestimmung hinaus geht. Er enthält ebenfalls ein Antragsdelikt (einfache Körperverletzung, Art. 123 StGB). Aufgrund des Automatismus würde es dazu führen, dass auch tatbestandsmässige Handlungen im Grenzbereich der Strafwürdigkeit ohne Weiteres eine Landesverweisung zur Folge hätten.

b) Art. 73c Abs. 4 VE-StGB

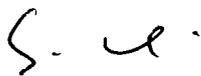
Für die Prüfung des Non-Refoulement-Gebots arbeiten die kantonalen Vollzugsbehörden heute mit dem Bundesamt für Migration, das im Rahmen seiner Aufgaben im Asylbereich das notwendige, länderspezifische Fachwissen aufrecht erhält, zusammen. Eine Weiterführung dieses Vorgehens ist auch im Hinblick auf die zahlreichen neuen Fälle sinnvoll, um eine schweizweit kohärente Praxis zu gewährleisten. In Anbetracht dieser Zusammenarbeit erscheint die in Art. 73c Abs. 4 VE-StGB festgelegte 30-tägige Frist als zu kurz. Eine Frist von 60 Tagen müsste mindestens gewährt werden.

Weiter ist es nicht vorstellbar, wie ein kantonales Gericht unter Beachtung der Untersuchungsmaxime und des rechtlichen Gehörs in jedem Fall innert 30 Tagen darüber entscheiden können soll, ob die Vollzugsbehörde zu Recht festgestellt hat, dass ein Flüchtling in seinem Heimatstaat nicht mehr verfolgt wird beziehungsweise ihm keine Folter und keine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Insbesondere bei Ausschaffungen in "heikle" Staaten bedarf eine Ausschaffung unter Umständen umfassender Abklärungen oder gar des Austauschs einer diplomatischen Note (individuelle Garantieerklärung des Zielstaats). Die Einführung einer Bearbeitungsfrist ist für beide Verfahren abzulehnen oder zumindest zu relativieren ("in der Regel").

Wir bitten Sie, unsere Anmerkungen bei der weiteren Bearbeitung der Gesetzesentwürfe zu berücksichtigen und versichern Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unserer ausgezeichneten Hochachtung.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATS

Landammann:



Susanne Hochuli

Staatschreiber:



Dr. Peter Grünenfelder

Kopie an:

- peter.haefliger@bj.admin.ch
- Departement Volkswirtschaft und Inneres
- Amt für Migration und Integration Kanton Aargau DVI
- Staatsanwaltschaft Aargau DVI
- Kantonspolizei DVI
- Justizbehörden OG

REGIERUNGSRAT
DES KANTONS AARGAU

Einschreiben 751255



DIE PC



R

5001 Aarau 1 Fächer



98.37.130239.00084470

Recommandé Suisse

DE POST
LA POSTE
LA POSTA

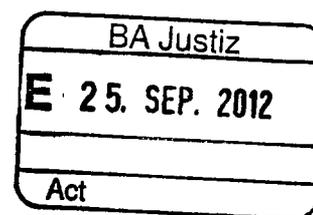
Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de Justice et Police
Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit pénal
Bundesrain 20
3003 Berne

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Delémont, le 18 septembre 2012



Procédure de consultation

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)

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous transmet sa réponse relative à la procédure de consultation citée en marge.

- I. De manière générale, les solutions proposées par les membres du groupe de travail sont à saluer. Comme le Conseil fédéral, nous sommes favorables aux propositions avancées dans la **variante 1**. En effet, nous estimons que cette variante respecte au mieux le principe de la proportionnalité et les règles fondamentales du droit international et européen, tout en garantissant une mise en œuvre conforme des dispositions constitutionnelles acceptées par le peuple et les cantons en votation populaire le 28 novembre 2010.
- II. En ce qui concerne la **variante 1**, sur le plan formel, nous sommes d'accord avec la structure proposée. Nous estimons qu'il est judicieux de prévoir les articles sur l'expulsion sous la section « autres mesures » du Code pénal. De plus, la liste d'infractions proposée est conforme à l'article 121 al. 3 let. a et b de la Constitution fédérale. Le fait de ne prévoir l'expulsion à l'article 66a al. 1 let. a du Code pénal que pour des crimes passibles d'une peine minimale privative de liberté d'un an ou plus ou d'une peine maximale privative de liberté de dix ans ou plus laisse une certaine marge d'appréciation au juge. En effet, certaines infractions n'entraîneront une expulsion que lorsque les éléments constitutifs de leur forme aggravée seront remplis (par exemple, abus de confiance qualifiée art. 138 ch. 2 CPS, séquestration et enlèvement avec circonstances aggravantes art. 184 CPS).

Nous sommes également d'accord avec les limites fixées à l'article 66a al. 2 du Code pénal. Le délai de six mois est un bon compromis pour délimiter l'exception de la règle de l'expulsion. Ces règles ne sont pas trop restrictives et permettront donc l'expulsion de délinquants d'habitude et multirécidivistes pour des peines de moins de six mois. Nous n'avons pas d'autre remarque à faire sur les articles 66a et suivants du Code pénal dont le contenu est satisfaisant et respecte l'article constitutionnel.

Concernant la nouvelle infraction prévue à l'article 148a du Code pénal, nous pensons qu'elle respecte le texte de l'article 121 al. 3 let. b de la Constitution fédérale.

Pour l'inscription au casier judiciaire, nous sommes également d'accord avec le fait que le jugement dans lequel une expulsion est prononcée soit inscrit au casier judiciaire jusqu'au décès de la personne à condition que seul un petit nombre d'autorités ait accès à ces données une fois la durée de l'expulsion écoulée ou les délais prévus à l'article 369 al. 1 du Code pénal écoulés s'ils étaient plus longs que la durée de l'expulsion.

Nous n'avons pas de remarque particulière à formuler sur les modifications du droit en vigueur prévues.

III. Comme le Conseil fédéral, nous estimons que la **variante II** pose de nombreux problèmes et est incomplète sur un certain nombre de points essentiels.

Tout d'abord, nous pensons qu'il n'est pas judicieux de donner la possibilité au Ministère public de prononcer l'expulsion au moyen d'une simple ordonnance pénale. En effet, comme cela est relevé dans le rapport (p. 25-26), une expulsion pour une durée de cinq à quinze ans n'est pas une mesure légère et la procédure d'ordonnance pénale n'est donc pas adaptée. Il convient de relever que dans la **variante I**, si un dossier remplit les conditions d'une expulsion selon l'article 66a al. 2 du Code pénal, le Ministère public aura la possibilité de proposer l'expulsion dans l'acte d'accusation quelle que soit la durée de la peine.

Ensuite, dans la **variante II**, l'automatisme de l'expulsion et l'absence d'un examen individuel de chaque cas comme cela est prévu dans la **variante I** contreviennent, à notre sens, au principe de la proportionnalité et au droit international. En effet, seuls les alinéas 2 et 3 de l'article 73a du Code pénal prévoient une certaine modération avec une suspension temporaire de l'expulsion en cas de motifs impératifs selon l'article 25 al. 2 et 3 de la Constitution fédérale. A notre sens, l'article 73d du projet de la **variante II** n'a pas sa place dans le Code pénal, car il n'appartient pas au législateur suisse de définir dans une loi les normes impératives de droit international.

Enfin, la **variante II**, en ne prévoyant qu'une modification du Code pénal, est incomplète et devra être précisée sur tous les points essentiels cités à la page 35 du rapport. Sur ce point, nous constatons que la **variante I** est plus globale et que ce projet a mieux été conçu que la **variante II**.

Nous n'avons pas d'autre remarque à formuler au sujet de la **variante II** et nous nous référons au rapport explicatif.

IV. Les conséquences de la mise en œuvre de l'article constitutionnel relatif au renvoi des étrangers criminels sont très difficiles à évaluer pour le canton du Jura. Toutefois, en ce qui concerne la **variante I**, nous estimons que la charge de travail du service administratif qui sera en charge de procéder aux expulsions augmentera fortement en raison de la hausse considérable du nombre d'expulsions et des litiges prévus en cas de contestation des décisions d'expulsion. De plus, nous ne voyons actuellement pas où ces personnes pourraient être mises en détention administrative dans notre canton. Comme le relève le rapport explicatif, les prisons et les centres de détention sont pleins et il manque de nombreuses places de détention. Nous avons déjà des craintes au sujet de la hausse à prévoir du nombre de journées de détention administrative due à la **variante I** et nous imaginons difficilement les conséquences bien plus importantes qu'engendrerait la **variante II** pour les cantons tant sur le plan financier que structurel.

Nous vous remercions de nous avoir associés à la présente procédure de consultation et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, nos sentiments les meilleurs.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


Elisabeth Baume-Schneider
Présidente


Sigismund Jacquod
Chancelier d'État



Copie par courriel, à M. Peter Häfliger/OFJ (peter.haefliger@bj.admin.ch)

Regierungsrat, Postfach 156, 6301 Zug

A-Post

Bundesamt für Migration
Stabsbereich Recht
Quellenweg 6
3003 Bern

Zug, 18. September 2012 ek

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, bis am 30. September 2012 in oben erwähnter Angelegenheit Stellung zu nehmen. Gestützt auf ein internes Mitberichtsverfahren nehmen wir diese Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr.

I. Vorbemerkung

Die Variante 1 des Vorentwurfes des Bundesrates ist klar der Variante 2 vorzuziehen. Wir begrüßen die deutliche Verschärfung gegenüber der heutigen Praxis, indem straffällige Ausländerinnen und Ausländer in der Regel bereits bei der Verurteilung zu einer Strafe von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafen die Schweiz verlassen müssen (bisher bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bzw. von mehr als zwei Jahren bei Ehegattinnen und Ehegatten von Schweizer Bürgerinnen oder Schweizer Bürgern). Es ist trotzdem fraglich, ob die Variante 1 des Vorentwurfes effektiv dem Willen der Mehrheit der Stimmbevölkerung, welche an der Abstimmung vom 28. November 2010 teilgenommen hat, entspricht. Gleich wie der damals abgelehnte Gegenentwurf versucht die Variante 1 mit der Prüfung der Verletzung von Menschenrechtsgarantien Konflikte mit dem Völkerrecht zu vermeiden. Im Abstimmungsbüchlein wurde aber deutlich darauf hingewiesen, dass die Initiative im Widerspruch zum Völkerrecht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU stehe und nur schwer mit den Grundprinzipien der Verfassung, wie z.B. dem Verhältnismässigkeitsprinzip, vereinbar sei. Dennoch wurde die Initiative angenommen.

Die Variante 2 ist keine Alternative, da auch Personen von einer Landesverweisung betroffen wären, welche nur eine geringe kriminelle Energie an den Tag gelegt haben und deshalb einzig zu einer leichten Strafe verurteilt wurden. So müsste eine Person bereits dann des Landes verwiesen werden, wenn sie z.B. aufgrund einer einfachen Körperverletzung infolge einer handgreiflichen Auseinandersetzung oder aufgrund des Anbaus von Cannabis in jugendlichem Leichtsinne zu ein paar Tagessätzen Geldstrafe verurteilt wird. In dieser Beziehung widerspricht die Variante 2 auch den Angaben des Initiativkomitees im Vorfeld der Abstimmung, wonach einzig "schwere Verbrechen" zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen. Dass die Variante 2 nicht praktikabel ist, zeigt auch die Anzahl der betroffenen Ausländerinnen und Ausländer: Im Jahr 2009 wären von der Variante 2 rund 16'400 Ausländerinnen und Ausländer von der Landesverweisung erfasst worden – im Gegensatz zu 3'400 Ausländerinnen und Ausländer gemäss Variante 1 und im Vergleich zu den hochgerechnet 750 effektiv durch die Kantone vorgenommenen Ausweisungen im Jahre 2009 (vgl. erläuternder Bericht, S. 63).

Gleichwohl braucht es griffige Instrumente, um kriminelle Ausländerinnen und Ausländer auszuschaffen. Entsprechend ist die Variante 1 zu optimieren, damit sie dem Volksentscheid noch besser entspricht (siehe dazu die nachfolgenden Anträge).

II. Anträge

- 1. Bei Art. 66a Abs. 1 VE-StGB Variante 1 soll neben dem Gericht auch die Staatsanwaltschaft als zuständig für die Aussprechung einer Landesverweisung erklärt werden.**
- 2. Bei Art. 66a Abs. 3 VE-StGB Variante 1 ist im Bericht klar festzuhalten, was als schwerwiegende Verletzung von persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, zu verstehen ist. Dies auch im Sinne einer Abgrenzung zu leichten Verletzungen von persönlichen Rechten, welche e contrario in Kauf zu nehmen sind.**
- 3. In Bezug auf Art. 62 Abs. 2 (neu) und Art. 63 Abs. 3 (neu) AuG in Variante 1 gilt es festzuhalten, dass die Migrationsbehörden in diesen Fällen weiterhin eine Verwarnung gemäss Art. 96 Abs. 2 AuG aussprechen können.**
- 4. Es gilt zu vermeiden, dass im Rahmen des Vollzugs einer Landesverweisung nochmals der Instanzenzug im Verwaltungsverfahren geöffnet wird.**

III. Begründung

Zum Antrag 1

Auch bei der Variante 1 sollte die Möglichkeit bestehen, dass die Staatsanwaltschaft eine Landesverweisung aussprechen kann. Gemäss Art. 66a Abs. 2 VE-StGB Variante 1 kann eine Landesverweisung unter Umständen auch bei Fällen zur Diskussion stehen, die im Strafbefehlsverfahren geahndet werden können (Strafe von nicht mehr als 6 Monaten oder 180 Tagessätzen Geldstrafe). Im erläuternden Bericht unter Ziff. 1.4.4.6 wird ausgeführt, dass bei Strafen unter 6 Monaten eine Interessenabwägung vorgenommen werden soll. Für diese Aufgabe sei ein rasches und schriftliches Verfahren wenig geeignet, da viele dieser Fälle weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einfach und klar seien. Eine Ausnahme betreffe hier die Kriminaltouristen. Unseres Erachtens wäre es nun genau für diese klaren Fällen bei Kriminaltouristen sinnvoll, dass auch die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren eine Landesverweisung aussprechen kann.

Zum Antrag 2

Was die jeweilige individuelle Prüfung der Verletzung von internationalen Menschenrechtsgarantien betrifft, gilt es zu beachten, dass die Frage des Verhältnisses zwischen dem Verfassungsrecht und dem nicht zwingenden Völkerrecht (z.B. das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK) nicht vom Gesetzgeber, sondern schlussendlich in der Praxis von den Gerichten (allenfalls auch gegen den Gesetzestext) entschieden werden wird. Es ist deshalb illusorisch, den Ausschluss der Landesverweisung einzig und alleine bei Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht und nicht auch bei schwerwiegenden Verletzungen von persönlichen Rechten des nicht zwingenden Völkerrechts vorzusehen. Die Gerichte werden nämlich keine schwerwiegenden Verletzungen von internationalen Menschenrechtsgarantien schützen.

Hingegen kann im Sinne des Volksentscheides und als Leitgedanken für die Gerichte festgehalten werden, dass der Gesetzgeber leichte Verletzungen von persönlichen Rechten und die damit zusammenhängenden, allfälligen Konsequenzen (z.B. Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR] sowie schlimmstenfalls eine Rüge durch das Ministerkomitee des Europarats) in Kauf nimmt. In diesem Sinne wird auch ein Zeichen gesetzt, dass die in letzter Zeit sehr weitgehende Rechtsprechung des EGMR (z.B. im EGMR-Urteil Emre gegen die Schweiz Nr. 2 vom 11. Oktober 2011, Beschwerde-Nr. 5056/10) nicht unbesehen zu übernehmen ist.

Im erläuternden Bericht wird auf S. 46 f. ausgeführt, dass mit der "schwerwiegenden" Verletzung der persönlichen Rechte ausgedrückt werden soll, dass es nicht genügt, wenn einzig leicht wiegende Einschränkungen im Privat- und Familienleben geltend gemacht werden. Die im Bericht erwähnte Einschränkung stellt aber juristisch keine Rechtsverletzung dar, sondern einen rechtmässigen Eingriff. So kann auch das in Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf

Achtung des Privat- und Familienlebens eingeschränkt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK gegeben sind (Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage sowie Notwendigkeit für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer). Es gilt deshalb im Bericht klar festzuhalten, dass mit der Umschreibung der "schwerwiegenden" Verletzung der persönlichen Rechte im Gegenzug "leichte" Verletzungen der persönlichen Rechte in Kauf genommen werden.

Zum Antrag 3

Die Migrationsbehörden beurteilen die Entwicklung einer ausländischen Person oft über viele Jahre hinweg, sprechen bei erheblichen Delikten eine Verwarnung aus und widerrufen bei wiederholter Begehung als ultimo ratio die Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. Nach Art. 62 Abs. 2 (neu) sowie Art. 63 Abs. 3 (neu) AuG gemäss Variante 1 können die Migrationsbehörden keine Bewilligungen mehr widerrufen allein gestützt auf Delikte, welche das Strafgericht beurteilt und dabei auf eine Landesverweisung verzichtet hat. In Ziff. 2.3.1.2 des Berichts wird im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen nicht geklärt, wie es sich mit einer Verwarnung gemäss Art. 96 Abs. 2 AuG verhält. Es wäre wenig vorteilhaft, wenn als Folge der Ausschaffungsinitiative beim Vorliegen von Delikten, bei denen ein Strafgericht von der Landesverweisung abgesehen hat, die Migrationsbehörden keine Verwarnungen mehr aussprechen könnten. Sowohl seitens betroffener Personen als auch seitens der Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter wird immer wieder bestätigt, dass sich Verwarnungen positiv auf die Entwicklung einer straffälligen Person auswirken können.

Zum Antrag 4

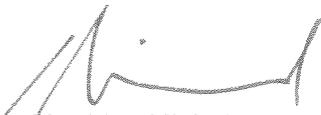
Im erläuternden Bericht wird unter Ziff. 3.2.3.1 die Möglichkeit erwähnt, dass in den Kantonen der Verwaltungsaufwand zunimmt, "weil aufgrund der zusätzlichen Landesverweisungen auch mit einer Zunahme der rechtlichen Auseinandersetzungen aufgrund von Anfechtungen der Vollzugsentscheide" zu rechnen sei. Es gilt jedoch unter allen Umständen zu vermeiden, dass im Zusammenhang mit einer beschleunigten und konsequenteren Wegweisung von straffälligen ausländischen Personen nach dem Instanzenzug im Rahmen des Strafverfahrens noch der Instanzenweg im Verwaltungsverfahren geöffnet wird, bevor eine verfügte Landesverweisung vollzogen werden kann. Steht nicht zwingendes Völkerrecht entgegen, ist der Vollzug der Landesverweisung nur noch eine Modalität, die nicht in Form einer Verfügung entschieden werden muss. Dem entspricht auch, dass gemäss Art. 61 Abs. 1 Bst. e AuG (neu) Variante 1 mit der rechtskräftigen Landesverweisung die Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung der betroffenen Person per se erlischt.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Seite 5/5

Zug, 18. September 2012

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Matthias Michel
Landammann



Renée Spillmann Siegwart
stv. Landschreiberin

Kopie an:

- Eidgenössische Parlamentarier des Kantons Zug
- Obergericht
- Direktion des Innern
- Sicherheitsdirektion
- Amt für Migration



Regierungsrat des Kantons Zürich
Leumühlequai 10
8001 Zürich

EINSCHREIBE
Falls refüsiert oder
abgeholt, als taxpfl.
B-Post zurücksend

8090 Zürich

R



98.42.115762.01950099

proclima

Recommandé Suisse

25.09.12

CH-8090
Zürich

751328

005.00



R Suisse
BP-LET

DIE POST 

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



DER REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH

an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement
(Zustelladresse: Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Strafrecht,
Bundesrain 20, 3003 Bern)

Zürich, 19. 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

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 haben Sie uns zwei Vorentwürfe zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

I. Grundsätzliches

Wir geben der vom Bundesrat bevorzugten Variante 1 zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative gegenüber Variante 2, die von Vertreterinnen und Vertretern des Initiativkomitees ausgearbeitet wurde, klar den Vorzug, da sie bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung trägt. Aus praktischen und verfahrensökonomischen Gründen sowie im Hinblick auf eine einheitliche Praxis lehnen wir aber die Regelung im Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0) und damit die Zuständigkeit der Strafbehörden ab.

Im erläuternden Bericht werden die mit dem Vollzug zusammenhängenden praktischen Probleme, nämlich dass auch Landesverweisungen wie heute Wegweisungen oft nicht vollzogen werden können (z. B. weil Papiere fehlen), zu knapp behandelt. Die Folgen werden die Kantone zu tragen haben, die für die Nothilfe für diese Personen ohne Aufenthaltsrecht werden aufkommen müssen.

Variante 2 lehnen wir ab, weil sie Widersprüche zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen und zum Völkerrecht in Kauf nimmt. Der Deliktskatalog, der auch leichte Vergehen umfasst, und das Fehlen einer Mindeststrafe führen dazu, dass auch weniger schwere Delikte zu einer zwingenden Landesverweisung führen. Damit steht Variante 2 im Widerspruch zu den vom Initiativkomitee im Vorfeld der Abstimmung gemachten Angaben, wonach nur «schwere Verbrechen» zu einer zwingenden Landesverweisung führen können. Sollte dennoch an Variante 2 festgehalten werden, wäre es grundsätzlich vertretbar, wenn die Regelung im StGB erfolgen würde, weil die Anordnung der Landesverweisung in den dafür vorgesehenen Fällen zwingend sein soll. Im Vorfeld der Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative hat das Bundesamt für Statistik Untersuchungen darüber angestellt, wie viel ausländische Personen aufgrund der Ausschaffungsinitiative ausgewiesen werden müssten. Geschätzt wurden jährlich rund 4000 Personen. Die Zahl der vom Vorentwurf in der Variante 1 betroffenen ausländischen Personen läge vermutlich etwas unter 3400 Personen. Aufgrund der in Variante 2 vorgesehenen Regelung müssten rund 16 400 ausländische Personen des Landes verwiesen werden, mithin das Vierfache der im Vorfeld der Abstimmung veröffentlichten Angabe betreffend die Anzahl der verurteilten Personen (erläuternder Bericht S. 62 f., Bericht der Arbeitsgruppe vom 21. Juni 2011 S. 106 f., 119). Auch die Landesverweisung nach Variante 2 ist letztlich nur wirksam, wenn sie tatsächlich vollzogen werden kann. Dieser Problematik ist in jedem Fall mehr Raum zu geben.

Sowohl Variante 1 als auch Variante 2 führen zu finanziellen Mehrbelastungen der kantonalen Staatshaushalte (vgl. erläuternder Bericht, S. 64 f.). Konkret zeichnen sich folgende Mehrkosten ab:

- Können rechtskräftige Landesverweisungen (noch) nicht vollzogen werden, haben die Betroffenen zumindest einen Anspruch auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV. In diesem Rahmen entstehen den Kantonen Mehrkosten.
- Da bei beiden Varianten zur Umsetzung der «Ausschaffungsinitiative» mit einem Anstieg der Ausweisungen bzw. Landesverweisungen gerechnet werden muss, ist es unumgänglich, dass von den Kantonen mehr Administrativhaftpätze bereit gestellt werden.
- Variante 1 überlässt es den Kantonen, ob sie mit dem Vollzug der Landesverweisungen die Strafverfolgungsbehörden, die Ausländerbehörden oder beide betrauen wollen. Möglich ist, dass die Migrationsämter zusätzlich belastet werden, da aufgrund der zusätzlichen Landesverweisungen wohl auch die rechtlichen Auseinandersetzungen wegen Anfechtungen der Vollzugsentscheide zunehmen werden.

Es kann somit festgehalten werden, dass im Zusammenhang mit der Umsetzung der Verfassungsbestimmungen betreffend «Ausschaffungsinitiative» eine finanzielle Mehrbelastung auf die kantonalen Straf-, Migrations- und Polizeibehörden zukommen wird. Der Kanton Zürich als städtischer Kanton dürfte dabei überdurchschnittlich stark davon betroffen sein. Bereits heute werden jährlich rund 6000 Ausschaffungen über den Flughafen Zürich abgewickelt. Eine konkrete Quantifizierung der zu erwartenden Mehrkosten fehlt im vorliegenden Vernehmlassungsbericht und ist nachzuholen. Es ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Abgeltung der Ausschaffungskosten durch den Bund ungenügend ist. Unbestritten dürfte sein, dass die Umsetzung der von Vertretern des Initiativkomitees vorgeschlagenen Variante 2 gegenüber der vom Bundesrat favorisierten Variante 1 eine wesentlich grössere finanzielle Belastung der Kantone zur Folge hätte. Da von den entsprechenden Regelungen eine deutlich grössere Anzahl von kriminellen Ausländerinnen und Ausländern erfasst werden, wäre auch mit einer grösseren Belastung der Vollzugsbehörden und mit wesentlich höheren Kosten für die Administrativhaft und die Nothilfe zu rechnen. So wird u. a. der Vollzug der Landesverweisung unweigerlich zu einem höheren Bedarf an Haftplätzen für den Vollzug der damit verbundenen Zwangsmassnahmen führen. Da mit der Umsetzung des Verfassungsauftrags ein bundesrechtlicher Vollzugauftrag erteilt wird und zudem eine möglichst einheitliche Vollzugspraxis erreicht werden soll, ist es unabdingbar, dass sich der Bund an der Erstellung von Haftanstalten finanziell beteiligt.

Zusammengefasst bevorzugen wir Variante 1 aus rechtlichen Gründen und zur Vermeidung einer wesentlich grösseren finanziellen Belastung des Kantons.

II. Zu den Änderungen im Einzelnen

1. Variante 1

1.1 Regelungsort

Aus unserer Sicht sollten die neuen Verfassungsbestimmungen im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) umgesetzt werden, nicht im StGB. Die Ausländerbehörden verfügen über grosse Erfahrung im Bereich der Wegweisung von Ausländerinnen und Ausländern. Gemäss dem erläuternden Bericht soll denn auch die StrafrichterIn bzw. der Strafrichter bei den ausländerrechtlichen Behörden eine Stellungnahme (Amtsbericht) einholen können (Ziff. 1.4.3, S. 19). Zudem werden die Ausländerbehörden weiterhin über Wegweisungen entscheiden, wenn andere Gründe vorliegen als jene gemäss StGB. Dies führt dazu, dass künftig zwei verschiedene Wegweisungsverfahren

nebeneinander bestehen würden. So wurde denn auch das Institut der (strafrechtlichen) Landesverweisung mit der letzten Revision des Allgemeinen Teils des StGB auf den 1. Januar 2007 aufgehoben, insbesondere um die Konkurrenz mit der fremdenpolizeilichen Ausweisung zu beseitigen, da diese doppelte Zuständigkeit zu schwer verständlichen Divergenzen führen konnte. Mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im Strafrecht ist die vom Bundesrat gewünschte Praxisharmonisierung bei der Wegweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer infrage gestellt. Dass die strafrichterliche Landesverweisung eine grössere Abschreckungswirkung entfalten kann, wie im erläuternden Bericht dargestellt (Ziff. 1.4.3, S. 19), bezweifeln wir. An der Haltung, dass die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im AuG erfolgen sollte, ändert auch die Tatsache nichts, dass der Bundesrat nunmehr in der Botschaft zur Änderung des Sanktionenrechts vom 4. April 2012 (BB1 2012 4721 ff.) u. a. die Einführung einer neuen fakultativen Landesverweisung im StGB vorschlägt. Wir lehnen im Rahmen der Vernehmlassung zu dieser Vorlage die Wiedereinführung der Landesverweisung ab. Sollte indessen die Vorlage des Bundesrates Gesetz werden, würden Kohärenzgründe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über straffällige Ausländerinnen und Ausländer im StGB sprechen. Diesfalls wäre die hier vorgeschlagene Regelung über die zwingende Landesverweisung auf die fakultative Landesverweisung im StGB abzustimmen. Es darf jedenfalls nicht sein, dass gegen ein und dieselbe Person mehrere Landesverweisungen ausgefällt werden können, die nach unterschiedlichen Kriterien zu vollziehen sind bzw. bei deren Vollzug unterschiedliche Aufschubsgründe zu beachten sind.

Antrag: Wir beantragen, die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im Ausländerrecht. Vorbehalten bleibt die Einführung einer neuen fakultativen Landesverweisung, wie sie der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des Sanktionenrechts vom 4. April 2012 vorschlägt.

1.2 Deliktskatalog und Mindeststrafe

Wir sind überzeugt, dass sich das in der BV verankerte und in sämtlichen Rechtsverfahren zu beachtende Prinzip der Verhältnismässigkeit nur mit der Variante 1 umsetzen lässt. Wir befürworten deshalb den Lösungsansatz in Variante 1, wonach die Schwere einer Straftat, die sich einerseits aus der für diese Tat angedrohten Strafe und andererseits aus der im Einzelfall unter Berücksichtigung des Verschuldens ausgesprochenen Strafe ergibt, von massgeblicher Bedeutung dafür ist, ob eine Landesverweisung ausgesprochen werden darf oder nicht.

Als Folge des angestrebten Ausschaffungsmechanismus sollte der Deliktskatalog möglichst eng gefasst werden und es sollen dort nur schwere Verbrechen aufgelistet werden, die mit dem in der Verfassung aufgeführten Raub oder der Vergewaltigung vergleichbar sind. Bei den übrigen, weniger schwer wiegenden Delikten wie beispielsweise Gefährdung des Lebens, Nötigung und einfache Körperverletzung soll die fakultative Landesverweisung gemäss Art. 67c des erwähnten bundesrätlichen Revisionsentwurfs zur Änderung des Sanktionenrechts zum Zug kommen. In dieser Hinsicht scheint uns der Tatbestandskatalog von Art. 66a Abs. 1 VE-StGB grundsätzlich sachrichtig. Bei den Sexualdelikten ist im Katalog ferner nur die Vergewaltigung ausdrücklich erwähnt. Bei den anderen Sexualdelikten ist eine Mindeststrafe von einem Jahr oder eine Höchststrafe von zehn Jahren gefordert. Das bedeutet, dass zwar sexuelle Nötigung und Schändung Taten sind, für die man zwingend des Landes verwiesen wird, nicht jedoch sexuelle Handlungen mit Kindern. Dies ist angesichts des verletzten hochwertigen Rechtsgutes und des Kinderschutzes nur sehr schwer nachvollziehbar und wohl auch der Öffentlichkeit nur schwer vermittelbar.

Antrag: Wir beantragen, gewisse Gewalt- und Sexualstrafdelikte der Variante 2 – z. B. Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB), sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188) – in den Tatbestandskatalog der Variante 1 aufzunehmen.

Die Aufnahme schwerer Vermögensdelikte in den Deliktskatalog begrüssen wir ausdrücklich. Die qualifizierten Vermögensdelikte rechtfertigen die Aufnahme in den Tatbestandskatalog ebenso wie der Betrug im Sozialbereich.

1.3 Aufschub des Vollzugs

Art. 66d VE-StGB überlässt es den Kantonen, ob sie die Strafvollzugsbehörden, die Ausländerbehörden oder beide mit dem Vollzug der Landesverweisung betrauen wollen. Die Abklärung und Beurteilung der politischen und rechtlichen Verhältnisse in ausländischen Staaten gehören ebenso zum Kompetenzbereich der Migrationsbehörden wie die Prüfung, ob eine Ausschaffung im konkreten Einzelfall vertretbar und möglich ist. Entsprechend müsste der Entscheid über den Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung durch die Migrationsbehörden gefällt werden, was wiederum zu unerwünschten Doppelspurigkeiten und Schnittstellenproblemen zwischen diesen und den Strafvollzugsbehörden führt.

Antrag: Mit dem Vollzug der Landesverweisung, wie sie in beiden Varianten vorgesehen sind, sind ausschliesslich die Migrationsbehörden für zuständig zu erklären.

1.4 Strafbefehlsverfahren

Kommt eine Landesverweisung in Betracht, soll gemäss der Vorlage die Strafrichterin bzw. der Strafrichter im ordentlichen Verfahren zuständig sein; das Strafbefehlsverfahren soll in diesen Fällen ausgeschlossen werden. Dies begrüssen wir. Einschneidende Massnahmen, wie die Landesverweisung, müssen durch ein unabhängiges Gericht geprüft werden. Vor dem Hintergrund der notwendigen Interessenabwägung ist deren Ausfällung im raschen, in erster Linie für Massendelikte vorgesehenen Strafbefehlsverfahren rechtsstaatlich fragwürdig. Weniger Bedenken bestehen bei Kriminaltouristinnen und -touristen, die die Schweiz aufgrund des fehlenden Aufenthaltsrechts so oder so verlassen müssen.

Antrag: *Es ist vertieft zu prüfen, ob eine Landesverweisung auch im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden könnte, wenn die betroffene Person über kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt.*

1.5 Verzicht auf Regelung im Jugendstrafrecht

Der Bundesrat führt im erläuternden Bericht aus, dass bei Variante 1 auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht verzichtet wird (S. 28f.). 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. Mit dem Bundesrat ist daher festzustellen, dass eine zwingende Landesverweisung, die sich ausschliesslich am Delikt orientiert, dem Grundgedanken des Jugendstrafrechts entgegensteht. Bestehende Fernhaltungsmassnahmen nach dem AuG (z. B. ein Einreiseverbot) sind für Jugendliche sachgerechter, weil bei deren Erlass umfassend auf die persönliche Situation der oder des Jugendlichen und die konkrete Gefährlichkeit abgestellt werden kann. Und es ist auch richtig, dass eine Landesverweisung für Jugendliche weiter reichende Konsequenzen haben kann als für Erwachsene. Viele Jugendliche sind beispielsweise noch in der Ausbildung oder in der Schweiz aufgewachsen und beherrschen kaum die Sprache ihres Heimatlandes.

Fazit: Wir begrüssen es, dass im Jugendstrafrecht auf die Einführung einer Landesverweisung verzichtet werden soll.

1.6 Anpassung des Ausländergesetzes und des Asylgesetzes

Verzichtet das Strafgericht bei einer Straftat des Deliktskatalogs gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB auf die Anordnung einer Landesverweisung, sollen die neuen Regelungen in Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 3 VE-AuG sicherstellen, dass die Ausländerbehörde nicht allein aufgrund der-

selben Straftat des Delikt katalogs eine ausländerrechtliche Massnahme verhängt. Im Sinne der Klarheit sollten Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 3 VE-AuG ergänzt und wie folgt formuliert werden:

Unzulässig ist ein Widerruf, der sich nur auf Delikte nach Art. 66a Abs. 1 StGB stützt, über die ein Strafgericht bereits geurteilt und von einer Landesverweisung abgesehen hat.

Der Vorentwurf überlässt es den Kantonen, ob sie den Vollzug der Landesverweisung formell mit Sicherheitshaft nach StPO oder mit der Ausschaffungshaft nach AuG sicherstellen wollen (erläuternder Bericht Ziff. 2.3.1.3 und 3.2.3.1). Dies lehnen wir ab: Es soll nur eine Entfernungsmassnahme im Gesetz verankert werden.

Antrag: Entweder soll für alle Kantone die Durchsetzung über die Sicherheitshaft gemäss StPO gelten oder entsprechende Massnahmen gemäss AuG.

Die Erläuterungen zur Anpassung des AuG und des AsylG (Ziff 1.4.7) weisen zwar darauf hin, dass eine Landesverweisung unter Umständen nicht vollzogen werden kann. Diesem Thema ist aber mehr Raum einzuräumen und im Rahmen der Erläuterungen deutlich aufzuzeigen und eingehender darzulegen, dass nicht nur die Zahl der verfügbaren Haftplätze, sondern auch dass die längst mögliche Haftdauer beschränkt ist und dass bereits heute verschiedenste erhebliche Vollzugshindernisse bestehen (Vollzug in bestimmte Länder allgemein unmöglich oder stark eingeschränkt; Vollzugshindernisse im Einzelfall). Der Vollzug der Landesverweisung wird zu einem höheren Bedarf an Haftplätzen für den Vollzug der damit verbundenen Zwangsmassnahmen führen. Es ist – wie schon unter Ziff. I dargelegt – unabdingbar, dass sich der Bund an der Erstellung von Haftanstalten finanziell beteiligt.

Antrag: Die Problematik des Vollzugs der Landesverweisung ist in den Erläuterungen eingehender darzustellen. Ferner hat sich der Bund an der Erstellung von Haftanstalten zum Vollzug der Zwangsmassnahmen finanziell zu beteiligen.

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 verwirklicht werden kann. Vorläufig Aufgenommene verfügen über einen Aufenthaltsstatus, der ihnen gewisse Rechte einräumt (Art. 85 f. AuG). Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung 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 den 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 den Betroffenen jedoch Rechtsansprüche ein (wie z. B. das Recht auf Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AuG), die mit den Zielen der neuen Verfassungsbestimmungen nicht vereinbar sind. Dies hat zur Folge, dass Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, vorübergehend ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. Die Zahl dieser Personen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht ausgeschafft werden können, ist wohl nicht zu unterschätzen. Bleiben diese Personen ohne rechtlichen Status in der Schweiz, ist mit einer neuen Kategorie rechtswidrig anwesender Personen zu rechnen. Dies wird dazu führen, dass die Probleme im Umgang mit solchen Personen zunehmen werden (Unterbringung bzw. Nothilfe, einwohnerrechtliche Behandlung usw.). Die Folgen werden die Kantone zu tragen haben. Es entstehen Mehrkosten namentlich dadurch, dass beispielsweise Leistungen über die Not- oder Sozialhilfe entrichtet werden müssen. Es erscheint zwar richtig, dass Personen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht ausgeschafft werden können, nicht gestützt auf Art. 83 AuG vorläufig aufgenommen werden sollen. Der Status dieser Personen ist jedoch neu zu regeln.

Antrag: Der Status von Personen, deren Landesverweisung nicht vollzogen werden kann, ist zu regeln.

1.7 Anpassung der Strafprozessordnung

Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. II. 1.4 und II. 1.6 (2. Absatz).

1.8 Neuer Straftatbestand des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a VE-StGB)

Zum neu zu schaffenden Tatbestand des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe ist festzuhalten, dass ein solcher zu erheblichen Unklarheiten führen würde. So ist nicht ersichtlich, in welchen Fällen dieser Tatbestand und in welchen Fällen die Spezialgesetzgebung angewendet würde. Von der Substanz her entspricht Art. 148a VE-StGB weitgehend den heutigen Sonderstrafbestimmungen in den Erlassen des Sozialversicherungsrechts des Bundes. Nach wie vor ist der objektive Tatbestand nur dann erfüllt, wenn der Leistungsbezügerin oder dem Leistungsbezüger nachgewiesen werden kann, dass die Täuschung/Meldepflichtverletzung zur Ausrichtung ungerechtfertigter Leistungen führte. In der Sozialhilfe werden sodann heute missbräuchlich bezogene Leistungen nach Art. 146 StGB (Betrug) verurteilt, wenn arglistiges Verhalten nachgewiesen werden konnte. In leichten Fällen, wie sie u. a. für den neuen Art. 148a StGB

vorgesehen sind, kommt im Kanton Zürich der Übertretungsstraftatbestand von § 48a des Sozialhilfegesetzes (SHG; LS 851.1) zur Anwendung. Wir erachten die bisherige Abstufung als sinnvoll und sehen daher keine Notwendigkeit, eine zusätzliche Zwischenstufe in Form von Art. 148a StGB einzuführen.

Antrag: Auf die Schaffung eines neuen Straftatbestandes des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe ist zu verzichten.

Sollte der vorgeschlagene Straftatbestand gleichwohl geschaffen werden, besteht die Gefahr, dass mit Inkrafttreten der neuen Strafbestimmung vermehrt vom Betrug auf die neue Strafnorm «ausgewichen» wird, um den Nachweis der 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 Art. 148a VE-StGB ausdrücklich erwähnt werden. Sodann wäre in strafprozessualer Hinsicht zu prüfen, Art. 148a StGB als Katalogtat in Art. 269 Abs. 2 Bst. a bzw. Art. 281 Abs. 4 und Art. 286 Abs. 2 StPO aufzunehmen. Damit wäre sichergestellt, dass die für die Ermittlungen im Bereich missbräuchlicher Leistungsbezüge notwendigen technischen Überwachungsmaßnahmen (Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr, Einsatz technischer Überwachungsgeräte, Verdeckte Ermittlung) eingesetzt werden können.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, 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 nicht mehr nötig, da entsprechendes Handeln unter dem herkömmlichen Betrugstatbestand geahndet werden könnte. Doppelspurigkeiten und die Schaffung neuer Straftatbestände ohne Not sind auf jeden Fall zu vermeiden.

2. Variante 2

Wie unter Ziff. I. ausgeführt, lehnen wir die Variante 2 ab. Sollte dennoch an dieser Variante festgehalten werden, äussern wir uns hierzu wie folgt:

2.1 Systematische Einordnung

Nicht überzeugend erscheint uns in Variante 2 die systematische Einordnung der obligatorischen Landesverweisung als neue Sanktionsform neben den Strafen und Massnahmen im dritten Titel des StGB. Denn auch Variante 2 setzt immer eine «Verurteilung» voraus, sodass es grundsätzlich nicht zur Ausfällung einer Landesverweisung als einzige Sank-

tion kommen kann. In diesem Sinne erscheint uns die Systematik von Variante 1 – Zuordnung der obligatorischen Landesverweisung zum Abschnitt «Andere Massnahmen», in denen im Übrigen auch die fakultative Landesverweisung gemäss Art. 67c des erwähnten Revisionsentwurfs des Bundesrates zur Änderung des Sanktionenrechts zu stehen kommen wird – passender.

2.2 Deliktskatalog

Die Aufzählung sämtlicher Tatbestände, die eine Landesverweisung nach sich ziehen sollen, ist wenig praktikabel. Sinnvoll ist, wie in Variante 1 Art. 66a Abs.1 Bst. a VE-StGB vorgesehen, eine Auffangbestimmung zu schaffen, in der nicht einzelne Tatbestände aufgezählt, sondern allgemein schwere, zu einer Landesverweisung führende Verbrechen umschrieben werden. Stossend ist, dass sämtliche der aufgeführten Delikte, automatisch und ohne Prüfung des Einzelfalles, zur Landesverweisung führen sollen, und zwar selbst bei geringfügigen Verstössen. Es geht nicht an, sich über den in der Schweiz in allen Bereichen geltenden Verhältnismässigkeitsgrundsatz hinwegzusetzen und einschneidende Massnahmen, die eine Landesverweisung von fünf und mehr Jahren zweifelsohne darstellt, bereits bei der Verurteilung zu Bagatelldelikten bzw. gar zu Übertretungen durchzusetzen. Staatliches Handeln muss auch nach Annahme der Ausschaffungsinitiative immer verhältnismässig sein. In der Initiative ist denn auch von schweren Sexualdelikten oder Gewaltdelikten wie Raub die Rede (Art. 122 Abs. 3 BV). Wir lehnen es zudem ab, dass mit der Variante 2 auch reine Antragsdelikte wie die einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 StGB) oder die Kombination von Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) mit Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB) zu einer Landesverweisung führen können: So hinge es allein vom Willen der antragsberechtigten geschädigten Person ab, ob eine Ausländerin oder ein Ausländer ausgeschafft werden muss oder nicht.

Nicht einsehbar ist demgegenüber, weshalb ein schweres Vermögensdelikt angesichts dessen unter Umständen grossen Schädigungspotenzials in der Variante 2 mit Ausnahme von Art. 73a Abs. 1 Bst. f VE-StGB nicht – wie in Variante 1 (Art. 66a Abs. 1 Bst. a VE-StGB) ausdrücklich vorgesehen – zu einer Ausschaffung der verurteilten Täter führen soll. Gleichzeitig kann es aus unserer Sicht nicht sein, dass der Betrug im Bereich der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen weiterreichende Folgen hat als etwa der Steuerbetrug oder der Betrug im Geschäftsleben zwischen Privaten.

Antrag: Es ist auf die Aufzählung aller einzelnen Tatbeständen zu verzichten und eine Auffangbestimmung zu schaffen, in der nur schwere Verbrechen umschrieben werden. Reine Antragsdelikte sollten nicht zu einer Landesverweisung führen. Zudem sind auch schwere Vermögensdelikte in den Deliktskatalog aufzunehmen.

2.3 Aufschiebung des Vollzugs

Nicht ganz klar ist, wer mit «zuständige kantonale Behörde» (Art. 73c Abs. 1 VE-StGB) gemeint ist. Fest steht, dass für derartige Prüfungen aus den bereits genannten Gründen (vgl. Ziff. II. 1.3) die Migrationsbehörden zuständig sein sollten.

Im Übrigen wird betreffend die Problematik des Vollzugs der Landesverweisung auf die Ausführungen unter Ziff. II. 1.6 verwiesen. Die Problematik wird angesichts der Tatsache, dass bei Variante 2 deutlich mehr Ausländerinnen und Ausländer betroffen sind, aber noch zusätzlich verschärft.

2.4 Strafbefehlsverfahren

Art. 73a Abs. 1 VE-StGB sieht vor, dass auch die Staatsanwaltschaft eine Landesverweisung aussprechen kann. Einschneidende Massnahmen, wie die Landesverweisung eine darstellt, müssen durch ein unabhängiges Gericht geprüft werden.

2.5 Jugendstrafrecht

Gemäss dem erläuternden Bericht lässt Variante 2 offen, ob eine Landesverweisung auch im Jugendstrafrecht vorgesehen werden soll (S. 35). Sollte die Regelung von Art. 73a–d VE-StGB im Jugendstrafrecht angewendet werden, müsste Art. 1 Abs. 2 Bst. d JStG geändert werden. Nach dieser Bestimmung sind im Jugendstrafverfahren nur die Art. 69–73 StGB sinngemäss anwendbar. Da Variante 2 keine Änderung des JStG vorsieht, ist davon auszugehen, dass auch bei Variante 2 auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht verzichtet werden soll.

Die Gründe, die bei Variante 1 für einen Verzicht auf die Einführung einer Landesverweisung im Jugendstrafrecht sprechen (vgl. vorn Ziff. II. 1.5), 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, ganz besonders stossend wäre, wenn sie aufgrund eines Bagatelldeliktens mit einer Landesverweisung belegt würden.

2.6 Neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs (Art. 151a VE-StGB)

Vgl. dazu vorab die Ausführungen zum neuen Straftatbestand des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a VE-StGB) unter Ziff. I. 1.8.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative gemäss Variante 2 die Bemühungen in der Missbrauchsbekämpfung in der Sozialhilfe wohl stark beeinträchtigen würde. Im Wissen

darum, dass eine Verurteilung zwingend schwerwiegende Konsequenzen für die betroffene Person, aber auch für das gesamte Familiensystem nach sich zieht, würde die Einreichung einer Strafanzeige schwere Gewissenskonflikte bei den Sozialarbeitenden auslösen.

Antrag: Auf die Schaffung eines neuen Straftatbestandes des Sozialmissbrauchs ist zu verzichten.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.



Im Namen des Regierungsrates
Der Präsident:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Moser', written over the text 'Der Präsident:'.

Der Staatsschreiber:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Moser', written over the text 'Der Staatsschreiber:'.

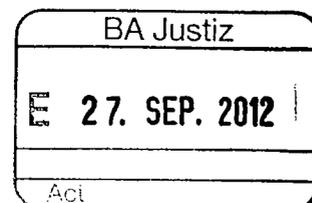
RRB Nr. 972/2012

LIESTAL, 25. September 2012



DER REGIERUNGSRAT
DES KANTONS BASEL-LANDSCHAFT

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern



Vernehmlassung zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes betreffend Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 der Bundesverfassung über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Stellungnahme und teilen inn erwähnter Angelegenheit Folgendes mit:

A. Zustimmung zur Variante 1

Im Hinblick auf die Umsetzung der so genannten "Ausschaffungsinitiative" spricht sich der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft – unter Vorbehalt der nachfolgenden Bemerkungen zum Thema Landesverweisung – für die Variante 1 aus. Diese ist ein gangbarer Weg, um den Volkswillen umzusetzen und gleichzeitig die verfassungsrechtlichen Grundsätze einzuhalten.

Im Gegensatz dazu widerspricht die Variante 2 fundamentalen rechtsstaatlichen und völkerrechtlichen Grundsätzen und lässt keinen Raum für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Daher wird die Variante 2 von uns abgelehnt.

B. Bemerkungen und Anträge zur Variante 1

1. Landesverweisung (Artikel 66a E-StGB)

Absatz 1 Einleitungssatz: Den Vorschlag, die Zuständigkeit für die Anordnung der Landesverweisung neu wieder den Gerichten zuzuweisen, lehnen wir entschieden ab. Im Jahr 2007 wurde mit gutem Grund die frühere Konkurrenzsituation zwischen der strafrechtlichen Landesverweisung einerseits und der ausländerrechtlichen Wegweisung aufgehoben. Heute erlassen die Migrationsbehörden im Rahmen des Ausländergesetzes (AuG) Wegweisungsverfügungen und beantragen beim Bundesamt für Migration Einreiseverbote. Eine erneute Zuordnung der Landesverweisung zu den Strafgerichten würde den früheren Dualismus von Migrations- und Strafbehörden wieder einführen, obwohl dies von der Sache her nicht nötig und auch nicht angebracht ist. Vielmehr würde so das Verfahren kompliziert

und Mehraufwand verursacht, was unbedingt zu vermeiden ist. Wie der Erläuternde Bericht¹ richtigerweise festhält, würde nämlich das Strafgericht für die Prüfung einer gerichtlichen Landesverweisung eine Stellungnahme des kantonalen Migrationsamts einholen und die ausländerrechtlichen Akten einsehen müssen. Hinzu kommt, dass die kantonalen Migrationsämter weiterhin für Landesverweisungen bei allen Tatbeständen zuständig wären, die nicht im Strafgesetzbuch geregelt sind. So wären also im Bereich der Landesverweisungen zwei unterschiedliche Behörden zuständig, gegen deren Verfügungen wiederum unterschiedliche Rechtswege gelten. Das ist abzulehnen.

Zudem fehlt in der Vernehmlassungsvorlage eine Regelung, wonach der Bund – analog zur Unterstützung im Rahmen des Vollzugs der ausländerrechtlichen Weg- und Ausweisung – die Vollzugsbehörden unterstützt (z.B. bei der Abklärung der Identität und Nationalität, bei der Beschaffung von Reisepapieren etc.) und die anfallenden Kosten übernimmt.

Abgesehen davon halten wir den Vorschlag, die wieder einzuführende Landesverweisung im Strafgesetzbuch zu regeln, für nicht sachgerecht. Bei der Landesverweisung handelt es sich von ihrer Konzeption her nicht um eine Strafe, sondern um eine (ausländerrechtliche Administrativ-) Massnahme, die im Ausländergesetz (AuG) zu regeln ist. Entsprechend ist die ausländerrechtliche Landesverweisung in Artikel 121 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV) festgeschrieben ist, der systematisch im 9. Abschnitt "Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern" und bewusst nicht im 10. Abschnitt "Zivilrecht, Strafrecht, Messwesen" eingeordnet ist.

Absatz 1 Buchstabe b: Unter Vorbehalt unseres Antrags 1 (siehe unten) ist zu dieser Entwurfsbestimmung anzumerken, dass in der Regel ein einfacher Einbruchdiebstahl² einer vorstrafenlosen Täterschaft nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten führt. Dies würde bedeuten, dass die Staatsanwaltschaft derartige Fälle mit ausländischer Täterschaft zwingend zur Anklage bringen müsste, damit das Strafgericht die Möglichkeit hat, über eine Landesverweisung zu befinden. Begeht aber ein/e Schweizer Bürger/-in einen einfachen Einbruchdiebstahl, kann das Verfahren mittels Strafbefehl erledigt werden. Eine solche Ungleichbehandlung wäre stossend und erscheint mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot kaum vereinbar. Die Problematik könnte gelöst werden, wenn nicht nur das Strafgericht, sondern auch die Staatsanwaltschaft (im Strafbefehlsverfahren) eine Landesverweisung anordnen könnte, oder wenn eine Gesetzesbestimmung geschaffen würde, wonach die Landesverweisung bei Freiheitsstrafen unter 6 Monaten grundsätzlich ausgeschlossen wird.

Artikel 369 Absatz 5^{bis} E-StGB bestimmt, dass Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, bis zum Tod des Betroffenen im Strafregister eingetragen bleiben. Nicht klar ist, wie dies überprüft werden soll oder ob allenfalls die Meinung besteht, dass dies gar nicht überprüft wird. Zur Klarstellung sollte eine Frist angegeben werden, wann spätestens eine automatische Löschung erfolgt, um "ewige" Strafregistereinträge vermeiden zu können.

¹ Seite 19, erster Abschnitt

² Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch

Der Kommentar zu Artikel 148a E-StGB im Erläuternden Bericht äussert sich über das Verhältnis zu den strafrechtlichen Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts dahingehend, dass diese immer dann noch zur Anwendung gelangen sollten, wenn jemand gegenüber einer Behörde unwahre Angaben macht, die Behörde dies erkennt und gleichwohl Leistungen erbringt. Allerdings fragt sich, warum eine Behörde Rechtsschutz erhalten soll, die in Kenntnis einer Täuschung gleichwohl Leistungen erbringt, was als unsorgfältiges Arbeiten zu qualifizieren ist. Mit Artikel 148a E-StGB ist der sozialversicherungsrechtliche Missbrauch nach unserer Beurteilung ausreichend und niederschwellig geregelt. Die entsprechenden Strafbestimmungen des Sozialversicherungsrecht könnten daher aufgehoben werden.

- Anträge:**
1. *Die Zuständigkeit zur Landesverweisung ist den kantonalen Migrationsämtern zuzuordnen und im Ausländergesetz (AuG) zu verankern.*
 2. *Es ist eine Gesetzesbestimmung einzufügen, wonach der Bund die kantonalen Migrationsämter unterstützt (z.B. bei der Abklärung der Identität und Nationalität, bei der Beschaffung von Reisepapieren etc.) und die Kosten übernimmt.*
 3. *Bitte um Prüfung der Bemerkungen zu Artikel 369 Absatz 5^{bis} E-StGB sowie Artikel 148a E-StGB.*

2. Aufschub des Vollzugs (Artikel 66d E-StGB)

Auch hier sind Doppelspurigkeiten zu vermeiden, weshalb unseres Erachtens die Migrationsämter – und nicht die Strafvollzugsbehörden – für den Aufschub des Vollzugs einer Landesverweisung zuständig sein müssen. Andernfalls würde eine Zweiteilung stattfinden, weil in den neu geregelten Fällen die Strafvollzugsbehörde und in allen von der Neuregelung nicht erfassten Fällen das kantonale Migrationsamt zuständig wäre (vgl. auch unsere Bemerkung zu Absatz 1 Einleitungssatz, S. 2 oben).

3. Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen (Änderung Artikel 62 AuG)

Neuer Absatz 2: Diese Änderung des AuG würde sich erübrigen, wenn für die Landesverweisung wie von uns beantragt weiterhin die Migrationsbehörden zuständig blieben und diese ihre Praxis bei Delinquenten verschärfen würden. Damit wäre der Ausschaffungsinitiative am ehesten im Rahmen des Möglichen nachgelebt. Sollte aber die Zuständigkeit für die Landesverweisung tatsächlich wie vorgesehen wieder bei den Strafgerichten angesiedelt werden, bestünde die Gefahr, dass lediglich die strafrechtlichen Komponenten berücksichtigt werden, wenn das Strafgericht von einer guten Prognose ausgeht und auf eine Landesverweisung verzichtet, während die Migrationsbehörde nicht mehr wie bisher eine andere Perspektive aus fremdenpolizeilicher Sicht einnehmen kann. Bei Zuständigkeit der Strafgerichte für die Landesverweisung wäre jedenfalls wichtig, dass die Migrationsbehörden falls nötig nachbessern können. Ein Dualismus von Migrations- und Strafbehörden bestünde ohnehin für alle nicht unter Artikel 66a Absatz 1 E-StGB fallenden Tatbestände.

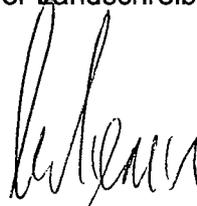
Sollte also diese Entwurfsbestimmung bestehen bleiben, müsste klar festgehalten werden, dass die zuständigen Migrationsämter weiterhin auf alle – auch die deliktischen – Vorfälle, die vor und nach dem Anlassdelikt (welches das Strafgericht vor sich hatte) aktenkundig waren, gemäss Rechtsprechung im Ausländerbereich zurückkommen können. Andernfalls könnte die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zu einer weniger strengen Praxis als heute führen, was nicht der Sinn und Zweck des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens sein kann.

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Bemerkungen dienen zu können, und danken nochmals für die Möglichkeit zur Meinungsäusserung.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrats
Die Präsidentin:

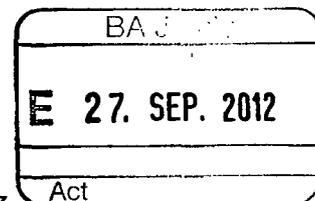


Der Landschreiber:



Justiz- und Sicherheitsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 59 17
Telefax 041 228 67 27
justiz@lu.ch
www.lu.ch



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Luzern, 25. September 2012

Protokoll-Nr.: 1061

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 hat uns das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement Gelegenheit gegeben, uns zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 - 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) zu äussern. Im Namen und Auftrag des Regierungsrats nehmen wir innert angesetzter Frist zu den Vernehmlassungsunterlagen wie folgt Stellung:

A. Vorbemerkungen

Der Bundesrat hat sich gestützt auf die Vorarbeiten der eingesetzten Arbeitsgruppe entschieden, die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) und im Militärstrafgesetz (MStG) zu regeln. Es ist zu bedauern, dass im Rahmen der Vernehmlassung nicht auch die ebenfalls in der Arbeitsgruppe diskutierte Variante der möglichen Umsetzung im Ausländerrecht mitgeprüft werden können. Es ist indessen nachvollziehbar, dass aus politischen Gründen der Variante des Initiativkomitees eine analog auch im StGB verankerte und damit im Strafverfahren abzuwickelnde Alternativvariante gegenübergestellt worden ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Umsetzung des Initiativbegehrens im Strafrecht nicht nur mit Vorteilen verbunden ist. Diese Variante zwingt die Strafbehörden, in einem bisher nicht betreuten Teilsachgebiet Entscheidungen zu treffen. Sie werden voraussichtlich darauf angewiesen sein, bei der mit dem Vollzug des Ausländerrechts vertrauten Behörde in Form von Mitberichten Fachwissen (zum Beispiel bei Vorliegen von Rückschaffungshindernissen, aktuelle Ländersituation) abzurufen, wodurch die Strafverfahren länger dauern können. Der Vollzug wird komplizierter ausfallen, wenn sich beispielsweise nach dem Strafurteil in der Ländersituation eine wesentliche Änderung ergibt.

B. Bewertung der Varianten

Mit Variante 1 (Kommissionsmehrheit) wird eine Regelung vorgelegt, die den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien bestmöglichst Rechnung trägt. Wir befürworten diese Variante 1 als eine taugliche Kompromisslösung bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative. Variante 2 nimmt Widersprüche zu fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen und zum Völkerrecht in Kauf und lässt für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des zwingenden Völkerrechts keinen Raum, weshalb wir sie in dieser Form ablehnen.

1. Automatismus

Variante 2 will nach den Angaben, welche das Initiativkomitee im Vorfeld der Abstimmung gemacht hat, wonach nur "schwere Verbrechen" zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen (siehe erläuternder Bericht S. 34) eine Regelung einführen, welche völlig unbesehen der Verhältnisse im Einzelfall einen Landesverweisungsautomatismus schafft, der auch bei leichten Verbrechen und Vergehen greift, die eine Massnahme mit derart weitgehenden Konsequenzen schlicht nicht rechtfertigen können. So müsste in extremis beispielsweise ein Ausländer, der vereinzelt Bilder pornographischen Inhalts vom Internet auf die Festplatte seines Computers heruntergeladen hat, der im Übrigen jahrelang beanstandungslos in der Schweiz gelebt hat, keinerlei Vorstrafen aufweist, beruflich, sozial und familiär gut integriert ist, im Falle eines Schuldspruchs selbst dann zwingend des Landes verwiesen werden, wenn das Gericht wegen Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen von einer Bestrafung Umgang nähme. Ein berechtigtes Interesse an einer so anzuwendenden Massnahme ist nicht ersichtlich.

2. Aufhebung des Verhältnismässigkeitsprinzips

Variante 2 hebt ohne zwingenden Grund für einen Teilbereich der Schweizerischen Rechtsordnung das grundlegende Prinzip der Verhältnismässigkeit auf, dem namentlich auch auf dem Gebiet der strafrechtlichen Massnahmen, zu denen die Landesverweisung offenbar zählen würde, ganz besondere Bedeutung zukommt. Der Landesverweisungsautomatismus ist offensichtlich oberstes Gebot; es genügt bereits, wenn der Täter - unabhängig der konkreten Schwere einer Straftat - wegen einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat verurteilt wird (Art. 73a Abs. 1). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein solcher Systembruch zur Wahrung der Rechts- und Friedensordnung in der Schweiz erforderlich sein sollte. Demgegenüber bemüht sich Variante 1, dem Gebot der Verhältnismässigkeit möglichst ausgewogen gerecht zu werden. Ist von einer Strafe Umgang zu nehmen, so entfällt auch die Möglichkeit einer Landesverweisung. Erweist sich das Verschulden im konkreten Fall als nicht so gravierend, dass eine erhebliche Strafe ausgesprochen werden muss, ist im Regelfall von einer Landesverweisung abzusehen, doch kann eine Interessenabwägung ausnahmsweise dennoch eine solche indizieren. Muss eine erhebliche strafrechtliche Sanktion greifen, so ist prinzipiell eine Landesverweisung auszusprechen, von der ausnahmsweise abgesehen werden kann, wenn diese unzumutbar erscheint (Art. 68a Abs. 2). Eine Prüfung der Verhältnismässigkeit kann den Gerichten durchaus zugetraut werden, umgekehrt zeugt der Ausschluss jeglicher Verhältnismässigkeitprüfung durch die Gerichte beziehungsweise der Staatsanwaltschaft gemäss Variante 2 wohl auch von einem grundlegenden Misstrauen gegenüber der Justiz, was nicht gerechtfertigt ist. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Justiz bei der Zumessung der Strafe aber trotzdem das Verhältnismässigkeitsprinzip anzuwenden hat, auch wenn sie dies im Massnahmenbereich nicht mehr anwenden dürfte. Das zeigt, dass die teilweise Ausserkraftsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu unerklärlichen Resultaten führen kann.

3. Strafbefehlsverfahren oder Gerichtsverfahren

Die Variante 2 sieht explizit vor, dass eine Landesverweisung auch in einem Strafbefehlsverfahren durch die Staatsanwaltschaft verfügt werden kann. Diese den Staatsanwältinnen und Staatsanwälten uneingeschränkt eingeräumte Kompetenz widerspricht der Regelung der geltenden Schweizerischen Strafprozessordnung, welche die Verhängung der einschneidenden Massnahmen (Art. 59 - 64 StGB) dem Verfahren vor Gerichten vorbehält. Die Landesverweisung, deren Mindestdauer fünf und deren Höchstdauer zwanzig Jahre betragen soll, ist zweifelsfrei eine einschneidende strafrechtliche Massnahme, welche nicht unbedingt zu einem auf eine rasche Erledigung ausgerichteten, eine staatsanwaltschaftliche Anhörung der beschuldigten Person nicht erfordernden Verfahren passt. Wenn schon eine Landesverweisung als strafrechtliche Massnahme im Strafverfahren wieder eingeführt werden soll, so darf man sich fragen, ob eine solche nicht in der Regel in einem kontradiktorischen, gerichtlichen Verfahren ausgesprochen werden sollte.

Nach dem Deliktskatalog soll eine Landesverweisung auch bei den im Kompetenzbereich des Staatsanwalts beziehungsweise der Staatsanwältin liegenden Straftaten ausgesprochen werden (beispielsweise Diebstahl, Betrug, Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz). Wenn in solch leichteren Fällen der Staatsanwalt beziehungsweise die Staatsanwältin im Strafbefehlsverfahren diese Massnahme aussprechen soll, so sollte in diesen Fällen konsequenterweise wie bezüglich des Strafmasses die Dauer der aussprechbaren Landesverweisung in Bezug auf die Mindest- und Höchstdauer umfangmässig eingeschränkt werden. Wird im Strafbefehlsverfahren eine Landesverweisung ausgesprochen, wird mit Sicherheit vermehrt mit Einsprachen beziehungsweise eventuell doch mit einem Gerichtsverfahren zu rechnen sein.

4. Landesverweisung im Jugendstrafrecht

Was die Landesverweisung für Jugendliche im Besonderen betrifft, so scheint die Variante 2 die Jugendstrafrechtspflege nicht auszunehmen, was aus verschiedenen Gründen problematisch ist. Das als Täterstrafrecht ausgestaltete Jugendstrafrecht orientiert sich bei den Sanktionen nicht ausschliesslich am Delikt, sondern vor allem an der Person des Jugendlichen. Deshalb kann zum Beispiel bei einem Jugendlichen mit einer gestörten Persönlichkeitsentwicklung eine stationäre Massnahme angeordnet werden, obschon der Jugendliche lediglich Übertretungen begangen hat. Selbst bei Vergehen und Verbrechen liegt nur in Ausnahmefällen eine hohe kriminelle Energie vor, die einer drastischen Bestrafung bedarf. Eine Landesverweisung wäre in den meisten Fällen eine massiv überrissene Sanktion, die sich im Vergleich zu den anderen Sanktionen nicht rechtfertigen liesse. Der Zweckartikel des Jugendstrafrechts (Schutz und Erziehung, Art. 2 Abs. a Jugendstrafgesetz, JStG) würde bei ausländischen Jugendlichen praktisch aufgehoben, da sich eine Landesverweisung nur am Delikt orientiert und zwingend anzuwenden ist. Bei Jugendlichen stellt sich ausserdem die grundsätzliche Frage nach der Verhältnismässigkeit eines derart massiven Eingriffs noch deutlicher als bei Erwachsenen. Sie sind in ein familiäres System eingebunden, haben nicht selten ihr ganzes bisheriges Leben in der Schweiz verbracht und kennen allenfalls ihr Ursprungsland - wenn überhaupt - nur von Ferienaufenthalten. Es stellt sich die Frage, ob die sogenannten "Secondos" (Ausländer der zweiten Generation), die bereits durch einen einfachen Einbruchdiebstahl zwingend des Landes verwiesen werden müssten, auch darunter fallen würden. Unbeantwortet bleibt die Frage, wohin Unmündige gehen müssten, wenn die restliche Familie in der Schweiz verbliebe. Die Verhältnismässigkeit wäre offensichtlich nicht mehr gegeben, wenn die Landesverweisung im Jugendstrafrecht auch gelten würde, insbesondere im vorgesehenen Automatismus nach Variante 2. Variante 1 lässt die Frage des

Landesverweises für Jugendliche offen und erlaubt es, in Auslegung des im Jugendstrafgesetz geltenden Grundsatzes der täterorientierten Sanktionierungen, darauf zu verzichten. Wir würden es begrüssen, wenn der Gesetzestext von Variante 1 diesbezüglich noch Klarheit schaffen würde.

5. Konsequenzen bei staatsvertraglichen Verpflichtungen

Variante 2 nimmt Konflikte mit staatsvertraglichen beziehungsweise völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche die Schweiz eingegangen ist, unweigerlich in Kauf, während die diesbezüglichen Friktionen bei Variante 1 einigermaßen eingeschränkt sein dürften. Die Konsequenzen, welche derartige Konflikte haben können, sind nicht klar absehbar. Wir erachten die Vereinbarkeit der Vorlage mit dem Völkerrecht und den internationalen Verträgen als sehr wichtig. Im Asylwesen wäre die Kündigung der Schengen/Dublin-Abkommen ein grosser Nachteil. Dadurch würde beispielsweise die Möglichkeit des Fingerabdruckvergleichs über den Eurodac wegfallen und es müsste bei den meisten Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller ein aufwändigeres Asylverfahren durchgeführt werden. Das hätte zur Folge, dass sowohl durch das Bundesamt für Migration als auch die Kantone mit aufwändigeren Vollzugs- und Rückführungsverfahren belastet würden. Variante 2 nimmt indessen solche Konflikte leichtfertig in Kauf. Wir sehen die Notwendigkeit dazu nicht ein. Es fehlt schlichtweg ein schützenswertes öffentliches Interesse, die Initiative in einer solchen Rigidität umzusetzen. Der Gesetzgeber muss sich dieser Konsequenzen bewusst sein, wenn er eine solche Linie einschlagen will.

6. Ergänzung mit einem neuen Straftatbestand

Wir begrüssen den vorgeschlagenen neuen Straftatbestand des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe. Beide Varianten sehen bei einem missbräuchlichen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe eine Freiheitsstrafe vor. Der neue Missbrauchsartikel ist ein vernünftiger Auffangtatbestand für missbräuchliche Bezüge von Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen, bei denen im Einzelfall ungewiss ist, ob das für die Erfassung von Betrug massgebliche Element der Arglist erfüllt ist oder nicht. Die Trennlinie zwischen gewöhnlicher und arglistiger Irreführung ist oft unscharf, der Übergang von noch gerade nicht arglistigem zu bereits arglistigem Verhalten ist dabei gleitend. Durch nicht arglistige Irreführungen können zuweilen beträchtliche Schädigungen entstehen und grosse Beträge erlangt werden. Angesichts der Tatsache, dass die missbräuchlichen Bezüge nicht mit Arglist erwirkt worden sind, erscheint ein Strafrahmen mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr angemessen; sollte allerdings nur eine kleine Schädigung vorliegen, dürfte mangels arglistigem Verhalten dieser Straftatbestand auch als blosser Übertretungstatbestand genügen, womit bloss eine Busse auszusprechen wäre.

In Variante 1 ist eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und in Variante 2 eine solche bis zu drei Jahren vorgesehen. Auch wenn wir eine Verschärfung der Sanktionen im Bereich des Sozialversicherungs- und Sozialhilfemissbrauchs durchaus begrüssen, erachten wir den Strafrahmen in Variante 1 bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe als angemessen. Wir sind der Ansicht, dass indessen bereits mit der strafrechtlichen Ausweitung der Ausweisungsmöglichkeit beim Sozialhilfemissbrauch Signalwirkung zukommen wird.

C. Weitere Bemerkungen

1. Eine drohende Landesverweisung stellt zweifellos eine einschneidende Massnahme dar. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Artikel 130 StPO nicht in dem Sinne ergänzt werden müsste, wonach bei einer drohenden Landesverweisung notwendigerweise ein amtlicher Verteidiger beziehungsweise eine amtliche Verteidigerin zu bestellen wäre.
2. Nach dem erläuternden Bericht kann der Vollzug der Landesverweisung bei vorliegendem eines Aufschubgrundes von Artikel 83 Absatz 4 AuG (Unzumutbarkeit des Vollzugs wegen Krieg, Bürgerkrieg usw.) eine Verletzung des Verbots unmenschlicher Behandlung darstellen. Wir sind der Ansicht, dass in Artikel 66d des Entwurfes auch der Aufschubgrund von Artikel 83 Absatz 4 AuG zumindest in fakultativer Form aufzunehmen ist.
3. Bei beiden Varianten fehlt beim Einbruchsdiebstahl (Art. 139) der Hinweis, dass es auf die Stellung eines Strafantrages beim Hausfriedensbruches und/oder Sachbeschädigung nicht ankommen kann. Andernfalls wäre es einem überführten Täter beziehungsweise einer überführten Täterin möglich, einer Ausschaffung zu entgehen, indem er beziehungsweise sie den Rückzug eines Strafantrages quasi "erkauft".
4. Nach den Erläuterungen sollen im Deliktskatalog der Varianten 1 und 2 insbesondere die in der Verfassung erwähnten "Gewaltdelikte" im Vordergrund stehen; es wird ausgeführt, dass der Begriff "Gewaltdelikte" nicht definiert ist. Weshalb in den Deliktskatalogen unter den Gewaltdelikten die Bestimmung von Artikel 285 StGB "Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte" dabei nicht erfasst werden soll, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht begründet. Es wird nirgends erwähnt, weshalb gerade auf diese Bestimmung verzichtet werden soll. Wir sind der Meinung, dass diese Bestimmung ebenfalls in den Deliktskatalog aufgenommen werden müsste.
5. Nach dem erläuternden Bericht sollen Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, deswegen bis zum Tod des Betroffenen eingetragen bleiben, weil eine ausländische Person im Wiederholungsfall zu einer qualifizierten Landesverweisung verurteilt werden kann. Es bestehen Zweifel, ob die wenigen, für die Gerichtspraxis kaum Relevanz aufweisenden Fälle tatsächlich rechtfertigen, dass Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, bis zum Tod der oder des Betroffenen im Strafregister eingetragen bleiben. Es stellt sich die Frage, wie die schweizerischen Behörden den Tod der betroffenen Person aus dem Ausland erfahren, wenn eine Landesverweisung bis zu dessen Tod im Strafregister eingetragen bleiben soll. Wenn eine Migrationsbehörde eine administrative Ausweisung verfügt hat, besteht nach Artikel 18 Absatz 5 der Verordnung über das zentrale Migrationsinformationsregister folgende Regelung: "Bestand in einem Fall nach Absatz 4 Buchstabe d eine Entfernungs- oder Fernhaltemassnahme, so werden die Personendaten frühestens fünf Jahre nach Ablauf dieser Massnahme gelöscht". Es zeigt sich, dass im Vergleich zum Ausländerrecht im Strafrecht eine recht unterschiedliche Regelung geschaffen werden soll. Wir sind der Ansicht, dass eine Regelung, wonach Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, 20 Jahre nach Ablauf der Landesverweisung zu entfernen sind, den Bedürfnissen der Praxis genügen dürfte.

Nach dem erläuternden Bericht ist nicht klar, ob eine in Rechtskraft erwachsene ausländerrechtliche Wegweisung auch als Landesverweisung zu betrachten ist, wonach im Wiederholungsfall die Strafbehörde eine qualifizierte Landesverweisung auszusprechen hat. Andernfalls wird die ausländerrechtliche Wegweisung zu einer Fernhaltemassnahme zweiter Kategorie degradiert. Das kann nicht sein, sind doch die kantonalen Migrationsbehörden nach geltendem Ausländerrecht weiterhin berechtigt, ausländerrechtliche Wegweisungen vorzunehmen. Das Nebeneinander der ausländerrechtlichen Wegweisung und der strafrechtlichen Landesverweisung muss rechtlich auf der gleichen Stufe möglich sein. Im

Weiteren stellt sich die Frage, ob die strafrechtliche Landesverweisung wie die ausländerrechtliche Wegweisung auch als Fernhaltungsmassnahme ins zentrale Migrationsinformationsregister (ZEMIS) aufgenommen werden wird, wenn ja, nach welchen Kriterien in diesem Register die Löschung zu erfolgen hat. Auch im Registerrecht zeigt sich, wie weit die ausländerrechtliche Wegweisung von der geplanten strafrechtlichen Landesverweisung auseinanderklafft, von einem Nebeneinander der beiden ausländerrechtlichen Massnahmen kann so keine Rede sein. Es zeigt sich deutlich, dass die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im Strafrecht nicht nur Vorteile, sondern auch neue Fragen aufwirft. Das Nebeneinander von ausländerrechtlichen Wegweisung und strafrechtlicher Landesverweisung ist jedenfalls nicht vollständig geklärt.

6. Kantonale Migrationsbehörden werden auch inskünftig ausländerrechtliche Wegweisungen vorzunehmen haben, wenn nicht strafrechtliche Aspekte zu einer Landesverweisung führen, sondern ausländerrechtliche Aspekte, beispielsweise wenn jemand im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat oder wenn jemand eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht eingehalten hat. Wenn das Gericht die ausländerrechtlichen Aspekte im Strafverfahren nicht prüfen kann, weil diese Aspekte für den Strafrechtsentscheid nicht von Bewandnis sind, stellt sich die Frage, ob die kantonale Migrationsbehörde die ausländerrechtlichen Aspekte im Rahmen einer Wegweisung neu aufrollen darf, ohne gegen den Grundsatz von "ne bis in idem" zu verstossen (vgl. Art. 62 Abs 2 und Art. 63 Abs. 3 AuG). Es kann nicht sein, dass eine kantonale Migrationsbehörde beispielsweise eine Aufenthaltsbewilligung neu erteilen müsste, wenn die Strafbehörde in ihrem Verfahren gerade keine Landesverweisung ausgesprochen. Während bei der Landesverweisung strafrechtliche Gesichtspunkte massgebend sind, beruht die ausländerrechtliche Wegweisung auf ausländerrechtlichen Kriterien, namentlich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Eine Regelung, wonach die kantonale Migrationsbehörde eine Person nicht mehr ausländerrechtlich wegweisen dürfte, wenn das Gericht in Bezug auf dieselben Delikte von einer Landesverweisung abgesehen hat, käme einer offensichtlichen Privilegierung von Straftäterinnen und Straftätern gegenüber andern Ausländerinnen und Ausländern gleich, welche wegen anderen, allenfalls geringfügigeren Vorkommnissen ausländerrechtlich weggewiesen würden. Diese Privilegierung ist gesetzlich dann vorgesehen, wenn nach Artikel 66a Absatz 4 StGB ein Ausländer oder eine Ausländerin im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird; wird er beziehungsweise sie wegen eines geringen Anteils von Straftaten, welche zu einer Landesverweisung führen können, gerade nicht mit einer Landesverweisung belegt, so soll die kantonale Migrationsbehörde einen Widerruf nach Artikel 62 Absatz 2 und 63 Absatz 3 AuG nicht mehr prüfen dürfen. Mit dieser Regelung wird der Vollzugs des Ausländerrechts sogar erschwert.

7. Wir stimmen dem erläuternden Bericht zu, wonach die Bestimmung von Artikel 291 StGB den Erlass einer neuen Bestimmung bei Missachtung eines Einreiseverbotes überflüssig macht.

8. Der erläuternde Bericht bleibt recht unbestimmt in Bezug auf die Folgen, die das neue Recht für die Kantone haben wird. Für die Justiz gehen wir von einem Mehraufwand aus, da eine beträchtliche Anzahl von Verfahren, welche bisher im kostengünstigen Strafbefehlsverfahren hat erledigt werden können (primär Eindrudhdiebstahl), nun wegen der Möglichkeit einer Landesverweisung im aufwändigeren gerichtlichen Verfahren behandelt werden müssen. Sowohl bei Variante 1 wie auch bei Variante 2 wird es generell zu aufwändigeren und damit kostspieligeren Verfahren kommen, weil sich die Strafbehörden mit Sachfragen befassen müssen, die nicht ihre Kernkompetenz beschlagen. Die zuständigen Strafbehörden müssen in Amtsberichten bei den Migrationsbehörden im Einzelfall die entsprechenden Auskünfte einholen. Von einer Landesverweisung bedrohte Beschuldigte haben nach Massgabe der

aktuellen Rechtssprechung auf jeden Fall Anspruch auf Verteidigung. Insgesamt führt dies in der Justiz zu einem Mehraufwand, welcher nicht unterschätzt werden darf.

9. Gesamthaft begrüßen wir die Fernhaltung von straffälligen Ausländerinnen und Ausländern. Es ist im öffentlichen Interesse und damit auch im Interesse der grossen Mehrheit der ausländischen Wohnbevölkerung, die sich hier wohl verhält, dass gegenüber straffälligen Ausländerinnen und Ausländer eine konsequente Haltung angewendet wird.

Wir hoffen, dass Sie unsere Überlegungen in der weiteren Bearbeitung dieser Vorlage angemessen berücksichtigen.

Freundliche Grüsse



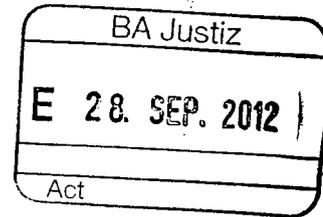
Yvonne Schärli-Gerig
Regierungspräsidentin



CH-6061 Sarnen, Postfach 1562, Staatskanzlei

A-Post

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Direktion Strafbereich
Bundesrain 20
3003 Bern



Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.1225
Unser Zeichen: cb

Sarnen, 26. September 2012

**Vernehmlassung zur Umsetzung von Art. 12 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller
Ausländerinnen und Ausländer**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung zu den Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärgesetzes über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer. Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

Grundsätzlich unterstützen wir die Bestrebungen, bei der Umsetzung der „Ausschaffungsinitiative“ den Volkswillen zu respektieren und gleichzeitig den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien soweit möglich Rechnung zu tragen. In diesem Sinne unterstützen wir die vorgeschlagene Variante 1, unter Vorbehalt der nachfolgenden Änderungs- bzw. Ergänzungsanträge:

1. Variante 1 ist dahin gehend zu ergänzen, dass Personen, die **wiederholt** Delikte begehen, für welche das Gericht im Einzelnen eine Strafe von weniger als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätze Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnützige Arbeit ausspricht, des Landes verwiesen werden. Die vorgeschlagene Bestimmung von Art. 66b regelt nur den Wiederholungsfall, wenn jemand bereits mit einer Landesverweisung belegt ist und eine neue Straftat begeht. Diese Regelung geht zu wenig weit. Es ist wichtig und notwendig ein deutliches Zeichen im Bereich der sogenannten „Kleinkriminalität“ zu setzen, wenn es sich um Wiederholungstäter handelt. Die vorgeschlagene Verhängung einer Mindeststrafe im Sinne von 66a Abs. 2 soll im Wiederholungsfall daher nicht mehr zu Anwendung kommen.
2. Die Landesverweisung soll nicht nur vom Gericht sondern auch von der Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden können. Dabei hat die Staatsanwaltschaft die Gründe zu prüfen, die der Anordnung einer Landesverweisung entgegenstehen könnten. Der Rechts-

schutz der Betroffenen ist mit der Möglichkeit der Einsprache gegen den Strafbefehl ausreichend gewährleistet.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

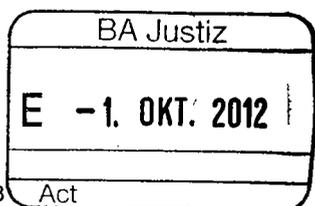

Franz Enderli
Landammann


Dr. Stefan Hossli
Landschreiber

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

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



Réf. : PM/15012168

Lausanne, le 26 septembre 2012

Consultation – Code pénal et code pénal militaire (mise en œuvre des dispositions constitutionnelles relatives au renvoi des étrangers criminels (art. 121 al. 3 à 6 Cst))

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud a pris connaissance des documents que vous lui avez adressés et vous remercie de l'avoir consulté. Après avoir mené une consultation auprès de nombreux organismes du Canton, il vous transmet, ci-après, sa prise de position sur les deux variantes de modifications du code pénal et du code pénal militaire proposées en vue de mettre en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 de la Constitution fédérale (Cst) relatif au renvoi des étrangers criminels.

I. REMARQUES GENERALES

Le Gouvernement vaudois salue l'opportunité offerte ainsi aux cantons et à leurs organismes directement concernés par la mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst de s'exprimer à ce sujet.

De manière générale, le Conseil d'Etat estime qu'il est primordial que la mise en application des nouvelles dispositions constitutionnelles respecte le cadre constitutionnel en vigueur, ainsi que les traités internationaux ratifiés par la Confédération, notamment dans un souci de crédibilité de notre pays sur la scène internationale. Sous cet angle, il approuve, de manière générale, la variante 1 qui concilie au mieux le caractère automatique de l'expulsion voulu par l'initiative, les principes constitutionnels ainsi que les droits de l'Homme garantis pas le droit international.

Par ailleurs, le Gouvernement vaudois relève que la charge financière et de travail que représente pour le canton la mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst influence aussi de manière sensible sa prise de position. En effet, la variante 1 est privilégiée à plusieurs égards, vu l'ampleur des coûts et des activités générés par la mise en œuvre des expulsions selon l'évaluation fournie à ce sujet pour chacune des variantes dans le Rapport explicatif (chap. 3.1.2 et 3.1.3). Ainsi, même en retenant cette variante minimale en termes de conséquences, le nombre d'expulsions devrait plus que quadrupler, augmentant d'autant les activités des autorités cantonales compétentes dont les effectifs devront dès lors être revus à la hausse, non seulement dans le domaine de la police des étrangers mais également parmi les forces de l'ordre affectées

à l'exécution des renvois, voire dans l'ordre judiciaire appelé à prononcer les expulsions et à traiter les inévitables recours. A cela s'ajoute la problématique de la pénurie de places de détention. Celle-ci est telle qu'une augmentation même modérée du nombre de détenus rendra vraisemblablement nécessaire la construction d'un nouveau centre de détention administrative. De même, du fait de l'augmentation vraisemblable des cas de ruptures de ban (art. 291 CP), ainsi que, plus généralement, du nombre de renvois à exécuter par les forces de l'ordre, les zones carcérales de la police – déjà aussi surchargées que les zones « Night Stop » des aéroports de Cointrin et Zürich et autres lieux de détention administrative – devront être capables de faire face à une hausse significative des situations de transit des personnes concernées ; par conséquent, de nouvelles places devront aussi y être créées. C'est le lieu de relever que le Rapport explicatif se contente de ranger une grande part de ces frais supplémentaires – en particulier ceux liés à la détention administrative et à l'octroi de l'aide d'urgence – parmi les conséquences pour les seuls cantons et communes (cf. chap. 3.2.2 et 3.2.3).

Par conséquent, le Conseil d'Etat vaudois demande à la Confédération d'évaluer aussitôt que possible, soigneusement et en collaboration avec les cantons les charges de travail, financières et structurelles qui seront induites par cette future mise en œuvre et de participer à l'augmentation des frais qui en résulte en répartissant ces coûts entre les cantons et la Confédération.

Au surplus, et bien que cette question ne fasse pas directement l'objet de la présente consultation, le Conseil d'Etat relève tout de même que selon plusieurs organismes cantonaux consultés, les dispositions mettant en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 Cst devraient figurer dans la législation sur les étrangers plutôt que dans le code pénal.

II. REMARQUES PARTICULIERES

A. Sur la variante 1

Ces diverses remarques ont trait au contenu ou à la teneur – selon la variante 1 – des dispositions spécifiques de l'avant-projet du code pénal (ci-après : AP-CP) et du code pénal militaire (CPM), ainsi que des modifications du droit en vigueur, notamment de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi), du code de procédure pénale (CPP), de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM), de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA) et de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de la police de la Confédération (LSIP).

Art. 66a AP-CP (Expulsion, conditions)

Vu que les nouvelles dispositions introduites dans le CP attribuent de nouvelles compétences au juge pénal, le Conseil d'Etat suggère d'introduire une obligation pour celui-ci de consulter les autorités de police des étrangers afin d'assurer une cohérence entre les mesures prises de part et d'autre.

De plus, il faudrait examiner la nécessité de limiter la liste des infractions susceptibles d'entraîner une expulsion automatique fondée sur l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. au regard du principe de proportionnalité. Il peut ainsi s'avérer disproportionné que le vol en lien avec

une violation de domicile (art. 66a al. 1 let. b AP-CP), poursuivie sur plainte uniquement, puisse donner lieu à une expulsion automatique. Il apparaît premièrement inopportun de mettre cet état de fait sur un pied d'égalité avec un viol ou la traite d'êtres humains. De plus, une expulsion automatique pourrait dans ces conditions dépendre uniquement de la volonté du lésé de porter plainte.

Art. 66c al. 1 AP-CP (Moment de l'exécution)

Il conviendrait de préciser quel serait le moment de l'expulsion en cas de condamnation à une peine assortie du sursis. L'introduction de l'octroi du sursis comme motif de renoncement à l'expulsion automatique devrait être envisagé à l'art. 66a AP-CP. En effet, si une fois le délai de probation de 2 à 5 ans écoulé, l'expulsion est exécutée en application de l'art. 66c AP-CP, cela pourrait entrer en contradiction avec les conditions d'octroi du sursis.

De plus, on peut se demander quel serait le sentiment de justice du condamné lorsque la période probatoire de 2 à 5 ans se serait écoulée sans qu'il ne commette de nouvelle infraction et qu'il serait tout de même, au terme de celle-ci, expulsé du territoire suisse après y avoir vécu librement durant cette période.

Lien entre les art. 66a al. 2 à 4 et 66d AP-CP (Conditions et report de l'expulsion)

Bien que la variante 1 tienne compte de manière proportionnée de la peine et de la situation personnelle de l'étranger concerné par une mesure d'expulsion en permettant au juge de renoncer à une expulsion automatique (art. 66a al. 2 à 4 AP-CP) ou en la reportant (art. 66d AP-CP), il n'apparaît pas exclu qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux du prévenu tels que protégés par le droit international.

Il faudrait ainsi, lorsqu'il est décidé de reporter l'exécution d'une expulsion, qu'une autorisation provisoire soit délivrée afin de régulariser temporairement la situation de l'étranger dans la mesure où il ne devrait pas être prévu de maintenir une personne sans statut en Suisse.

S'agissant de l'art. 66a al. 4 AP-CP qui vise les cas où une procédure pénale porte sur plusieurs infractions, il risque de s'avérer très délicat à mettre en application. En effet, alors que les jugements actuels ne comportent pas de justification de la peine attribuée à chaque infraction en pareils cas, le juge devra fixer la peine imputable uniquement aux infractions justifiant une expulsion, ce qui conduira à remettre en question la motivation de cette mesure dans les recours qui ne manqueront pas d'être déposés contre le renvoi.

De plus, l'avant-projet ne comporte aucune disposition relative aux cas de concours rétroactif, ce qui soulève un certain nombre de questions : faut-il en déduire que l'art. 49 CP s'applique sans restriction, de sorte qu'un prévenu devrait être expulsé lorsque, nonobstant le prononcé d'une peine inférieure à 6 mois complémentaire à une peine antérieure du même ordre, la peine totale excède 6 mois ? La loi présente une lacune sur ce point, de même que sur la détermination du juge chargé de la motivation prévue par l'art. 66a al. 4 AP-CP en pareil cas.

Art. 61 al. 1 let. e LEtr et art. 64 al. 1 let. e LAsi (Fin de l'autorisation de séjour)

Il est là aussi nécessaire de prendre en compte et de trouver une solution satisfaisante permettant de gérer les cas où un étranger est privé de son droit de séjour en Suisse tout en étant inexpulsable. Dans ce cas de figure et à long terme, le régime de détention pour des motifs de sûreté, tel qu'introduit à l'art. 220 al. 2 CPP, ne serait certainement pas satisfaisant.

Art. 148a AP-CP (Obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale)

Il conviendra de veiller à ce que l'application de l'art. 148a AP-CP soit cohérente au regard des dispositions pénales existantes en matière d'assurances sociales et d'aide sociale contenues notamment dans la LAsi et la DPA et qui s'appliquent par renvoi de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Il faudrait également examiner si, au regard des dispositions pénales figurant dans les lois régissant l'aide sociale et les assurances sociales, cette disposition est bien nécessaire, et ce, d'autant plus qu'elle ne s'appliquerait pas aux étrangers mais à quiconque. Comme exposé dans le rapport explicatif au pt. 2.1.5.6, cette nouvelle disposition a un champ d'application plus restreint que les dispositions du droit des assurances sociales. Toutefois, en application de ces dispositions, lorsqu'un comportement entrera dans le champ d'application de celle-ci, la peine étant plus sévère, l'art. 148a AP-CP s'appliquerait. Il se pourrait ainsi qu'en fonction des dispositions respectivement applicables, des peines paraissent comparativement incohérentes.

De plus, au vu de la systématique du code pénal, il paraît plus judicieux de placer cette nouvelle infraction dans un art. 146a CP, compte tenu de son apparentement avec l'escroquerie.

Art 369 al. 5 bis AP-CP (Inscription au casier judiciaire de l'expulsion)

Il y a lieu de se demander si l'inscription à vie au casier judiciaire d'une expulsion pénale pourrait être considérée comme une mesure excessive à l'égard des étrangers. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité de stigmatiser de la sorte les ressortissants étrangers. Il pourrait plutôt être prévu que l'expulsion reste inscrite pendant une période égale à sa durée, ce qui permettrait de tenir compte de la gravité de l'infraction commise.

B. Sur la variante 2

Les remarques suivantes portent à titre subsidiaire sur la variante 2, pour le cas où celle venait à être retenue.

Art. 73a AP-CP (Conditions)

Le renvoi automatique pour les infractions graves comme pour les infractions légères (y compris les cas bagatelle), ne respecte ni le principe de la proportionnalité, ni les droits fondamentaux tels que garantis par les traités internationaux. De plus, une large application des expulsions automatiques engendrerait un surcroît de travail important

pour les autorités pénales dans la mesure où les prévenus useraient très probablement de tous les moyens procéduraux possibles afin d'échapper à une condamnation fondée sur l'une de ces infractions, à quoi s'ajoute la prise en charge carcérale des personnes concernées par les cantons.

CPM

Dans cette variante et en l'absence d'explication sur ce point dans le Rapport explicatif, des dispositions de mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst paraissent également devoir figurer dans le code pénal militaire.

CP, LEtr et LAsi

Une réglementation complète du processus d'expulsion ainsi que des adaptations du CP (notamment en ce qui concerne le casier judiciaire), du DPMIn, de la LEtr et de la LAsi semblent également nécessaires dans cette variante pour clarifier la situation juridique dans ces différents domaines.

III. CONCLUSIONS

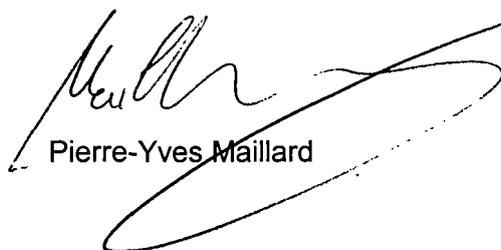
En conclusion, le Conseil d'Etat vaudois se prononce, sous réserve des remarques exposées ci-dessus (cf. supra II.A), en faveur de la variante 1 de l'Avant-projet de révision du code pénal et du code pénal militaire mettant en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 Cst relatif au renvoi des étrangers criminels. En outre, et quelque soit la variante retenue, il invite résolument les autorités fédérales à évaluer aussitôt que possible et conjointement avec les cantons les conséquences financières et structurelles de la mise en œuvre de ces dispositions et à prévoir une répartition équitable entre la Confédération et les cantons des charges supplémentaires qui en résultent.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT

LE CHANCELIER



Pierre-Yves Maillard



Vincent Grandjean

Copies :

- OAE
- SJL

numero			Bellinzona
5320	fr	3	27 settembre 2012

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

BA Justiz
E -1. OKT. 2012
Act

Ufficio federale di giustizia
Ambito direzionale
Diritto penale
Bundesrain 20
3003 Berna

Procedura di consultazione concernente la modifica del Codice penale svizzero e del Codice penale militare (attuazione dell'art. 121 cpv. 3-6 Cost. sull'espulsione di stranieri che commettono reati)

Gentili Signore, egregi Signori,

abbiamo ricevuto la lettera del 25 maggio 2012 del Dipartimento federale di giustizia e polizia in merito alla summenzionata procedura di consultazione, e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro giudizio, formuliamo le osservazioni seguenti.

Innanzitutto, rileviamo che – come d'altronde è evidenziato nel rapporto esplicativo – la variante 1 è più completa, poiché include anche la proposta di adeguamento delle disposizioni sul casellario giudiziale e delle norme che figurano in altre leggi federali, in particolare in quelle in materia di stranieri e di asilo.

Il punto centrale delle proposte è il catalogo dei reati che conducono o possono condurre all'espulsione dalla Svizzera. Da questo punto di vista, a nostro avviso, è preferibile la variante 2, seppur con qualche correzione. Questa variante corrisponde in misura maggiore, a nostro avviso, alla volontà manifestata dal Popolo nella votazione del 28 novembre 2010. La variante 1 invece non si discosta molto dall'elenco che figura nell'articolo 121 capoverso 3 della Costituzione, le cui aggiunte fondate sull'articolo 121 capoverso 4 della Costituzione sono state effettuate "con molta moderazione" (rapporto esplicativo, n. 1.4.4.2 a pag. 19).

La variante 2, a differenza della variante 1, non presuppone una pena minima per ordinare l'espulsione. Reputiamo tuttavia opportuno fissare nella legge un limite. Quello di sei mesi proposto nella variante 1 è a nostro avviso ragionevole in quanto consente di escludere dall'applicazione della misura i reati di portata minore. Rileviamo che in casi eccezionali, anche nel caso di una condanna a una sanzione inferiore a sei mesi può essere ordinata l'espulsione. Tali condanne possono essere inflitte anche con la procedura del decreto di accusa, di competenza del procuratore pubblico. Proponiamo pertanto di estendere al ministero pubblico la competenza di ordinare l'espulsione. Questa soluzione, contemplata nella variante 2, è in realtà più favorevole all'imputato, quando lo stesso è stato provvisoriamente arrestato dalla polizia o si

trova in stato di carcerazione preventiva per decisione del giudice dei provvedimenti coercitivi. In effetti, se i fatti sono stati ammessi o sono stati sufficientemente chiariti, il cittadino straniero riceve in tempi molto rapidi la proposta di condanna a suo carico (eventualmente comprensiva dell'espulsione), venendo di conseguenza immediatamente scarcerato e allontanato dalla Svizzera. L'imputato che contesta l'espulsione ha comunque la facoltà di interporre opposizione e, dopo l'eventuale decisione del procuratore pubblico di conferma del decreto di accusa, di sottoporre la sanzione all'esame di un tribunale, davanti al quale vi è un dibattimento pubblico. Per contro, se il procuratore pubblico non ha la facoltà di ordinare l'espulsione mediante decreto d'accusa, ma ne reputa adempiuti i presupposti, dovrebbe seguire la procedura ordinaria, promuovendo l'accusa conformemente agli articoli 324 e seguenti del codice di procedura penale, dilatando i tempi della carcerazione preventiva dell'imputato per le formalità dell'articolo 318 del codice di procedura penale e per le incombenze del dibattimento.

Riassumendo, dal profilo materiale prediligiamo la variante 2, recependo dalla variante 1 il limite di pena. Pertanto, poiché la variante 1 è stata elaborata in modo più organico dal profilo legislativo, proponiamo di completarla con l'ampliamento dell'elenco dei reati e la competenza del ministero pubblico di ordinare l'espulsione, che figurano nella variante 2.

Per la norma che istituisce la possibilità di ordinare l'espulsione, proponiamo pertanto la formulazione seguente:

Art. 66a (nuovo) 1a. Espulsione dal territorio svizzero.
a. Condizioni

¹Il giudice o il pubblico ministero espelle per una durata da cinque a quindici anni lo straniero condannato a una pena per uno dei seguenti reati:

- a. omicidio intenzionale (art. 111), assassinio (art. 112), omicidio passionale (art. 113);
- b. lesioni gravi (art. 122), abbandono (art. 127), esposizione a pericolo della vita altrui (art. 129), rissa (art. 133), aggressione (art. 134), rapina (art. 140), estorsione (art. 156), sequestro di persona e rapimento (art. 183 seg.), presa d'ostaggio (art. 185);
- c. atti sessuali con fanciulli (art. 187), atti sessuali con persone dipendenti (art. 188), coazione sessuale (art. 189), violenza carnale (art. 190), atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191), atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate (art. 192), sfruttamento dello stato di bisogno (art. 193), promovimento della prostituzione (art. 195), pornografia (art. 197);
- d. tratta di esseri umani (art. 182);
- e. infrazione all'articolo 19 della legge federale del 3 ottobre 1951 sugli stupefacenti e sulle sostanze psicotrope (LStup);
- f. effrazione (art. 186 in combinato disposto con l'art. 139 o con l'art. 144), furto per mestiere o come associato a una banda (art. 139 n. 2 e 3), ricettazione per mestiere (art. 160 n. 2);
- g. incendio intenzionale (art. 221), esplosione (art. 223), uso delittuoso di materie esplosive o gas velenosi (art. 224); fabbricazione, occultamento e trasporto di materie esplosive o gas velenosi (art. 226);
- h. pubblica istigazione a un crimine o alla violenza (art. 259);
- i. genocidio (art. 264) o crimini contro l'umanità (art. 264a);
- j. violazione del bando (art. 291) e infrazioni intenzionali all'art. 115 della legge del 16 dicembre 2005 sugli stranieri;
- k. truffa (art. 146) nell'ambito dell'aiuto sociale e delle assicurazioni sociali e abuso di prestazioni sociali (art. 151a cpv. 1).

²Il condannato all'espulsione, a prescindere dallo statuto riconosciutogli dal diritto degli stranieri, perde il diritto di soggiorno e ogni diritto di rimanere e di rientrare in Svizzera.

³Il giudice o il pubblico ministero che, per un reato di cui al capoverso 1, irroga una pena non superiore a una pena detentiva di sei mesi, a una pena pecuniaria di 180 aliquote giornaliere o a 720 ore di lavoro di pubblica utilità, può espellere lo straniero dal territorio svizzero soltanto se

l'interesse pubblico all'espulsione prevale sull'interesse privato dello straniero a rimanere in Svizzera.

⁴Il giudice che, per un reato di cui al capoverso 1, irroga una pena detentiva superiore a sei mesi o una pena pecuniaria superiore a 180 aliquote giornaliere o superiore a 720 ore di lavoro di pubblica utilità può eccezionalmente rinunciare all'espulsione non ragionevolmente esigibile che violerebbe in modo grave i diritti personali dello straniero protetti dalle garanzie internazionali dei diritti dell'uomo.

⁵Se nello stesso procedimento irroga allo straniero una pena per più reati, il giudice o il pubblico ministero stabilisce la parte della pena che riguarda i reati di cui al capoverso 1. Questa parte della pena determina se va eseguito un esame secondo il capoverso 3 o 4. Nell'ambito dell'esame va tenuto conto di tutti i reati contenuti nella sentenza.

Siamo coscienti che la variante 2, che comporta un numero maggiore di espulsioni, causerà verosimilmente dei costi maggiori per le autorità di polizia degli stranieri o di esecuzione della pena chiamate a attuare le decisioni di espulsione pronunciate dalle autorità giudiziarie.

Infine, attiriamo l'attenzione che nella versione in lingua italiana della variante 2 dell'avamprogetto manca il testo dell'articolo 73b CP.

Vogliate gradire, gentili Signore, egregi Signori, l'espressione della massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:

M. Borradori

Il Cancelliere:

G. Gianella

Copia p.c. a:

- Divisione della giustizia, Residenza;
- Deputazione ticinese alle Camere federali, Residenza.



Sitzung vom

25. September 2012

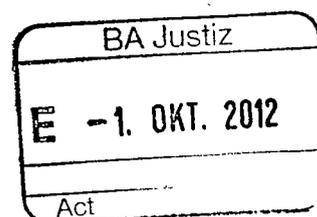
Mitgeteilt den

28. September 2012

Protokoll Nr.

951

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



**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

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 hat die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes unter anderem auch den Kantonen Gelegenheit gegeben, sich zur geplanten Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes zu äussern. Dafür danken wir bestens.

Nach Durchsicht der Unterlagen kann die Bündner Regierung auf eine ausführliche Stellungnahme verzichten und die Variante 1 gemäss dem erläuternden Bericht vom 14. Mai 2012 befürworten. Diese Regelung 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 trägt. Festzuhalten bleibt, dass die neue Landesverweisung gemäss Art. 66a VE-StGB für die im Kanton Graubünden für den Vollzug zuständigen Behörden sowohl zu einem administrativen als auch finanziellen Mehraufwand führen wird. Einerseits ist mit einer Zunahme der rechtli-

chen Auseinandersetzungen aufgrund von Anfechtungen der Vollzugsentscheide zu rechnen und andererseits von einer deutlichen Erhöhung der Fallzahlen im Ausschaffungsvollzug auszugehen. Wie im erläuternden Bericht zu Recht ausgeführt wird, fehlen bereits heute in der ganzen Schweiz Haftplätze. Somit wird auch die Errichtung neuer Haftanstalten notwendig, was wiederum einen grossen finanziellen Mehraufwand bedeutet. Damit die Kantone bereit sein werden, die notwendigen Institutionen zu betreiben, wird der Bund sowohl Bau als auch Betrieb massiv unterstützen müssen.

Abschliessend danken wir Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.



Namens der Regierung

Die Präsidentin:

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "B. Janom Steiner".

Barbara Janom Steiner

A handwritten signature in black ink, appearing to read "C. Riesen".

Dr. C. Riesen



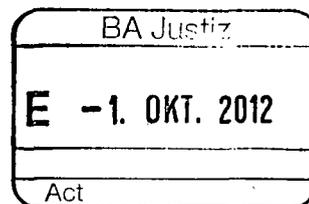
KANTON
APPENZEL INNERRHODEN

Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 25
Telefax +41 71 788 93 39
karin.rusch@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Appenzell, 27. September 2012

Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 25. Mai 2012, mit welchem Sie um Stellungnahme zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) bis 30. September 2012 ersuchen.

Der Kanton Appenzell I.Rh. bevorzugt grundsätzlich die Variante 1, jedoch mit dem klaren Vorbehalt, dass es der Staatsanwaltschaft möglich sein muss, auch im Rahmen eines Strafbefehls eine Landesverweisung auszusprechen. In diesem Punkt ist daher Variante 2 zu bevorzugen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie, sehr geehrte Damen und Herren, freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:


Markus Dörig

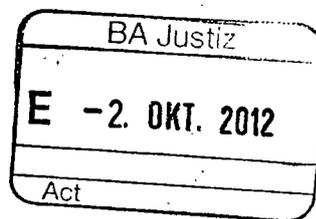
Zur Kenntnis an:

Justiz-, Polizei- und Militärdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 10d, 9050 Appenzell
Ständerat Ivo Bischofberger, Ackerweg 4, 9413 Oberegg
Nationalrat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell

ne.ch

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL

CHANCELLERIE D'ÉTAT
SECRETARIAT GÉNÉRAL



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

AVEC NOS COMPLIMENTS



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

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

Modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en oeuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst., relatif au renvoi des étrangers criminels

Madame la Conseillère fédérale,

C'est avec grand intérêt que nous avons pris connaissance des propositions, sur la mise en oeuvre de la révision de la disposition relative au renvoi des étrangers criminels et vous remercions d'avoir consulté notre canton.

Tout d'abord, nous constatons que, dans les deux variantes proposées, il appartiendra au juge pénal de prononcer l'expulsion de Suisse et que nous en reviendrons donc au système d'avant l'abrogation de l'expulsion pénale de l'art. 55 CP, sous réserve de l'existence d'un automatisme de la sanction. Il incombera donc à l'autorité cantonale compétente de procéder à l'exécution de l'expulsion. Lorsque celle-ci était en vigueur, c'était l'autorité en charge de l'application des peines qui était investie de l'exécution de l'expulsion pénale.

Bien que sévère, la variante 1 semble plus acceptable.

La variante 2 est en effet difficilement admissible ne serait-ce que parce qu'elle pourrait avoir pour effet qu'un étranger établi et parfaitement intégré devrait être automatiquement expulsé pour des délits tels que lésions corporelles simples, séquestration ou possession de stupéfiants. Dans certains cas, il peut s'agir de délits de moindre importance (p. ex. possession de quelques grammes de drogue douce, séquestration de courte durée). Pourtant, dans de tels cas, une expulsion sera ordonnée. Dès lors, il faudra s'attendre à une multiplication des décisions d'expulsion. Il suffit de prendre connaissance des statistiques policières de la criminalité 2011 et 2012 pour se rendre compte que le nombre de renvois de Suisse va être multiplié par un nombre à 2, voire 3 chiffres! En conséquence, le domaine du renvoi sera dépassé par le nombre d'expulsions à organiser.

Un tel résultat serait certainement très éloigné de la volonté du constituant, de sorte que nous vous proposons d'y renoncer.

De par l'économie générale de l'art. 121 Cst., les étrangers visés à l'al. 3 sont ceux qui sont désignés à l'al. 2, soit ceux qui "menacent la sécurité du pays", ce qui implique une infraction d'une gravité certaine. De ce point de vue, la réserve de l'art. 66a al. 2 AP1-CP semble un minimum. On devrait ajouter à cela une possibilité d'assortir l'expulsion du sursis lorsque la peine principale l'est elle-même puisque l'on part logiquement du point de vue qu'il n'y a pas de risque de récidive avéré, de sorte qu'il n'y a pas non plus de menace contre la sécurité du pays. En outre, l'utilisation du terme "titre de séjour" devrait permettre d'exclure du champ d'application des art. 66a AP1-CP et suivants les étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement pour lesquels une expulsion revêt une gravité particulière.

L'art. 66a al. 2 AP1-CP ne retranscrit pas fidèlement le texte constitutionnel en ce sens que l'effraction suppose davantage des dommages à la propriété (art. 144) qu'une violation de domicile. Le problème est que les dommages à la propriété, comme la violation de domicile, ne se poursuivent que sur plainte de sorte que l'expulsion pourra dépendre de la volonté du lésé, lequel ne sera pas forcément conscient de l'importance de sa détermination. Or soumettre une décision aussi grave au hasard de la volonté aléatoire du plaignant pourrait heurter le sentiment de justice.

L'alinéa 4 de l'art. 66a repose sur l'idée que lorsque le juge fixe une peine pour un concours d'infractions il peut déterminer la part due à chacune puisqu'il s'agit justement d'une peine d'ensemble et non d'une addition de peines. Le plus que pourrait faire le juge pour répondre à ce souci serait de déterminer la peine qu'il aurait fixée s'il n'avait eu à juger que les infractions entrant dans la liste prévue à l'alinéa premier.

L'examen du report de l'exécution d'une expulsion devrait dès lors être de la compétence des autorités de police des étrangers, mieux à même de juger des risques encourus. La question des voies de recours contre cette décision (administratives ou pénales) devrait être précisée soit dans la loi sur les étrangers, dans la première hypothèse, soit dans le code de procédure pénale, dans la seconde. Le principe de non-refoulement devrait être observé pour toute personne concernée de la même manière et pas seulement pour les réfugiés reconnus. Dans la pratique, on sait que ce principe interdit de nombreuses expulsions administratives de personnes n'ayant pas obtenu ce statut.

L'art. 148a al. 2 AP1-CP, qui érige en contravention l'obtention abusive de prestations sociales de peu de gravité, risque de créer une ambiguïté dans la mesure où il ne semble pas opportun de fixer la même limite qu'à l'art. 172ter CP qui est, actuellement, de trois cents francs. En effet le cas de figure d'une aide indue inférieure à ce montant est trop rare pour être raisonnablement pris en compte. Pour marquer la distinction sans fixer de montant précis, nous suggérerions la formulation suivante: "Lorsque l'enrichissement de l'auteur est peu important, la peine est l'amende."

S'agissant du problème de la radiation au casier judiciaire (art. 369 al. 5bis AP1-CP), il suffirait, à nos yeux, de préciser que le jugement reste inscrit en tous les cas au moins jusqu'à l'échéance de l'expulsion. En effet, dès ce moment, il n'y a plus de récidive au sens de l'art. 66c CP et les dispositions ordinaires sont suffisantes, si la durée de l'inscription est plus longue en fonction de la peine principale. Le projet nous semble excessif sur ce point, ce d'autant plus que le texte constitutionnel n'oblige pas à une telle rigueur.

Par ailleurs, le code de procédure pénale devait être complété en ce sens que le risque d'une expulsion est un cas de défense obligatoire, à moins que le Ministère public décide de faire application de l'art. 66 al. 2 et liquide le cas par ordonnance pénale.

C'est en revanche à juste titre que la loi ne semble pas prévoir la possibilité de prononcer des expulsions par ordonnance pénale. Cela risque d'augmenter le nombre d'affaires renvoyées devant les tribunaux mais c'est le prix à payer pour appliquer une justice aussi sévère.

D'un point de vue pratique, le canton pourrait difficilement faire face à une telle augmentation massive d'exécutions d'expulsions, non seulement au niveau de l'effectif en personnel déjà restreint actuellement, mais également au niveau des places de détention qui manquent cruellement à l'heure actuelle puisque le canton de Neuchâtel ne dispose que de deux cellules à l'Etablissement concordataire de Frambois qui répondent aux exigences en la matière. Sur le territoire cantonal, nous ne disposons d'aucune cellule pour plus de 96 heures de détention.

En principe, deux cellules sont à la disposition du service des migrations (ci-après: SMIG) dans l'Etablissement de détention de La Promenade, à La Chaux-de-Fonds, pour des détentions administratives d'une durée de moins de 96 heures. Ces deux cellules ne sont toutefois pas exclusivement réservées pour les besoins du SMIG, les places pouvant être remises en question en fonction des priorités du service pénitentiaire qui est tenu d'assurer la détention préventive et l'application des peines et des mesures pénales prononcées à l'encontre des personnes adultes. Par ailleurs, depuis le début des travaux de rénovation de l'Etablissement de détention de La Promenade, ces cellules ne sont techniquement pas toujours disponibles, ce qui contraint le SMIG à retarder l'organisation de certains départs. Enfin, face à l'augmentation constante du nombre de détentions administratives rendues nécessaires pour l'exécution des renvois de cas "Dublin", force est de constater que deux cellules, même utilisées en permanence, ne suffisent plus. Le retard au niveau de l'exécution des renvois provoque, à certains égards, un engorgement dans les trois centres d'hébergement collectif pour requérants d'asile que compte le canton.

Aujourd'hui, nous le rappelons, le canton de Neuchâtel dispose de 4 cellules au total (2 pour des détentions de moins de 72 heures, 2 pour des détentions d'une durée supérieure) pour l'exécution de mesures de contrainte.

Le nombre de places de détention administrative dont dispose en principe le SMIG est insuffisant, même en l'état actuel de la législation. Il faut souligner que les 2 places à disposition à l'Etablissement de La Promenade, à La Chaux-de-Fonds sont, d'ores et déjà, réservées jusqu'à la fin de l'année 2012 pour des détentions nécessaires à l'exécution des renvois dans le cadre des seuls accords de Dublin, sans compter les autres cas de renvois du domaine de l'asile et de la LEtr.

Actuellement, l'Etablissement concordataire de Frambois offre une vingtaine de places de détention administrative pour les trois cantons concordataires (VD, GE et NE) et affiche complet depuis plus d'un an. Le SMIG doit, en conséquence, régulièrement tenter de trouver des solutions dans d'autres cantons, qui eux sont également saturés. Le manque de places de détention administrative, en Suisse et en Suisse romande en particulier, est un problème relativement nouveau, mais très important, qui va difficilement trouver une issue, quel que soit le choix d'une des variantes proposées.

A cela s'ajoute également la problématique des transports de détenus administratifs gérés par la police neuchâteloise qui, aujourd'hui déjà, par manque d'effectif, rencontre de véritables difficultés à remplir de façon satisfaisante cette mission. Qu'en sera-t-il avec l'entrée en vigueur d'une des deux variantes?

Nous émettons le souhait qu'il soit prévu que, lorsqu'une expulsion judiciaire est prononcée, la Confédération envisage au moins les mêmes prestations de service et les mêmes indemnités que pour l'exécution des renvois en matière d'asile et de la LEtr. Compte tenu du fait que, aujourd'hui déjà, l'indemnisation ne couvre pas les frais, notamment le coût réel de

la détention administrative, et qu'il faut s'attendre à un accroissement massif du nombre de cas, une augmentation éventuelle de l'indemnisation par la Confédération devrait, à tout le moins, être examinée. Cette augmentation massive des expulsions va entraîner des charges supplémentaires pour les cantons, qui devront exécuter les expulsions. Nous suggérons que ces charges soient examinées, plus avant, entre les autorités fédérales et les cantons. Nous regrettons ce nouveau report de charges sur les cantons, sans qu'une aide financière de la Confédération n'ait été envisagée.

En conclusion, nous estimons que les variantes proposées, entraînant le prononcé automatique d'une expulsion, sans assurance de pouvoir exécuter la mesure, n'atténueront certainement pas la problématique de l'exécution des renvois de Suisse, notamment de l'obtention de documents de voyage nationaux indispensables, voire de laissez-passer. La problématique de l'inexécutabilité du renvoi de Suisse de ressortissants étrangers ne sera pas solutionnée par le système répressif proposé. Si l'on entend permettre aux cantons d'accomplir correctement leur mission d'exécution de mesures de contrainte, d'expulsion et de renvoi, il est souhaitable de leur en fournir les moyens, tant financiers que matériels, ainsi que de mener une réflexion sur le système actuel de détention administrative, d'escorte par la police et d'exécution des expulsions et des renvois.

En effet, c'est bien sur la problématique de l'exécutabilité des renvois, de l'obtention de documents de voyage et d'une véritable politique de migration que des solutions doivent être recherchées.

En vous réitérant nos remerciements pour nous avoir donné l'occasion de nous exprimer sur ce projet, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de notre haute considération.

Neuchâtel, le 26 septembre 2012

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
P. GNAEGI

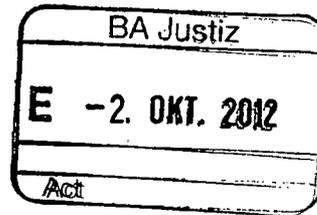
La chancelière,
S. DESPLAND





Regierungsrat, 9102 Herisau

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Martin Birchler
Ratschreiber
Tel. 071 353 67 80
Martin.Birchler@ar.ch

Herisau, 28. September 2012 / jbu

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eingeladen, sich zur eingangs erwähnten Vorlage bis zum 30. September 2012 vernehmen zu lassen.

Das Geschäft wurde dem Departement Sicherheit und Justiz (DSJ) zur Antragsstellung zugewiesen. Das Migrationsamt, die Staatsanwaltschaft und die Kantonspolizei wurden zur Stellungnahme eingeladen. Die eingegangenen Mitberichte wurden in den Erwägungen berücksichtigt.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Einleitung

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eingeladen, sich zur eingangs erwähnten Vorlage bis zum 30. September 2012 vernehmen zu lassen.

Das Geschäft wurde dem Departement Sicherheit und Justiz (DSJ) zur Antragsstellung zugewiesen. Das Migrationsamt, die Staatsanwaltschaft und die Kantonspolizei wurden zur Stellungnahme eingeladen. Die eingegangenen Mitberichte wurden in den Erwägungen berücksichtigt.

Ausgangslage

Am 28. November 2010 haben Volk und Stände die Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer“ (Ausschaffungsinitiative) angenommen. Damit wurde Art. 121 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 Personen sind zudem mit einem Einreiseverbot von 5-15 Jahren zu belegen.



Der Bundesrat hat beschlossen, zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung in die Vernehmlassung zu schicken. Beide sehen die Einführung einer neuen Form der Landesverweisung im Strafgesetzbuch vor.

Variante 1, welche vom Bundesrat favorisiert wird, strebt eine vermittelnde Lösung an. Variante 1 trägt sowohl dem von den neuen Verfassungsbestimmungen angestrebten Ausweisungsautomatismus als auch den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung. Die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien werden berücksichtigt. Die Lösung respektiert zum einen den Volkswillen und zum anderen wird eine Kollision mit dem Freizügigkeitsabkommen weitgehend vermieden.

Variante 2 entspricht dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees eingebracht worden ist. Die neuen Verfassungsbestimmungen hat als jüngeres Recht absoluten Vorrang vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht, insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien.

Erwägungen

Die vermittelnde Variante 1 berücksichtigt das Völkerrecht, insbesondere das Abkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Personenfreizügigkeitsabkommen; FZA) und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK). Mit der Variante 2 wird der Wille des Stimmvolkes weitgehend umgesetzt. Sie trägt hingegen nur dem Non-Refoulement-Prinzip (Verbot, einen Flüchtling in ein Land zu schicken, in dem sein Leben gefährdet sein könnte) Rechnung und nimmt eine Verletzung des übrigen Völkerrechts bewusst in Kauf. Der Bundesrat müsste die Anpassung der betroffenen völkerrechtlichen Verträge aushandeln, beziehungsweise diese Verträge kündigen, wenn solche Verhandlungen scheitern würden.

Der Regierungsrat befürwortet **grundsätzlich** Variante 1. Mit dieser Variante kann den Anforderungen des FZA besser Rechnung getragen werden und die Anforderungen der EMRK werden berücksichtigt. Die Variante 2 ist kaum in Einklang zu bringen mit dem FZA und den weiteren grundlegenden völkerrechtlichen Grundsätzen. Im Übrigen würde die Umsetzung der Variante 2 den zuständigen Behörden erhebliche Schwierigkeiten bereiten und Mehrbelastungen verursachen. Schliesslich bevorzugt der Regierungsrat die Variante 1 auch aus dem Grunde, da sie neben schweren Gewalttaten auch schwere Vermögensdelikte in den Deliktskatalog aufnimmt, wohingegen die Variante 2 Vermögensdelikte im Deliktskatalog nicht berücksichtigt. Allerdings ist zu prüfen, ob nicht einzelne Punkte aus Variante 2 in die Variante 1 aufgenommen werden können, damit dem Volkswillen besser entsprochen werden kann.

Auswirkungen auf den Kanton Appenzell Ausserrhoden

Die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV könnte eine Mehrbelastung der kantonalen Behörden verursachen, insbesondere der Staatsanwaltschaft und der Migrationsbehörden. Aus praktischer Sicht ist daher die Umsetzung von Variante 1 ebenfalls zu bevorzugen. Bei der Umsetzung von Variante 2 würden entsprechende kantonale Behörden vor erheblichen Schwierigkeiten stehen, da wesentliche Bereiche nicht vollständig geregelt sind. Die unausreichende Regelung der Schnittstellen zwischen Strafrecht und Ausländerrecht würde zu Zuständigkeitsproblemen führen.



Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Martin Birchler, Ratschreiber



KANTON
NIDWALDEN

LANDAMMANN
UND REGIERUNGSRAT

Dorfplatz 2, 6371 Stans, 041 618 79 02, www.nw.ch

BA Justiz
E -2. OKT. 2012

Act

CH-6371 Stans, Postfach, STK

A-Post

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Stans, 25.09.2012

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

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 wurden wir eingeladen, bis am 30. September 2012 zu oben genanntem Gesetzgebungsentwurf Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit danken wir und äussern uns wie folgt.

In Anbetracht der Tatsache, dass der vorgelegte Initiativtext nicht nur die gesamtschweizerischen Hürden des Volks- und Ständemehrs gemeistert hat, sondern im Speziellen auch beim Nidwaldner Stimmvolk eine deutliche Unterstützung gefunden hat, sind wir der Ansicht, dass der Volkswille möglichst initiativgetreu umgesetzt werden sollte.

In diesem Sinne bevorzugen wir die Variante 2.

Freundliche Grüsse

NAMENS DES REGIERUNGSRATES

Landammann

Ueli Amstad



Landschreiber-Stv.

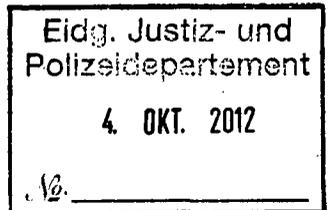
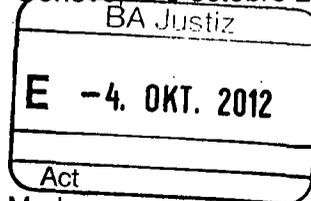
Armin Eberli



Le Conseil d'Etat

7533-2012

Genève, le 3 octobre 2012



Madame
Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
CH-3003 Berne

Concerne : 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); consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le peuple et les cantons ont approuvé le 28 novembre 2010 l'initiative populaire "pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)".

Comme le relevait le Conseil fédéral dans son message du 24 juin 2009 aux Chambres, la mise en œuvre indifférenciée des mesures proposées par l'initiative entre en conflit avec plusieurs instruments internationaux de protection des Droits de l'Homme auxquels la Suisse est partie, ainsi qu'avec l'accord international sur la libre circulation des personnes.

Ce constat a conduit le groupe de travail que vous avez constitué pour mettre en œuvre l'article 121, al. 3 à 6 Cst à proposer deux variantes, aujourd'hui mises en consultation.

La variante 1 accorde un poids accru à l'article 121, al. 3 à 6 Cst par rapport au droit constitutionnel en vigueur et au droit international.

La variante 2 accorde une primauté absolue à l'article 121, al. 3 à 6 Cst sur les autres dispositions constitutionnelles et, en particulier sur les obligations internationales de la Suisse en matière de Droits de l'Homme.

La République et canton de Genève compte parmi les cantons ayant refusé l'initiative, alors même qu'il est, de part sa situation géographique, particulièrement touché par la criminalité de personnes étrangères.

Les solides raisons à l'appui de son opposition à l'initiative précitée demeurent pleinement valables au moment d'examiner les variantes mentionnées ci-dessus.

Alors que tout est entrepris pour gérer les dépenses publiques de façon rigoureuse et pour traquer les abus, il est consternant de constater que des moyens considérables devront être déployés en pure perte, pour mettre en œuvre une disposition constitutionnelle qui ne manquera pas d'être déclarée contraire au droit supérieur.

La variante 2 doit être très fermement rejetée. Elle est clairement contraire au droit international. Son adoption conduirait à ce qu'une multitude de procédures d'expulsion débouchent sur des décisions inapplicables. Cette conséquence, contraire aux vœux même de la population porterait atteinte au crédit des tribunaux, conduirait à des dépenses aussi importantes qu'inutiles et nuirait fortement à l'image de la Suisse. La solution consistant à renégocier la Convention européenne des Droits de l'Homme, le Pacte II de l'ONU, la Convention relative aux droits de l'enfant et l'Accord sur la libre circulation des personnes est totalement irréaliste et mettrait la Suisse dans une position intenable.

La variante 1 tente de trouver un compromis entre le texte de l'article 121, al. 3 à 6 Cst et les obligations de la Suisse. Elle ne peut être soutenue en l'état. Elle entraînera en effet des coûts importants pour le canton alors même qu'il est douteux qu'elle respecte le droit supérieur. Elle présente, par ailleurs, un certain nombre de défauts, mentionnés en annexe.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :


Anja Wyden Guelpa

Le président :


Pierre-François Unger

Annexe mentionnée

Annexe :

A) Choix d'une autorité judiciaire pour prononcer l'expulsion

Le Conseil fédéral propose de donner la compétence de prononcer l'expulsion aux autorités de poursuites pénales plutôt qu'à des autorités administratives. Ce choix n'est pas exigé par le nouveau texte constitutionnel et n'est guère explicité. Il mériterait toutefois un examen approfondi.

B) Compétence du Ministère public pour prononcer l'expulsion en dessous d'un plancher de 180 unités pénales

Selon l'article 352 al. 2 CPP tel que prévu par le projet le Ministère ne pourra plus prononcer lui-même l'expulsion. Or il se trouve que nombre de procédures actuellement traitées à Genève par la procédure de l'ordonnance pénale donnent lieu à l'expulsion au sens de l'article 66a du projet dans sa variante 1. Tel est le cas du brigandage simple, de diverses infractions contre le patrimoine, et du vol en lien avec une violation de domicile. La mise en œuvre de ces dispositions dans le canton de Genève aurait pour conséquence de renvoyer devant le Tribunal pénal tous les cas de vols, brigandages et de cambriolages commis par des étrangers sans titre de séjour ou par des multirécidivistes, ce qui représente plusieurs centaines d'ordonnances pénales par année. Cela entraînerait des coûts importants sans aucune plus value puisque le prévenu qui souhaite que son cas soit examiné par un tribunal peut le demander facilement via une opposition.

Le Conseil d'Etat propose de renoncer à l'expulsion par le juge pénal en dessous de 180 unités pénales ou de renoncer à modifier l'article 352 al.2 CPP pour permettre au Ministère public de prononcer l'expulsion prévu à l'article 66a du projet dans sa variante 1. Au besoin, la compétence du Ministère public pourrait être limitée à un certain nombre d'années lorsque la sanction ne dépasse pas 180 unités pénales.

C) Insécurité juridique et longueurs des procédures

En vertu de l'article 66a al. 3 du projet dans sa variante 1, le juge pourra exceptionnellement renoncer à l'expulsion si cette dernière ne peut être raisonnablement exigée, parce qu'elle porterait gravement atteinte à des droits personnels de l'étranger qui sont garantis par le droit international en matière de Droits de l'Homme. Tout porte à croire que cette disposition - dont le libellé restrictif ne paraît pas conforme à la jurisprudence de la CEDH - sera systématiquement mise en avant par les plaideurs, de façon à éviter une expulsion automatique. Il se passera plusieurs années d'insécurité juridique avant qu'une décision des juges de Strasbourg finisse par statuer sur ces différents de façon définitive. La nécessité de déterminer quelle part de la peine est imputable à des infractions donnant lieu à expulsion (article 66 al. 4) va par ailleurs imposer des calculs difficiles, à les supposer possibles.

D) L'article 148a de la variante 1 de l'avant-projet

L'article 148a de la variante 1 de l'avant-projet, dans la teneur proposée permettrait d'appréhender l'auteur qui fait usage de déclarations fausses ou incomplètes pour obtenir des prestations auxquelles il a droit. Un tel comportement ne mérite toutefois pas d'être considéré comme une infraction pénale. Seul l'obtention de prestations *indues* mérite d'être sanctionnée. Cet adjectif devrait être ajouté au projet de texte légal.