



Reform im Strafwesen

Verteidigung von Ausländer:innen – Schlaglichter auf eine eigene Disziplin

lic.iur. Magda Zihlmann
Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV Strafrecht

Advokatur Aussersihl
Hallwylstrasse 78
Postfach 8866
8036 Zürich

T 044 295 90 80
F 044 295 90 85

www.advokaturaussersihl.ch
zihlmann@advokaturaussersihl.ch

Verteidigung von Ausländer:innen - Schlaglichter auf eine eigene Disziplin

- I. Allgemeines
- II. AIG-Delikte
- III. «Anderssein»: Sprache, Kultur und mehr
- IV. Untersuchungshaft
- V. Landesverweisung
 - 1. Materielles
 - 2. Amtliche Verteidigung
 - 3. Migrationsakten
 - 4. Mitwirkungsverweigerungsrecht vs. faktische Mitwirkungspflicht
 - 5. Einfluss auf Aussageverhalten
 - 6. Beweiserhebungen und –anträge
 - 7. Handlungsspielräume im Vorverfahren?
- VI. Ausländerrechtliche Folgen

I. Allgemeines

- Phänomen der Krimmigration
- Strafverfahren als Bedrohung für das Aufenthaltsrecht
- Verteidigung von Ausländer:innen unterscheidet sich grundlegend von Verteidigung von Schweizer:innen
- Mehrfache Benachteiligung von Ausländer:innen im Strafverfahren

II. AIG-Delikte

Strafbestimmungen der Art. 115 ff. AIG, insb.

- Rechtswidrige Ein- oder Ausreise, rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG)
- Täuschung der Behörden (Art. 118 AIG)
- Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung

Mehr als 15% aller Verurteilungen sind AIG-Delikte

Mehr als ein Drittel aller ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafen betreffen AIG-Delikte

II. AIG-Delikte

- Bedingte Strafen werden häufig widerrufen
- Geldstrafen werden häufig in Freiheitsstrafen umgewandelt
- Fast immer Anspruch auf amtliche Verteidigung

II. AIG-Delikte

Zu prüfen

- Obj. TB: Aufenthalt? Rechtswidrigkeit? Tatmacht?
- Subj. TB: Wissen? Sach- und Rechtsirrtum?
- Rechtswidrigkeit / Schuld: Rechtfertigende Pflichtenkollision?
Wahrung berechtigter Interessen? Übergesetzliche
Rechtfertigungsgründe?
- Prozess- / Strafbarkeitsvoraussetzung: EU-Rückführungsrichtlinie
- Strafe: Dauerdelikt, Tagessatzhöhe

III. «Anderssein»: Sprache, Kultur und mehr

Nachteile bei Fremdsprachigkeit trotz Anspruch auf Übersetzung:

- Qualität der Übersetzung
- Erschwerter Vertrauensaufbau
- Zeitfaktor
- Erschwerte Beweissammlung / Aktenstudium
- Glaubhaftigkeitsanalysen bei verdolmetschten Aussagen

III. «Anderssein»: Sprache, Kultur und mehr

Nachteile anderer (kultureller) Hintergründe:

- Vertrauensaufbau in der Verteidigungsarbeit
- Aussageverhalten und Aussagewürdigung
- Stereotype und Rassismus

IV. Untersuchungshaft

- Ausländische Staatsangehörigkeit kann Haftgrund der Fluchtgefahr begründen
- Fluchtgefahr dauert meist bis zum Ende des Verfahrens an
- Untersuchungshaft hat präjudizierende Wirkung auf Urteil
- Während Untersuchungshaft leidet Integration

IV. Untersuchungshaft

- Bejahung von Fluchtgefahr nur bei ernsthaften Anhaltspunkten für Flucht
- Konkreten Umstände des betreffenden Falles, insbesondere gesamte Lebensverhältnisse der beschuldigten Person müssen berücksichtigt werden
- Drohende Landesverweisung alleine reicht nicht zur Begründung der Fluchtgefahr und Anrufung eines Härtefalls durch die Verteidigung kann gegen Fluchtgefahr sprechen (1B_474/2022, E. 3 i.V.m. 3.2; 1B_364/2017)



V. Landesverweisung

1. Materielles

Obligatorische Landesverweisung bei Verurteilung zu Katalogtat (Art. 66a StGB), ausser

- Härtefall (Abs. 2)
- Entschuldbare Notwehr / Notstand (Abs. 3)
- Völkerrechtliche Einschränkungen (u.a. EMRK, FZA, FK, BRK)

1. Materielles

Fakultative Landesverweisung (Art. 66a^{bis} StGB)

- Bei Verbrechen und Vergehen (≠ Übertretungen)
- Bei Verurteilung zu einer Strafe oder Massnahme nach Art. 59–61 oder 64 Abs. 2 StGB (≠ nur ambulanter Massnahme)

2. Amtliche Verteidigung

- Wenn Landesverweisung droht, liegt Fall von notwendiger Verteidigung vor (Art. 130 Abs. 1 lit. b StPO)
- Gemäss Art. 66a^{bis} StGB kann bei jedem Verbrechen oder Vergehen eine (faktultative) Landesverweisung ausgesprochen werden
- Immer Anspruch auf amtliche notwendige Verteidigung?

3. Migrationsakten

- Vollständige Akteneinsicht bei Migra und SEM durch Verteidigung
 - Zur Abwendung Fluchtgefahr (z.B. Verfolgung im Heimatland)
 - Zur Vorbereitung der Fragen zur Person
 - Zur Risikobeurteilung
- Verfahrensakten ≠ verwertbare Akten
 - Unverwertbarkeit infolge Nemo-tenerur
 - Unverwertbarkeit mangels Konfrontation

4. Mitwirkungsverweigerungsrecht vs. faktische Mitwirkungspflicht

- Grundsätzliche Verpflichtung der Strafbehörden zu Härtefallabklärung und hinreichender Begründung (6B_1179/2021; 6B_1144/2021; 6B_651/2018)
- Berücksichtigung ausländerrechtlicher Vorentscheide bzw. Begründungspflicht bei Abweichung (BGer 6B_105/2021)
- Faktische Mitwirkungspflicht der beschuldigten Person betr. härtefallbegründenden Tatsachen, die die Behörden nicht kennen/Beschuldigten besser kennen (BGer 6B_743/2019, E. 1.5.4; 6B_34/2019, E. 2.4.5)

4. Mitwirkungsverweigerungsrecht vs. faktische Mitwirkungspflicht

Auswirkungen auf Verteidigung:

- Aussageverhalten
- Beweiserhebungen und –anträge
- Verteidigungsdilemma

5. Aussageverhalten: Fragen zur Sache

- Katalogtaten beachten!
- Pro Mitwirkungsverweigerung:
 - Fehlende Aktenkenntnisse zu Beginn
 - Insb. bei Haftfällen wenig Vorbereitungszeit
 - Verteidigung behält gewisses „Pfand“, um mit STA verhandeln zu können
- Pro Aussagen:
 - Nachgeschobene Schutzbehauptung
 - Vermeidung Haft
 - Geständnis/Reue betr. Prognose

5. Aussageverhalten: Fragen zur Person

- Fragen zur Person bei drohender Landesverweisung genau so wichtig!
- Mitwirkungsverweigerung bei Fragen zur Person, wenn diese für Fluchtgefahr / Landesverweisung sprechen
- Mitwirkung bei Fragen zur Person, wenn diese gegen Fluchtgefahr / Landesverweisung sprechen
- Teilweise Mitwirkung i.S.v. nur vorbereitete Ergänzungsfragen der Verteidigung beantworten (Ergänzungsfragen entlang der EGMR/Härtefallkriterien/FZA/Vollzugshindernis-Kriterien)

6. Beweiserhebungen und -anträge

Zu erheben bzw. durch Verteidigung zu dokumentieren:

- Integration (Referenzschreiben, Stellungnahme Arbeitgeber, Ausbildungs-, Sprach- und Arbeitszeugnisse etc., Familienangehörige)
- Folgen für die Familie
- Medizinische Einschränkungen und Versorgung
- Verfolgung und Stabilität der Verhältnisse im „Herkunfts“-Land (vgl. BGE II 65, E. 4.2])
- Prognose (insb. bei Anwendbarkeit FZA und EMRK 8)

6. Beweiserhebungen und -anträge

- Beantragung Zeugenbefragungen betr. persönliche Beziehungen, Auswirkungen der Landesverweisung auf Familienangehörige etc.
- Insbesondere betr. Zumutbarkeit der (Mit-)Ausreise (BGer 6B_1245/2021)
- Über Antrag muss formell entschieden werden (BGer 6B_561/2022)

7. Handlungsspielräume im Vorverfahren?

- Verfahrensdauer
- Vorzeitiger Strafantritt
- Vorzeitiger Massnahmeantritt
- Abgekürztes Verfahren
- Strafbefehl

VI. Ausländerrechtliche Folgen

- Strafrechtliche Verurteilungen können zum migrationsrechtlichen Widerruf der Bewilligung führen (Art. 62 / Art. 63 AIG)
- Aber: Aber Dualismusverbot bzw. Bindungswirkung gegenüber Migrationsamt (Art. 62 Abs. 2 / Art. 63 Abs. 3 AIG):

„Unzulässig ist ein Widerruf, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat.“

VI. Ausländerrechtliche Folgen Konstellationen

Strafgericht beurteilt ausschliesslich Taten vor dem 1. Oktober 2016 /
Strafurteil eines ausländischen Gerichts

→ Widerruf durch Migrationsbehörde zulässig

Strafgericht beurteilt Taten nach dem 1. Oktober 2016 und es bestehen
keine Vorstrafen:

→ Widerruf durch Migrationsbehörde, begründet mit diesen Taten
unzulässig (BGE 146 II 321)

VI. Ausländerrechtliche Folgen Konstellationen

Strafurteil betr. Taten nach dem 1. Oktober 2016 und Vorstrafen betr.
Taten vor dem 1. Oktober 2016:

- ➔ Widerruf durch Migrationsbehörde für Taten vor dem 1. Oktober 2016 dann zulässig, wenn das Strafgericht die Vorstrafen nicht berücksichtigt bzw. nicht einbezogen hat

VI. Ausländerrechtliche Folgen Konstellationen

Was ist mit Strafbefehlen?

- Grundsätzlich keine Bindungswirkung (Urteil 2C_728/2021 betr. Einreisesperre, 2C_915/2021 betr. Strafbefehl ohne Prüfung fakultative Landesverweisung)
- Insbesondere bei vielen Vorstrafen zu beachten!
- Ausnahme, wenn Strafbefehl ein bewusster Verzicht auf Anklageerhebung mit Antrag auf Landesverweisung? (vgl. BGer 2C_358/2019 vom 18. November 2019, E. 3.6. e contrario mit Hinweis auf BGer 2C_1154/2018 vom 18. November 2019).



Verteidigung von Ausländer:innen

There but for the grace of God
(go I)...

Besten Dank!

lic.iur. Magda Zihlmann
Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV Strafrecht

Advokatur Aussersihl
Hallwylstrasse 78
Postfach 8866
8036 Zürich

T 044 295 90 80
F 044 295 90 85

www.advokaturaussersihl.ch
zihlmann@advokaturaussersihl.ch