

**Vernehmlassung zu den Teilrevisionen
des Asyl- und des Ausländergesetzes
(Vernehmlassungsfristen 15. April 2009)**

**Breite Koalition gegen
menschenunwürdige Verschärfungen
im Asyl- und Ausländerrecht**

Gemeinsame Stellungnahmen folgender Organisationen:

In alphabetischer Reihenfolge:

L'AGORA - l'Aumônerie Genevoise	Gesellschaft für bedrohte Völker GfbV
Oecuménique auprès des Requéranants d'Asile et des Réfugiés	grundrechte.ch
Alternative Liste Zürich AL	Grüne - Les Verts
Anlaufstelle für Asylsuchende Baselland	GSoA Gruppe für eine Schweiz ohne Armees
Anlaufstelle für Sans-Papiers Basel	Humanrights.ch/MERS
Association suisse des Centres sociaux protestants CSP	IGA SOS RACISME
augenauf Basel	Interprofessionelle Gewerkschaft der ArbeiterInnen Basel IGA
augenauf Bern	JUSO Schweiz
augenauf Zürich	KUTÜSCH
Beratungsstelle für Militärverweigerung und Zivildienst BfMZ	Luzerner Asylnetz
Berner Beratungsstelle für Sans-Papiers	Netzwerk Asyl Aargau
CaBi-Antirassismustreffpunkt St.Gallen	Plattform asylon
C.E.D.R.I. und Freundeskreis Cornelius Koch	SAH-OSEO-SOS: Sekretariat der SAH- Vereine
Centre de Contact Suisses-Immigrés Genève	Sans-Papiers Anlaufstelle Zürich SPAZ
Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)	Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht
Coordination asile.ge	Schweizerischer Friedensrat SFR
Coordination contre l'exculsion et la xénopho- bie (StopEX)	Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB
cfd - Die Feministische Friedensorganisation	Schweizerisches Zivildienstkomitee
Demokratische Juristinnen und Juristen	Solidaritätsnetz Ostschweiz
Schweiz DJS	Solidaritätsnetz Region Basel
FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmig- ration	Solidarité sans frontières
Freiplatzaktion Zürich	Swiss Recovery Foundation
Forum pour l'intégration des migrantes et migrants FIMM	Syndicat SIT (syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs)
	terre des femmes, Schweiz
	Verein für die Rechte illegalisierter Kinder

Koordination: Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) und Solidarité sans frontières

Einleitung	Seite 2
Asylgesetz	Seite 5
Ausländergesetz	Seite 13

Einleitung

Verfehlt Gesetzgebung auf Kosten von Humanität und Rechtsstaatlichkeit

Grundsätzliche Bemerkungen

In Beantwortung zweier Postulate bezüglich der Wirksamkeit verschiedener Neuerungen im Strafrecht hielt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) in einer Medienmitteilung vom 3.9.2008 namens des Bundesrates fest, „erfahrungsgemäss (liessen) sich erst drei bis vier Jahre nach der Inkraftsetzung Aussagen zu den Auswirkungen neuer oder revidierter Gesetze machen“. Da der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches (StGB) und das neue Jugendstrafrecht am 1. Januar 2007 in Kraft getreten seien, würden deshalb zunächst lediglich Daten und Fakten gesammelt. Erst anschliessend könne untersucht werden, ob die gesetzlich anvisierten Ziele erreicht wurden und ob allenfalls Korrekturen erforderlich seien.

Im Bereich des Asylgesetzes (AsylG), das seit Jahren einem unvergleichlichen gesetzgeberischen Aktivismus ausgesetzt ist und im Bereich des Ausländergesetzes (AuG), das eben erst totalrevidiert wurde, gelten offenbar andere Massstäbe. Statt Besonnenheit und rationale Gesetzgebungspolitik diktiert populistische Symbolik das rechtspolitische Handeln: Obwohl das wiederholt revidierte Asylgesetz mit den jüngsten Änderungen erst am 1.1.2007 teilweise, und am 1.1.2008 vollständig in Kraft gesetzt wurde, hat das EJPD mit bundesrätlicher Unterstützung eine weitere Revisionsrunde eingeläutet. Irritiert nehmen wir im Vernehmlassungsbericht zur Änderung des Asylgesetzes (nachfolgend: VB AsylG) zur Kenntnis, dass zwar „die Erfahrungen mit dem [eben erst] teilrevidierten AsylG (...) durchwegs positiv ausgefallen sind“, trotzdem aber einmal mehr und erneut gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen soll, um – auch diese Begründung stimmt nachdenklich – „die Attraktivität der Schweiz als Zielland von Asylsuchenden zu senken“. Der VB AsylG vermag indessen weder die aktuelle Dringlichkeit dieser Zielsetzung plausibel zu begründen, noch können wir darin eine wünschenswerte Option erkennen, im Gegenteil. Die vorgeschlagene Revision des AsylG erweist sich überdies auch im Lichte gesetzgebungsmethodischer Grundsätze als abwegig.²

¹ In der Anwaltsrevue 1/2009 hatte Bundesrätin Widmer-Schlumpf mit Bezug auf Forderungen nach einer Revision des StGB ebenfalls betont: „Zunächst geht es darum, anhand von Fakten zu prüfen, welche Auswirkungen die revidierten Allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches tatsächlich haben. (...) Wichtig sind insbesondere die Urteils- und Anzeigestatistiken, aber auch die Erfahrungen der Gerichte, der Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden, der Anwälte und Opferorganisationen. Erste Ergebnisse und Erkenntnisse werden im Jahr 2010 in Form eines Zwischenberichts vorliegen.“(S.10)

² Zu den Grundsätzen der Gesetzgebungsmethodik vgl. schon Charles-Albert Morand, Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften, in: Dieter Grimm/ Werner Maihofer (Hrsg.), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, 11 ff.; zustimmend hierzu und ablehnend zum nachfolgend thematisierten Revisionspunkt des AsylG auch Martina Caroni/ Sandro Hofstetter, Flüchtlingsrechtliche und rechtsstaatliche Überlegungen zur geplanten Teilre-

Die Revisionsvorschläge bedeuten – abgesehen von einigen gesetzestechnischen, redaktionellen Korrekturen – eine weitere Drehung an der im Asylbereich seit Jahren kontinuierlich angezogenen Verschärfungsschraube.³ Sie wird die Zahl der Asylsuchenden nicht wesentlich zu beeinflussen vermögen. Das Revisionsbegehren demonstriert in erster Linie eine Geringschätzung humanitärer Werte und rechtsstaatlicher Grundsätze.

Die Schweiz muss aufgrund der Rückführungsrichtlinie im Rahmen der Schengen-Weiterentwicklung bis Ende 2011 die maximale Haftdauer aller Zwangsmassnahmen von heute 24 auf 18 Monate senken und die formlose Wegweisung von AusländerInnen, die sich ohne Erlaubnis in der Schweiz aufhalten, aufgeben. Statt diese Auflagen rasch umzusetzen, schickt sie sich nun erneut an, sich zu völkerrechtlichen Verpflichtungen in Widerspruch zu setzen.

Die vorgeschlagenen Gesetzesrevisionen sind unnötig und entbehren einer sachlichen Grundlage. Sie sind aus grund- und menschenrechtlicher Optik klar abzulehnen.

sion des Asylgesetzes betreffend Desertion und Dienstverweigerung, in: Asyl 3/08, 3ff. insbes. 9f.; vgl. zu dieser Thematik auch das Kolloquium Ethik-Menschenrechte-Asyl, 31.10.2008 an der Universität Fribourg, Dokumente verfügbar online unter www.unifr.ch/iiedh/fr/publications/documents-de-travail

³ Grundsätzlich zum kontinuierlichen Abbau an Rechtsstaatlichkeit im Asyl- und Ausländerrecht Marc Spescha, Mobilmachung gegen den Rechtsstaat, in: Widerspruch 55, S. 141ff.

Asylgesetz

Zu den Revisionsvorschlägen im AsylG und damit verknüpften Teilen des Ausländergesetzes im Besonderen

1. Ausschluss von Wehrdienstverweigerern und Deserteuren von der Flüchtlingseigenschaft (Art. 3 Abs. 3 [neu] AsylG)

Auslöser der vorgeschlagenen Teilrevision des AsylG war ein Urteil der Asylrekurskommission (ARK) vom 20.12.2005, genauer: die Fehlinterpretation desselben durch den damaligen EJPD Vorsteher und unterdessen abgewählten Bundesrat Blocher und das Bundesamt für Migration (BFM). Die ARK hatte entschieden, dass Deserteure und Dienstverweigerer aus Eritrea wegen der unverhältnismässig harten, vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als Folter eingestuften Strafen als Flüchtlinge anzuerkennen seien, wenn sie begründete Furcht hätten, einer solchen Bestrafung ausgesetzt zu werden. Die ARK stufte die übermässige Härte der Bestrafung von Deserteuren als politisch motiviert ein. Entgegen der Lesart von Bundesrat Blocher, der das Urteil als Praxisänderung interpretierte und ihm eine Sogwirkung für Dienstverweigerer zuschrieb, hatte die ARK also lediglich die *bisherige Praxis* zur flüchtlingsrechtlichen Relevanz der Bestrafung von Deserteuren und Dienstverweigerern auf solche aus Eritrea angewendet. In einer differenzierten Analyse der Entscheidungsgründe der ARK und der Haltung der in- und ausländischen Rechtsprechung, der Lehre und des UNHCR zur flüchtlingsrechtlichen Relevanz der Bestrafung von Deserteuren und Dienstverweigerern gelangten die Rechtsprofessorin Martina Caroni sowie Rechtsprofessor Sandro Hofstetter zu folgendem Schluss:

„Das Urteil hat somit nicht, wie dies wiederholt vertreten wurde, zur generellen und voraussetzungslosen Anerkennung von eritreischen Deserteuren und Dienstverweigerern als Flüchtlinge geführt. Es statuiert keine Kollektivgewährung von Asyl, sondern verlangt weiterhin, dass im Rahmen der üblichen Prüfung der Glaubwürdigkeit der Vorbringen über die Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung entschieden wird.“⁴

Ungeachtet dieser zutreffenden Würdigung des ARK-Urteils wird im Bericht zur AsylG-Revision die Veröffentlichung des Urteils „zumindest teilweise“ als ursächlich für die Zunahme der Zahl der Asylsuchenden aus Eritrea bezeichnet und die Gefahr beschworen, die (bisherige) Praxis könne „dazu führen, dass dem betroffenen Personenkreis generell Asyl gewährt wird und damit die Schweiz für Wehrdienstverweigerer und Deserteure auch aus anderen Staaten als Asylland attraktiv wird“ (VB AsylG, 1.2.2/ 1.3.1/2.1.2). Abgesehen davon, dass die Zahl der Asylsuchenden auch in anderen europäischen Ländern zugenommen hat, teilweise noch weit deutlicher als in der Schweiz (VB AsylG, 1.2.2, S.6), ist die vorgebrachte Begründung für einen ergänzenden Art. 3 Abs. 3 AsylG haltlos. Dies umso mehr, als auch im Bericht eingeräumt wird, gemäss der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sei

⁴ Caroni/ Hofstetter, a.a.O., S.4.

eine strafrechtliche Verfolgung der Dienstverweigerung und Desertion „für sich alleine nicht asylrelevant“.

Eine Verschärfung der bisherigen Dienstverweigerer-Rechtsprechung der ARK wäre dagegen sowohl völkerrechtlich als auch rechtsstaatlich höchst problematisch⁵ und ist daher abzulehnen. Insoweit es aber, wie Bundesrätin Widmer-Schlumpf Mitte Januar 2009 anlässlich der Präsentation des Vernehmlassungsentwurfs ausführte, gar nicht um eine Änderung der Praxis, sondern um eine „Klarstellung“ gehen soll, ist eine solche *überflüssig*.⁶ *Dass der Bundesrat im Namen der beabsichtigten Attraktivitätsminderung der Schweiz als Asylland mit seiner Gesetzesänderung das Risiko in Kauf nimmt, im Zweifelsfall den Flüchtlingsbegriff der Flüchtlingskonvention zu missachten und damit die Konvention zu verletzen, ist inakzeptabel.*

Der erste „Hauptpfeiler“ (VB AsylG, S. 6) des vorliegenden Entwurfs erweist sich folglich als offenkundig nicht tragfähig. Der Ausschluss von Wehrdienstverweigerern und Deserteuren aus der Flüchtlingseigenschaft ist ausserdem gar nicht geeignet, zum erklärten Ziel der Revision, nämlich die Zahl der *Asylgesuche* zu senken, beizutragen. Dies umso weniger, als bei den von der ARK als relevant beurteilten Konstellationen mindestens die vorläufige Aufnahme anzuordnen wäre, wie der Bundesrat selbst einräumt (VB AsylG, Ziff. 1.3.1).

2. Strafrechtliche Sanktionierung einer „missbräuchlichen politischen Tätigkeit“: Kriminalisierung politischer Meinungsäusserungen von Flüchtlingen und SchweizerInnen (Art. 115 d/116 c,d neu AsylG)

Mit den Ergänzungen von Art. 115 und 116 AsylG würde kriminalisiert, wer sich als asylsuchende Person „einzig mit der Absicht, subjektive Nachfluchtgründe zu schaffen“ öffentlich politisch betätigt oder wer hierzu Hilfe leistet. Selbst wenn solche Aktivitäten als „Missbrauch des Asylrechts“ zu qualifizieren wären, ist es mit unserem Demokratie- und Verfassungsverständnis unvereinbar, wenn die friedliche Beanspruchung des Kommunikationsgrundrechts, eines Grundpfeilers unserer Demokratie, für Asylsuchende und sie unterstützende Personen (potenziell) mit Strafe bedroht wird. Auch die Bekämpfung von asylrechtlichen Missbräuchen vermag eine **Einschränkung der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit** nicht zu rechtfertigen. Sie ist vielmehr als verfassungswidrig und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, Artikel 10 Absatz 2) widersprechend zurückzuweisen. Die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit ist auch gemäss gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung für eine lebendige Demokratie derart fundamental, dass selbst eine asylpolitisch allenfalls „missbräuchliche“ Inanspruchnahme in Kauf zu nehmen wäre. Der Nachweis dieses (angeblichen) Missbrauchs, d.h. einer *ausschliesslich* asylrechtlichen Zweckgerichtetheit dürfte in der Praxis indessen ohnehin kaum zu führen sein. Überdies wäre die neue Bestimmung aber kriminalpolitisch auch weitgehend wirkungslos, weil sich Asylsuchende von einer Bussandrohung kaum beeindruckt lassen.

⁵ So auch Caroni/ Hofstetter, S. 5.

⁶ Ebenso Christoph Wehri, Am Kern der Asylpolitik. Der Flüchtlingsbegriff in der Debatte, NZZ vom 2.2.2009, S. 9.

Aus demokratie-praktischer Sicht besonders schwerwiegend ist die mit dem neuen Art. 116 Bst. d AsylG beabsichtigte Kriminalisierung von idealistisch oder ethisch motivierten Hilfestellungen zugunsten politisch aktiver Asylsuchender. Abgesehen davon, dass hier entgegen dem strafrechtlichen Regelfall die Gehilfenschaft zu einer Übertretung mit Strafe bedroht werden soll, wird durch den Wortlaut der Bestimmung („*insbesondere* durch Planung und Organisation“, keine Hervorhebung im Original) praktisch jede Hilfestellung für eine politische Manifestation – wie beispielsweise unterstützende Medienauftritte oder öffentliche Solidaritätserklärungen – zur potenziellen Straftat. **Von der neuen Regelung betroffen wären also nicht nur die Asylsuchenden selbst, sondern auch Schweizerinnen und Schweizer, die sich für deren Anliegen öffentlich einsetzen.** Derart schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte sind in einer *rechtsstaatlichen* Demokratie mit aller Schärfe zurückzuweisen.

3. Aufhebung der Möglichkeit, im Ausland ein Asylgesuch zu stellen (Art. 19 neu AsylG/ aufgehobener Art. 20 altAsylG): faktischer Ausschluss von besonders verletzlichen Personen von der Asylgesuchstellung

Dass die Schweiz aktuell der einzige Staat in Europa ist, der Asylgesuche auf der eigenen Botschaft im Herkunftsstaat zulässt, ist kein Grund, diese Art der Gesuchstellung in Zukunft zu verunmöglichen. Politisch weit angemessener ist es, sich bei anderen europäischen Staaten für die Schaffung bzw. Wiedereinführung entsprechender Möglichkeiten einzusetzen. Botschaftsverfahren entsprechen dem Geist der Genfer Flüchtlingskonvention, sind vergleichsweise effizient und kostengünstig, umso mehr als im Falle negativer Entscheide auch keine Sozialhilfe- und Rückkehrkosten anfallen. Dass 8% der auf Botschaften eingereichten Gesuche im Jahre 2007 gutgeheissen wurden, zeigt durchaus, dass hier keineswegs von ausschliesslich „missbräuchlichen“ Gesuchen ausgegangen werden kann, dies umso weniger, als in den letzten 14 Jahren der Anteil positiver Entscheide bei „Botschaftsgesuchen“ mit durchschnittlich 11 Prozent zwei Prozent höher lag als bei Personen, die erst in der Schweiz ein Gesuch gestellt haben! Insbesondere verfolgten Menschen, die nicht in der Lage sind, ihre Flucht selber zu organisieren, namentlich besonders verletzlichen Personen wie Kinder, Jugendliche und Frauen (vor allem solche mit Erziehungsaufgaben), alte Menschen und Personen in schlechter gesundheitlicher Verfassung oder ohne finanzielle Ressourcen würden mit der Abschaffung des Botschaftsverfahrens jeglichen Schutzes beraubt. Selbst wenn durch dieses Verfahren „erhebliche Personal- und Finanzressourcen gebunden“ würden (VB AsylG, Ziff. 1.3.3), rechtfertigte das die Abschaffung des Verfahrens nicht. Die Abschaffung leistete vielmehr lebensgefährlichen Fluchten via Schlepperorganisationen zusätzlich Vorschub und wäre mit der vielgerühmten humanitären Tradition der Schweiz nicht vereinbar.⁷

⁷ Vgl. auch Etienne Piguet, Für ein Asylgesuch fliegen Sie bitte 8000 Kilometer weiter! Die Abschaffung der Möglichkeit in Schweizer Botschaften ein Asylgesuch zu stellen, verstösst gegen den Geist der Genfer Konvention, NZZ am Sonntag, 22.2.2009, S.19.

Unzutreffend ist überdies, dass Personen, die nicht gefährdet seien, aber ihren Heimatstaat in Richtung Europa verlassen wollen, mittels Auslandgesuchen „eine einfache Möglichkeit“ hätten, „ihr Vorhaben zu erreichen“ (so VB AsylG, Ziff. 1.3.3). Aussichtslose Vorbringen verschaffen nämlich keinen Zugang zur Schweiz. **Dass Gesuche aber zumindest geprüft werden müssen, bevor sie allenfalls als unbegründet abgewiesen werden, ist für die Schweiz eine zumutbare „Belastung“. Humanität zum Nulltarif ist nicht zu haben.**

Das vom Bundesrat behauptete „Risiko“, dass die Schweiz als zuständig erachtet werden könnte, wenn ein Asylsuchender nach vorgängiger Einreichung eines Auslandgesuches in einem anderen Dublin-Staat ein Asylgesuch einreicht, rechtfertigt die Abschaffung der bisherigen Möglichkeit von Botschaftsgesuchen in keiner Weise. Zudem sollen gemäss der Botschaft auch in Zukunft Personen, die im Herkunftsland unmittelbar und ernsthaft gefährdet sind, ein Einreisevisum erhalten (Ziff.1.3.3 a.E.). Dies verdeutlicht, dass die Abschaffung der Botschaftsverfahren und die davon erwartete Entlastung unbegründet sind: **Die Abklärung, ob eine unmittelbare und ernsthafte Gefährdung gegeben sein könnte, impliziert nämlich auch in Zukunft eine zumindest summarische Vorprüfung.** Die mit der Revision beabsichtigte Entlastung der Botschaftsangehörigen ist folglich vernachlässigbar.

4. Nothilfe und weitere Einschränkungen, insbesondere bei sogenannten Mehrfachgesuchen/ Abbau von Verfahrensrechten (Art. 82 Abs. 2 neu AsylG, Art. 16, 34 und 36 AsylG sowie Art. 108-114 neu AsylG)

Verschärfungen bei Mehrfachgesuchen

Das Nothilferegime kann entgegen behördlicher Beteuerungen weder als wirksam noch menschenwürdig qualifiziert werden. Es hat im Gegenteil neue Probleme für die Betroffenen wie für die Gesamtgesellschaft geschaffen. Rechtsstaatlich höchst bedenklich ist auch die interkantonal ungleiche Umsetzung der Nothilfe⁸.

Vor diesem Hintergrund ist die Ausdehnung des Nothilferegimes auf Asylsuchende, die nach einer Rückkehr in ihre Heimat erneut ein Gesuch stellen nicht hinzunehmen. Als potenziell Verfolgte verdienen sie die gleiche Behandlung wie Erstgesuchsstellende. Es ist eine mündliche Anhörung durchzuführen, die Betroffenen sind nicht dem Nothilferegime zu unterwerfen und es ist nach Ablauf des allgemeinen dreimonatigen Arbeitsverbots eine Arbeitsbewilligung zu erteilen. Mit der Gebührenerhebung bei Mehrfachgesuchen wird erneut ein unnötiges Zugangshindernis zu einem legitimen rechtlichen Verfahren geschaffen.

Abgelehnt werden muss auch der Ausschluss einer mündlichen Anhörung, namentlich bei der Beurteilung der Frage, ob die Rückkehr in einen Drittstaat möglich ist bzw. ob dort ein effektiver Schutz vor Rückschiebung besteht. Für die Beantwortung der Frage, ob im Einzel-

⁸ Vgl. dazu den Bericht der SFH: Nothilfe für abgewiesene Asylsuchende, Überblick zur Ausdehnung des Sozialhilfestops, 15. Dez. 2008 (http://www.osar.ch/2008/12/16/nothilfe_urgence)

fall eine Abweichung von der gesetzlichen Regelfolge angezeigt ist, kann eine mündliche Anhörung durchaus relevante Anhaltspunkte liefern.

Abbau weiterer Verfahrensrechte

Bei abgewiesenen Wiedererwägungsgesuchen steht einer wirksamen Interessenwahrung (unter Beizug anwaltlicher Hilfe) die vorgeschlagene prohibitiv kurze Beschwerdefrist von lediglich fünf Tagen entgegen. Sie ist auch mit den verfassungsmässigen Verfahrensgarantien nicht vereinbar. Die Betroffenen und deren RechtsvertreterInnen haben so nicht genügend Zeit, sich mit der Urteilsbegründung in sachlicher und rechtlicher Hinsicht auseinanderzusetzen und die Beschwerdeschrift vorzubereiten.

Der Abbau dieser Verfahrensrechte ist umso mehr abzulehnen, als gemäss vorliegender Statistiken heute rund 30% der Wiedererwägungsgesuche mindestens zur Anerkennung relevanter Wegweisungshindernisse führen.

Ebenso lehnen wir es ab, die geltende Regel von Art. 16 Abs. 2 AsylG aufzuweichen, wonach Entscheide in der Amtssprache des Wohnorts der betroffenen Asylsuchenden zu eröffnen sind.

Nichteintreten bei Möglichkeit zur Wegweisung in Drittstaat trotz Angehöriger in der Schweiz (Streichung Art. 34 Abs. 3, Bst. a und b)

Der Bundesrat schlägt vor, die Ausnahmebestimmungen a und b von Artikel 34 zu streichen. Aus „völkerrechtlicher Sicht“ sei es, so die Begründung, „nicht zwingend“, dass bei einer Wegweisung in einen Drittstaat geprüft werden müsse, ob der oder die Asylsuchende enge Beziehungen oder nahe Angehörige in der Schweiz hat oder offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft erfüllt. Hingegen bleibt die Bestimmung stehen, dass nicht auf ein Gesuch eingetreten wird, wenn der oder die Asylsuchende in einen Drittstaat weiterreisen kann, in dem Personen, zu denen sie enge Beziehungen haben, oder nahe Angehörige leben (Art. 34, Abs. 2 Best. e).

Beziehungen zum Land oder nahe Angehörige sind demnach nur dann relevant, wenn ein Asylgesuch mit dieser Begründung nicht in der Schweiz behandelt wird. Wenn mit denselben Gründen die Zuständigkeit der Schweiz begründet werden kann, sollen sie hingegen keine Relevanz haben. Diese Haltung ist inkonsequent und die vorgeschlagene Änderung ist abzulehnen.

Darüber hinaus entwertet der Vorschlag des Bundesrates die in Art. 15 der Dublin-Verordnung (Verordnung EG 343/2003 v. 18.2.2003) vorgesehene "humanitäre Klausel". Diese hält eine Reihe von Fällen fest, in denen die Dublin-Staaten "im Regelfall" ein Asylgesuch auch dann prüfen sollen, wenn sie formal dafür nicht zuständig wären (Minderjährige, Schwangere, Frauen mit Neugeborenen, Kranke, Behinderte). Die "humanitäre Klausel" legt den Dublin-Staaten nahe, den "familiären und kulturellen Kontext" angemessen zu berücksichtigen.

5. Ausdehnung der Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft für (Art. 75 Abs. 1 bis neu AuG und Art. 76 Abs. 1 Bst. B Ziff. 1 neu AuG)

Der Gesetzesvorschlag geht davon aus, dass Asylsuchende, für die ein anderer Dublin-Staat zuständig ist, untertauchen, wenn die Schweiz einen Nichteintretensentscheid und die Wegweisung an den betreffenden Dublin-Staat verfügt. Diese Annahme nimmt der Bundesrat zum Anlass, die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft (Art. 75 und 76 AuG) für sämtliche Asylsuchende zu rechtfertigen, für die ein anderer Dublin-Staat zuständig ist. Dieser Vorschlag ist abzulehnen.

Es ist nicht zulässig, dass Asylsuchende, für die ein anderer Staat zuständig ist, präventiv in Haft genommen werden, bloss weil die Möglichkeit des Untertauchens besteht. Damit werden die Grundrechte der betroffenen Personen verletzt. Konkret muss befürchtet werden, dass Asylsuchenden erst bei der Eröffnung der Wegweisung beschieden wird, dass die Schweiz einen anderen Dublin-Staat um Aufnahme ersucht hat, und dass sie dann gleichzeitig mit der Eröffnung des Nichteintretensentscheids in Haft genommen werden. Dies verunmöglicht in der Praxis die fristgerechte Einreichung eines allfälligen Rekurses unter Beizug einer Rechtsvertretung.

6. Nachweispflicht bei Unzumutbarkeit (Art. 83 Abs. 5, 5bis und 5ter (neu) AuG)

Entgegen der Behauptung im Bericht (VB AsylG, Ziff. 1.4.1) gibt es keinen verfahrensrechtlichen Grundsatz, wonach für behauptete Tatsachen der *volle Beweis* durch den Gesuchsteller zu erbringen sei. Vielmehr gilt im vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungsverfahren für Gesuchsteller „lediglich“ eine *Mitwirkungspflicht*. Im Rahmen dieser Pflicht ist eine Senkung des Beweismasses auf das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung einer behaupteten Tatsache umso sachgerechter, als im Asylverfahren Beweisschwierigkeiten notorisch sind.

Das Ansinnen der Gesetzesrevision, das Glaubhaftmachen der Unzumutbarkeit des Weg- oder Ausweisungsvollzugs nicht mehr genügen zu lassen, sondern **einen eigentlichen Beweis der Unzumutbarkeit zu fordern**, ist auch deshalb abzulehnen, weil damit im Zweifel gegen den Hilfesuchenden entschieden, d.h. dem Rechtsuchenden zugemutet wird, eine allenfalls unzumutbare Härte in Kauf zu nehmen. Die neu vorgeschlagene Beweisspflicht **hätte insbesondere für Frauen verheerende Konsequenzen**: Gerade frauenspezifische Fluchtgründe wie Ächtung und Freiheitsbeschränkung durch Ehemann oder Familie, drohende Zwangsheirat oder Klitorisbeschneidung sind in der Regel kaum beweisbar sondern können nur glaubhaft gemacht werden.

Dem Argument im Begleitbericht, wonach es für das BFM „oft schwierig und zeitintensiv sei, im Ausland Abklärungen durchzuführen“, steht die Tatsache gegenüber, dass Asylsuchende und ausländische Personen noch weit weniger Mittel haben, um mit Angehörigen oder Behörden in ihrem Herkunftsland in Verbindung zu treten. Insbesondere bei der Beschaffung von schriftlichen Dokumenten von der Schweiz aus stossen sie vielfach auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Auch aufgrund des häufig geringen Schriftlichkeitsgrades in vielen Herkunftsländern ist es für Betroffene oft nicht möglich, z.B. zu *dokumentieren*, dass im Her-

kunftsstaat *kein* Beziehungsnetz besteht. Das Prinzip *In dubio pro Unzumutbarkeit*, wonach die Unzumutbarkeit einer Wegweisung „lediglich“ *glaubhaft* zu machen ist, hat in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seinen Niederschlag gefunden. Dies schaffte bis anhin keine „unklare Rechtslage“, die einer verschärften gesetzlichen Regelung zu Ungunsten der Gesuchsteller bedürfte. Folglich erweist sich auch dieser Revisionsvorschlag als sachlich unbegründet und inhaltlich verfehlt.

7. Einschränkung der Wohnsitzwahl bei vorläufig aufgenommenen Personen ist nicht kompatibel mit EU-Richtlinie über Mindestnormen für die Anerkennung als Flüchtling (Art. 85 Abs. 5 neu AuG)

Mit dem Vorschlag der Einschränkung der Wohnsitzwahl setzt sich der Bundesrat in offenem Widerspruch zur EU-Richtlinie über die Mindestnormen für die Anerkennung als Flüchtling. Demnach ist auch Personen mit subsidiärem Schutzstatus die Bewegungsfreiheit in gleichem Masse zuzuerkennen wie anderen Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet aufhalten (VB, Ziff. 6.2). Folgerichtig geht es aus völkerrechtlichen Gründen nicht an, kantonale Behörden zu ermächtigen, vorläufig aufgenommenen Personen, die Sozialhilfe beziehen, einen Wohnort oder eine Unterkunft zuzuweisen.

8. Abschliessende Bemerkung

Im eingangs zitierten Interview hatte Bundesrätin Widmer-Schlumpf den Grundrechtsschutz auch im Bereich des Asylrechts als „Demarkationslinie“ bezeichnet, „die auf keinen Fall überschritten werden darf.“⁹ Diese Beteuerungen werden mit dem hier erörterten Gesetzesvorhaben nicht eingelöst. Noch weniger wird der bundesrätliche Neujahrsgedanke umgesetzt, mit dem Bundesrätin Widmer-Schlumpf das Interview abschloss. Ihr Schlusswort liest sich vielmehr als Votum gegen rigide gesetzliche Abenteuer auf dem Buckel Asylsuchender und ist gleichzeitig ein Aufruf, die Stimmen derjenigen ernst zu nehmen, die das Los der Betroffenen nicht nur aus den Akten, sondern aufgrund persönlicher Begegnungen kennen und sich daher anwaltschaftlich für deren Rechte engagieren:

„Der kleine Staat hat seine grösste Stärke in seinem guten Recht‘ schrieb der Bundesrat in einem von Max Huber verfassten Bericht von 1919 über internationale Staatsverträge. Dies gilt heute mehr denn je, und es scheint mir auch mit Blick auf die gute rechtsstaatliche Ordnung in unserem Land, die immer wieder als wirtschaftlicher Standortvorteil genannt wird, ein geeigneter Leitgedanke zu sein. Die Anwältinnen und Anwälte sind aufgerufen, sich dafür einzusetzen, dass unserem Recht Nachachtung verschafft wird.“¹⁰

Voilà, wir nehmen Sie beim Wort, Frau Bundesrätin!

⁹ Anwaltsrevue 1/2009, S. 11.

¹⁰ Anwaltsrevue 1/2009, S. 12.

Ausländerrecht

Vernehmlassung zur Revision des Ausländerrechts (AuG) sowie zum indirekten Gegenvorschlag zur „Ausschaffungsinitiative“ der SVP

Einleitung

Das total revidierte Ausländergesetz ist erst am 1.1.2008 in Kraft getreten, ohne dass bis dahin höchstrichterliche Entscheide hierzu ergangen wären. Gleichwohl unterbreitet der Bundesrat bereits Änderungsvorschläge und suggeriert ohne entsprechende Daten und Fakten Gesetzeslücken. Tatsächlich besteht hier aber kein Handlungsbedarf.¹¹

Analog zur Stellungnahme des Bundesrates bezüglich der Neuerungen im Strafrecht ist auch im Bereich des Ausländerrechts zunächst das Sammeln von Daten und Fakten und eine Evaluation der letzten Revision geboten. Eine erneute Revision ist im jetzigen Zeitpunkt verfehlt und überhastet. Sie überfordert die Rechtsanwender, denen vorerst Gelegenheit zu geben ist, das geltende Recht überhaupt anzuwenden. Geradezu ärgerlich ist, dass sich der Bundesrat jenen Kreisen beugt, die in der Asyl- und Ausländerpolitik nicht an Problemlösungen interessiert sind, sondern die entsprechenden Thematiken als Aktionsfeld populistischer Politik missbrauchen. *Legiferitis* ist die adäquate Diagnose für diesen gesetzgeberischen Aktivismus, der pathologische Züge angenommen hat.¹² Sachlich ebenso unbegründet wie eine Revision des AsylG ist eine solche des Ausländergesetzes.¹³ Die Botschaft hierzu fällt denn auch reichlich dünn und inhaltlich wenig substantiell aus.

Die Revisionspunkte im Ausländergesetz zielen darauf ab, die Integrationsschwelle für ImmigrantInnen zu erhöhen und deren Rechtsstellung zu schwächen. Statt Willkommenskultur, Integrationsfreundlichkeit und Augenmass signalisieren die Revisionsvorschläge Abwehrhaltung, Zugangshürden und Ausgrenzung auf Kosten grund- und menschenrechtlicher Ansprüche. Die Schweiz würde sich mit den vorgesehenen Neuerungen auch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Widerspruch setzen.

Wir appellieren an den Bundesrat, die Übung abubrechen, den Rechtsanwendern die Anwendung der jüngst revidierten Gesetzesbestimmungen in Ruhe zu ermöglichen und in drei Jahren eine seriöse Lagebeurteilung vorzunehmen und die SVP-Initiative dezidiert abzulehnen.

Zu den einzelnen Revisionsvorschlägen im Ausländergesetz

Die Revisionsvorschläge zum AuG verstehen sich erklärermassen als indirekter Gegenvorschlag zur „Ausschaffungsinitiative“ der SVP. **Darüber deutlich hinausgehend soll zusätzlich die Rechtsstellung der ImmigrantInnen verschlechtert werden, indem**

¹¹ Siehe vorne bei FN 1.

¹² Vgl. etwa Marc Spescha, *Legiferitis – ausländerfeindliche Gesetzgebungsmaschinerie gegen Grund- und Menschenrechte*, in: *Neue Wege* 2008, S.223ff.; ferner Spescha, FN 3.

¹³ Siehe die vorne bei FN 2 zitierten Quellen.

der Zugang zu einem gefestigten Anwesenheitsrecht, sprich Niederlassungsbewilligung, erschwert wird. Schliesslich wird in zahlreichen Bestimmungen eine sachlogische Korrektur vorgenommen, indem nicht bloss Widerrufsgründe nach Artikel 62, sondern auch solche nach Artikel 63 der Erteilung der Niederlassungsbewilligung entgegenstehen können (so in Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 2 lit. b, Art. 35 Abs. 4 AuG). Gemäss Art. 63 in der bisherigen Fassung müssen schwerwiegendere Verstösse vorliegen, damit ein Rechtsverlust gerechtfertigt werden kann. Die Relevanz dieser redaktionellen Korrektur ist freilich gering zu veranschlagen. Da es genügt, wenn Widerrufsgründe von Art. 62 und 63 *alternativ* gegeben sind, wäre gesetzestechnisch korrekt ohnehin von Widerrufsgründen nach den Art. 62 *oder* Art. 63 zu sprechen.

A) Massive Verschlechterung der Rechtsstellung von MigrantenInnen aus Drittstaaten

1. Unnötige und diskriminierende Hürde zur Erreichung der Niederlassungsbewilligung (Neufassung Art. 34 Abs. 2 lit. c AuG)

Art. 34 Abs. 2 lit. c AuG macht neu eine erfolgreiche Integration und dabei „insbesondere Kenntnisse einer Landessprache“ *generell* zur Voraussetzung für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Während die Erteilung dieser Bewilligung schon nach bisherigem Recht im Ermessen der Behörde liegt und im Regelfall Gesetzesloyalität und erwerbliche Eingliederung voraussetzt, werden faktisch in Zukunft bildungsferne, ältere Personen kaum je das erforderliche sprachliche Niveau erreichen können. Das Kriterium wirkt sich auch diskriminierend aus, insofern bei sog. „Staatsvertragsausländern“¹⁴ bereits nach fünf Aufenthaltsjahren ohne zusätzliche sprachliche Voraussetzungen Niederlassungsbewilligungen erteilt werden (VB AuG, Ziff. 5.1, S. 9). Die Neuerung grenzt folglich bildungsferne ImmigrantInnen aus vielen Drittstaaten aus, indem ihnen selbst der Zugang zur Kategorie der Einheimischen ohne Schweizer Pass verweigert wird. Mit anderen Worten würde damit eine schichtspezifische Diskriminierung gesetzlich festgeschrieben.

Aus Rechtsgleichheitsgründen ist auch abzulehnen, dass die **vorzeitige Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach 5jährigem Aufenthalt an „Nicht-Staatsvertragsausländer“ und damit an die meisten Drittstaatsangehörigen, gestützt auf eine Neufassung von Art. 34 Abs. 4 AuG, nur erteilt werden soll bei einer „besonders erfolgreichen Integration“**. Damit würden gegenüber der bisherigen Bestimmung insbe-

¹⁴ „Staatsvertragsausländer“ sind Ausländer aus Staaten, mit denen Niederlassungsvereinbarungen bestehen, denen der Bundesrat entsprechende Zusicherungen gemacht hat oder bei denen Ansprüche aus Gegenrechtserwägungen resultieren, namentlich Belgien, Deutschland, Dänemark, Frankreich, Fürstentum Liechtenstein, Griechenland, Italien, Niederlande, Österreich, Portugal, Spanien, Finnland, Grossbritannien, Irland, Island, Luxemburg, Norwegen, Schweden, USA, Kanada, Andorra, Monaco, San Marino, Vatikan-Stadt. Aufgrund des Diskriminierungsverbots werden Staatsangehörige der neuen EU-Staaten ebenfalls einen grundsätzlichen Anspruch auf Niederlassungsbewilligung nach fünf Aufenthaltsjahren geltend machen können.

sondere die Anforderungen an die Sprachkenntnisse noch weiter angehoben. Bereits heute werden *gute* Kenntnisse der Landessprache, gemäss Art. 62 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) gar der am Wohnort gesprochenen Sprache verlangt. Insofern aber eine „bloss“ „erfolgreiche Integration“ nicht (mehr) genügen soll, würde die vorzeitige Erteilung der Niederlassungsbewilligung nur noch die seltene Ausnahme bilden.

Der Revisionsvorschlag steht auch im Widerspruch zu der von der Europäischen Union favorisierten Integrationspolitik und der Erklärung der Schweiz zu einer intensiveren Zusammenarbeit mit der EU im Bereich der Migrationspolitik. Die Richtlinie RL 2003/109/EG des EU-Rates vom 25.11.2003 sieht beispielsweise vor, dass *nach fünfjährigem ununterbrochenen Aufenthalt die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten*, die mit der Niederlassungsbewilligung gemäss Schweizer Recht vergleichbar ist, erteilt wird. Vorausgesetzt sind hierfür einzig feste und regelmässige Einkünfte (ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen), eine Krankenversicherung und keine erhebliche Straffälligkeit.

Dass der Gesetzgeber weniger an einer raschen und guten Integration der ImmigrantInnen interessiert ist als einer **schnellen Entledigung auch langjährig anwesender AusländerInnen räumt der Bericht offen ein**: Anstelle des mit der Niederlassungsbewilligung verknüpften Rechtsschutzes soll künftig bei Rechtsverletzungen Aufenthaltsberechtigter die Wegweisung gemäss Vernehmlassungsbericht im Regelfall ohne aufschiebende Wirkung verfügt und auch ohne bundesgerichtliche Rechtskontrolle vollzogen werden (Vgl. VB AuG, Ziff. 5.1, S. 9).

Die integrationsfeindliche Stossrichtung der Revision zeigt sich auch daran, dass Ehegatten von SchweizerInnen und Niedergelassenen die Niederlassungsbewilligung nach fünfjährigem Aufenthalt und Ehe nur noch unter der Voraussetzung *guter Sprachkenntnisse* erhalten. **Damit würde eine seit über 15 Jahren (!) auch im Rahmen des früheren Ausländergesetzes (ANAG) bewährte Praxis über Bord geworfen.** Das Kriterium der Sprachkenntnisse würde den Spracherwerb von nachgezogenen Eheleuten zudem faktisch kaum beschleunigen, stattdessen aber die Abhängigkeit der nachgezogenen Ehepartnerin vom schweizerischen Partner noch erhöhen. Ausserdem würden durch diese Bestimmung Eheleute von SchweizerInnen und Niedergelassenen gegenüber Staatsvertragsausländern und Ehegatten von EU-BürgerInnen benachteiligt und *diskriminiert*.

2. Schwächung der Rechtsstellung von Ehegatten von SchweizerInnen (Neufassung Art. 51 AuG)

Unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten abzulehnen ist auch die neue Fassung von *Art. 51 AuG*. Sie hätte zur Folge, dass der Anspruch auf Familiennachzug von Angehörigen von SchweizerInnen bereits bei geringfügigen Verfehlungen gemäss Art. 62 AuG und nicht erst bei schwerwiegenderen Rechtsverstössen gemäss Art. 63 AuG erlöschen würde. Damit würden zudem Angehörige von SchweizerInnen gegenüber solchen von EU-

Staatsangehörigen diskriminiert. Die Anforderungen an die Wegweisung von EU-BürgerInnen und aus Drittstaaten stammende Familienangehörige derselben knüpft nämlich nicht an entsprechende Widerrufsgründe an. Vorausgesetzt ist vielmehr ein Rechtsverstoss, der eine *anhaltende*, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung bedeutet. Die Bestimmung widerspricht damit diametral der vom Gesetzgeber im AuG bisher intendierten Vermeidung der *Inländerdiskriminierung* (vgl. Art. 42 Abs. 2 und 47 Abs. 2 AuG).

3. Ausländerrechtliche Zusatzstrafe für sozialhilfeabhängige oder straffällige AusländerInnen durch unverhältnismässige und diskriminierende Widerrufskriterien (Neufassung von Art. 62 und 63 AuG)

Während der Zugang zur Niederlassungsbewilligung durch die vorerwähnten Neuerungen erschwert werden soll, **bezweckt die Neufassung von Art. 62 AuG insbesondere den erleichterten Widerruf der Niederlassungsbewilligung.** Art. 62 AuG fände neu auch auf Niederlassungsberechtigte Anwendung und erlaubte den Widerruf – anders als das bisherige Recht – bereits bei geringfügigeren Verstössen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Art. 62 Abs. 1 lit. b würde für Niedergelassene an die Stelle von Art. 63 lit. b des geltenden AuG treten, demgemäss ein schwerwiegender Ordnungsverstoss vorliegen muss). **Ferner könnte auch im Falle Niedergelassener die Bewilligung wegen Sozialhilfebezug** nicht erst bei *erheblichem und dauerhaftem* Sozialhilfebezug widerrufen werden (Art. 62 Abs. 1 lit. e würde an die Stelle von Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG treten). Der Gegenvorschlag zeitigt in diesem Punkt negative Rechtsfolgen für Niedergelassene aus Gründen, **die nicht einmal von der Ausschaffungsinitiative der SVP erfasst werden.**

Auch der vom Gesetzgeber eben erst beschlossene Schutz vor Bewilligungsverlust infolge Sozialhilfebezugs nach 15jährigem Aufenthalt in der Schweiz (Art. 63 Abs. 2 AuG) fiel mit den vorgeschlagenen Änderungen dahin. **Damit würden Niedergelassene auch nach derart langer Anwesenheit schlechter gestellt als ArbeitsimmigrantInnen aus der EU bereits nach weniger als fünf Jahren. Diesen kann die Bewilligung nämlich aufgrund von Sozialhilfeabhängigkeit nicht entzogen werden.**

Insgesamt bezweckt die Novelle offenkundig eine generelle Prekarisierung der Rechtsstellung Niedergelassener von ausserhalb der EU. Solche ausgrenzenden, diskriminierenden Ziele sind abzulehnen und widersprechen sowohl einer Politik der Integration und Inklusion als auch der Politik der EU, die mit überzeugenden Gründen eine Annäherung der Rechtsstellung langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger an diejenige der Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaats anstrebt.¹⁵

¹⁵ Vgl. etwa Abs. 2 des Ingresses zur RL 2003/109/EG betr. die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen: „Die Integration von Drittstaatsangehörigen, die in den Mitgliedstaaten langfristig ansässig sind, trägt entscheidend zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts bei, der als eines der Hauptziele der Gemeinschaft im Vertrag angegeben ist.“ Und in Abs. 9 heisst es: „Wirtschaftliche Erwägungen sollten nicht als Grund dafür herangezogen werden, die Zuerkennung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu versagen, und dürfen nicht so aufgefasst werden, dass sie die entsprechenden Bedingungen berühren.“

Der neu vorgeschlagene Art. 62 Abs. 2 AuG deckt sich weitgehend mit Art. 80 VZAE, wobei er zusätzlich die strafrechtliche Verurteilung als Widerrufsground aufnimmt. Letztere kann in der Fassung des geltenden Rechts ohne weiteres unter Art. 62 lit. c AuG subsumiert werden. Die Neufassung bringt folglich gegenüber der bisherigen weder zusätzliche Klärung noch inhaltlich eine Verbesserung. Auch Art. 62 Abs. 3 AuG (Neufassung) geht nicht über Art. 80 Abs. 2 VZAE hinaus und bringt dem Rechtsanwender keinerlei zusätzlichen Gewinn.

Art. 62 Abs. 4 AuG (Neufassung) schliesslich gibt lediglich Selbstverständlichkeiten wieder. So hat das Bundesgericht schon in Anwendung des früheren Ausländergesetzes im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung festgehalten, dass bei Entscheiden über den Widerruf einer Bewilligung oder beim Entscheid über einen Rechtsverlust bei Straffälligkeit die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration sowie die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz zu berücksichtigen seien. Die Relevanz dieser Kriterien ergibt sich sodann auch aus Art. 96 AuG sowie den Kriterien, die gemäss EGMR bei der Prüfung aufenthaltsbeendender Massnahmen zusätzlich zu beachten sind. Mithin ist auch diese Bestimmung obsolet.

B. Kernbestimmung des indirekten Gegenvorschlags zur Ausschaffungsinitiative der SVP

4. Widerrufsgrund bei schwerwiegenden Straftaten (neuer Art. 63 AuG): Beabsichtigter Automatismus ist unverhältnismässig, grund- und menschenrechtswidrig und die neue Bestimmung gänzlich unnötig

Als eigentliche Kernbestimmung des Gegenvorschlags zur „Ausschaffungsinitiative“ ist *Art. 63 AuG* (in der Neufassung) konzipiert. Sie präzisiert die „längerfristige Freiheitsstrafe“ gemäss Art. 62 lit. b AuG dahingehend, dass „eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren oder mehrere Freiheitsstrafen oder Geldstrafen von insgesamt mindestens 720 Tagen oder Tagessätzen innerhalb von zehn Jahren“ Gründe darstellen, die grundsätzlich zum Widerruf der Bewilligung führen.

Die Neuformulierung ist ein verfehlerter und überdies untauglicher Versuch, dem unbegründeten Anliegen der Initianten der Ausschaffungsinitiative angeblich grund- und menschenrechtskonform entgegenzukommen.

Zunächst ist hervorzuheben, dass die Bestimmungen gemäss geltender Fassung des Gesetzes gerichtlich noch gar nicht angewandt wurden. Die Annahme, dass das geltende Recht nicht genügen sollte, öffentliche Interessen hinreichend zu schützen, entbehrt daher jeglicher Grundlage. Tatsache ist, dass bereits heute auf Grund des geltenden Rechts bei schwerwiegender Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Aufenthaltsbewilligungen entzogen werden. Wie jüngst in der NZZ ausgeführt wurde, fehlt allerdings „eine systematische Übersicht der kantonalen Praxis aufenthaltsbeendender Massnahmen (...) heute ebenso, wie es keine schweizerischen oder kantonalen Statistiken zur Sache gibt“.¹⁶

Zu beachten ist sodann, dass die Limite von zwei Jahren einer bundesgerichtlichen Praxis nachgebildet ist, die auf die spezifische Situation nachgezogener Ehegatten von SchweizerInnen zugeschnitten war, die nach weniger als fünfjähriger Ehedauer straffällig geworden waren. In diesen Fällen befand das Bundesgericht, es sei von einer kurzen Ehedauer auszugehen, so dass eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren – im Sinne eines Richtwertes – den ehebedingten Aufenthaltsanspruch erlöschen lasse.

Gemäss der Konzeption der Gesetzesnovelle würde diese Praxis, deren EMRK-Konformität im Lichte der Rechtsprechung des EGMR bereits zweifelhaft ist, mit dem neuen Widerrufsartikel grundsätzlich in mehrfacher Hinsicht in unzulässiger Weise verschärft.

Insofern die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 63 Abs. 1 AuG bei der gegebenen Verurteilung – vorbehältlich Abs. 2 – *zwingend* widerrufen werden müsste, werden davon nicht nur Täter erfasst, die erst kurze Zeit, *weniger als fünf Jahre* (!), in der Schweiz weilen, son-

¹⁶ Christina Achermann, „Die Wegweisung straffälliger Ausländer“, NZZ 27.2.2009, S. 16

dern auch langjährig anwesende ImmigrantInnen der ersten, zweiten oder dritten Generation. Schon dies zeigt, dass der beabsichtigte Widerrufsautomatismus vielfach völlig unverhältnismässig wäre. Hinzu kommt, dass aufgrund des *neuen Sanktionensystems* des Allgemeinen Teils des StGB Strafen von **zwei Jahren bedingt** ausgesprochen werden können und bei bis zu dreijährigen Freiheitsstrafen, wie sie beispielsweise wegen **Steuerbetrug, ungetreuer Geschäftsbesorgung oder Kursmanipulation** ausgefällt werden können, der teilbedingte Strafvollzug möglich ist. Bedingte wie teilbedingte Bestrafungen setzen dabei zwingend eine *günstige Legalprognose* voraus. Das Strafgericht geht daher bei der Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzugs davon aus, dass sich die straffällige Person künftig an die Rechtsordnung halten wird. **Dass neu aber auch bei einer bedingten Freiheitsstrafe die Bewilligung zwingend widerrufen werden soll, zeigt, dass der Gesetzgeber das Augenmass verloren hat und die ausländerrechtliche Massnahme zu einer Zusatzstrafe umfunktioniert würde.** Nach bisherigem Verständnis hatte der Bewilligungswiderruf dagegen nicht den Charakter einer Strafe, sondern war nur anzuordnen, wenn der Schutz der Öffentlichkeit die privaten Interessen des Täters an einem Verbleib in der Schweiz überwiegen würde. Abstrahiert würde künftig zudem auch von der *Art und Schwere der Tat*, obwohl diese für die Beurteilung der künftigen Gefahr des Täters für die öffentliche Ordnung bedeutsam sind.

Derselbe Verlust an Augenmass manifestiert sich in der Sanktionierung wiederholter Straftaten einschliesslich Geldstrafen, die insgesamt das Äquivalent einer zweijährigen Freiheitsstrafe erreichen. Hierbei kommt allerdings hinzu, dass gleichsam eine „Probezeit“ von zehn Jahren gälte. Wer also zum Beispiel neun Jahre nach einer ersten Tat erneut zu einer – wenngleich bedingten – Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt würde, hätte sein Anwesenheitsrecht verwirkt. Das ist undifferenziert, sachlich ungerechtfertigt sowie unverhältnismässig und ist daher abzulehnen.

Zu beachten ist sodann auch hier, dass Drittstaatsangehörige gegenüber EU-BürgerInnen einschliesslich ihrer Familienangehörigen massiv diskriminiert würden. Bei EU-BürgerInnen (einschliesslich ihrer Familienangehörigen) kann der Widerruf der Bewilligung zum vorneherein nicht an eine bestimmte Strafhöhe geknüpft werden. Er ist gestützt auf Art. 5 Anhang I Freizügigkeitsabkommen (FZA) ungeachtet des Strafmasses nämlich nur zulässig, wenn der Verbleib des Straffälligen in der Schweiz eine *gegenwärtige und hinreichende schwere, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung* darstellen würde.

Die grundsätzliche Begründetheit der hier vorgebrachten Kritik scheint von den Urhebern der Revisionsvorschläge nicht bezweifelt zu werden. In Art. 63 Abs. 2 AuG (Neufassung) konzidiert der Revisionsvorschlag nämlich, dass ein Widerrufsautomatismus unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit steht. Zwar tut er dies nur widerwillig, was darin zum Ausdruck kommt, dass „auf einen Widerruf der Bewilligung... [nur] *ausnahmsweise* verzichtet wird, wenn die privaten Interessen der Ausländerin oder des Ausländers besonders gewichtig sind und sie die öffentlichen Interessen an einem Widerruf überwiegen.“ Tatsächlich

muss aber unter den gegebenen Voraussetzungen, sprich bei einer Interessenabwägung zu Gunsten des Täters, nicht ausnahmsweise, sondern *zwingend* auf den Widerruf der Bewilligung verzichtet werden. Andernfalls würde der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt.

Somit ist für eine grund- und menschenrechtskonforme Widerrufspraxis eine Interessenabwägung in Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR unerlässlich. Unter dieser Voraussetzung wäre ein Widerruf der Bewilligung aufgrund einer „bloss“ zweijährigen Freiheitsstrafe aber in einer Vielzahl der Fälle offensichtlich unzulässig – namentlich bei langjährig anwesenden Personen, die straffällig wurden, bei Straffälligen der 2. oder 3. Ausländergeneration sowie bei Straffälligen mit engen familiären Bindungen zur Schweiz.

Der bundesrätliche Gegenvorschlag zur „Ausschaffungsinitiative“ erweist sich daher als untauglich und unnötig und hätte höchstens eine symbolische Wirkung. Insofern ist er aber unehrlich, kontraproduktiv und sachlich verfehlt. Zum einen wird ohne entsprechende Faktenlage Handlungsbedarf suggeriert. Zum andern wird Augenwischerei betrieben, statt den BürgerInnen klaren Wein einzuschenken. Klarzustellen ist: Ein an eine zweijährige Freiheitsstrafe oder entsprechende Geldstrafe anknüpfender Widerrufsautomatismus samt daran anschliessender Wegweisung wäre in einer Vielzahl der Fälle nicht grund- und menschenrechtskonform.

Das Fazit lautet auch hier: Übung abrechnen!