

## Neue Normen gegen Vollzugsdefizite?

### Schwierigkeiten bei einer Umsetzung der Ausschaffungs-Initiative

Von Thomas Gächter und Matthias Kradolfer\*

Eine Volksinitiative will bestimmte Straftaten von Ausländern mit der generellen Ausweisung von Verurteilten bekämpfen. Unabhängig von der politischen Einschätzung stellen sich die Autoren Fragen der rechtlichen und praktischen Realisierbarkeit und äussern sehr erhebliche Zweifel.

Die in diesem Sommer lancierte Ausschaffungs-Initiative der SVP sieht vor, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne Rücksicht auf ihren fremdenrechtlichen Status das Aufenthaltsrecht verlieren, wenn sie entweder eine bestimmte (schwerwiegende) Straftat begangen oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Dem Gesetzgeber obliegt es, die Tatbestände näher zu umschreiben. Die Ausweisung ist mit einem mindestens fünfjährigen Einreiseverbot gekoppelt und ist in jedem Fall zu verfügen.

#### Beschränkter Handlungsspielraum

Es ist nicht zu bestreiten, dass das Ausländerrecht nicht in allen Fällen konsequent durchgesetzt wird. Es darf auch nicht verleugnet werden, dass immer wieder haarsträubende Fälle von Delinquenz entdeckt werden. Die Initiative setzt nun für die Bekämpfung von Fällen, in denen Ausländerinnen und Ausländer straffällig werden oder die Sozialwerke missbräuchlich in Anspruch nehmen, auf ausländerrechtliche Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen. Ob man Ausweisung und Ausschaffung im Sinn der Initiative als probate Mittel zur Problemlösung erachtet, ist letztlich eine Frage des politischen Standpunkts. Hingegen lässt sich bereits jetzt abschätzen, innerhalb welcher rechtlichen Schranken sich die Umsetzung der Initiative bewegen müsste.

#### Menschenrechte und Freizügigkeit

Bereits nach geltendem Recht können ausländische Staatsangehörige ausgewiesen werden, wenn sie schwer delinquent haben. Auch das neue Ausländergesetz, das im kommenden Jahr in Kraft tritt, kennt entsprechende Massnahmen. Der von der Initiative angestrebte Automatismus von Verlust des Aufenthaltsanspruchs und Ausweisung steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zu internationalen Verpflichtungen, welche die Schweiz eingegangen ist. Gemäss dem siebten Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) haben ausländische Staatsangehörige das Recht, ihre Ausweisung überprüfen zu lassen und Argumente gegen die Massnahme vorzubringen. Eine unbedingt auszusprechende Ausweisung würde dieses Recht aushöhlen. Ein EMRK-konform ausgestaltetes Ausweisungsverfahren wiederum wäre mit dem Initiativtext nur

schwer zu vereinbaren.

Besonderheiten gelten zudem für Bürgerinnen und Bürger von EU/Efta-Staaten: Das Freizügigkeitsabkommen räumt ihnen einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt und Verbleib ein, wobei die Anwesenheit unter dem Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit steht. Selbst bei schweren Delikten ist nicht die Delinquenz, sondern das persönliche Verhalten des Straftäters ausschlaggebend, das eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen muss. Da die Ausschaffungs-Initiative das Aufenthaltsprivileg von EU-Bürgern relativieren könnte, wäre ihr Verhältnis zur «Stand still»-Klausel des Freizügigkeitsabkommens sorgfältig zu klären.

#### Das Gebot der Verhältnismässigkeit

Die Umsetzung der Initiative könnte allenfalls mit verfassungsrechtlichen Garantien in Konflikt geraten, die auch in der EMRK und dem Uno-Pakt über bürgerliche und politische Rechte enthalten sind. Beide Abkommen sowie die Bundesverfassung kennen für ausländische Staatsangehörige zwar keinen generellen Aufenthaltsanspruch, statuieren jedoch Rechte, die im Einzelfall einer Ausweisung entgegenstehen können: so etwa das Verbot von Folter und erniedrigender Behandlung, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das Verbot der Ausweisung in ein Land, in welchem einer Person eine ernsthafte Gefahr droht, sowie das Recht zur Einreise in das als «eigenes Land» empfundene Gebiet. Während einige dieser Rechtspositionen absolute Geltung beanspruchen, haben andere nur relativen Bestand. Sie sind Einschränkungen zugänglich, die sich zur Wahrung überwiegender öffentlicher (Sicherheits-)Interessen aufdrängen.

Das Kernproblem bildet in den letzteren Fällen die Verhältnismässigkeit: Die Ausweisung darf nur unter Würdigung aller Umstände verfügt werden, namentlich der Integration der ausländischen Person und (bei Straffälligkeit) der Schwere ihres Verschuldens und der Bedrohung der öffentlichen Sicherheit. Nach einer Faustregel der Praxis rechtfertigt es erst etwa eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren, die mit einem Schweizer Partner verheiratete Person zur Ausreise zu verhalten. Im Hinblick darauf erscheint es auch problematisch, den missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe als eigenständigen Ausweisungsgrund zu definieren, wenn nicht gleichzeitig ein schwerer Straftatbestand (zum Beispiel Betrug) erfüllt ist.

Andere Rechtspositionen wie etwa das ausdrücklich in der Bundesverfassung enthaltene Verbot, jemanden in einen Staat auszuschaffen, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung droht (Art. 25 Abs. 3 BV), gelten als uneinschränkbar. Dies ergibt sich auch aus dem Völkerrecht. Selbst bei schweren Delikten könnte der Durchsetzung einer im Sinn der Initiative verfügten Ausweisung gegebenenfalls das zwingende Ausschaffungsverbot entgegenstehen, das heisst die von der Initiative angestrebte Ausschaffung wäre in diesen Fällen gerade nicht vollstreckbar.

## Praktische Umsetzungsschwierigkeiten

Verliert eine Person ihr Aufenthaltsrecht, stellt sich das Problem des Vollzugs. Eigentliche Kontrollen der Ausreise finden in der Praxis wenig statt; entsprechend gross ist die Versuchung, das Land nicht zu verlassen. Eine Ausschaffung kann sich aber auch als nicht durchsetzbar erweisen, sei es aus objektiven Gründen oder weil der Vollzug nicht zumutbar erscheint. In solchen Fällen muss die betroffene Person grundsätzlich vorläufig aufgenommen werden. Sowohl nach geltendem Recht wie auch nach dem neuen Ausländergesetz wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt, wenn die betroffene Person die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet. Die Initiative dürfte diesbezüglich kaum zu einer Verschärfung führen. Ein Votum des Souveräns für die Initiative hätte bestenfalls die praktische Konsequenz, dass in Fällen, in denen ausländerrechtliche Entfernungsmassnahmen durchsetzbar sind, der Vollzug gestrafft würde. Das Instrumentarium hierfür wäre aber bereits im geltenden Recht sowie im neuen Ausländergesetz vorhanden.

## Vager Begriff des Missbrauchs

Die Ausschaffungs-Initiative verwendet den Begriff des missbräuchlichen Leistungsbezugs im Sozialversicherungs- und Sozialhilferecht. Was genau darunter zu verstehen ist, bleibt indes offen. Die einzelnen Tatbestände sind nach dem Initiativtext vom Gesetzgeber zu umschreiben. Generell-abstrakte Definitionen in Einzelnormen sind jedoch wenig geeignet, die Vielgestaltigkeit des Missbrauchs einzufangen, zumal die einschlägigen Gesetze schon zahlreiche speziellere Vorkehrungen gegen Missbrauch kennen. Missbräuchlichkeit steckt vielmehr im Einzelfall und ist in der Regel eher als moralisches Urteil denn als juristisch fassbarer Tatbestand zu begreifen. Dass Leistungen von Sozialversicherungen und Sozialhilfe auch zu Unrecht oder aufgrund falscher Angaben erwirkt werden können, ist zu einem gewissen Grad im Sozialsystem angelegt. Wie im Migrationsrecht sind auch im Sozialversicherungs- und Sozialhilferecht der Gesetzesvollzug und die systeminterne Kontrolle nicht immer genügend. Schärfere Sanktionen, auch solche mit Auswirkungen auf den Aufenthaltsstatus, können dieses Phänomen kaum ausmerzen.

Fazit: Die Gesetzgebung müsste bei der Umsetzung der Initiativziele auf zahlreiche gleichrangige und teilweise nicht einzuschränkende Gebote sowie auf völkerrechtliche Verpflichtungen Rücksicht nehmen, die den bestehend einfach erscheinenden Lösungsansatz der Initiative stark relativieren und partiell unumsetzbar machen. Zudem wären auch mit neuen Normen und Sanktionen die bestehenden Vollzugsprobleme im Migrations- und Sozialrecht nicht gelöst.

\* Thomas Gächter ist Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich, Matthias Kradolfer ist Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl.