

Ausländerstrafrecht als kriminalpolitisches Konzept

Einleitung

Beim *Ausländerstrafrecht* handelt es sich um einen vielfältigen Sammelbegriff, der unterschiedliche rechtliche und kriminalpolitische Kontexte berührt. Im Visier stehen Ausländer:innen als Adressat:innen von Strafnormen und -sanktionen. Aufgrund meiner früheren richterlichen Tätigkeit verfüge ich über ernüchternde Erfahrungen im Umgang mit ausländischen Beschuldigten. Immer wieder gewann ich den Eindruck, dass diese Personengruppe in mancher Hinsicht stark benachteiligt wird. Als klassisches Beispiel mögen Gerichtsverfahren gegen verdächtige Drogenhändler aus Afrika dienen. In solchen Fällen ist eine *gerechte Justiz oft infrage gestellt*. Ungerechtigkeiten beginnen jeweils bereits zu Beginn der Verfahren: etwa, bei der Frage, wer auf der Strasse polizeilich kontrolliert wird (Stichwort: "Racial profiling"). Sodann sei hier auch der sehr lockere behördliche Umgang mit der Zwangsmassnahme der Untersuchungshaft (gerade auch bei Bagatelldelikten) kritisch erwähnt.

Erschwerend kommt noch hinzu: die teils ausgeprägte *fremdenfeindliche* Haltung bei den Strafbehörden, nicht zuletzt in den (geheimen) Urteilsberatungen (wo man ja unter sich ist und ungehemmt reden kann!). Damit persönlich konfrontiert wurde ich schon vor fünfzig Jahren, damals als junger Gerichtsschreiber am Strafgericht Basel-Stadt. Das bedrückte mich sehr und löste ein erhebliches Unbehagen aus, das bis heute andauert.

Daraus folgen nun meine vordringlichen Fragen: Was heisst "Ausländerstrafrecht" genau? Braucht es ein solches Konzept überhaupt? Genügen nicht die allgemeinen Normen des StGB? Nehmen Sie als Beispiele die Körperverletzung, den Diebstahl, den Betrug, die Vergewaltigung usw. Alle diese Verhaltensweisen sind strafbar unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Täterschaft. Ein *Sonderstrafrecht* ist stets problematisch, weil es die Gefahr einer *Diskriminierung* von Straftäter:innen ohne Schweizer Pass fördert.

Diese einleitenden Bemerkungen bilden den Rahmen meines Vortrags – ein Thema, das mir ein starkes persönliches Anliegen ist.

I. Begriff und Inhalt des "Ausländerstrafrechts"

1. Also nochmals: Was ist darunter zu verstehen? Was steckt in diesem Begriff?

Unterschiedliche Definitionen sind möglich. Mein Verständnis ist hier eng gefasst: Mir geht es um *die besonderen Strafbestimmungen, die ausschliesslich oder in erster Linie Ausländer:innen betreffen*.

2. In den Vordergrund rücke ich die Strafbestimmungen der *Ausländergesetzgebung*: konkret die *Art. 115 ff. AIG (Ausländer- und Integrationsgesetz)*.
Formal handelt es sich um sog. Nebenstrafrecht (d.h. eine strafrechtliche Materie, die ausserhalb des StGB geregelt ist). Inhaltlich richten sich die genannten Straftatbestände gegen eine unerwünschte Migration. Den sachlichen Hintergrund bilden die besonderen Rechtspflichten, die mit dem Ausländerstatus verbunden sind.
3. Die Kernbereiche der Art. 115 ff. AIG:
 - a. Im Vordergrund (auch statistisch betrachtet) stehen die rechtswidrige Anwesenheit und die rechtswidrige Einreise (Art. 115 Abs. 1 lit. a und b).
Konkret:
 - Rechtswidrige Anwesenheit: z.B. fehlende Aufenthaltsbewilligung oder Status als Sans-Papiers.
 - Rechtswidrige Einreise = Verletzung der Einreisevorschriften (Art. 5), z.B. Einreise ohne Ausweispapiere bzw. erforderliches Visum; ebenso Einreise über "grüne" Grenze. Oder für Asylsuchende: Art. 19 ff. AsylG.
 - b. Schwarzarbeit bedeutet Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit (Art. 115 Abs. 1 lit. c).
 - c. Förderung der rechtswidrigen Anwesenheit (Art. 116): Dieser Tatbestand richtet sich vor allem (aber nicht nur) gegen die Schleppertätigkeit. Auch Förderungshandlungen aus humanitären Gründen sind erfasst (Stichwort: Kirchenasyl).
Beispiele: Hilfe bei der rechtswidrigen Einreise, Unterkunftsgewährung für einen rechtswidrigen Aufenthalt. Allerdings: Die Grenzziehung zwischen legal und illegal ist bei sog. neutralen Alltagshandlungen heikel.
 - d. Beschäftigung ausländischer Personen ohne Bewilligung (Art. 117) = Kehrseite der Schwarzarbeit (betrifft die Arbeitgeber:innen).
 - e. Ein Tatbestand aus dem Randbereich des AIG betrifft die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung, sog. Rayonverbote etwa wegen Verdachts des Betäubungsmittelhandels (Art. 119).

II. Die rechtspolitischen Ziele der Gesetzgebung

1. Gegenstand des AIG:

Zu einem wesentlichen Teil geht es da um eine *Steuerung der Migration* durch verwaltungs- und polizeirechtliche Vorschriften, also etwa Vorschriften über Ein- und Ausreise, über Aufenthalt, über Arbeitsbewilligungen usw. Der Durchsetzung dieses Ziels dienen die *Strafbestimmungen* der Art. 115 ff. (konkret: abwehrende Massnahmen, physische Abwehr unerwünschter Migration). Dahinter verbirgt sich die gesetzgeberische Vorstellung der Einwanderung als potenzieller Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die man frühzeitig eindämmen will.

Das Strafrecht wird hier zusätzlich ergänzt durch *strafähnliche Massnahmen des Verwaltungsrechts*: Art. 61 ff. AIG. Bedeutsam ist etwa der Widerruf der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. Als besonders drastisch erweisen sich die damit verknüpften *Zwangsmassnahmen* der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft (Art. 75 ff. AIG). Daraus resultiert unter Umständen ein *monatelanger Freiheitsentzug*. Trotzdem handelt es sich nicht um Freiheitsstrafen, sondern um Massnahmen des Verwaltungsrechts. Diese Folgen sind äusserst problematisch, da die betroffenen Personen keine Delikte verübt haben müssen; nicht einmal ein Tatverdacht ist notwendig.

2. Kritik gegenüber den *strafrechtlichen* Regelungen:

a. Allgemein:

Insgesamt sieht das AIG eine *sehr strenge Regelung* vor: Es besteht die Tendenz zu teils masslosen staatlichen Sanktionen, zu drastischen Eingriffen in die persönliche Freiheit. Stark präventive Komponenten dominieren, während gleichzeitig die elementaren Prinzipien von Schuldangemessenheit und Verhältnismässigkeit verkümmern. Ferner sind auch kriminalpolitische Bedenken zu erwähnen, vor allem angesichts des ökonomisch-sozialen Hintergrundes der weltweiten Migrationsbewegungen. Denn die massenhafte rechtswidrige Einwanderung muss man als wesentliche Folge einer inhumanen Migrationspolitik betrachten.

b. Bedenken gegen die überhöhten Strafen:

aa. Offenkundige Diskrepanzen zwischen dem allgemeinen Strafrecht und dem Ausländerstrafrecht sind unübersehbar, dies sowohl hinsichtlich der gesetzlichen Strafrahmen wie auch der richterlichen Strafpraxis: Zahlreiche ausländische Verurteilte werden gemäss dem AIG *mit übermässigen (nicht schuldangemessenen) Strafen* belegt.

- bb. Besonders krass gelangt das zum Ausdruck im *Strafrahmen für die Schleppertätigkeit in Bereicherungsabsicht*, der ein Strafmaximum von fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsieht (Art. 116 Abs. 3 lit. a). Kritisch ist hier zu beachten, dass eine restriktive Migrationspolitik die Schleppertätigkeit begünstigt (angesichts des wirtschaftlichen Wohlstandgefälles zwischen dem Herkunftsland und der Schweiz).
- cc. Nur nebenbei sei noch bemerkt: Auch sonst im allgemeinen Strafrecht lässt sich die Tendenz zu überhöhten Strafen gegenüber ausländischen Staatsangehörigen beobachten. Ich nenne das den verbreiteten "*Ausländerzuschlag*" in der Strafzumessung. Dieser betrifft namentlich Beschuldigte aus uns fremden Kulturen (so Personen aus dem Nahen Osten oder Afrikaner:innen etc.).

III. Kurzer Exkurs zur richterlichen Landesverweisung

1. Strafbestimmungen, die nur Ausländer:innen betreffen, finden sich nicht bloss im AIG, sondern teilweise auch im StGB. Dort fällt die *Landesverweisung* (LV, Art. 66a ff.) als sog. "andere Massnahme" auf, d.h. als zusätzliche Sanktion neben der Freiheitsstrafe. Die LV wird als Pflicht verstanden, die Schweiz für eine bestimmte Dauer zu verlassen.
2. Die konkrete Regelung (Übersicht):
 - Die *obligatorische* LV von 5 – 15 Jahren gelangt bei schweren Delikten, die im Gesetz detailliert aufgezählt sind, zur Anwendung (Art. 66a Abs. 1). Ausnahmsweise ist bei einem *schweren persönlichen Härtefall* ein Verzicht auf die LV möglich (Art. 66a Abs. 2).
 - Die *nicht obligatorische* LV von 3 – 15 Jahren ist bei anderen Verbrechen und Vergehen vorgesehen (Art. 66a^{bis}).
 - Im Wiederholungsfall ist eine LV von 20 Jahren oder lebenslänglich möglich.
3. Die LV ist eine *drastische Sanktion*, die die Gerichte *häufig aussprechen*. Sie wird von den Verurteilten oft als härter empfunden als die gleichzeitig verhängte Freiheitsstrafe. Deshalb bildet die LV in der Gerichtspraxis häufig einen Streitpunkt, der zu einem Weiterzug der entsprechenden kantonalen Urteile an das Bundesgericht führt. Die LV widerspiegelt einen tief verankerten Hang unserer Gesellschaft, straffällige Ausländer:innen aus der Schweiz zu entfernen.
4. Die kriminalpolitische Legitimation der LV (als zusätzliche Sanktion neben den üblichen Strafsanktionen) bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Ich deute hier lediglich zwei Problemkreise an: einerseits die bedenkliche Doppelbestrafung (Freiheitsstrafe + kumulativ die LV), woraus regelmässig ein

Verstoss gegen das strafrechtliche Schuldprinzip resultiert; andererseits der problematische Export der Rückfallgefahr bzw. der Tätergefährlichkeit ins Ausland (Heimat der Verurteilten).

IV. Die Problematik der Rechtsgleichheit

1. Nach den teils kritischen Bemerkungen zum Ausländerstrafrecht folgt hier nunmehr der (vierte und) letzte Teil des Vortrags. Dabei geht es um die für unsere Tagung zentrale Thematik der "*Gleichheit vor dem Recht*": Inwieweit ist eine unterschiedliche strafrechtliche Beurteilung von Schweizer:innen einerseits und Ausländer:innen andererseits berechtigt? Besteht da allenfalls ein Verstoss gegen das fundamentale Verfassungsgebot der *Rechtsgleichheit*? Oder prononciert: sogar eine unzulässige *Ausländerdiskriminierung*?

Solche Fragen führen in einen höchst anspruchsvollen juristischen Bereich, der sich hier (aus zeitlichen Gründen) leider nur ganz summarisch skizzieren lässt.

2. Als rechtliche Grundlage ist hier in erster Linie der Art. 8 BV mit dem Randtitel: "*Rechtsgleichheit*" hervorzuheben.
 - a. In dieser Verfassungsbestimmung ist eine fundamentale Unterscheidung enthalten:
 - Mit dem Absatz 1 ("Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.") wird primär ein *Gleichbehandlungsgebot* statuiert. Gemäss dem Bundesgericht ist Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln. Konkret folgt daraus, dass rechtliche Differenzierungen auf ernsthaften und vernünftigen Gründen beruhen müssen (um zulässig zu sein). Die jeweilige Massnahme muss ein öffentliches Interesse verfolgen und ausserdem verhältnismässig sein.
 - Der Absatz 2 regelt das *Diskriminierungsverbot*. Gemeint ist damit eine nicht erlaubte Ungleichbehandlung, die explizit an bestimmte individuellen Merkmalen der betreffenden Personen anknüpft. Es handelt sich um das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, der Religion etc. (ähnlich formuliert auch in Art. 14 EMRK). Angesprochen ist somit die Benachteiligung von bestimmten Menschen, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung zu betrachten ist. Eine Diskriminierungsabsicht seitens der staatlichen Behörde ist nicht erforderlich. In der Sache geht es um eine *Beeinträchtigung der Menschenwürde* (vgl. Art. 7 BV).
 - b. Für das *Ausländerstrafrecht* erweist sich als bedeutsam die Frage nach der Zulässigkeit von strafrechtlichen Differenzierungen aufgrund des Merkmals der *Staatsangehörigkeit*.

Diesbezüglich gilt nach allgemeiner Ansicht das Gleichbehandlungsgebot des Art. 8 Abs. 1 BV. Das bedeutet: Falls vernünftige Gründe vorliegen, ist eine unterschiedliche Behandlung eigener und fremder Bürger:innen zulässig (Beispiele ausserhalb des Strafrechts: Gesetzesbestimmungen hinsichtlich der politischen Rechte wie Stimm- und Wahlrecht oder auch hinsichtlich des Aufenthaltsrechts in der Schweiz). Also: Verwaltungsrechtliche Regelungen der Migration sind nicht prinzipiell zu beanstanden; sie bringen vielmehr einen Aspekt der *(national)staatlichen Souveränität* zum Ausdruck.

Von grossem Interesse ist somit jetzt die Frage, ob auch für eine unterschiedliche *strafrechtliche* Beurteilung von Personen mit oder ohne Schweizer Pass sachliche Gründe vorliegen. Sind zur (an sich legitimen) rechtlichen Steuerung der Migration besondere *Strafnormen* unerlässlich? Oder anders gefragt: Inwieweit sind die auf die Ausländer:innen zugeschnittenen Straftatbestände bzw. -sanktionen des AIG notwendig und angemessen? Darf der Zufall der fremden Staatsangehörigkeit oder Kultur zu einer markanten Benachteiligung der betroffenen Personen führen (wie dies heute so oft geschieht)?

Aus der Formulierung dieser Fragestellungen ist eine erhebliche Skepsis meinerseits erkennbar: Ich bin nämlich der Ansicht, dass der Staat mit seinen *strafrechtlichen Interventionen* gegenüber Ausländer:innen insgesamt *den Bereich einer legitimen Sanktionierung überschreitet*. Neben dem extensiven Kriminalisierungskonzept im AIG empfinde ich ebenfalls als sehr stossend die regelmässig unbekümmert verfügte Untersuchungshaft sowie die übermässig oft ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafen (zumeist mittels Strafbefehlen einer Staatsanwaltschaft und ohne Mitwirkung eines Gerichts!). Negativ betroffen sind davon in erster Linie die Beschuldigten ohne sicheren Aufenthaltsstatus in der Schweiz, bspw. die Sans-Papiers.

Schlussbemerkung: *Mich enttäuscht in hohem Masse, dass die eben dargelegte Problematik der fehlenden Rechtsgleichheit weder in der Kriminalpolitik noch in der Strafrechtswissenschaft ernsthaft zur Kenntnis genommen, geschweige denn einer vertieften Analyse unterzogen wird.*