



**Verein Berner Beratungsstelle
für Sans-Papiers**

Eigerplatz 5
3007 Bern

Tel. 031 385 18 27

contact@sans-papiers-contact.ch

www.sans-papiers-contact.ch

www.sans-papiers.ch

PC 30-586909-1

Alternativen zur gängigen Praxis

in den Bereichen Arbeitsrecht, illegaler Aufenthalt und Durchsetzungshaft

Folgerungen für den Gesetzgeber und die Behörden aus den Arbeiten von R. Kiener/G. Medici, P. Albrecht und J.P. Müller

1.) Aus dem Gutachten Kiener/Medici¹

Regina Kiener ist Professorin für öffentliches Recht an der Universität Zürich

Gabriela Medici ist Doktorandin bei Regina Kiener

a) Feststellung 1

Die in der Schweiz geltenden Grund- und Menschenrechte leiten die Art und Weise an, wie bestehende Zugangs- und Erwerbsverbote zu vollziehen sind. Sie verpflichten den Staat sowie die Arbeitnehmer auch Sans-Papiers in ihren grundlegenden Arbeitsrechten zu schützen.

b) Feststellung 2

Faktisch bestehende Arbeitsverträge sind auch ohne Aufenthaltsbewilligung gültig und entsprechende Forderungen können grundsätzlich vor Gericht eingefordert werden. Der gesetzlich vorgesehene Informationsaustausch zwischen den Ausländerbehörden und der Justiz macht das Grundrecht von Sans-Papiers auf Zugang zu effektiven Justizverfahren jedoch illusorisch.

c) Folgerung 1: Verwirklichung des Rechts auf Rechtsschutz

Es ist grundrechtlich geboten, dass Arbeitsgerichte nicht in den Vollzug des Ausländergesetzes einbezogen werden. Das bedeutet, dass sie den Aufenthaltsstatus nicht erfragen bzw. entsprechende Daten nicht an die Ausländerbehörden weiterleiten sollten. Justizbehörden sind deshalb gehalten, nach Mitteln und Wegen zu suchen, das Grundrecht auf Zugang zu effektiven Justizverfahren zu gewährleisten, etwa indem sie diesem Grundrecht ein grösseres Gewicht beimessen als dem Vollzug des Ausländerechtes.

d) Folgerung 2: Wirksamer Schutz in Arbeitsverhältnissen

Die Arbeitsbedingungen, unter denen Sans-Papiers arbeiten, sollten auch in Privathaushalten (nicht nur im Gewerbe) kontrolliert werden können. Dazu bedarf es einer klaren gesetzlichen Grundlage. Damit die staatliche Arbeitsinspektion sich aber nicht nur für private Arbeitgeber, sondern auch für die Arbeitnehmer schützend auswirkt, darf sie nicht mit dem ausländerrechtlichen Vollzug verknüpft werden. Das heisst Inspektionen zum Vollzug der Arbeitsschutzgesetze dürfen nicht den Aufenthaltsstatus, sondern lediglich die Arbeitsbedingungen kontrollieren.

¹ Regina Kiener/Gabriela Medici, Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz, Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, ZSR 2014/I, S. 133-154.

- e) Folgerung 3: Beschwerdemöglichkeit von Organisationen
Die Einführung einer selbständigen Beschwerdemöglichkeit von Organisationen, die sich der Beratung und Unterstützung von Sans-Papiers widmen, ist zu prüfen.

2.) Aus dem Artikel von Peter Albrecht²

Peter Albrecht ist Professor em. für Strafrecht an den Universitäten Basel und Bern

- a) Feststellung 1
Unsere Behörden respektieren im Allgemeinen die Freiheitsrechte der sozial benachteiligten Personen zu wenig. Das gilt besonders häufig hinsichtlich der Ausländer/innen. Der Freiheitsentzug aufgrund ausländerrechtlicher Zwangsmassnahmen wird oft bedenkenlos als Vergeltungs- und Disziplinierungsmittel eingesetzt.
- b) Feststellung 2
Abgewiesene Asylbewerber/innen werden nicht eigentlich wegen des illegalen Aufenthalts in unserem Land bestraft. Vielmehr liegt das ihnen vorgeworfene Verhalten letztlich in der Verhinderung der geplanten Rückführung, weil die von den Behörden erwartete Mitwirkung verweigert wird.
- c) Feststellung 3
Die grosse Zahl von Sans-Papiers in der Schweiz wird zu einem wesentlichen Teil durch unsere restriktive Migrationspolitik hervorgerufen. Insoweit handelt es sich um ein "hausgemachtes" Problem, für das die Gesellschaft eine erhebliche Mitverantwortung trägt. Deshalb widerstrebt es, in einem Strafverfahren gegen Personen, die sich gegen eine Rückführung in ihre Heimat wehren, die Begriffe "Unrecht" und "Schuld" zu verwenden.
- d) Feststellung 4
Es gibt im Rahmen der aktuellen Gesetzgebung durchaus juristische Alternativen zur Bestrafung und wiederholten Bestrafung des illegalen Aufenthaltes.
- e) Folgerung 1: Prüfung der Zumutbarkeit
Es ist durchaus zweifelhaft, ob die fehlende Mitwirkung an der eigenen Rückführung ins Heimatland in jedem Fall die Strafbarkeit des illegalen Aufenthaltes zu begründen vermag. Die Mitwirkung an der Rückkehr (z.B. im Rahmen der Papierbeschaffung) muss nämlich für den Betroffenen in seiner konkreten Situation nicht nur möglich sondern auch *zumutbar* sein. Das verlangt das strafrechtliche Schuldprinzip. Das Recht darf von einem Menschen kein (aktives) Verhalten fordern, das diesem nicht zumutbar ist. Die Strafbehörden haben also in jedem einzelnen Fall die Zumutbarkeit sorgfältig mittels Einvernahme zu prüfen. Auch sonst fordert unsere Rechtsordnung von niemandem eine unzumutbare Selbstausslieferung, weshalb z.B. die Selbstbegünstigung im Allgemeinen straflos bleibt. In dieselbe Richtung weist sodann der elementare prozessuale Grundsatz, wonach sich eine beschuldigte Person im Strafverfahren nicht selbst belasten muss (Art. 113 Abs.1 StPO).
Das Strafbefehlsverfahren ist zu vermeiden.
- f) Folgerung 2: Opportunitätsprinzip
Selbst wenn man einen strafbaren illegalen Aufenthalt bejaht, sollte jeweils zusätzlich geprüft werden, ob nicht – gestützt auf das sog. Opportunitätsprinzip (Art. 8 StPO i.V.m. Art.

² Peter Albrecht, Illegaler Aufenthalt: Das Leben als «Dauerdelikt»? , Asyl, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und –Praxis 4/14, S. 3 ff.

52 StGB) – allenfalls ein Verzicht auf eine Strafverfolgung in Betracht kommt, weil es sich um einen *Bagatelldfall* handelt. Das drängt sich nicht nur, aber vor allem dort auf, wo jemand bereits einmal wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt worden ist.

3.) Aus den Artikeln von Jörg Paul Müller und Peter Albrecht³

Jörg Paul Müller ist Professor em. für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie der Universität Bern

a) Feststellung 1

Die Schweiz schuldet „jedem menschlichen Wesen auf ihrem Territorium die für sein tägliches physisches und psychisches Überleben notwendigen Mittel: Obdach, Nahrung, Kleidung, medizinische Grundversorgung. Darum ist jede unmenschliche Behandlung, wie eine schikanöse Blossstellung, oder der Versuch, den Willen eines Menschen mit Zwang oder Drohung zu brechen, oder gar die Folter absolut verboten“. (Jörg Paul Müller)

b) Feststellung 2

Zu bedenken ist die Situation von Sans-Papiers, „deren Asylgesuche abgewiesen wurden und die sich aus menschlich sehr verständlichen, rechtlich jedoch nicht anerkannten Motiven weigern, freiwillig in ihre Heimat zurückzukehren. Diese Menschen werden, falls man sie nicht zwangsweise ausschaffen kann, oft unbarmherzig mit wiederholten und mehrmonatigen Inhaftierungen bestraft, und zwar völlig disproportional zum deliktischen Verschulden. Auf diese Weise übernehmen die angeordneten Freiheitsstrafen - in Abweichung zu den herkömmlichen Strafzwecken - wesentlich die Funktion einer problematischen *Beugehaft* zur Verwirklichung ausländerrechtlicher Ziele.“ (Peter Albrecht)

c) Folgerung: Sind Durchsetzungshaft und wiederholte Bestrafung menschenrechtskonform?

Aufgrund dieser Feststellungen scheint es zweifelhaft, dass die Durchsetzungshaft (nach Art. 87 Abs. 1 und 2 AuG) wie auch eine wiederholte Bestrafung wegen illegalem Aufenthalt system- und menschenrechtskonform sind, da sie bei abgewiesenen Asylsuchenden auf die Brechung/Änderung des Willens hinsichtlich der freiwilligen Rückkehr abzielen.

JS/AMS/BAL 17. Feb. 2015

³ Jörg Paul Müller, bulletin Nr. 15 der Berner Beratungsstelle für Sans-Papiers, Dezember 2014. Peter Albrecht, Strafnormen gegen unerwünschte Migration, in: A. Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht, 2013/2014, Bern 2014, S. 3 ff.