



Baschi Dürr  
Departementsvorsteher  
Spiegelgasse 6-12  
CH - 4001 Basel

Tel.: +41 61 267 70 01  
Fax: +41 61 267 61 40  
E-Mail: [baschi.duerr@jsd.bs.ch](mailto:baschi.duerr@jsd.bs.ch)  
[www.jsd.bs.ch](http://www.jsd.bs.ch)

An  
- die Teilnehmerinnen und  
Teilnehmer der Petition des  
Solidaritätsnetzes Region Basel  
- die *Anlaufstelle für Sans-Papiers* Basel

Basel, 18. August 2017

### **Ihre Petition vom 27. Juni 2017 betreffend «Sans Papiers» in Basel-Stadt**

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns am 27. Juni 2017 eine Petition eingereicht, in der Sie mich ersuchen, erwerbstätige «Sans-Papiers» anzumelden und Strafanzeigen gegen Personen, die sich im Rahmen von Härtefallverfahren «geoutet» haben, «zu stoppen». Zur selben Thematik führen wir gegenwärtig einen Austausch mit der *Anlaufstelle für Sans-Papiers*, weshalb wir dieses Schreiben auch ihr zukommen lassen. Da Sie Ihre Petition als «offenen Brief» formuliert haben, veröffentlichen wir unsere Antwort via Internet.

Zu den inhaltlichen Anliegen nehmen wir in Absprache mit der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt wie folgt Stellung:

Härtefall-Gesuche von «Sans-Papiers» werden in der ganzen Schweiz nach (gleichem) Bundesrecht behandelt. Eine automatische Regularisierung gibt es nicht. Vielmehr wird immer und überall der Einzelfall betrachtet. Im Kanton Basel-Stadt beurteilt zunächst das Migrationsamt das Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung. Bei einer positiven Bewertung stellt das Migrationsamt einen entsprechenden Antrag auf Bewilligung beim Staatssekretariat für Migration (SEM). Bei einer negativen Beurteilung unterbreitet es das Gesuch der Härtefallkommission, die nach ihrer Prüfung dem Departementsvorsteher eine Empfehlung abgibt, ob eine Weiterleitung an das SEM angezeigt ist.

Basel-Stadt verfolgt eine liberale Praxis: In den letzten fünf Jahren sind insgesamt 17 Gesuche eingereicht worden. Sämtliche (!) Gesuche wurden – direkt oder in 11 dieser 17 Fälle nach der Prüfung durch die Härtefallkommission – dem SEM mit Antrag auf Bewilligung vorgelegt. Mit einer Ausnahme wurden alle diese Gesuche vom SEM angenommen. Wie bereits mehrfach kommuniziert, hat das Migrationsamt infolgedessen seine Praxis angepasst: Bei der Beurteilung wird den Aufenthaltsjahren – fünf bei Familien mit eingeschulden Kindern und zehn bei Einzelpersonen – mehr Gewicht beigemessen als bisher. Generell erhöhen sich durch die neue Praxis die Chancen auf eine Härtefallregelung.

Entsprechend einem Anliegen der Anlaufstelle besteht im Gegensatz zu anderen Kantonen zudem die Möglichkeit, vorab Gesuche anonym einzureichen. Dadurch erhalten die betroffenen Personen eine erste provisorische Einschätzung der Migrationsbehörde aufgrund der eingereichten Angaben, ohne sich bereits offenbaren zu müssen.

In Ihrer Petition thematisieren Sie vor allem die Strafverfolgung von «Sans-Papiers». Sie machen geltend, dass das behördliche Vorgehen paradox sei, von den Gesuchstellern den Nachweis einer mindestens zehn Jahre dauernden ununterbrochenen Anwesenheit und einer existenzsichernden Erwerbstätigkeit zu verlangen und diese Informationen später – trotz erteilter Härtefallbewilligung – für ein Strafverfahren zu verwenden.

Dieses Vorgehen liegt in Art. 115 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG) begründet:

*Art. 115 Rechtswidrige Ein- oder Ausreise, rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung*

*<sup>1</sup> Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird bestraft, wer:*

- a. Einreisevorschriften nach Artikel 5 verletzt;*
- b. sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält;*
- c. eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausübt;*
- d. nicht über eine vorgeschriebene Grenzübergangsstelle ein- oder ausreist (Art. 7).*

Auf eine strafrechtliche Ahndung der aufgelisteten Delikte kann gemäss Absatz 4 desselben Gesetzesartikels nur unter folgender Bedingung verzichtet werden:

*<sup>4</sup> Von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung kann bei rechtswidrig ein- oder ausgereisten Ausländerinnen und Ausländern abgesehen werden, sofern sie sofort ausgeschafft werden.*

Bei den in Art. 115 AuG geregelten Delikten handelt es sich um sogenannte Officialdelikte, die von Amtes wegen zu verfolgen sind. Das Migrationsamt als zuständige Strafverfolgungsbehörde im Ausländerrecht ist gemäss Art. 7 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) gesetzlich verpflichtet, ein Verfahren einzuleiten, den relevanten Sachverhalt festzustellen und die Sache zur Beurteilung an die Staatsanwaltschaft zu überweisen, wenn ihm Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden. Das bewusste Unterlassen der Strafverfolgung würde dazu führen, dass sich die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Migrationsamts selbst strafbar machen. Staatsanwaltschaft und Gerichte dürfen gemäss Art. 8 StPO von einer Strafverfolgung absehen (Opportunitätsprinzip), wenn das Bundesrecht dies so vorsieht. Das geltende Ausländergesetz des Bundes beschränkt eine solche Verzichtsmöglichkeit im vorgängig erwähnten Art. 115 Abs. 4 auf die rechtswidrige Ein- oder Ausreise, sofern eine sofortige Ausschaffung erfolgt. Dies ist bei anerkannten Härtefällen eben gerade nicht der Fall.

Ein Verfolgungsverzicht infolge Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen gemäss Art. 52 des Strafgesetzbuches (StGB) ist ebenfalls nicht möglich, da sich als Härtefall anerkannte Personen überdurchschnittlich lange illegal in der Schweiz aufgehalten und teilweise ohne Bewilligung gearbeitet haben. Dies erlaubt aufgrund des Gleichbehandlungsgebots keine Privilegierung gegenüber anderen, in der Regel weit kürzeren und weniger gravierenden Verstössen. Auch eine Sequenzierung von Straf- und Verwaltungsverfahren bringt für die Betroffenen keine Vorteile, da die Erkenntnisse aus dem Verwaltungsverfahren für die Strafverfolgungsbehörden zu jedem Zeitpunkt ohne Einschränkung verwertbar sind.

Abgesehen davon ist die Staatsanwaltschaft materiell unabhängig. Weisungen des Regierungsrats betreffend Einleitung, Durchführung und Abschluss eines Strafverfahrens wären gemäss § 96 Abs. 5 des Gerichtsorganisationsgesetzes unzulässig. Indes kann jeder Strafbefehl angefochten und gerichtlich überprüft werden.

Diese Praxis erfolgte in unserem und den meisten anderen Kantonen mangels Handlungsspielraum schon immer. Es handelt sich nicht um ein neues Vorgehen. Auch das SEM hält auf eine aktuelle Anfrage unsererseits fest, dass es in seinem Interesse liegt, wenn die Kantone die geltenden Strafnormen im Ausländerrecht durchsetzen.

Ich kann nachvollziehen, dass es auf den ersten Blick wenig ersichtlich ist, warum die staatlichen Behörden diejenigen Personen, die sie als Härtefall beurteilen, gleichzeitig bestrafen. Wie dargelegt, ist dieser Widerspruch zum einen aber rechtlich ein vermeintlicher, da die aktuelle Gesetzeslage, namentlich im AuG, im StGB und in der StPO, beides den Verwaltungs- und Strafbehörden zur Pflicht macht. Zumindest in einer rechtlichen Betrachtungsweise besteht kein widersprüchliches Verhalten, wenn in der Vergangenheit begangenes Unrecht (illegaler Aufenthalt etc.) nach Bewilligungserteilung nachträglich strafrechtlich sanktioniert wird. Der Härtefall wird nicht im langjährigen illegalen Aufenthalt in der Schweiz gesehen, sondern in der fehlenden Rückkehrmöglichkeit, indem der betroffenen Person nicht zugemutet werden kann, in ihrem Heimatland wieder Fuss zu fassen.

Sachlogisch aber besteht zum anderen tatsächlich ein Widerspruch. Dieser liegt aber ursächlich darin begründet, dass die Sans-Papiers-Härtefallregelung per se Personen privilegiert, die in der Regel über Jahre oder Jahrzehnte wissentlich und willentlich gegen das AuG verstossen haben. Eine naheliegende Auflösung dieses Widerspruchs läge darin, entweder die Härtefallregelung abzuschaffen oder aber die Personenfreizügigkeit auf die ganze Welt auszudehnen. Beides erachte ich politisch als nicht mehrheitsfähig.

Auf jeden Fall liegt eine rechtsstaatlich korrekte Möglichkeit, auf eine Strafverfolgung zu verzichten, beim (Bundes-)Gesetzgeber und nicht bei den vollziehenden (Kantons-)Behörden. Sollte der politische Wille dazu vorhanden sein, könnte eine Lösung darin bestehen, die «Sans-Papiers» nochmals zu privilegieren, indem im bereits erwähnten Art. 115 Abs. 4 AuG eine weitere Ausnahmebestimmung aufgenommen würde, wonach auf eine Strafe verzichtet wird, wenn die fehlbare Personals Härtefall gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. B AuG anerkannt wird

Für einen solchen Lösungsweg könnte durchaus auch bestehendes Bundesrecht in Analogie gezogen werden. Dies gilt etwa für die Steueramnestie gemäss Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer. Dort wird festgehalten, dass bei steuerpflichtigen Personen, die erstmals eine Steuerhinterziehung selbst anzeigen, unter bestimmten Voraussetzungen von einer Strafverfolgung abgesehen wird. Darüber hinaus besteht, wie ausgeführt, bereits im Artikel 115 AuG ein beschränktes Opportunitätsprinzip für die Strafverfolgungsbehörden bei rechtswidriger Ein- oder Ausreise im Falle einer sofortigen Ausschaffung.

Konkret könnte der 4. Absatz von Artikel 115 AuG wie folgt ergänzt werden (wesentliche Ergänzungen fett hervorgehoben):

<sup>4</sup> *Von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung kann abgesehen werden, wenn:*  
*a. nach einer rechtswidrigen Ein- oder Ausreise die sofortige Ausschaffung erfolgt; oder*  
***b. die fehlbare Ausländerin oder der fehlbare Ausländer als schwerwiegender persönlicher Härtefall gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. B anerkannt wird.***

Wir werden diesen gesetzgeberischen Ansatz dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zur Prüfung unterbreiten.

Im Weiteren nehmen wir eine Anregung der Anlaufstelle auf, wonach das Bedürfnis besteht, die Transparenz des Härtefallverfahrens weiter zu erhöhen (Anerkennungsvoraussetzungen, Vorgehen, Konsequenzen etc.). Wir beabsichtigen, diesem Anliegen im Rahmen des Möglichen mit einem Merkblatt für «Sans-Papiers» entgegenzukommen. Vor der Publikation holen wir zu dessen Inhalt auch die Stellungnahme besagter Anlaufstelle ein.

Zusammenfassend bitten wir Sie zu anzuerkennen, dass die Basler Behörden im Sinne einer liberalen Praxis den vorhandenen Spielraum zugunsten der «Sans-Papiers» wahrnehmen, und gleichzeitig zu akzeptieren, dass diese dabei an das – demokratisch erlassene – Recht gebunden bleiben.

Ich danke Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Ausführungen und verbleibe mit freundlichen Grüßen



Baschi Dürr  
Regierungsrat

**Kopien**

- Staatssekretariat für Migration
- Staatsanwaltschaft Basel-Stadt
- Migrationsamt Basel-Stadt