

Migrationskontrolle durch Strafrecht?

Autor(en): **Spescha, Marc**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC =
Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC**

Band (Jahr): **31 (2013)**

PDF erstellt am: **09.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1051557>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Migrationskontrolle durch Strafrecht?

MARC SPESCHA

Lehrbeauftragter Universität Freiburg, Advokaturbüro Zürich

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	37
1. Präzisierung der Fragestellung	39
2. Strafrecht und Einreisehindernisse	39
2.1 Bestimmungsfaktoren der Immigration	39
2.2 Dimensionen und Proportionen der Einreisen und Einwanderung nach Einreise-/Einwanderungsgrund	41
2.3 Strafrechtliche und strafrechtlich begründete Einwanderungshindernisse	43
2.4 Wirksamkeit strafrechtlicher oder strafrechtlich begründeter Einwanderungshindernisse?	45
3. Strafrechtliche Sanktionen als Grund für Wegweisungen/Aus- schaffungen	46
3.1 Strafrechtliche Verurteilungen als Anknüpfungspunkt für administrative Entfernungsmassnahmen	47
3.1.1 Rückfallwahrscheinlichkeit im Geltungsbereich des FZA	47
3.1.2 Deliktsart und Strafhöhe im Geltungsbereich des AuG	48
4. Migrationssteuerung durch Wegweisung/Ausschaffung Straf- fälliger?	49
5. Fazit und Ausblick	51

Zusammenfassung

Die Frage nach der allfälligen Bedeutung des Strafrechts für die Kontrolle oder Steuerung der Migration wird präzisiert als Frage danach, inwieweit strafrechtliche Normen und Sanktionen die Einreise unerwünschter Personen verhindern bzw. die Wegweisung und allfällige Ausschaffung strafällig gewordener ImmigrantInnen bewirken können. Mit Blick auf die Bestimmungsfaktoren der aktuellen Immigration wird bereits augenscheinlich, dass Asylimmigration, Kriminaltourismus, Familienzusammenführung und Arbeitsimmigration, letztere insbesondere soweit sie

vom Geltungsbereich der Personenfreizügigkeit erfasst wird, für strafrechtliche Massnahmen/Sanktionen kaum oder nur sehr begrenzt zugänglich sind. Eine Einschränkung der zahlenmässig dominierenden Immigration von Freizügigkeitsberechtigten setzte bei Straffälligen voraus, dass sie für die öffentliche Sicherheit eine aktuelle, hinreichend schwere Gefahr darstellen. Im Geltungsbereich des Ausländergesetzes kann der Familiennachzug sodann ebenfalls nicht leichthin verwehrt werden. Während Flüchtlingen die Einreise zur Stellung eines Asylgesuchs nicht verweigert werden kann, ist in Fällen, wo legale Zugangswege versperrt sind, die «irreguläre Immigration» durch Strafdrohungen kaum zu verhindern.

Die Wegweisung und allfällige Ausschaffung straffälliger Personen sieht sich im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens und bei Eingriffen in das menschenrechtlich geschützte Privat- und Familienleben hohen Anforderungen gegenüber. Bei straffälligen Angehörigen der zweiten Generation stehen Wegweisungen/Ausschaffungen ebenfalls unter menschenrechtlich bedingtem hohen Rechtfertigungsdruck.

Der Beitrag des Strafrechts zur Migrationskontrolle ist angesichts der beschriebenen Migrationsgründe und -bedingungen in quantitativer Hinsicht vernachlässigbar. Versuche einer Kriminalitätsabwehr durch eine rigide „Ausweisungs“praxis („Ausschaffungsinitiative“) kollidieren zudem mit menschen- und freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen. Eine strikte Migrationskontrolle scheitert nicht an fehlenden verwaltungs- oder strafrechtlichen Normen, sondern primär am Primat der Mobilität im Schengenraum und insbesondere an Vollstreckungsproblemen bei der Ausschaffung abgewiesener Asylsuchender. Diese Probleme lassen sich auch nicht durch (neue) strafrechtliche Massnahmen beheben. Die aktuellen Debatten und Bestrebungen um eine harte Ausschaffungspraxis gegenüber „kriminellen Ausländern“ erweisen sich daher als Ausdruck weitgehend hilfloser, populistisch alimentierter Aufgeregtheit im Hamsterrad der Geschichte. Gleichzeitig entwickelt sich aber eine rechtsstaatlich und rechtsethisch bedenkliche Praxis der Doppelbestrafung durch ausländerrechtliche Massnahmen. Die Tendenz zur Verschärfung derselben führt die Schweiz zunehmend auf Konfrontationskurs mit der EMRK, ohne dass Migration hierdurch in relevanter Weise kontrolliert werden könnte.

1. Präzisierung der Fragestellung

Der Titel der Fragestellung „Migrationskontrolle durch Strafrecht?“ eröffnet der Erörterung des Themas mannigfache Zugangswege. Anstelle rechtstheoretischer Reflexionen drängt sich aus der Sicht des Praktikers eine praxisnahe Befassung mit dem Thema auf. Dabei lässt sich die Fragestellung dahingehend präzisieren, ob das Migrationsgeschehen quantitativ und qualitativ durch Strafrecht steuerbar sei. Gesetzlich wird die Einwanderung vor allem dadurch zu steuern versucht, dass einerseits Einreisevoraussetzungen und die Voraussetzungen für die Bewilligung des Aufenthalts ausländischer Staatsangehöriger in unserem Land definiert und andererseits Kriterien festgelegt werden, die zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen können. In unserem Kontext stellt sich dabei konkret die Frage, inwieweit Strafrecht die *Einreise* unerwünschter ImmigrantInnen verhindern (nachfolgend 2.) bzw. die *Wegweisung* und allfällige *Ausschaffung* missliebiger ImmigrantInnen bewirken kann (nachfolgend 3.).

Im Anschluss an die Fokussierung auf die strafrechtlichen Instrumente für die beschriebenen Ziele ist nach deren Wirksamkeit zu fragen. Sie misst sich zum einen an den Dimensionen der gesamten Migration und ist nach den Motivlagen der immigrierenden Menschen und den unterschiedlich favorisierten Gründen der Immigration differenziert zu beurteilen. Die Möglichkeiten zur Steuerung der Immigration variieren, je nach dem, ob die entsprechende Migration im Geltungsbereich des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA) oder in dem des Ausländergesetzes (AuG) zu beurteilen ist. Diese unterschiedlichen Regelungen kennzeichnen das *dual System* der schweizerischen Migrationspolitik.

2. Strafrecht und Einreisehindernisse

2.1 Bestimmungsfaktoren der Immigration

Bevor die strafrechtlichen Instrumente zur Verhinderung unerwünschter Einreisen/Immigration und damit u.a. auch der Fernhaltewirkung erlassener Einreiseverbote diskutiert werden, zeigt eine Auslegeordnung verschiedener Facetten der Immigration, dass ihr unterschiedliche Bestimmungsfaktoren zugrunde liegen. Hierbei ist einerseits zu fragen, ob überhaupt und – wenn ja – wie viel Raum *strukturell* der strafrechtlichen Mig-

rationssteuerung gewährt wird und – wo vergleichsweise mehr Raum bliebe – wie weit strafrechtliche Instrumente auf die Motivlagen oder Handlungsweisen Einwanderungswilliger einzuwirken vermögen.

Wo Push- und Pull-Faktoren wie „existenzielle Not“ im Herkunftsland und „weit bessere Lebensperspektiven“ im Zielland grenzüberschreitende Wanderungen veranlassen, dürften strafrechtliche Instrumente Einwanderungen nur sehr begrenzt behindern. Konkret: Wer auf dem Weg ins Zielland sein Leben aufs Spiel gesetzt hat, wird sich von Strafdrohungen wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt¹ kaum von einem Grenzübertritt und einem (klandestinen) Leben im „Gelobten Land“ abhalten lassen, zumal die Gefahr, entdeckt zu werden, nicht allzu gross ist, wie noch zu zeigen ist. Der so eingereiste Asylsuchende, der unmittelbar nach der Einreise ein Asylgesuch stellt, wird ohnehin geltend machen können, als Asylsuchender sei seine Einreise gerechtfertigt (BGE 132 IV 29 E.3.3).

Auch wer in die Schweiz gelangt mit dem einzigen Ziel, sein Einkommen oder Vermögen kurzfristig zu mehren, sei es durch *Schwarzarbeit* oder als *Kriminaltourist*, wird sich von den Strafnormen gegen die rechtswidrige Einreise, den rechtswidrigen Aufenthalt und gegen Schwarzarbeit kaum von unlauteren Absichten abbringen lassen. Dass ein erheblicher Anteil der sog. Ausländerkriminalität nebst Vermögensdelikten auch diese Tatbestände erfüllt, offenbart weniger deren Wirksamkeit, als dass sie – gleichsam als „Kollateralschäden“ – in Kauf genommen werden.

Wer auf dem Weg der *Familienzusammenführung* in die Schweiz gelangt, tut dies rechtmässig, sofern kein Einreiseverbot besteht. Der Familiennachzug ist dabei meist weitgehend menschen- oder freizügigkeitsrechtlich begründet und dadurch nur sehr begrenzt steuerbar.

Im Geltungsbereich des FZA sind Einreisen und Aufenthalte bis drei Monate bewilligungsfrei. Daran anschliessend kann die Stellensuche bis zu einer Dauer von einem Jahr bewilligt werden (Art. 18 VEP). Die *Arbeitsimmigration*, d.h. der Verbleib als Erwerbstätiger ist – von parziell wirksamen Übergangsbestimmungen abgesehen – weitgehend voraussetzungslos möglich. Auch der Aufenthalt zu *Studienzwecken* kann nicht verwehrt werden, solange keine Sozialhilfe beansprucht wird. Das FZA statuiert mithin weitgehende Freizügigkeitsrechte, die selbst gegenüber

¹ Gemäss Art. 115 AuG sind entsprechende Tathandlungen mit Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr strafbedroht. Dieselbe Strafdrohung gilt auch für die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit.

Straffälligen nur unter qualifizierten Voraussetzungen beschnitten werden können (s. hinten Ziff. 2.3)

Schwieriger gestaltet sich ein Studienaufenthalt oder die Arbeitsimmigration für visumpflichtige Personen aus Drittstaaten, deren Einreise einer Ermächtigung seitens der Migrationsbehörden bedarf und eine Bewilligung im Regelfall nur erteilt wird, wenn die Behandlung des Gesuchs im Ausland abgewartet wird. Wer mit einem solchen Zweck in die Schweiz gelangen möchte, würde seine Chancen zum vornherein vereiteln, wenn er strafrechtlich auffällig würde. Für diese Personengruppen sind die Einwanderungsvorschriften folglich zweifellos wirksam. Andererseits dürften sie eine geringe Kriminalitätsrelevanz aufweisen, da die entsprechenden Zugangswege ohnehin nur *Eliten* – kontingentsbedingt in geringer Zahl – geöffnet sind (sog. Elitemigration), die im Regelfall darauf bedacht sind, ihre Aufenthaltsperspektive in der Schweiz nicht durch Verletzung von Einreisevorschriften zu gefährden. Das weit grössere Potenzial erwerbswilliger Personen aus Drittstaaten ist allerdings ein Reservoir für die irreguläre Immigration, was die Zahl und Bedeutung der sog. «Sans-Papiers» beeinflusst. Wie weit ihre Zahl durch strafrechtliche Instrumente begrenzt werden kann, wird zu diskutieren sein.

Als *Zwischenfazit* bleibt festzuhalten, dass die Immigration in die Schweiz rechtlich entweder durch das FZA praktisch voraussetzungslos ermöglicht oder – im Rahmen des Familiennachzugs – menschenrechtlich stark begünstigt wird. Auch als Asylimmigration ist sie rechtlich gerechtfertigt, strafrechtlich jedenfalls kaum zu steuern. Als Arbeitsimmigration aus Drittstaaten ist der reguläre Zugang in die Schweiz streng begrenzt, was für erwerbswillige Drittstaatsangehörige, die nicht auf dem Asylweg einreisen, zu einem Ausweichen auf die «irreguläre Immigration» führen kann. Hierbei stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit strafrechtlicher Instrumente gegen diese Form der Immigration.

Die Kenntnis der grundsätzlichen rechtlichen Regelungen der Immigration ist nachfolgend um den Blick auf die *zahlenmässige Bedeutung* der einzelnen Einwanderungsgründe zu erweitern.

2.2 Dimensionen und Proportionen der Einreisen und Einwanderung nach Einreise-/Einwanderungsgrund

In der Schweiz werden täglich (!) rund 1,3 Millionen Grenzübertritte verzeichnet. Die meisten erfolgen dabei über eine Schengen-Binnengrenze.

Auch vor dem Beitritt der Schweiz zu Schengen wurden nur rund 3% der Einreisen kontrolliert. Mit anderen Worten erfolgt und erfolgte die Einreise in die Schweiz faktisch weitestgehend kontrollfrei. Zu diesen Einreisen gehören zunächst einmal Einreisen mit der Absicht eines kurzfristigen Aufenthalts, wie dies im Falle des Tourismus oder Besuchen in der Schweiz der Fall ist. Solche Aufenthalte – soweit sie nicht freizügigkeitsrechtlich voraussetzungslos möglich sind – werden begünstigt durch Art. 5 des Schengener-Grenzkodex (SGK), der für Personen aus Drittstaaten, die in einem Schengenstaat aufenthaltsberechtigt oder die mit einem Schengen-Visum aus einem Drittstaat in den Schengenraum eingereist sind, einen visumsfreien Grenzübertritt vorsieht. Hinzu kommen – im Jahre 2012 – 265'000 Grenzgängerinnen und Grenzgänger, die täglich oder mindestens wöchentlich die Grenze überschreiten. Soweit es sich um Bürger eines EU- oder EFTA-Staates handelt, ist für sie die Bezeichnung als *internationale Pendler* treffender, kann doch beispielsweise im Geltungsbereich des FZA in der Schweiz tätig sein, wer einmal pro Woche an seinen (europäischen) Wohnort, z.B. London zurückkehrt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Anh. I FZA benötigen „Grenzgänger“ nicht einmal eine Aufenthaltserlaubnis. Sie sind mit anderen Worten im weitestgehenden Sinne unbehindert mobil und insofern in unserem Kontext zur statistisch erfassten Zahl der auf Dauer gerichteten Einwanderung² hinzuzurechnen. Ohne Berücksichtigung der „Grenzgänger“ fallen 70-75% dieser Einwanderung auf freizügigkeitsrechtlich geregelte Personen. Das sind jährlich rund 100'000 Personen, die durch das FZA begünstigt sind und ohne Weiteres in die Schweiz einreisen und auch dauerhaft hier bleiben können. Die Zahl umfasst auch Familienangehörige von EU-/EFTA-Staatsangehörigen, die praktisch ungehindert nachziehen können.

Weitere ca. 25'000 der jährlich aktuell rund 140'000 auf Dauer gerichteten Neu-Einreisen, mithin rund 18%, erfolgen als *Familiennachzug* zu Schweizer Bürgern oder zu Drittstaatsangehörigen. Schweizer und Niederlassungsberechtigte haben einen Rechtsanspruch, ihre Ehepartner und Kinder bis 18 Jahren innert bestimmter Fristen nachzuziehen. Weniger als 3% der jährlichen Immigration, das heisst maximal 3'500 pro Jahr, sind Arbeitsimmigranten aus Drittstaaten.

Die Asylmigration schliesslich schwankt zwischen 7% bis 20% der auf Dauer gerichteten Einwanderung und erreichte im Jahr 2012 mit 28'631 Gesuchen den seit 1992 und 1999 (48'000) höchsten Stand. Dane-

² Im Jahre 2012 wurden insgesamt 143'783 neu einreisende ImmigrantInnen mit auf Dauer gerichtetem Aufenthalt registriert.

ben scheint aber auch die Zahl der statistisch naturgemäss nicht erfassten irregulären Immigration (Stichwort Sans-Papiers) kontinuierlich anzuwachsen. Jedenfalls weist die polizeiliche Kriminalstatistik seit dem Jahre 2009 eine stetig wachsende Zahl von Verzeigungen wegen illegaler Einreise oder illegalen Aufenthalts aus.³ In dieser Zahl und damit einhergehend in der wachsenden Zahl von Sans-Papiers spiegelt sich die Wirtschaftskrise in Europa und die Verschärfung des Asyl- und Ausländerrechts der Schweiz.⁴ Man mag sie als Beleg für die Durchlässigkeit der Schengen-Binnengrenzen lesen, mehr noch aber als Ausdruck davon, dass sich irreguläre Immigration faktisch nicht vermeiden lässt, ja durch Restriktionen bei den regulären Zugangswegen noch erhöht wird und auch durch strafrechtliche Instrumente nicht wesentlich beeinflusst werden kann.⁵

2.3 Strafrechtliche und strafrechtlich begründete Einwanderungshindernisse

Personen, die *gemäss dem Freizügigkeitsabkommen* freizügigkeitsberechtigt sind, können in diesen Rechten nur eingeschränkt werden durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, wie es in Art. 5 Anh. 1 FZA heisst. Bei Auslegung dieser Bestimmung wird auf EU-Richtlinien verwiesen, die vom

³ Gemäss den polizeilichen Kriminalstatistiken des BFS kam es im Jahre 2009 zu 18'543 Verzeigungen, im 2011 zu 21'364 und im 2012 zu 24'521.

⁴ Vgl. Warum in der Schweiz mehr Sans-Papiers denn je leben, NZZaS, 21.4.2013, S.10.

⁵ Vgl. das entsprechende Votum von BR Simonetta Sommaruga in der Nationalratsdebatte vom 17.4.2013, der Sonderdebatte über die Kriminalität in der Schweiz und zur Forderung der SVP, „aus Schengen auszutreten“. Wörtlich führte die Bundesrätin u.a. aus: „*Es ist eine Tatsache, dass mit der Mobilität auch die Migration zunimmt. Die Migration ist ein Bestandteil der Mobilität, die Migration ist auch ein Teil der Globalisierung. Sie wissen alle, dass die Flüge heute so günstig sind wie noch nie; Sie wissen, dass wir heute auf einfache Weise kommunizieren können, wie dies vorher noch nie der Fall war; Sie wissen, dass der Tourismus zunimmt, dass wir uns alle viel häufiger und viel stärker bewegen als noch vor wenigen Jahren. Bewegen tun sich eben auch die Kriminellen; das ist klar. Auch die Kriminellen bewegen sich heute einfacher, schneller; sie können sich besser und einfacher absprechen. Was ist die Antwort auf diese grenzüberschreitende Kriminalität? Es gibt nur eine Antwort auf die grenzüberschreitende Kriminalität, nämlich die grenzüberschreitende Zusammenarbeit – die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich Justiz und die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich Polizei.*“ (AB 2013 N 645).

EuGH in verbindlicher Weise ausgelegt wurden. Danach ist eine Schmälerung der vom FZA eingeräumten Rechte, namentlich des Rechts zur Einreise und zum Aufenthalt sowie des Verbleiberechts nur zulässig, wenn sie durch ein persönliches Verhalten der betroffenen Person gerechtfertigt werden kann. Das rechtsbeschränkende Verhalten muss überdies widerrechtlich sein und von der betroffenen Person muss ausserdem eine *gegenwärtige* und *hinreichend schwere*, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende *Gefahr für die öffentliche Ordnung* ausgehen. Massgeblich ist folglich eine an die Straftat anknüpfende *hinreichende Rückfallwahrscheinlichkeit*. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH lassen sich Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte dabei nur mit grosser Zurückhaltung rechtfertigen. Überdies kann eine Einreise aus rein generalpräventiven Gründen nicht verwehrt werden und selbstverständlich müsste jede Schmälerung der *freizügigkeitsrechtlichen* Rechtsansprüche verhältnismässig sein. Immerhin können aufgrund der Straffälligkeit unerwünscht gewordene Personen auch im Geltungsbereich des Freizügigkeitsrechts mit Einreiseverboten belegt werden, die je nach Schwere der Straftat bis fünf Jahre dauern können, in Ausnahmefällen sogar länger.⁶

Strafrechtlich begründete Einwanderungshindernisse können auch dem Familiennachzug im *Geltungsbereich des AuG* entgegenstehen. Gemäss Art. 51 AuG, der für Angehörige von Schweizern auf Widerrufsgründe gemäss Art. 63 verweist und für Familienangehörige niederlassungsberechtigter Personen auf Art. 62 AuG, kann der Nachzugsanspruch von Familienangehörigen erlöschen, wenn sie im Sinne von Art. 62 lit. b und c AuG bzw. Art. 63 lit. b AuG straffällig geworden sind.⁷

Gegenüber Drittstaatsangehörigen, die keine familiären Bindungen in der Schweiz haben, sollen die Strafbestimmungen des AuG Wirkung entfalten, insofern sie die unrechtmässige Einreise und den unrechtmässigen Aufenthalt unter Strafe stellen bzw. die Förderung entsprechender Tathandlungen. Ferner ist auch der Straftatbestand der unrechtmässigen Erwerbstätigkeit (Schwarzarbeit), sowohl gegen Arbeitgeber als auch gegen Arbeitnehmer gerichtet⁸, darauf angelegt, von der irregulären Immigration

⁶ Vgl. hierzu die neueren Urteile des Bundesgerichts BGE 139 II 121 und BGer, 2.4.2013, 2C_487/2012; hierzu auch Marc Spescha, Neuprüfung des Aufenthaltsrechts nach Straftat, in: dRSK, publiziert am 8. Juli 2013.

⁷ Als Widerrufsgrund steht die „längerfristige Freiheitsstrafe“ im Vordergrund. Als längerfristig gilt eine Strafe von über einem Jahr (BGE 135 II 377 E. 4.2), wobei sie selbstverständlich nicht automatisch zum Rechtsverlust führt, sondern nur dann, wenn die entsprechende Rechtsfolge auch verhältnismässig ist.

⁸ Vgl. Art. 115 Abs. 1 lit.c AuG (Arbeitnehmer) bzw. Art. 117 AuG (Arbeitgeber).

abzuhalten. Schliesslich sollen einmal erlassene Einreiseverbote unerwünschte Einwanderungen verhindern, wobei gemäss Art. 67 Abs. 2 lit. a AuG Rechtsverstösse in der Schweiz oder im Ausland oder entsprechende Gefährdungen der Sicherheit und Ordnung die Fernhaltmassnahme begründen können. Zur Bekräftigung der Abhaltewirkung der entsprechenden Massnahme ist im Strafgesetzbuch der Verweisungsbruch mit einer Strafandrohung bis drei Jahre Freiheitsstrafe strafbedroht (Art. 291 StGB).

2.4 Wirksamkeit strafrechtlicher oder strafrechtlich begründeter Einwanderungshindernisse?

Die Straftatbestände, die gegen unerwünschte Immigration ausgerichtet sind, belegen selbstverständlich noch nicht deren Wirksamkeit. Die bereits erwähnte Zunahme der Verzeigungen wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts (s. vorne 2.2 und FN 3) sprechen vielmehr dagegen.

Für Personen, die im *Geltungsbereich des Freizügigkeitsrechts* stehen, setzt dagegen schon das *Primat der Freizügigkeit* der strafrechtlichen Migrationssteuerung enge Grenzen. Dass nicht die Strafhöhe massgebliches Kriterium für die Beschränkung des Freizügigkeitsrechts ist, sondern das Rückfallrisiko, hat zur Folge, dass freizügigkeitsberechtigte Personen ohnehin nur in geringer Zahl an der Einreise in die Schweiz gehindert werden könnten. Obwohl das schweizerische Bundesgericht immer wieder betont, die Legalprognose im Strafrecht folge anderen Kriterien als diejenige im Ausländerrecht⁹, dürfte bei Personen, die im Geltungsbereich des FZA stehen und die zu *bedingten* Freiheitsstrafen verurteilt wurden, selten eine hinreichende Rückfallgefahr zu bejahen sein.

⁹ Exemplarisch für den bundesgerichtlichen Standpunkt vgl. etwa BGer, 1.5.2013, 1114/2012 E. 2.3: „Strafrecht und Ausländerrecht verfolgen unterschiedliche Ziele und sind unabhängig voneinander anzuwenden. Der Straf- und Massnahmenvollzug hat nebst der Sicherheitsfunktion eine resozialisierende bzw. therapeutische Zielsetzung; für die Fremdenpolizeibehörden steht demgegenüber das Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund, woraus sich für die Legalprognose ein im Vergleich mit den Straf- und Strafvollzugsbehörden strengerer Beurteilungsmassstab ergibt; auch eine aus der Sicht des Massnahmenvollzugs positive Entwicklung oder ein klagloses Verhalten im Strafvollzug schliessen eine Rückfallgefahr und eine fremdenpolizeiliche Ausweisung nicht aus (BGE 137 II 233 E. 5.2.2 mit Hinweisen).

Bei Drittstaatsangehörigen im AuG-Bereich gilt eine längerfristige Freiheitsstrafe, das ist eine Strafe von mehr als zwölf Monaten, zwar als Anknüpfungspunkt für die Verweigerung des Familiennachzugs, bei Ehepartnern von SchweizerInnen nach kurzer Ehe und Aufenthaltsdauer gemäss der Reneja-Praxis aber die sogenannte Zweijahresregel. Danach soll eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren die Verweigerung des Familiennachzugs zu rechtfertigen erlauben. Wie das Bundesgericht indessen wiederholt festgestellt hat, gilt die zweijährige Freiheitsstrafe nur als Richtwert und nicht absolut. Ferner hat es in einem kürzlich gefällten Entscheid klargestellt, dass die Zweijahresregel auf kurze Ehen und Aufenthalte zugeschnitten ist und in Fällen, wo Kinder von der Verweigerung des Aufenthaltsrechts für einen Elternteil mitbetroffen sind, zusätzlich relativiert wird (vgl. BGE 139 I 145). Andererseits sind im Ausland erwirkte Vorstrafen ebenfalls relevant, sofern die entsprechenden Straftaten auch in der Schweiz mit vergleichbaren Sanktionen und vergleichbarer Strafhöhe strafbar sind.

Die bereits erwähnten AuG-Delikte (Art. 115, 116 und 117 AuG sowie Art. 291 StGB) sind als Einwanderungshindernisse nur wirksam, wenn die entsprechenden Verurteilungen mit Einreiseverboten einhergehen, was bei Art. 291 StGB selbstverständlich vorausgesetzt ist.¹⁰ Auch hinsichtlich der bescheidenen Wirksamkeit dieser strafrechtlichen Normen gilt: Da die Binnengrenzen grundsätzlich kontrollfrei überschritten werden können und für die Bekämpfung illegaler Einreise und erst recht von Schwarzarbeit nur begrenzte personelle Kapazitäten vorhanden sind, ist die Aufklärungswahrscheinlichkeit gering.

3. Strafrechtliche Sanktionen als Grund für Wegweisungen/Ausschaffungen¹¹

Unter diesem Aspekt geraten strafrechtliche Verurteilungen als Anknüpfungspunkte für migrationsrechtliche *Entfernungsmassnahmen* in den Blick.

¹⁰ Im Zeitraum von 1960-2005 kam es im Jahresdurchschnitt zu 391 Verurteilungen wegen Verweisungsbruchs, wobei im Jahre 2005 die Höchstzahl von 670 Urteilen registriert wurde (BSK-Strafrecht II, Freytag, Art. 291).

¹¹ „Wegweisung“ ist die verwaltungsrechtliche Anordnung einer Ausreisepflicht, „Ausschaffung“ der zwangsweise Wegweisungsvollzug. In der politischen Debatte werden die Begriffe vielfach synonym verwendet.

3.1 Strafrechtliche Verurteilungen als Anknüpfungspunkt für administrative Entfernungsmassnahmen

Die bereits in Ziff. 2.3. behandelten strafrechtlichen Kriterien zur Verhinderung unerwünschter Immigration sind auch für die Frage von Belang, wann unerwünschten AusländerInnen, insbesondere Straffälligen, der *weitere Aufenthalt* in der Schweiz *verwehrt* werden kann. Folgerichtig ist auch für diese Frage zu unterscheiden, ob die betroffene Person gemäss FZA freizügigkeitsberechtigt ist oder ihr Aufenthaltsrecht gestützt auf das AuG entzogen («widerrufen») werden kann.

3.1.1 Rückfallwahrscheinlichkeit im Geltungsbereich des FZA

Freizügigkeitsberechtigten Personen kann der Aufenthalt in der Schweiz nur nach Massgabe der Kriterien von Art. 5 Anh. I FZA verwehrt bzw. eine Wegweisung aus der Schweiz angeordnet werden. Das massgebliche Kriterium ist die Rückfallwahrscheinlichkeit, die je nach Schwere des Delikts variiert. Sie knüpft zwar an die Deliktsart, das Verschulden, den Zeitablauf seit der Tatbegehung und das Wohlverhalten in Freiheit an, ist aber letztlich entscheidend für die Frage, ob Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts gerechtfertigt sind.¹² Nach der Formel des Bundesgerichts „ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüter-verletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit [erforderlich], dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird. Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr“ (BGE 136 II 5 E. 4.2.a.E.). In der Praxis zeigt sich freilich, dass die entsprechende Prognose von den Behörden und Gerichten nicht aufgrund gründlicher prognostischer Begutachtungen getroffen wird, sondern weitestgehend „intuitiv“, wobei von einem schweren Delikt, namentlich Delikten gegen Leib und Leben, reichlich summarisch auf eine *lang anhaltende Rückfallgefahr* geschlossen wird.¹³

¹² Exemplarisch hierfür BGE 136 II 5 E. 4.3/4.4.

¹³ In einer vom Verfasser vor Bundesgericht geführten Beschwerde war im Geltungsbereich des FZA die Rückfallwahrscheinlichkeit eines Täters zu beurteilen, der seit früher Kindheit in der Schweiz gelebt hatte, wiederholt straffällig geworden war und insbesondere wegen Tötungsversuchs und Raub zu einer 9jährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Obwohl die letzte Tat im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils über 10 Jahre zurücklag und sich der Täter seit dem Arbeitsexternat und der

Eine bemerkenswerte Folge des dualen Systems, das heisst der ungleichen Beurteilungskriterien im Geltungsbereich des FZA und im Geltungsbereich des AuG, ist, dass Angehörige von Schweizern schlechter gestellt sind als Angehörige von EU-Bürgern, weil bei jenen nicht das Rückfallrisiko massgebliches Kriterium für die Verweigerung des Aufenthaltsrechts ist, sondern die Deliktsart und die Höhe der Strafe im Vordergrund stehen.¹⁴

3.1.2 *Deliktsart und Strafhöhe im Geltungsbereich des AuG*

Zwar ist gemäss Bundesgericht auch im Geltungsbereich des AuG im Rahmen der Interessenabwägung beim Widerruf einer Bewilligung und der daran anknüpfenden Entfernungsmassnahme die Rückfallgefahr «ein-zubeziehen», die entsprechende Prognose gibt aber «nicht den Ausschlag»¹⁵. Wie das unter der vorangehenden Ziffer erörterte Beispiel zeigt, ist das Kriterium der Rückfallgefahr selbst dort reichlich diffus, wo es massgeblich ist; gänzlich zu verflüchtigen scheint es sich aber dort, wo es im Rahmen der Interessenabwägung bloss einbezogen wird. Ausgangspunkt für Entfernungsmassnahmen im Geltungsbereich des AuG sind

bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug (rund 4 Jahre) wohlverhalten hatte, hielt das Bundesgericht mit der Vorinstanz dafür, die Zeit, die der Beschwerdeführer mit der Auflage einer ambulanten Therapie in Freiheit verbracht habe, sei nicht an die Dauer des Wohlverhaltens anzurechnen, womit bloss 1 2/3 Jahre „angerechnet“ wurden. Es erwog ferner: „*Angesichts der Schwere der vom Beschwerdeführer wiederholt begangenen Delikte besteht ein sehr hohes öffentliches Sicherheitsinteresse an einer Fernhaltemassnahme und muss das erwähnte Rückfallrisiko nicht hingenommen werden, zumal sich der Beschwerdeführer auch durch die fremdenpolizeiliche Verwarnung nicht von weiterer Delinquenz abhalten liess (...). Die erst kurze Zeit der Bewährung in Freiheit vermag die wiederholte und äusserst schwere Deliktstätigkeit nicht aufzuwiegen und stellt insbesondere keinen Beweis für ein nachhaltiges Wohlverhalten dar. Die vorinstanzliche Beurteilung ist auch mit dem FZA vereinbar, hat sie doch keineswegs auf generalpräventive Aspekte abgestellt, sondern auf die konkrete vom Beschwerdeführer ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Dabei darf zwar die strafrechtliche Verurteilung nicht allein eine Entfernungsmassnahme begründen, doch kann sie insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt* (BGer, 1.5.2013, 2C_1141/2012, E. 5.1).

¹⁴ Zur hieraus resultierenden Inländerdiskriminierung vgl. BGE 136 II 120; BGer, 13.7.2012, 2C_354/2011; ferner die kritische Würdigung der bundesgerichtlichen Kapitulation vor dem verfassungsfernen Gesetzgeber von Spescha, in: dRSK, publiziert am 4.12.2012.

¹⁵ Vgl. BGE 130 II 176 E. 4.2 ; so bereits BGE 125 II 105 E. 2c mit Hinweisen.

Strafhöhe und Deliktsart. So gelten gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG eine «längerfristige Freiheitsstrafe»¹⁶, gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. c AuG «erhebliche oder wiederholte» Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung bzw. gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG ein «schwerwiegender» Verstoß¹⁷ als Widerrufsgründe. In allen diesen Fällen stehen Entfernungsmassnahmen unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit, statuieren mithin anders als allenfalls der «Ausschaffungsartikel» in 121 Abs. 3–6 BV und die hängige Durchsetzungsinitiative *keinen EMRK-widrigen Automatismus*.¹⁸ Insbesondere gegenüber langjährig anwesenden Straffälligen (Secondos) und Straffälligen aus Drittstaaten mit schweizerischen Familienangehörigen wird man Wegweisungen nicht leichthin als verhältnismässig rechtfertigen können.¹⁹

4. Migrationssteuerung durch Wegweisung/ Ausschaffung Straffälliger?

Angesichts der hohen Hürden für die Anordnung von Entfernungsmassnahmen, sprich einer hinreichend schweren Rückfallgefahr im Geltungsbereich des FZA, und des Gebots der Verhältnismässigkeit im Geltungsbereich des AuG ist zu vermuten, dass die Zahl der ausgesprochenen Bewilligungswiderrufe und Wegweisungen nicht sonderlich hoch ist. Tatsächlich ist sie richtigerweise so niedrig, dass – selbst bei Annahme eines generalpräventiven Effekts – kaum von einer relevanten Migrationskontrolle durch Strafrecht gesprochen werden kann.

Das Bundesgericht hat mit Blick auf den durch Annahme der «Ausschaffungsinitiative» revidierten Art. 121 Abs. 3–6 BV festgehalten, der Wertung des Gesetzgebers sei im Rahmen der Interessenabwägung Rechnung zu tragen, soweit dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem

¹⁶ Vgl. FN 7.

¹⁷ Zu den Anforderungen an die Bejahung eines „schwerwiegenden“ Verstoßes vgl. BGE 137 II 297 E. 2/3. Klar ist hierbei, dass klassische AuG-Delikte wie frühere rechtswidrige Einreisen, Aufenthalte oder „Schwarzarbeit“ (Art. 115/117 AuG) im Regelfall nicht als „schwerwiegende“ Rechtsverstösse qualifiziert werden können.

¹⁸ Zur Unvereinbarkeit eines „Ausschaffungsautomatismus“ mit der EMRK vgl. Zünd/Hugi Yar, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, EuGRZ 2013 17 ff.; BGE 139 I 16.

¹⁹ Vgl. Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, 3. Aufl. Nr. 18 N24/24a/24b.

Recht führe.²⁰ Nach übereinstimmender Auffassung der Behörden und der Betroffenenanwälte ist die Praxis auch keineswegs nachsichtiger geworden.²¹ Gleichwohl ist die Zahl der infolge Straffälligkeit aus der Schweiz weggewiesenen Ausländer mit einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung aktuell rückläufig. Während im Jahre 2007 gegenüber 2004 ein Anstieg von 350 auf 400 Wegweisungen verzeichnet wurde, erhöhte sich die Zahl gemäss einer Schätzung der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen im Jahre 2009 auf mehr als 750 Ausländer. Für das Jahr 2012 wird die Zahl indessen nur noch auf rund 670 geschätzt, was einer Trendwende gleichkommt.²² Sie lässt sich allenfalls damit erklären, dass in den Vorjahren gegenüber bisher geduldeten Wiederholungstätern («Langzeitkriminellen») «endlich» rigoros durchgegriffen wurde, weshalb diese Kategorie Straffälliger inzwischen geschrumpft ist.

Ungeachtet hiervon ist der Beitrag des Strafrechts zur Steuerung der Immigration angesichts der Wegweisungszahlen aber marginal. Dies wenn wir uns vergegenwärtigen, dass in der Schweiz über 1,8 Millionen «Ausländer» anwesenheitsberechtigt sind und jährlich rund 140'000 Personen hinzukommen. Bedenkt man überdies, dass einer EMRK-konformen Umsetzung der Ausschaffungsinitiative engste Grenzen gesetzt sind²³ und das Bundesgericht in Anerkennung des Vorrangs des Völkerrechts einem Automatismus und der Ausserkraftsetzung des Verhältnis-mässigkeitsprinzips eine klare Absage erteilt hat²⁴, würde sich die Zahl der Wegweisungen gegenüber dem Status quo höchstens geringfügig erhöhen können.²⁵

²⁰ BGE 139 I 16.

²¹ Vgl. hierzu auch den Aufsatz von Christin Achermann in diesem Band.

²² Vgl. zu den aktuellsten Zahlen Stefan Schürer, Trotz strengerer Praxis verlieren weniger straffällige Ausländer ihr Bleiberecht, TA vom 17.5.2013.

²³ Aufgrund des Kriteriums der Rückfallwahrscheinlichkeit wären einer FZA-kompatiblen Umsetzung noch engere Grenzen gesetzt, wobei aktuell lediglich rund ein Fünftel der straffällig gewordenen Ausländer mit einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung aus der EU stammen.

²⁴ BGE 139 I 16 E. 4.3.2–4.3.4.

²⁵ Gravierendere Folgen könnte die direkt anwendbare Durchsetzungs-Initiative haben, da sie gemäss dem (neuen) Art. 197 Ziff. 9 Abs. IV einen Vorrang der (neuen) Verfassungsbestimmung gegenüber dem nicht zwingenden und einschränkend definierten Völkerrecht statuiert. Es steht ausser Frage, dass diese Verfassungsbestimmung gegen die EMRK gerichtet ist und mit der Rechtsprechung des EGMR nicht vereinbar wäre. Logische Konsequenz wäre die Kündigung der EMRK durch die Schweiz, was den Austritt der Schweiz aus der europäischen Rechtsgemeinschaft bedeutete und einer Pervertierung des Rechtsstaats zur Despotie oder Tyrannei der Mehrheit gleichkäme.

Zahlenmässig weit bedeutsamer sind abgewiesene Asylsuchende, die die Schweiz nach rechtskräftiger Beendigung des Asylverfahrens zu verlassen hätten. Je nach jährlicher Zahl der Asylgesuche beläuft sich die Zahl der Ausreisepflichtigen seit 2008 auf 10'000 bis 20'000 pro Jahr. Mehr als die Hälfte dieser Personen können aber faktisch nicht ausgeschafft werden, weil im Dublin-Bereich die Fristen für die Zuständigkeitsklärung verpasst oder die Personen untergetaucht sind.²⁶ Hier manifestiert sich ein Vollzugsproblem, das zahlenmässig weit mehr Personen betrifft, als die infolge Straffälligkeit Weggewiesenen. Gegen das Vollzugsproblem vermöchten neue Strafnormen indes nichts auszurichten und die Strafnorm des unrechtmässigen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erweist sich als offensichtlich stumpfe Waffe.

5. Fazit und Ausblick

Mit Blick auf die freizügigkeits- und ausländerrechtlich begünstigten Formen der Immigration, der Faktizität der Asylimmigration und der irregulären Immigration sind der Steuerung der Einwanderung enge Grenzen gesetzt. Auch die strafrechtlichen Instrumente erweisen sich selbst dort, wo sie Anknüpfungspunkte für verwaltungsrechtliche Einreiseverbote und Wegweisungen bilden, als wenig wirksam. In Berücksichtigung der zahlenmässigen Dimension der Immigration ist der Beitrag des Strafrechts zur Steuerung der Immigration vernachlässigbar und eine eigentliche Migrationskontrolle weitestgehend illusorisch. Die aktuellen Debatten und Bestrebungen einer rigideren Wegweisungs- oder Ausschaffungspraxis gegenüber «kriminellen Ausländern» sind Ausdruck einer hilflosen, populistisch alimentierten Aufgeregtheit im Hamsterrad der Geschichte. Als passender Kommentar liest sich in der NZZ vom 7. Januar 2013: «Seit Jahrhunderten kämpfen wir gegen dasselbe Grundübel: Wollen Politiker etwas bewirken, machen sie Gesetze. So kann man dem Wähler zeigen, dass man nicht untätig gewesen ist.»²⁷ Der Staats- und Verwaltungsrecht-

²⁶ Vgl. etwa zum Problem der untergetauchten Ausreisepflichtigen Lukas Häuptli, Tausende Ausschaffungen scheitern, NZZ-online vom 2.12.2012.

²⁷ Ironischerweise stammt das Zitat aus einem Artikel, mit dem SVP-NR Gregor Rutz unter dem Titel „Nein zur Verstaatlichung der Familie“ gegen den in der Volksabstimmung abgelehnten Familienartikel in der BV anschrieb. Ironisch deshalb, weil das Zitat exakt jene *Legiferitis* beschreibt, die die Ausländer- und Asylpolitik der SVP charakterisiert. Zum Begriff der *Legiferitis*, vgl. Marc Spescha, *Legiferitis* - auslän-

ler Alain Griffel sieht auch mit Blick auf andere Gesetzgebungsbereiche die «Qualität der Gesetzgebung im Sinkflug», wobei das Gesetz von vielen Parlamentariern als «eine Art Notizheft» betrachtet werde, «welches Unsorgfältigkeiten aller Art erträgt und dessen Inhalt rasch und beliebig geändert werden kann».²⁸

Ungeachtet der fehlenden Wirksamkeit der gesetzgeberischen Offensiven, die gegen unerwünschte ImmigrantInnen inszeniert werden, ist eine rechtsstaatlich und rechtsethisch höchst bedenkliche Umgestaltung der Wegweisung (als administrativer Massnahme) in eine zusätzliche strafrechtliche Sanktion zu beklagen, was auf eine *faktische Doppelbestrafung* hinausläuft.²⁹ Hinsichtlich des mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz der BV, dem FZA und Art. 8 EMRK in einer Vielzahl von Fällen nicht kompatiblen «Ausschaffungsartikels» der BV bzw. der dem Gesetzgeber aufgebürdeten Quadratur des Kreises ist das «Preis-/Leistungsverhältnis» miserabel: Gesetzgeberischer Symbolpolitik drohen Menschenrechte geopfert zu werden. Auch die Durchsetzungsinitiative als jüngste Eskalation des Kampfes gegen die angeblich bedrohliche «Ausländerkriminalität» bzw. als Mittel zur Migrationskontrolle ist bestenfalls ein Placebo für eine «Gesellschaft in Angst»³⁰. Tatsächlich droht aber von einer so irre gewordenen Demokratie dem *Rechtsstaat* grösseres Ungemach. Zur Debatte steht nicht bloss eine fiktive Migrationskontrolle, sondern die ernste Frage, ob sich die Schweiz aus der europäischen Rechtsgemeinschaft verabschieden will.³¹

derfeindliche Gesetzgebungsmaschinerie gegen Grund- und Menschenrechte, Neue Wege 2008, 223 ff.

²⁸ Vgl. Griffel, Qualität der Gesetzgebung im Sinkflug. Eine unsorgfältige Rechtsetzung zieht mehr Verwaltungs- und Gerichtsverfahren nach sich, NZZ vom 8.2.2013

²⁹ Vgl. Peter Uebersax, Das AuG von 2005: zwischen Erwartungen und Erfahrungen, in: Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 38 mit weiteren Hinweisen; Spescha, Rechtsprechungskommentar, FamPra 2008, 861.

³⁰ Vgl. Johano Strasser, Gesellschaft in Angst. Zwischen Sicherheitswahn und Freiheit, Gütersloh 2013, insbes. S. 63 ff.

³¹ Eine Kündigung der EMRK hat der Bundesrat in Beantwortung einer parlamentarischen Interpellation von NR Toni Brunner am 15. Mai 2013 klar zurückgewiesen. Er wies gleichzeitig darauf hin, seit Inkrafttreten der EMRK vor 38 Jahren seien 5'502 Beschwerden gegen die Schweiz registriert und dabei in 87 Fällen (1,6 Prozent) eine Verletzung der Konvention gerügt worden.