



UNHCR-Stellungnahme zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärgesetzes

(Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die
Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer;
Art. 121 Abs. 3-6 BV)

September 2012

Einleitung

1. Das UN-Flüchtlingshochkommissariat UNHCR unterbreitet die vorliegende Stellungnahme als die Organisation, die von der UN-Generalversammlung damit betraut wurde, für den internationalen Schutz von Flüchtlingen, Staatenlosen und anderen Personen unter ihrem Mandat zu sorgen, sowie die Regierungen bei der Suche nach dauerhaften Lösungen für Flüchtlinge zu unterstützen.¹ Wie in der Satzung der Organisation dargelegt, erfüllt UNHCR sein internationales Schutzmandat, *inter alia*, indem es „den Abschluss und die Ratifizierung von Internationalen Abkommen zum Schutz der Flüchtlinge fördert, ihre Ausführung überwacht und Verbesserungsvorschläge vorbringt.“² Diese Aufsichtsfunktion wird im Artikel 35 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention)³ nochmals wiederholt. Demnach verpflichten sich die Vertragsstaaten, „mit dem Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge [...] zusammenzuarbeiten und im besonderen ihre Aufgabe zu erleichtern, die Durchführung dieses Abkommen zu überwachen.“ Dieselbe Verpflichtung ist auch in Artikel II des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967 (Protokoll von 1967)⁴ enthalten. Die Interpretation der Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention und des Protokolls von 1967 durch UNHCR wird allgemein als massgebende Sichtweise erachtet, welche sich durch eine über 60-jährige Erfahrung in der Beaufsichtigung und Anwendung von internationalen Flüchtlingsinstrumenten etabliert hat und den Staaten eine Anleitung für Entscheidungen und für die Gesetzgebung in flüchtlingsrechtlichen Fragen zur Verfügung stellt.

2. In diesem Zusammenhang soll betont werden, dass das Mandat von UNHCR nicht nur Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention umfasst, sondern sich unter anderem auf alle Personen erstreckt, die internationalen Schutzes bedürfen. Dazu gehören auch Personen, die sich infolge bewaffneter Konflikte oder schwerwiegender Störungen der öffentlichen Ordnung, welche ihr Leben, ihre physische Integrität, Freiheit und persönliche Sicherheit bedrohen, ausserhalb ihres Herkunftslandes befinden. Diese Personen erhalten in der Schweiz in der Regel eine vorläufige Aufnahme.

3. Des Weiteren hat die UN-Generalversammlung UNHCR die Verantwortung dafür übertragen, staatenlosen Personen Schutz zu bieten, und Staatenlosigkeit zu verhüten und zu vermindern.⁵ Sie hat UNHCR speziell

¹ Siehe *Satzung des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge*, Resolution 428 (V) der UN-Generalversammlung, Annex, UN Doc. A/1775, 1950, Absatz 1, abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/user_upload/dokumente/02_unhcr/01_UNHCR-Satzung.pdf.

² *Idem*, Absatz 8(a).

³ *Abkommen von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, in Kraft seit dem 21. April 1954, ratifiziert durch die Schweiz am 21. Januar 1955, SR 0.142.30.

⁴ *Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967*, in Kraft seit dem 4. Oktober 1967, ratifiziert durch die Schweiz am 20. Mai 1968, SR 0.142.301.

⁵ UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/50/152, 9. Februar 1996, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f31d24.html>, regelmässig bestätigt in weiteren Resolutionen unter anderem, A/RES/63/148, 27. Januar 2009, abrufbar unter:

darum ersucht, „interessierten Staaten sachdienliche Fach- und beratende Dienste zur Ausarbeitung und Anwendung von Rechtsvorschriften zur Regelung der Staatsangehörigkeit zu gewähren.“⁶ Die Generalversammlung hat UNHCR auch damit betraut, die spezifische Rolle zu übernehmen, die in Artikel 11 des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961 („Übereinkommen von 1961“)⁷ enthalten ist.⁸ UNHCR hat daher ein direktes Mandat für und Interesse an den nationalen Gesetzen von Staaten, die einen Einfluss auf die Verhütung oder Verminderung von Staatenlosigkeit haben, einschliesslich deren Ausgestaltung in Übereinstimmung mit dem internationalen Recht auf dem Gebiet der Menschenrechte sowie dem Schutz von Staatenlosen, wie er unter anderem in dem Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954 („Übereinkommen von 1954“)⁹ vorgesehen ist.

4. UNHCR bedankt sich für die Einladung zur Äusserung seiner Beobachtungen im Vernehmlassungsverfahren zur *Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV)*¹⁰ und reicht hiermit in Ausübung seines Mandats Anmerkungen und Beobachtungen bezüglich der Vereinbarkeit der Vorschläge zur Umsetzung der „Ausschaffungsinitiative“ mit dem internationalen Flüchtlingsrecht ein, insbesondere der Genfer Flüchtlingskonvention, sowie dem Übereinkommen von 1954. UNHCR hofft, dass diese Stellungnahme den Schweizerischen Bundesrat und die Schweizerische Bundesversammlung darin unterstützt, die Vorlage zu prüfen und dass dabei den von UNHCR ausgedrückten Bedenken und Beobachtungen gebührend Rechnung getragen wird.

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989619e2.html>, A/RES/64/127, 27. Januar 2010, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c73cec02.html>, A/RES/65/194, 28. Februar 2011 abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d9b0b272.html> und A/RES/66/133 vom 19. März 2012 abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/4f993e2b9.pdf>.

⁶ UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/50/152, 9. Februar 1996, Abs. 15, siehe oben, Fussnote 5.

⁷ *Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961 vom 30. August 1961*, abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/3_Staatenlosigkeit/Verminderung_der_Staatenlosigkeit_1961_-_457.pdf.

⁸ Art. 11 des *Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit* (siehe oben, Fussnote 8) regelt, dass „im Rahmen der Vereinten Nationen eine Stelle errichtet wird, an die sich Personen, die sich auf dieses Übereinkommen berufen, mit der Bitte um Prüfung ihres Anspruches und um Unterstützung bei seiner Durchsetzung gegenüber der zuständigen Behörde wenden können.“

⁹ *Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28. September 1954*, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Oktober 1972, SR 0.142.40.

¹⁰ *Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV)*, 14. Mai 2012; abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2136/Ausschaffung-krimineller-Auslaender-05a-Bericht-de.pdf>.

Übersicht

5. Gemäss erläuterndem Bericht wurde die Eidgenössische Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ am 15. Februar 2008 bei der Schweizerischen Bundeskanzlei eingereicht und von dieser geprüft. Mit Verfügung vom 7. März 2008 stellte die Bundeskanzlei fest, dass die Initiative gültig zustande gekommen ist. Am 28. November 2010 haben Volk und Stände die Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ angenommen. Damit wurde Artikel 121 der Schweizer Bundesverfassung (BV) um die Absätze 3–6 ergänzt, wonach Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt worden sind oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren.

6. Die Volksinitiative verstösst nach der Auffassung des Bundesrats nicht gegen zwingendes Völkerrecht. Sie könne so ausgelegt werden, dass insbesondere das zum zwingenden Völkerrecht gehörende Prinzip des Non-Refoulement respektiert werde. Der Bundesrat hat beschlossen, zwei Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen in die Vernehmlassung zu schicken. Beide sehen die Einführung einer neuen Form der Landesverweisung im Strafgesetzbuch vor. Die vom Bundesrat favorisierte Variante 1 strebt eine vermittelnde Lösung an, welche sowohl dem von den neuen Verfassungsbestimmungen angestrebten Ausweisungsautomatismus als auch den bestehenden Verfassungsgrundsätzen und Menschenrechtsgarantien so weit als möglich Rechnung tragen solle. Die Variante 2 entspricht dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees im Rahmen einer vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe eingebracht worden ist. Sie geht im Ergebnis davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen als jüngeres Recht absoluten Vorrang vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht – insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien haben.

7. UNHCR unterstützt die von Staaten getätigten Bemühungen, ihre nationale Sicherheit zu gewährleisten und sicherzustellen, dass das Institut des Asyls nicht von jenen missbraucht wird, welche des internationalen Flüchtlingsschutzes unwürdig sind. Solche Bemühungen müssen allerdings in Übereinstimmung mit den internationalen menschenrechtlichen und flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen der Staaten stehen. Übereinstimmung mit internationalem Flüchtlingsrecht umfasst in diesem Zusammenhang eine sachgerechte und sorgfältige Anwendung der massgebenden Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention, vor allem ihrer Artikel 32 und 33. Es sollte beachtet werden, dass die Genfer Flüchtlingskonvention ein System von Prüfungen und Abwägungen bereitstellt, welches den wichtigsten Sicherheitsinteressen der Staaten und Gastgemeinschaften voll Rechnung trägt und gleichzeitig die Rechte von Personen schützt, welche - anders als andere Ausländerinnen und Ausländer - den Schutz ihres Herkunftsstaates nicht mehr geniessen. So verpflichtet insbesondere Artikel 2 der Genfer Flüchtlingskonvention jeden Flüchtling und alle Asylsuchenden zur Beachtung der Gesetze und sonstiger Rechtsvorschriften des Aufnahmelandes. Artikel 32 erlaubt die Ausweisung eines Flüchtlings aus Gründen der öffentlichen

Sicherheit und Ordnung in ein Land, in dem er oder sie nicht der Verfolgung ausgesetzt ist, schreibt für eine solche Ausweisung aber auch gewisse prozessuale Rechte der Flüchtlinge, welche sich rechtmässig im Gebiet eines Vertragsstaates aufhalten, vor. Neben dem Erfordernis einer in einem durch gesetzliche Bestimmungen geregelten Verfahren getroffenen Entscheidung und dem Recht auf ein Rechtsmittel beinhalten diese auch, dass den betroffenen Flüchtlingen oder staatenlosen Personen eine „angemessene Frist“ gewährt werden soll, um ihnen „die Möglichkeit zu geben, in einem anderen Lande um rechtmässige Aufnahme nachzusuchen.“ Ausnahmsweise kann - unter den aussergewöhnlichen, in Artikel 33 Absatz 2 genannten Umständen - ein Flüchtling sogar den flüchtlingsrechtlichen Schutz vor *Refoulement* in ein Land, in dem ihm Verfolgung droht, verlieren. Dies erfordert, dass schwerwiegende Gründe vorliegen, aufgrund welcher der Flüchtling als gegenwärtige oder zukünftige Gefahr für die Sicherheit des Landes, in dem er sich aufhält, angesehen werden muss, oder wenn er, nach rechtskräftiger Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens eine Gefahr für die Allgemeinheit des Aufnahmelandes darstellt. Bei beiden Varianten des Vorschlags hat UNHCR Bedenken bezüglich der Einhaltung dieser Standards, auf welche weiter unten detailliert eingegangen wird.

8. Es ist ferner daran zu erinnern, dass die Bestimmungen von Artikel 32 und 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention, wie auch Artikel 31 des Übereinkommens von 1954, nicht auf die menschenrechtlichen *Non-Refoulement* Verpflichtungen des Aufnahmelandes, die keine Ausnahmen zulassen, übertragen werden können. Folglich wäre ein Aufnahmeland daran gehindert, eine Person auszuschaffen, wenn dies dazu führen würde, dass sie einem realen Folterrisiko¹¹ oder anderem irreparablen Schaden, namentlich Verletzungen des Rechts auf Leben oder des Rechts auf Freiheit von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe,¹²

¹¹ *Refoulement* in ein Land, in dem stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass eine Person dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden, ist nach Artikel 3 des *Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe* vom 10. Dezember 1984 ausdrücklich verboten. Siehe z.B. auch UNHCR, „Suresh Factum“, „*UNHCR, Factum of the Intervenor, UNHCR, Suresh v. the Minister of Citizenship and Immigration; the Attorney General of Canada, SCC No. 27790*“, 8. März 2001, Paragraphen 63–65, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3e71bbe24>. Eine detaillierte Analyse des Prinzips des *Non-Refoulement* kann einem Rechtskommentar entnommen werden, der von UNHCR im Rahmen der „*Globalen Konsultationen zum internationalen Schutz*“ – einem im Jahr 2000 von UNHCR lancierten Prozess zur Bekräftigung des Flüchtlingsschutzsystems, *inter alia* durch eine erneute Bestätigung seiner fundamentalen Komponenten und durch Klarstellung strittiger Punkte – in Auftrag gegebenen wurde. Siehe dazu E. Lauterpacht und D. Bethlehem, „*Avis sur a porté et le contenu du principe du non-refoulement*“, in E. Feller, V. Türk und F. Nicholson (Hrsg.), *La Protection des Réfugiés en Droit International: Consultations Mondiales du UNHCR sur la Protection Internationale*, Brüssel (2008), Paragraf 159 (ii), 166 und 179.

¹² Das Verbot der Verletzung des Rechts auf Leben, der Folter und anderer Formen grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, der Artikel 6 und 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, umfasst nach der Interpretation des Menschenrechtskomitees der Vereinten Nationen eine *Non-Refoulement* Verpflichtung, nach welcher es Staaten untersagt ist, eine Person auszuschaffen, wenn sie dadurch dem Risiko einer solchen Behandlung ausgesetzt würde. Siehe Menschenrechtskomitee der Vereinten Nationen, *General*

ausgesetzt würde. Dieses Verbot des *Refoulement* bei einem Risiko von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung ist auch Teil des Völkergewohnheitsrechts¹³ und hat den Status einer zwingenden Norm des Völkerrechts, *jus cogens*,¹⁴ erlangt und ist zusätzlich regional abgesichert.¹⁵ Es konstituiert somit ein für alle Staaten verbindliches, absolutes Verbot jeglicher Form der erzwungenen Rückkehr an einen Ort, an dem ein reales Risiko von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung besteht. Auch diesbezüglich hat UNHCR bei beiden Varianten des Vorschlags Bedenken, auf welche weiter unten detailliert eingegangen wird.

9. UNHCR ist über die Methodik in der Schweizer Rechtssetzung besorgt, internationales Recht in zwingendes und nicht zwingendes Völkerrecht zu unterteilen und möchte daran erinnern, dass die Schweiz sich mit Unterzeichnung verschiedener flüchtlings- und menschenrechtlicher Abkommen zur Respektierung der entsprechenden Normen und Prinzipien in ihrer Gesamtheit verpflichtet hat. Die Auffassung, dass ein Staat nur Grundsätze, welche als *jus cogens* gelten, respektieren müsse, scheint im Widerspruch zum Anspruch auf Rechtstaatlichkeit in einem internationalen Umfeld zu stehen und kann als der Rechtssicherheit abträglich angesehen werden. Zudem läuft die Schweiz damit Gefahr neben der Verletzung der entsprechenden Vertragspflichten¹⁶ auch verbindliche völkerrechtliche Normen zu verletzen.

10. UNHCR möchte auch darauf hinweisen, dass Diskussionen zum Austritt aus menschenrechtlichen Übereinkommen der humanitären Tradition der Schweiz zuwiderlaufen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, sich mit allen Mitteln für das Aufrechterhalten dieser Errungenschaften einzusetzen.

Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26. May 2004, Paragraph 12, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b26ae2.html>.

¹³ Siehe dazu auch: *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*; Paragraph 14-16; abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a8124482>.

¹⁴ Siehe, UNHCR, *UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, August 2006, verfügbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44dc81164.html>, Paragraph 16, mit Bezugnahme auf den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und auf dessen Entscheidungen *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Trial Chamber, Urteil vom 10. Dezember 1998; siehe auch Entscheidung des House of Lords in *Pinochet Ugarte, re.* [1999] 2 All ER 97, dort Fussnote 24.

¹⁵ Das Verbot des *Refoulement* bei einem Risiko schwerer Menschenrechtsverletzungen, insbesondere von Folter und anderen Formen erniedrigender Behandlung, wurde auch in regionalen Menschenrechtsinstrumenten fest verankert. Siehe dazu z. B. die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Schutzbereich von Artikel 3 EMRK, insbesondere seit den Entscheidungen *Soering gg. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenummer. 14038/88, Urteil vom 7. Juli 1989, und *Chahal gg. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenummer. 22414/93, Urteil vom 15. November 1996.

¹⁶ Siehe dazu auch das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, welches für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft trat, SR 0.111. Insbesondere Artikel 26 (*Pacta sunt servanda*) und Artikel 27 (Innerstaatliches Recht und Einhaltung von Verträgen).

Die Europäische Menschenrechtskonvention wurde von 47 europäischen Staaten unterzeichnet und die Genfer Flüchtlingskonvention und/oder das Protokoll von 1967 gar von 148 Staaten weltweit. Das Zeichen, das die Schweiz daher alleine mit der Diskussion über eine mögliche Kündigung dieser Verpflichtungen an die Staatengemeinschaft sendet, ist höchst bedauerlich. UNHCR möchte die Schweiz des Weiteren daran erinnern, dass eingegangene Verpflichtungen bis zum Austritt aus den betreffenden Übereinkommen jedenfalls verbindlich sind und deren Nichtbeachtung eine Verletzung internationalen Rechts bedeuten kann.

Variante 1

11. Gemäss Übersicht des erläuternden Berichts basiert die Variante 1 der Vernehmlassungsvorlage auf den Vorschlägen, die von der Mehrheit der Arbeitsgruppe unterstützt wurden. Den neuen Verfassungsbestimmungen werde jedoch im Verhältnis zum bisherigen Verfassungsrecht und zum Völkerrecht mehr Gewicht zugemessen. Mit Blick auf die mit den neuen Verfassungsbestimmungen beabsichtigte Verschärfung der geltenden Ausweisungspraxis würden in diesen Bereichen gewisse Einschränkungen vorgenommen. Für das Völkerrecht bedeute dies, dass die völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden.

12. Die nachstehenden Artikel des Schweizerischen **Strafgesetzbuches** sollen wie folgt geändert werden:

Art. 66a (neu)

¹ Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der folgenden Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird, für 5 bis 15 Jahre des Landes:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112) Totschlag (Art. 113), Raub (Art. 140), Menschenhandel (Art. 182), Vergewaltigung (Art. 190) oder ein anderes Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder ein gemeingefährliches Verbrechen, sofern diese Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind;
- b. Diebstahl (Art. 139) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186);
- c. Betrug (Art. 146 Abs. 1) im Bereich einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a Abs.1);
- d. Widerhandlung gegen Artikel 19 Absatz 2 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951.

² Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit, so kann es den Ausländer nur des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen.

³ Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe, so kann es ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde.

⁴ Wird der Ausländer im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten zu einer Strafe verurteilt, so legt das Gericht fest, welcher Anteil der Strafe auf Straftaten nach Absatz 1 entfällt. Dieser Anteil ist massgebend dafür, ob eine Prüfung nach Absatz 2 oder 3 vorzunehmen ist. Bei dieser Prüfung sind alle im Urteil enthaltenen Straftaten zu berücksichtigen.

13. *Gemäss erläuterndem Bericht bringt der Einleitungssatz zum Ausdruck, dass eine Landesverweisung grundsätzlich nur gegen Täter verhängt werden kann, die zum Zeitpunkt der Tat schuldfähig waren. Die Bemessung der Dauer der Landesverweisung von 5–15 Jahre liegt dabei im Ermessen des Gerichts, das sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren habe. Der darauf folgende Deliktskatalog enthält schwere Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter, wie gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, die Freiheit, die sexuelle Integrität sowie schwere gemeingefährliche Verbrechen. Ferner gehören zu den mit einem Landesverweis bedrohten Straftaten der Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch, Betrug im Bereich der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, sowie der unbefugte oder bandenmässige Handel mit Betäubungsmitteln.*

14. UNHCR begrüsst, dass Variante 1 bemüht ist, eine Lösung zu finden, die mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Einklang steht. Trotzdem gibt auch diese Variante Bedenken diesbezüglich auf, welche weiter unten diskutiert werden. UNHCR begrüsst des Weiteren, dass die Schweiz einen klaren und abschliessend bestimmten Deliktekatalog zu erstellen gedenkt. Dies kann dazu beitragen, Rechtsunsicherheit zu vermeiden. UNHCR möchte jedoch darauf hinweisen, dass auch bei dieser Variante der Schweregrad der verschiedenen Straftatbestände beträchtliche Unterschiede aufweist. Zudem ist UNHCR besorgt, dass mit diesem Artikel eine automatisierte strafrechtliche Doppelbestrafung für ausländische Personen in der Schweiz eingeführt wird, was zu Konflikten mit dem Gebot der Nichtdiskriminierung führen könnte.

15. Gemäss erläuterndem Bericht hat eine Mehrheit der Arbeitsgruppe sowie der Bundesrat die Vorzüge einer Umsetzung im Strafgesetzbuch im Gegensatz zum Ausländergesetz stärker gewichtet und damit die Strafgerichte als entscheidfindende Organe gewählt. UNHCR möchte dabei zu Bedenken geben, dass ein Entscheid über einen Landesverweis bereits die Frage der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person und der Nichtverletzung des Prinzips des *Non-Refoulement* berücksichtigen sollte. Diese schwierige und unabdingbare Abwägung verlangt umfangreiche Kenntnisse der entscheidenden Behörde, gemäss Vorschlag somit der Strafgerichte, über die Situation im Herkunftsland der betroffenen Person. UNHCR möchte zu bedenken geben, dass diese Expertise im schweizerischen Rechtssystem normalerweise nicht bei dieser Institution liegt. Zwar muss bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Vollzugs ohnehin vertieft auf die Situation im Herkunftsland einer Person eingegangen werden, doch kann die vorherige Belegung mit einer Landesverweisung die Gefahr eines Präjudizes in sich zu tragen. Zudem stellt sich die Frage der Zweckmässigkeit

einer Verhängung eines Landesverbotes, wenn in dieser Entscheidung keine flüchtlings- und menschenrechtlichen Aspekte einbezogen werden.

16. UNHCR möchte darauf hinweisen, dass eine starre Untergrenze für die Befristung der Landesverweisung, wie sie in Art. 66a E-StGB vorgesehen ist, in Einzelfällen gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen kann. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist es erforderlich in allen Ausweisungsfällen eine faire Balance zwischen den verschiedenen Interessen zu treffen.¹⁷ Diese Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Balance zwischen den Interessen der betroffenen Person und des die Ausweisung anordnenden Staates ist mit einer starren Untergrenze kaum vereinbar.

Art. 66b (neu)

Begeht jemand, während er mit einer Landesverweisung belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 66a erfüllt, so ist die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen.

17. Artikel 66b des Vorschlages besagt, dass, falls ein Täter vor Ablauf der Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz wiedereinreist und erneut ein Delikte begeht, die eine Landesverweisung zur Folge haben, die Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach Absorptionsprinzip vollzogen werden sollen. Im Wiederholungsfall dauert die Landesverweisung also stets 20 Jahre.

18. UNHCR unterstützt die von Staaten getätigten Bemühungen, ihre nationale Sicherheit zu gewährleisten. Bei einer Landesverweisung auf 20 Jahre, bei deren Verhängung beziehungsweise deren Dauer keine auf dem Prinzip der Verhältnismässigkeit beruhende Prüfung vorgenommen wird, besteht die Gefahr, menschenrechtliche Verpflichtungen aus dem internationalen Recht zu verletzen. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu auffordern, dem allumfassenden Prinzip der notwendigen Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns im Einzelfall auch in oben beschriebenem Fall Rechnung zu tragen.

19. UNHCR möchte auch darauf hinweisen, dass eine Landesverweisung, gerade bei langer Dauer, dem Gesuch um individuellen Schutz einer Person nicht entgegenstehen sollte. Falls sich die Situation im Herkunftsland einer Person, die mit einer Landesverweisung belegt ist, soweit verschlechtert, dass sie in der Schweiz um internationalen Schutz anfragen möchte, so sollte dies ohne Vorbehalt möglich sein und der Person das Recht auf ein faires (Asyl-)Verfahren garantiert sein. Eine etwaige Gefahr, die von dieser Person ausgeht, kann dabei im Asylverfahren berücksichtigt werden.

¹⁷ Vgl. z.B. EGMR, *Kaya gg. Deutschland*, Beschwerdenummer 31753/02, Urteil vom 28. Juni 2007.

Art. 66c (neu)

¹ Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen. Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Vollzug entlassen oder die stationäre Massnahme ersatzlos aufgehoben wird.

² Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an dem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

20. Als Strafen für Verbrechen und Vergehen sind nach Schweizer Recht die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit vorgesehen. Diese können je entweder unbedingt, bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden. Gemäss Vorschlag sind dabei fast alle Strafen und Massnahmen vor der Landesverweisung zu vollziehen. Lediglich die Strafart der gemeinnützigen Arbeit wird das Gericht nicht als Hauptstrafe neben einer Landesverweisung ausfällen, da sich diese nur rechtfertigt, wenn der Verurteilte nach dem Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf.

21. Wie bereits weiter oben erwähnt, ist UNHCR besorgt, dass mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf eine automatisierte strafrechtliche Doppelbestrafung für ausländische Personen in der Schweiz eingeführt wird, was zu Konflikten mit dem völkerrechtlichen Prinzip der Nichtdiskriminierung führen könnte. UNHCR möchte daher vorschlagen, dass auch in Bezug auf die Verhängung einer Landesverweisung an sich, Ermessen ausgeübt wird und nicht nur bezüglich deren Dauer.

Art. 66d (neu)

¹ Die zuständige Behörde schiebt den zwangsweisen Vollzug der Landesverweisung auf, wenn:

- a. der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre; davon ausgenommen ist der Flüchtling, der sich gemäss Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 nicht auf das Rückschiebungsverbot berufen kann;
- b. dem Betroffenen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht.

² Die zuständige Behörde überprüft periodisch, ob die Voraussetzungen für den Aufschub des zwangsweisen Vollzugs der Landesverweisung noch gegeben sind.

22. Werden Vollzugshindernisse erkannt, sei es von Amtes wegen oder gestützt auf Hinweise der betroffenen ausländischen Person, bleibt gemäss des vorgeschlagenen Artikels die mit der angeordneten Landesverweisung verbundene materielle Verpflichtung zur Ausreise aus der Schweiz und damit der Entzug des Aufenthaltsrechts bestehen; nur auf die zwangsweise Vollstreckung (Ausschaffung) wird vorläufig verzichtet. Gemäss Erläuterndem Bericht hätte ohne diese «Offenheit» in der Vollzugsphase die Ausschaffungsinitiative wegen Verstosses gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts für ungültig erklärt werden müssen.

23. Nicht darauf berufen kann sich laut Vorschlag ein Flüchtling, wenn gemäss gemäss Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 erhebliche Gründe vorliegen, dass er als eine Gefahr für die Sicherheit der Schweiz angesehen werden muss oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist. Die Vollzugsbehörde müsse folglich bei anerkannten Flüchtlingen stets eine Abwägung vornehmen, ob das Verbrechen oder Vergehen, das die Landesverweisung zur Folge hatte, ausreichend schwer ist, so dass eine Ausweisung gerechtfertigt sei. Dabei würden lediglich ein besonders schweres Verbrechen im Zusammenhang mit einer konkreten Wiederholungsgefahr den Rückschiebungsschutz aufzuheben vermögen.

24. Ein weiterer aus Artikel 83 des Ausländergesetzes bekannter Aufschubgrund ist die Unzumutbarkeit des Vollzugs wegen Krieg, Bürgerkrieg oder einer medizinischen Notlage. Dieses Vollzugshindernis wird im Entwurf gemäss Erläuterndem Bericht nicht explizit aufgeführt, da es keine völkerrechtlich geschützte Menschenrechtsgarantie darstelle. Genannte Situationen würden bei der Abwägung des Gerichts im Zusammenhang mit der Prüfung von Menschenrechtsgarantien berücksichtigt werden können, oder sie könnten in bestimmten Fällen zu einem Rückschiebungsverbot führen, das von den Vollzugsbehörden zu beachten sei. Sei der Vollzug der Landesverweisung z.B. in ein Land mit einer medizinischen Unterversorgung für das Entstehen einer schwerwiegenden und lebensbedrohenden Situation kausal, so könne darin ausnahmsweise auch eine Verletzung von Artikel 3 EMRK (unmenschliche Behandlung) liegen.

25. UNHCR begrüsst, dass der Entwurf für in der Schweiz anerkannte Flüchtlinge und Personen, denen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht, explizit einen Aufschub des zwangsweisen Vollzugs der Landesverweisung festschreibt. In Bezug auf die darin enthaltene Ausnahmeklausel Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes und dem Begriff der Gefährdung der „Sicherheit der Schweiz“, möchte UNHCR darauf hinweisen, dass die Schwelle für eine Tat, um nach Völkerrecht darunter zu fallen, sehr hoch angesetzt werden muss.

26. Wie bereits im Einführungsteil erwähnt, ist daran zu erinnern, dass zwar die Bestimmungen von Artikel 32 und 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention, wie auch Artikel 31 des Übereinkommens von 1954 Ausnahme zulassen, dies aber für die menschenrechtlichen Non-

Refoulement-Verpflichtungen der Schweiz aus anderen menschenrechtlichen Verträgen nicht der Fall ist, da beispielsweise das Folterverbot der UN-Antifolterkonvention und Art. 3 EMRK keine Ausnahmen zulassen. Folglich wäre die Schweiz aufgrund dieser Verpflichtungen daran gehindert, eine Person auszuschaffen, wenn dies dazu führen würde, dass diese einem realen Folterrisiko oder anderem irreparablen Schaden, namentlich Verletzungen des Rechts auf Leben oder des Rechts auf Freiheit von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ausgesetzt würde. UNHCR begrüsst, dass dieser Grundsatz Eingang in den vorliegenden Gesetzesentwurf gefunden hat und auch im erläuternden Bericht mehrmals bekräftigt wird.

27. UNHCR stellt fest, dass einige der in Artikel 66a des vorgeschlagenen Artikels aufgelisteten Verstösse weithin als schwere Verbrechen angesehen werden, da sie Gewalt gegen Personen beinhalten, welche in den Anwendungsbereich von Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention fallen können. Die Liste beinhaltet allerdings auch andere Tatbestände wie den „Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch“ und „missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe“.

28. Eine Tat muss, damit die erste Ausnahme des Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention wegen einer Gefahr für die Sicherheit des Landes zur Anwendung kommen kann, schwerwiegender Natur sein, und beispielsweise direkt oder indirekt die Unversehrtheit des Staates, seine Verfassung, die Unabhängigkeit oder den äusseren Frieden des betroffenen Landes bedrohen.¹⁸ Verurteilungen wegen der im vorgeschlagenen Artikel 66a Absatz 1 lit. b), c) und d) genannten Straftaten, würden, generell nicht diesen hohen Schwellenwert erreichen, um einen Flüchtling als gegenwärtige oder zukünftige Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmelandes angesehen werden könnte.

29. Ähnlich wie die Eidgenössische Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ scheint der vorliegende Gesetzesentwurf Tatbestände wie Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch und den „missbräuchlichen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe“ hinsichtlich des flüchtlingsrechtlichen *Non-Refoulement*-Prinzips in demselben Schweregrad einzustufen wie die vorher genannten. Aus Sicht von UNHCR hingegen erreichen Letztere für sich genommen nicht die benötigte Schwere, um die Tatbestandsmerkmale des

¹⁸ Siehe A. Grahl-Madsen, „*Commentary on the Refugee Convention, Artikel 2–11, 13–37*“, herausgegeben von UNHCR (1997), Kommentar zu Artikel 33, bei 8, verfügbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4785ee9d2.html>. Ähnlich hielt dazu Professor Walter Kälin fest, dass Artikel 33 Abs. 2 GFK Verhalten wie den Versuch die Regierung des Aufnahmestaates durch Gewalt oder andere illegale Mittel zu stürzen, Aktivitäten gegen einen anderen Staat, welche zu Vergeltungsmassnahmen gegen den Aufnahmestaat führen könnten, sowie Terrorakte und Spionage, beinhaltet, und dass eine Gefährdung der „Sicherheit des Landes“ nur bedeuten kann, dass „der Flüchtling die Grundlage der staatlichen Ordnung oder gar die Existenz des Zufluchtlandes ernsthaft gefährden muss, damit er in den Verfolgerstaat zurückgewiesen werden darf. W. Kälin, *Das Prinzip des Non-refoulement*, zu Artikel 33 Abs. 2, Europäische Hochschulschriften Bd./Vol.298, bei 131, Bern (1982).

zweiten Falls von Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention (i.e. rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens, Flüchtling als Gefahr für die Allgemeinheit) zu erfüllen. Ihre Anwendung könnte daher zu einer Ausweitung des Geltungsbereichs der Norm führen, der über den Anwendungsbereich von Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention hinausgeht. UNHCR ist daher besorgt, dass durch den Einbezug solcher Vergehen die Gefahr von *Refoulement* für Flüchtlinge und Asylsuchende im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, da eine Landesverweisung auch aus Gründen möglich wäre, welche über die in Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention zulässigen Ausnahmen vom *Refoulement*-Verbot hinausgehen.

30. Zwar hat das Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob ein Flüchtling unter Artikel 5 Abs. 2 des Asylgesetzes fällt, kein Ermessen und der Vollzug ist bei Bestehen der Voraussetzungen auszusetzen, doch ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der gerade geschilderten Standards. Insbesondere in Bezug auf Prüfung der geforderten Schwere der Tat und den auch bei leichteren als von der Genfer Flüchtlingskonvention für den Ausschluss vorgesehenen Kriterien einsetzenden Automatismus der Landesverweisung, scheint eine individuelle Beurteilung der Natur des Verbrechens zumindest erheblich erschwert zu sein. Der Spielraum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung wird somit dadurch eingeschränkt, dass das Gericht regelmässig auch bei weniger schweren Vergehen gezwungen wäre, einen Landesverweis auszusprechen.

31. Des Weiteren schliesst der durch die Formulierung des vorgeschlagenen Artikels 66a festgelegte Automatismus eine notwendige Zukunftsprognose darüber aus, ob eine weiter bestehende Anwesenheit der Täterin bzw. des Täters die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung bedroht. Diesem Defizit kann auch mit dem vorgeschlagenen Artikel 66d nicht genügend Rechnung getragen werden. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu auffordern bei der Prüfung von Artikel 5 Absatz 2 des Asylgesetzes nicht nur die geforderte Schwere der Tat zu berücksichtigen, sondern auch eine Zukunftsprognose durchzuführen.

32. UNHCR hat grosse Bedenken bezüglich der im erläuternden Bericht geäusserten Einschränkung der völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien. Durch die gewählte Formulierung wird der Eindruck erweckt, dass Personen in Krieg, Bürgerkrieg oder in Gegenden, in denen sie in eine medizinische Notlage kommen würden, zurückgeschickt werden könnten, ohne dadurch international anerkannte Menschenrechte zu verletzen. Um diesen Eindruck und eine möglicherweise daraus entstehende Gefährdung des Schutzes der betroffenen Personen zu vermeiden, möchte UNHCR die Schweiz dazu auffordern, Krieg, Bürgerkrieg oder schwerwiegende medizinische Notlagen auch als Aufschubgründe in Artikel 66d des Entwurfs des Schweizerischen Strafgesetzbuches aufzunehmen. UNHCR möchte an dieser Stelle bekräftigen, dass auch Kriegs- und Gewaltsituationen durchaus die für Artikel 3 EMRK geforderte Schwelle

erreichen können.¹⁹ Es ist daher sowohl bei der Auslegung von Artikel 5 Absatz 2 AsylG als auch in Ansehung der sich entwickelnden Rechtsprechung zu Artikel 3 EMRK eine weite Auslegung des Begriffs der Unzulässigkeit auf nationalrechtlicher Ebene angezeigt. Eine zu restriktive Auslegung birgt das Risiko einer Verletzung von Artikel 3 EMRK oder in Einzelfällen vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge sogar einer Verletzung des Refoulementverbots der Genfer Flüchtlingskonvention.

33. Auch in Bezug auf Artikel 8 EMRK könnten sich Schwierigkeiten ergeben, wenn der vorgeschlagene Ausweisungsautomatismus nur durch die in Artikel 66d des Vorschlags genannten Gründe aufgeschoben werden kann. UNHCR möchte daher die Schweiz dazu auffordern, menschenrechtlichen Grundsätze vollumfänglich zu rezeptieren und in seiner nationalen Gesetzgebung zu reflektieren. Eine Möglichkeit wäre es, in diesem Bereich generell auch die Fälle der Unzumutbarkeit der Wegweisung in die Liste der Aufschubtatbestände aufzunehmen.

34. Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung sieht gemäss erläuterndem Bericht keine vorläufige Aufnahme vor, auch wenn technische Gründe oder das *Non-Refoulement*-Gebot dem Vollzug entgegenstehen. Es kann daher zu Situationen kommen, in denen Personen, darunter auch Schutzbedürftige, ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. Dies würde zu zahlreichen rechtlichen sowie praktischen Komplikationen führen, beispielsweise könnten Personen mit einer nicht vollziehbaren Landesverweisung sich oftmals nicht ausweisen und es wäre ihnen wohl verwehrt zu arbeiten, so dass sie eventuell gezwungen sein könnten, über Jahre Not- und Sozialhilfe zu beanspruchen. UNHCR möchte die Schweiz dazu anregen, wie auch im erläuternden Bericht erwähnt, sich dieser Lücke anzunehmen und zu prüfen, ob für diese Personen ein besonderer Status geschaffen werden sollte.²⁰

35. Diese Problematik stellt sich in besonderer Weise für mit einem Landesverweis belegte Personen, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen und für die keine Ausnahme vom *Refoulement*-Verbot besteht. Für diese wäre ein Nicht-Status mit den Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention unvereinbar, da zumindest die durch die Genfer Flüchtlingskonvention garantierten Rechte - ähnlich wie bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen - gewährt werden müssten. Diese umfassen unter anderem Sozialleistungen, einen Reiseausweis für Flüchtlinge und den Arbeitsmarktzugang. Ähnliche

¹⁹ Vgl. insbesondere, EGMR, *Sufi und Elmi gg. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenummern 8319/07 und 11449/07, Urteil vom 28. Juni 2011.

²⁰ In diese Richtung argumentiert auch das Bundesgericht in BG 2C_459/2011. In diesem Urteil wird festgehalten, dass Art. 8 EMRK eine Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen verlangt. In Ausnahmesituationen, wenn das private Interesse das öffentliche überwiegt, können sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch Personen auf den Schutz des Privat- und Familienlebens berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist bzw. die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden muss. Vgl. beispielsweise auch: EGMR, *Agraw gg. Schweiz*, Beschwerde Nummer 3295/06, Urteil vom 29. Juli 2011.

Fragestellungen könnten sich auch für staatenlose Personen, die von diesen neuen Regelungen betroffen sind, ergeben.

Art. 369 Abs. 5^{bis} (neu)

^{5bis} Urteile, die eine Landesverweisung enthalten, bleiben bis zum Tod des Betroffenen eingetragen.

36. Bei einem Urteil, das eine Landesverweisung enthält, sieht Absatz 5bis vor, dass dieses erst mit dem Tod der betroffenen ausländischen Person aus VOSTRA (Strafregister-Informationssystem) entfernt wird.

37. UNHCR möchte die Schweiz auf Bedenken bezüglich der Verhältnismässigkeit einer solchen absoluten Regel aufmerksam machen. Die im Erläuternden Bericht als Begründung genannte Befürchtung, dass ein Risiko bestehe, dass eine Wiederholungstat erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgedeckt wird, diese aber schon vor Ablauf der Landesverweisung begangen wurde, könnte Schwierigkeiten dahingehend bereiten, dass ein solcher lebenslanger Eingriff in die Privatsphäre einer Person trotzdem nicht in jedem Fall zu rechtfertigen ist. Zwar ist ein staatliches Interesse an einem solchen Schritt im Einzelfall nachvollziehbar, doch erscheint eine generelle, gegen alle ausländischen Personen gerichtete Massnahme, schwer zu rechtfertigen. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu anregen, diesen Artikel so zu überarbeiten, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns in jedem Fall gewahrt ist und klargestellt wird, welche Behörden Zugriff auf diese sensitiven Informationen haben. Eine Abweichung vom Prinzip der Löschung der Daten zu einem gewissen, festgelegten Zeitpunkt, wie es für die anderen im VOSTRA eingetragenen Daten vorgesehen ist, scheint kaum gerechtfertigt zu sein.

38. Die nachstehenden Artikel des Schweizerischen **Militärstrafgesetzes** vom 14. Juni 1927 sollen wie folgt geändert werden:

Art. 49a (neu)

¹ Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der folgenden Straftaten zu einer Strafe verurteilt wird, für 5 bis 15 Jahre des Landes:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 115), Mord (Art. 116), Totschlag (Art. 117), Raub (Art. 132), Vergewaltigung (Art. 154) oder ein anderes Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder ein gemeingefährliches Verbrechen, sofern diese Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind;
- b. Diebstahl (Art. 131) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 152).

² Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von nicht mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720

Stunden gemeinnütziger Arbeit, so kann es den Ausländer nur des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen.

³ Verhängt das Gericht für eine Straftat nach Absatz 1 eine Strafe von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe, so kann es ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer unzumutbar ist, weil er dadurch in seinen persönlichen Rechten, die von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützt werden, in schwerwiegender Weise verletzt würde.

⁴ Wird der Ausländer im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten zu einer Strafe verurteilt, so legt das Gericht fest, welcher Anteil der Strafe auf Straftaten nach Absatz 1 entfällt. Dieser Anteil ist massgebend dafür, ob die Prüfung nach Absatz 2 oder 3 vorzunehmen ist. Bei dieser Prüfung sind alle im Urteil enthaltenen Straftaten zu berücksichtigen.

Art. 49b (neu)

Begeht jemand während er mit einer Landesverweisung belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 49a erfüllt, so ist die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen.

Art. 49c (neu)

Der Vollzug richtet sich nach den Artikeln 66c und 66d des Strafgesetzbuches.

39. Die Grundsätze für die Verhängung einer Landesverweisung, auch im Wiederholungsfall, nach Militärstrafgesetzes entsprechen denjenigen in Artikel 66a VE-StGB. Einzig der Deliktskatalog in Absatz 1 ist weniger umfangreich, weil er auf die Straftaten abstellt, die gestützt auf das MStG verfolgt werden. Der Deliktskatalog führt den Betrug im Bereich der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe im Sinne von Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe c VE-StGB nicht auf. Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz werden von den zivilen Gerichten beurteilt, weshalb auch die Widerhandlungen gegen Artikel 19 Absatz 2 BetrMG, wie sie in Artikel 66a Absatz 1 Buchstabe d VE-StGB vorgesehen sind, nicht im Deliktskatalog des MStG erscheinen. Im erläuternden Bericht wird zudem darauf hingewiesen, dass Ausländerinnen und Ausländer, die gestützt auf das MStG verurteilt wurden, nach Artikel 68 AuG zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz ausgewiesen werden können.

40. UNHCR möchte, insbesondere in Bezug auf den Begriff der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz, auf seine weiter oben, zu den Änderungen des Strafgesetzbuches gemachten Äusserungen, verweisen.

41. Die nachstehenden Artikel des **Asylgesetzes** vom 26. Juni 1998 sollen wie folgt geändert werden:

Art. 37 Abs. 4

⁴ Das Bundesamt entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist oder wenn gegen sie eine Landesverweisung nach Artikel 66a des Strafgesetzbuchs oder Artikel 49a des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG) ausgesprochen wurde.

Art. 53 Asylunwürdigkeit

Flüchtlingen wird kein Asyl gewährt, wenn:

- a. sie wegen verwerflicher Handlungen des Asyls unwürdig sind,
- b. sie die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben oder gefährden; oder
- c. gegen sie eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB oder Artikel 49a MStG ausgesprochen wurde.

Art. 64 Abs. 1 Bst. d und e

¹ Das Asyl in der Schweiz erlischt, wenn:

- d. die Ausweisung vollzogen worden ist;
- e. eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB oder Artikel 49a MStG rechtskräftig geworden ist.

Art. 109 Abs. 5

⁵ Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist oder wenn gegen sie eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB oder Artikel 49a MStG ausgesprochen wurde.

42. Gemäss erläuterndem Bericht sind anerkannte Flüchtlinge durch das Non-Refoulement-Gebot weitreichender geschützt als Personen, die nicht als Flüchtlinge im Sinne von Artikel 3 AsylG gelten. Vor diesem Hintergrund müsse die Vollzugsbehörde, um zwingendes Völkerrecht einzuhalten, die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft durch das BFM oder Bundesverwaltungsgericht abwarten, wenn die von einer Landesverweisung betroffene Person ein Asylgesuch eingereicht habe. Das Bundesamt für Migration oder das Bundesverwaltungsgericht sind daher verpflichtet, prioritär über die Flüchtlingseigenschaft der betroffenen Person zu entscheiden, wenn eine Landesverweisung rechtskräftig ist. Diese Änderungen werden in den Artikeln 37 und 109 eingebettet. Artikel 53 und Artikel 64 werden dahingehend erweitert, dass eine ausländische Person, die von einer Landesverweisung

betroffen ist, unabhängig von ihrer Flüchtlingseigenschaft keinen Anspruch auf Asyl habe oder ihr Anrecht auf Asyl verliere.

43. UNHCR nimmt die Anpassungen in Bezug auf oben genannte Artikel im Falle eines Landesverweises zur Kenntnis und möchte darauf hinweisen, dass die besondere Beförderlichkeit des Verfahrens sowie die vorangehende strafrechtliche Verurteilung keinen Einfluss auf die umfassende Prüfung und den Ausgang des Asylverfahrens haben sollte. Dieses sollte fair und ohne Präjudiz durchgeführt werden. In Bezug auf Artikel 53 des Entwurfs zur Asylunwürdigkeit ergibt sich, wie weiter oben erwähnt, die Frage nach dem Status den eine Person erhält, sollte die Ausschaffung unzumutbar, unzulässig oder unmöglich sein, insbesondere wenn bei der betroffenen Person zwar ein Ausschlussgrund nach Artikel 53 AsylG festgestellt wird, diese aber trotzdem die Flüchtlingseigenschaft nach der Genfer Flüchtlingskonvention erfüllt. Bisher werden solche Personen, die keinen Ausschlussgrund nach Artikel 1 F der Genfer Flüchtlingskonvention erfüllen und für die keine Ausnahme vom *Refoulement*-Verbot nach Artikel 33 Absatz 2 der Genfer Flüchtlingskonvention besteht, als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen und ihnen werden die Rechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention gewährt. Insbesondere haben diese Personen – anders als andere vorläufig aufgenommene Personen – Anspruch auf einen Reiseausweis für Flüchtlinge.

Variante 2

44. Variante 2 entspricht dem Lösungsvorschlag, der von den Vertretern des Initiativkomitees der Eidgenössischen Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ im Rahmen der Arbeitsgruppe eingebracht worden ist. Sie geht, gemäss erläuterndem Bericht davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen als jüngeres Recht absoluten Vorrang haben vor dem bisherigen Verfassungsrecht und vor dem nicht zwingenden Völkerrecht – insbesondere den internationalen Menschenrechtsgarantien. Der Verfassungstext selbst nehme die Verhältnismässigkeitsprüfung bereits vor, so dass für den Verhältnismässigkeitsgrundsatz beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung und bei der einzelfallweisen Beurteilung kein Raum mehr verbleibe.

45. Da diese Variante einen Weg wählt, der eine Umsetzung so nahe als möglich am ursprünglichen Initiativtext sucht, möchte UNHCR an dieser Stelle explizit auf die UNHCR-Stellungnahme zur Eidgenössischen Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer" verweisen.²¹ Die darin geäußerte Position gilt, zusammen mit einigen zusätzlichen Bemerkungen weiter unten, auch für die Variante 2 dieser Vernehmlassung.

46. Die nachstehenden Artikel des Schweizerischen **Strafgesetzbuches** sollen wie folgt geändert werden:

Art. 73a (neu)

¹ Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft verweist Ausländerinnen und Ausländer, die wegen einer oder mehrerer der folgenden strafbaren Handlungen verurteilt werden, unabhängig von der Höhe der Strafe aus dem Gebiete der Schweiz:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), Totschlag (Art. 113);
- b. schwere Körperverletzung (Art. 122), einfache Körperverletzung (Art. 123), Aussetzung (Art. 127), Gefährdung des Lebens (Art. 129), Raufhandel (Art. 133), Angriff (Art. 134), Raub (Art. 140), Erpressung (Art. 156), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 f.), Geiselnahme (Art. 185);
- c. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192), Ausnützung der Notlage (Art. 193), Förderung der Prostitution (Art. 195), Pornografie (Art. 197);

²¹ UNHCR-Stellungnahme zur Eidgenössischen Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer", September 2008; abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/user_upload/unhcr_ch/In_der_Schweiz/Stellungnahme_Volk_sinitiative_Ausschaffung_krimineller_Auslaender_09.2008_1_.pdf.

- d. Menschenhandel (Art. 182);
- e. Zuwiderhandlung gegen Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951
- f. Einbruchsdelikt (Art. 186 i.V.m. Art. 139 oder 144), gewerbsmässiger oder bandenmässiger Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2);
- g. Brandstiftung (Art. 221), Verursachung einer Explosion (Art. 223), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224); Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen (Art. 226);
- h. öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259);
- i. Völkermord (Art. 264) sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a);
- j. Verweisungsbruch (Art. 291) und vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen Artikel 115 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005
- k. Betrug (Art. 146) im Bereich der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen sowie Sozialmissbrauch (Art. 151a Abs. 1).

² Die zu einer Landesverweisung verurteilte Person verliert, da sie die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Verbleib in der Schweiz und Wiedereinreise in die Schweiz.

47. *Zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen soll im Strafgesetzbuch neben den Strafen und Massnahmen eine zwingende Landesverweisung als neue Sanktionsform eingeführt werden.*

48. Gemäss dem vorgeschlagenen Wortlaut von Artikel 73a des Vorschlags – sie (= „zu einer Landesverweisung verurteilte Person“²²) verliert „*unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Verbleib in der Schweiz und Wiedereinreise in die Schweiz*“ – scheint die Variante 2 in ihren Anwendungsbereich auch Flüchtlinge, welchen der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde, schutzbedürftige vorläufig aufgenommene Personen sowie Asylsuchende einzuschliessen. Diesbezüglich versteht UNHCR den Einschub „*unabhängig von ihrem*

²² Bereits die in Artikel 73a Absatz 2 des Vorschlags gewählte Formulierung „zu einer Landesverweisung verurteilte Person“, zeigt auf, dass hier eine doppelte Bestrafung für bereits zu einer Strafe wegen der in Artikel 73a Absatz 1 des Vorschlags genannten Straftaten verurteilte Person beabsichtigt ist. Dies könnte Probleme mit dem *ne bis in idem*-Grundsatz aufwerfen, der es verbietet eine Person wegen ein und derselben Tat zweimal zu verurteilen. Zudem stellen sich, wie bereits bei Variante 1 angemerkt, Probleme mit dem Grundsatz der Nicht-Diskriminierung.

ausländerrechtlichen Status“ dahingehend, dass – wenngleich die vorläufige Aufnahme technisch gesehen kein „Aufenthaltsrecht“ im Sinne des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer verleiht – auch die Gruppe der in der Schweiz „vorläufig Aufgenommenen“ vom Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Artikels umfasst sind. Mit dem breiten Verweis auf „*zu einer Landesverweisung verurteilte Person*“ scheint die Bestimmung auch Staatenlose mit einzubeziehen. Alle diese von dem vorliegenden Vorschlag möglicherweise betroffenen Personengruppen fallen unter das Mandat des UNHCR.

49. Da im Text der Ausschaffungsinitiative nicht festgelegt ist, wohin die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer ausgewiesen werden sollen, ist UNHCR besorgt, dass dies eine Zurückweisung oder Ausweisung von Personen, welche unter das Mandat des UNHCR fallen, in ihr Herkunftsland, oder in andere Länder, in welchen sie dem Risiko einer Verfolgung ausgesetzt wären, beinhalten könnte. UNHCR möchte daher nochmals auf seine Analyse zur Vereinbarkeit der „Ausschaffungsinitiative“²³ mit den Verpflichtungen der Schweiz gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention und dem Übereinkommen von 1954 sowie nach dem menschenrechtlichen Prinzip des *Non-Refoulement* verweisen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, von einer Einführung des vorliegenden Artikel 73a der Variante 2 abzusehen.

Art. 73b (neu)

1 Spricht das Gericht oder die Staatsanwaltschaft eine Landesverweisung aus, setzt es oder sie der ausgewiesenen Person eine Ausreisefrist und belegt sie gleichzeitig für die Dauer von 5 bis 15 Jahren mit einem Einreiseverbot.

² Bei einer Verurteilung gemäss Artikel 73a Absatz 1 Buchstabe a, b, c, d oder e ist die Dauer auf mindestens 10 Jahre anzusetzen.

³ Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots 20 Jahre.

50. *Gemäss Artikel 73b bestimmt das Gericht oder die Staatsanwaltschaft die Dauer einer Landesverweisung und setzt zugleich eine Frist bis wann der Ausreise nachzukommen ist. Eine Daueruntergrenze von 10 Jahren ist bei gewissen Delikten (Art. 73a Absatz 1 Buchstabe a bis e) vorgegeben. Bei einem Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Landesverweises zwingend 20 Jahre.*

51. UNHCR möchte in Bezug auf diesen Artikel auf die weiter oben in Paragraf 16ff., zur Variante 1 gemachten Äusserungen verweisen.

²³ Siehe oben Fussnote 21.

Art. 73c (neu)

¹ Die Landesverweisung ist durch die zuständige kantonale Behörde im Anschluss an die Verurteilung bzw. nach Verbüßung der Strafe unverzüglich zu vollziehen.

² Die Landesverweisung kann nur vorübergehend aufgeschoben werden, wenn zwingende Gründe nach Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung entgegenstehen.

³ Bei ihrer Entscheidung hat die kantonale Vollzugsbehörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Artikel 6a Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 als sicher bezeichnet, nicht gegen Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung verstösst.

⁴ Werden Gründe nach Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung geltend gemacht, entscheidet die kantonale Vollzugsbehörde innerhalb von 30 Tagen. Der Entscheid kann an das zuständige kantonale Gericht weitergezogen werden, welches innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Rechtsmittels endgültig entscheidet.

52. Artikel 73c regelt die Verantwortlichkeit des Vollzuges der Landesverweisung. Dabei haben die kantonalen Behörden bei den vom Bundesrat als sicher eingestufteten Staaten davon auszugehen, dass die Ausweisung nicht gegen den verfassungsmässigen Schutz vor Refoulement verstösst. Zudem wird der Rechtsweg festgelegt, sollten Gründe nach Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung geltend gemacht werden.

53. UNHCR möchte darauf hinweisen, dass in allen Fällen gewährleistet sein muss, dass es durch eine Überstellung oder eine Zurückweisung weder direkt noch indirekt zu *Refoulement* kommt.²⁴ Die Einhaltung des *Non-Refoulement*-Gebots nach Artikel 33 Absatz 1 der Genfer Flüchtlingskonvention erfordert, dass Flüchtlinge, und damit auch Asylsuchende bis zur endgültigen Entscheidung über ihren Flüchtlingsstatus, vor jeder Zurückweisung an einen Ort geschützt werden, an dem ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht wäre. Es besteht zusätzlich nach Artikel 3 EMRK ein Abschiebungsverbot, wenn die

²⁴ UNHCR Exekutiv-Komitee, *Beschluss Nr. 58 (XL - 1989) über das Problem der Flüchtlinge und Asylsuchenden, die in irregulärer Weise von einem Land, in dem sie bereits Schutz gefunden hatten, weiterwandern*, lit. f und i, abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_1_voelkerrecht/1_1_8/FR_int_vr_EXKOM-EXKOM_058.pdf; UNHCR, *Summary Conclusions on the Concept of "Effective Protection" in the Context of Secondary Movement of Refugees and Asylum-Seekers (Lisbon Expert Roundtable, 9-10 December 2002)*, Februar 2003 (nachfolgend: UNHCR, *Summary Conclusions on Effective Protection*, 2003), Nr. 15 a und c, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe9981e4.html>, zu direktem und indirektem Refoulement auch: UNHCR, *Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“ un seine Auswirkungen auf den Umgang mit Massenfluchtbewegungen und auf den Flüchtlingsschutz*, Mai 2001 (nachfolgend: UNHCR, *Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“*, 2001), abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_3_asylverfahren/FR_int_asyl-HCR_STC.pdf.

Gefahr von Folter oder grausamer und unmenschlicher Behandlung droht.²⁵ Dies schliesst auch die Nicht-Zurückweisung in Staaten ein, die ihrerseits den Flüchtling an einen Ort, an dem ihm diese Gefahr droht, weiterschicken (das sogenannte indirekte *Refoulement* oder auch „Kettenabschiebung“). In diesem Fall sind beide Staaten für die Einhaltung des *Refoulement*verbots verantwortlich. Der Abschiebung in ein als sicher geltendes Land muss in jedem Fall eine sorgfältige Abschätzung des Risikos für direktes²⁶ und indirektes *Refoulement* vorausgehen.²⁷

54. Aus völkerrechtlicher Sicht sind bestimmte Schutzmechanismen für Asylsuchende erforderlich, mit denen gewährleistet wird, dass der übernehmende Staat für die betroffene Person „sicher“ ist, d.h. die völkerrechtlichen Verpflichtungen eingehalten werden und Asylsuchende effektiven Schutz erhalten.²⁸ Die Frage der Sicherheit ist dabei keine allgemeine, sondern eine fallspezifische.²⁹ So kann ein Land für Asylsuchende aus einem bestimmten Herkunftsland sicher sein, während es für Personen von anderer Herkunft als unsicher angesehen werden muss; zudem ist die Frage der Sicherheit auch im Einzelfall relevant und daher zu prüfen, also z. B. basierend auf individuellen Hintergrund und Profil der jeweiligen Person.

55. UNHCR hat Bedenken, dass der vorgeschlagene Wortlaut „*bei ihrem Entscheid hat die kantonale Vollzugsbehörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Artikel 6a Absatz 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 als sicher bezeichnet, nicht gegen Artikel 25 Absatz 2 oder 3 der Bundesverfassung verstösst.*“ des Artikel 73c Absatz 3 die notwendige Einzelfallbeurteilung beeinträchtigen könnte. Ein solcher Automatismus, in Verbindung mit der Entscheidungsbefugnis bei kantonalen Behörden, welche vielleicht nicht immer in der Lage sind die Situation in den Herkunftsländern bei einer Rückkehr vollumfänglich abzuklären, birgt die erhebliche Gefahr einer Verletzung des Prinzips des *Non-Refoulement* in bestimmten Einzelfällen. UNHCR möchte die Schweiz daher dazu auffordern, den vorliegenden Artikel dahingehend anzupassen, dass diese Gefahr ausgeschlossen werden kann. Des Weiteren möchte UNHCR vorschlagen, den Wortlaut der Bestimmung

²⁵ Vgl. z.B. auch EGMR, *Jabari gg. Türkei*, Beschwerdenummer 40035/98, Urteil vom 11. Juli 2000.

²⁶ Vgl. beispielsweise in jüngerer Zeit, die Urteile des EGMR in den Fällen *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland* (Beschwerdenummer 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011) und *Hirsi Jamaa u.a. gg. Italien* (Beschwerdenummer 27765/09, Urteil vom 23. Februar 2012).

²⁷ Siehe UNHCR, *Note on Non-Refoulement (EC/SCP/2)*, 1977, Paragraph 4, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68ccd10.html>; Siehe auch P. Weis, *The Refugee Convention*, 1951, Cambridge 1995, S. 341f.

²⁸ Z.B. UNHCR, *Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“*, 2001; abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_3_asylverfahren/FR_int_asyl-HCR_STC.pdf; vgl. im Einzelnen zu den Voraussetzungen von effektivem Schutz: UNHCR, *Summary Conclusions on Effective Protection*, 2003, siehe oben, Fussnote 24.

²⁹ Siehe dazu: UNHCR, *Note on International Protection*, 7. Juli 1999, A/AC.96/914, Paragraph 20, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68d98b.html>.

zumindest so anzupassen, dass aus ihr klar hervorgeht, dass die Vermutung der Sicherheit des jeweiligen Landes im Einzelfall widerlegbar ist.

56. UNHCR begrüsst, dass der vorliegende Text, im Gegensatz zur Ausschaffungsinitiative die Möglichkeit eines Rechtsmittels explizit vorsieht und möchte gleichzeitig darauf aufmerksam machen, dass bei Rückführungen in das Heimatland bei welchen eine Verletzung der EMRK nicht ausgeschlossen werden kann (auch wenn dieses Land auf nationalen Listen für sichere Herkunftsstaaten fungiert), nach der Rechtsprechung des EGMR gewährleistet sein muss, dass gegen Verfügungen eingelegte Rechtsbehelfe automatischen Suspensiveffekt haben müssen.³⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist diesbezüglich mit Verweis auf die in Artikel 13 EMRK enthaltenen Rechte zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Entscheidung grundsätzlich erst vollzogen werden darf, wenn eine gerichtliche Überprüfung stattgefunden hat.³¹ Insbesondere bei kurzer Beschwerdefrist ist der Suspensiveffekt bei Wegweisungsverfügungen notwendig, da ansonsten das Recht auf rechtliche Beratung und Vertretung stark eingeschränkt würde. Wenn auf Schutzbedürfnissen basierende Argumente gegen die Abschiebung vorgebracht werden, sollten daher Ausnahmen von der aufschiebenden Wirkung nur in eng begrenzten Fällen erlaubt sein und ein Antrag auf Aussetzung der Durchführungsentscheidung muss weiterhin möglich bleiben.³² UNHCR ist der Ansicht, dass auch in diesen Fällen die gesuchstellenden Personen sich mindestens solange im Land aufhalten können sollten, bis über die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde entschieden worden ist.³³

Art. 73d (neu)

Die Artikel 73a–73c gehen nicht zwingendem Völkerrecht vor. Als zwingendes Völkerrecht gelten ausschliesslich das Verbot der Folter, des Völkermords, des Angriffskrieges, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Tod oder Folter drohen.

³⁰ Vgl. EGMR, *Gebremedhin gg. Frankreich*, Beschwerdenummer 25389/05, Urteil vom 26. April 2007, Ziffer 66 und *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*, oben Fussnote 26, Ziffer 293.

³¹ Vgl. z.B. EGMR, *Jabari gg. Türkei*, oben Fussnote 25; Über den Fall, was passiert, wenn die betroffenen Person gar keinen Rechtsbehelf einlegen möchte, hat das Gericht naturgemäss nicht entschieden, es hat aber klargestellt, dass eine solche Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelfs "effektiv in Recht und Praxis" möglich sein muss, vgl. EGMR, *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*, oben Fussnote 26, Ziffer 288ff.; *Gebremedhin gg. Frankreich*, oben Fussnote 30, Ziffer 53; *Čonka gg. Belgien*, Beschwerdenummer 51564/99, Urteil vom 5. Februar 2002, Ziffern 75 und 83.

³² UNHCR, *Anmerkungen zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger [KOM(2005) 391 endgültig]*; abrufbar unter: http://www.unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/2_europaeisch/2_3_migration/2_3_13/FR_eu_migr_rueck-HCR_KOM_2005_391.pdf.

³³ Vgl. auch das Schweizer BVGer, dass die Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung, ob die aufschiebende Wirkung gewährt werden soll, nicht als auf Fälle einer drohenden EMRK-Verletzung beschränkt ansieht, siehe BVGer, Urteil vom 2. Februar 2010, BVGE 2010/1.

57. Artikel 73d des Vorschlags bestimmt, dass die Artikel 73a-73c des Strafgesetzbuches dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgehen sollen. Des Weiteren definiert der Artikel die Tatbestände des Verbots von Folter, des Völkermords, des Angriffskriegs, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Tod oder Folter drohen als zwingendes Völkerrecht.

58. Wie bereits erwähnt, ist UNHCR über die Methodik in der Schweizer Rechtssetzung besorgt, internationales Recht in zwingendes und nicht zwingendes Völkerrecht zu unterteilen und möchte daran erinnern, dass die Schweiz sich mit Unterzeichnung verschiedener flüchtlings- und menschenrechtlicher Abkommen zur Respektierung der dort enthaltenen Normen und Prinzipien in ihrer Gesamtheit verpflichtet hat. Mit der angewandten Praxis läuft die Schweiz Gefahr, verbindliche völkerrechtliche Normen zu verletzen.

59. Ferner ist UNHCR äusserst besorgt über die enge und abschliessende Art mit der durch den Wortlaut der Variante 2 versucht wird, zu definieren, was zwingendes Völkerrecht beinhaltet. Eine solche Formulierung birgt grosse Gefahren, da sie keinen Raum für die Diskussion von Entwicklungen im internationalen Völkerrecht offen lässt und zudem andere, nicht genannte, schwerste Menschenrechtsverletzungen ausnimmt. Die Schweiz läuft damit Gefahr Menschenrechte systematisch zu verletzen. UNHCR ruft die Schweiz daher eindringlich dazu auf, von einer Beschränkung seiner Verpflichtungen auf zwingendes Völkerrecht einerseits und einer engen Definition derselben andererseits, abzusehen.

Schlussfolgerungen

60. UNHCR ist über die Methodik in der Schweizer Rechtssetzung besorgt, internationales Recht in zwingendes und nicht zwingendes Völkerrecht zu unterteilen und möchte daran erinnern, dass die Schweiz sich mit Unterzeichnung verschiedener flüchtlings- und menschenrechtlicher Abkommen zur Respektierung der entsprechenden Normen und Prinzipien in ihrer Gesamtheit verpflichtet hat. UNHCR möchte die Schweiz eindringlich dazu auffordern, ihren verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen auch weiterhin vollumfänglich nachzukommen.

61. UNHCR möchte auch darauf hinweisen, dass Diskussionen zum Austritt aus menschenrechtlichen Übereinkommen der humanitären Tradition der Schweiz zuwiderlaufen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, sich mit allen Mitteln für das Aufrechterhalten dieser Errungenschaften einzusetzen. Die Europäische Menschenrechtskonvention wurde von 47 europäischen Staaten unterzeichnet und die Genfer Flüchtlingskonvention und/oder das Protokoll von 1967 gar von 148 Staaten weltweit. Das Zeichen, das die Schweiz daher alleine mit der Diskussion über eine mögliche Kündigung dieser Verpflichtungen an die Staatengemeinschaft sendet, ist höchst bedauerlich.

62. UNHCR begrüsst, dass das Prinzip des *Non-Refoulement* Eingang in den vorliegenden Gesetzentwurf gefunden hat und auch im erläuternden Bericht mehrmals bekräftigt wird. UNHCR hat jedoch auch in den vorliegenden Varianten Bedenken bezüglich der Effektivität der Gewährung dieses Schutzes - sowohl in Variante 1 als auch insbesondere in Variante 2. Gleichzeitig hat UNHCR grosse Bedenken bezüglich der im erläuternden Bericht geäußerten Einschränkung der völkerrechtlich geschützten Menschenrechtsgarantien. UNHCR fordert die Schweiz dazu auf, diese in ihrem vollen Umfang und zu jeder Zeit zu garantieren.

63. UNHCR ist besorgt, dass insbesondere durch den Einbezug von Tatbeständen wie Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch und „missbräuchlicher Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe“ die Gefahr von *Refoulement* für Flüchtlinge und Asylsuchende im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, da eine Landesverweisung auch aus Gründen möglich wäre, welche über die in Artikel 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention zulässigen Ausnahmen vom *Refoulement*-Verbot hinausgehen. Zwar hat das Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob ein Flüchtling unter Artikel 5 Abs. 2 des Asylgesetzes fällt, kein Ermessen und der Vollzug ist bei Bestehen der Voraussetzungen auszusetzen, doch ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Einhaltung flüchtlingsrechtlicher Standards. Insbesondere in Bezug auf Prüfung der geforderten Schwere der Tat und den auch bei leichteren als von der Genfer Flüchtlingskonvention für den Ausschluss vorgesehenen Kriterien einsetzenden Automatismus der Landesverweisung, scheint eine individuelle Beurteilung der Natur des Verbrechens zumindest erheblich erschwert zu sein.

64. UNHCR möchte die Schweiz dazu auffordern, Krieg, Bürgerkrieg oder schwerwiegende medizinische Notlagen auch als Aufschubgründe in Artikel 66d des Entwurfs des Schweizerischen Strafgesetzbuches aufzunehmen. UNHCR möchte an dieser Stelle bekräftigen, dass auch Kriegs- und Gewaltsituationen durchaus die für Artikel 3 EMRK geforderte Schwelle erreichen können. Es ist daher sowohl bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 2 AsylG als auch in Ansehung der sich entwickelnden Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK eine weite Auslegung des Begriffs der Unzulässigkeit auf nationalrechtlicher Ebene angezeigt. Eine zu restriktive Auslegung birgt das Risiko einer Verletzung von Artikel 3 EMRK oder in Einzelfällen vorläufig aufgenommener Flüchtlinge sogar einer Verletzung des Refoulementverbots der Genfer Flüchtlingskonvention.

65. In Bezug auf eine automatisierte Landesverweisung an sich, aber auch bezüglich deren Dauer und der Dauer eines Eintrages in VOSTRA, möchte UNHCR die Schweiz dazu auffordern, dem Grundprinzip staatlichen Handelns, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, in jedem Fall Rechnung zu tragen. Jedenfalls sollte eine Landesverweisung dem Gesuch um individuellen Schutz einer Person nicht entgegenstehen, falls sich die Situation im Herkunftsland dieser Person soweit verschlechtert, dass sie die Schweiz um internationalen Schutz anfragen möchte.

66. UNHCR ist besorgt, dass mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf eine automatisierte strafrechtliche Doppelbestrafung für ausländische Personen in der Schweiz eingeführt wird, was zu Konflikten mit dem Gebot der Nichtdiskriminierung führen könnte. UNHCR möchte daher vorschlagen, dass auch in Bezug auf die Verhängung einer Landesverweisung an sich, Ermessen ausgeübt werden sollte und nicht nur bezüglich deren Dauer.

67. Die vorgeschlagene Regelung über die Landesverweisung könnte zu Situationen führen, in denen Personen, darunter auch Schutzbedürftige, ohne rechtlichen Status in der Schweiz verbleiben. Dadurch würden sich zahlreiche rechtliche sowie praktische Schwierigkeiten ergeben. UNHCR möchte die Schweiz dazu auffordern, sich dieser potentiellen Lücke anzunehmen und wie im erläuternden Bericht angeregt - zu prüfen, welcher Rechtsstatus für diese Personen geschaffen werden soll. UNHCR erinnert insbesondere daran, dass die Genfer Flüchtlingskonvention völkerrechtlich verbindlich Mindestrechte für Personen vorsieht, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Insbesondere haben diese Personen – anders als andere vorläufig aufgenommene Personen – Anspruch auf einen Reiseausweis für Flüchtlinge.

68. Variante 2 des Vorschlags wählt einen Weg, der eine Umsetzung so nahe als möglich am ursprünglichen Initiativtext sucht. UNHCR möchte daher auf seine Anmerkungen in der UNHCR-Stellungnahme zur Eidgenössischen Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer" aus dem Jahr 2008 verweisen und die Schweiz an dieser Stelle nochmals auffordern ihren internationalen Verpflichtungen vollumfänglich nachzukommen.

69. UNHCR ruft die Schweiz nochmals eindringlich dazu auf, von einer Beschränkung seiner Verpflichtungen auf zwingendes Völkerrecht einerseits und einer engen Definition derselben andererseits, abzusehen.

UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein
September 2012