

VOLKSINITIATIVE FÜR DIE
AUSSCHAFFUNG KRIMINELLER AUSLÄNDER

EIN PLÄDOYER FÜR EINEN
RECHTMÄSSIGEN
GESELLSCHAFTSVERTRAG

MARTINA GASSER, JANINE SOMMER, SIMON HAEFELI, JOHAN ROCHEL

16.03.2010

EXECUTIVE SUMMARY

Mit dieser Stellungnahme möchten wir auf die Problematik der Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern» aufmerksam machen. Dies soll aus einer jungen, parteiunabhängigen, aber engagierten Sichtweise geschehen. Indem wir unsere Bedenken nach einer kritischen und juristischen Analyse kundtun, möchten wir unseren Beitrag zu einer sachlichen Debatte leisten.

Die Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern» thematisiert die Beschränkungen des Verhältnisses zwischen einem Rechtsstaat (die Schweiz) und seinen Bürgern gegenüber Personen ausländischer Herkunft, welche in der Schweiz leben. Basierend auf diesem Konzept des « Gesellschaftsvertrages » zwischen diesen zwei Parteien möchten wir die Volksinitiative näher untersuchen.

Die SVP und ihre Sympathisanten sakralisieren den Gesellschaftsvertrag. Der Vertrag gilt absolut. Die Vertragsverletzung einer Partei (des straffälligen Ausländers) führt zur Auflösung des Gesellschaftsvertrages (und somit zur Ausschaffung). Rechtliche Verfahrensgarantien, welche untrennbar vom Gesellschaftsvertrag zwischen der Schweiz und den in der Schweiz lebenden Ausländern bestehen, werden nicht berücksichtigt.

Dieser Gesellschaftsvertrag kann nicht für sich alleine beurteilt werden. Er befindet sich nicht in einem juristischen Vakuum. Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU oder die fundamentalen Prinzipien des Völkerrechts statuieren die Rahmenbedingungen des Vertrages. Das Non-Refoulement -Prinzip, ein Kernstück des Völkerrechts, ist für die Schweiz zwingend und muss eingehalten werden. Ein Gesellschaftsvertrag ist nur annehmbar, wenn er die Grundprinzipien unseres Rechtsstaates berücksichtigt. Hierzu zählen wir das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Die Initiative der SVP sowie deren Hochhaltung des Gesellschaftsvertrages erlauben der Schweiz in keiner Weise ihren zwingenden internationalen Verpflichtungen nachzukommen, geschweige denn, die fundamentalen Prinzipien unseres Rechtsstaates zu respektieren. **Aus den obgenannten Gründen appellieren wir an die Politikerinnen und Politiker folgende Schritte vorzunehmen:**

1. Die Volksinitiative „Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern“ für ungültig zu erklären

Der Initiativtext, welcher der Bevölkerung zur Unterschrift vorgelegt wurde, verstösst gegen zwingendes Völkerrecht. Die Initiative verlangt, im Sinne eines Automatismus, die Ausschaffung krimineller Ausländer *in jedem Fall*. Das zwingende Non-Refoulement-Prinzip vermag jedoch keine Ausnahme erleiden: Die Schweiz darf keine Person in einen Staat zurückschaffen, wo ihr die Folter und/oder eine unmenschliche Behandlung droht.

2. Falls die Initiative für gültig erklärt wird, den direkten Gegenvorschlag zu unterstützen

Wird die Initiative, obwohl gegen zwingendes Völkerrecht verstossend, für gültig erklärt, bitten wir die Politikerinnen und Politiker, den direkten Gegenvorschlag zu unterstützen. Der Vorschlag, welcher die Grenzen des Gesellschaftsvertrages zwischen der Schweiz und Personen ausländischer Herkunft präzisiert, kann als annehmbar betrachtet werden. Er berücksichtigt die fundamentalen Grund- und Freiheitsrechte sowie das zwingende Völkerrecht. Der Bevölkerung wird ermöglicht, über eine Vorlage abzustimmen, welche die Grundwerte unseres Rechtsstaates respektiert.

3. Für Transparenz in der öffentlichen Debatte zu sorgen

Um das Vertrauen der Wähler nicht zu verlieren, müssen sich die Politiker im Zusammenhang mit dieser Initiative klar positionieren. Wir bedauern sehr, dass in der Debatte viel zu selten auf das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, welches auf 2/3 der in der Schweiz lebenden Ausländer anwendbar ist, hingewiesen wird. Die Voraussetzungen für eine Ausschaffung werden in diesem Abkommen genauestens geregelt. Die Initiative sowie die Gegenvorschläge lösen in keiner Art und Weise die Probleme, die unsere Gesellschaft beschäftigen. Für die als einfach präsentierten Lösungen gilt es, den gesellschaftlichen Rahmen zu zeigen; die Komplexität der gesellschaftsvertraglichen Problematik wird in diesen Lösungsansätzen verschleiert.

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung	4
2	Ausschaffung nach dem Recht der Initiative	5
2.1	Erläuterung der Initiative	5
2.1.1	Deliktskatalog (Abs. 3 al. 2 und Abs. 4)	5
2.1.2	Missbrauch der Sozialwerke (Abs. 3 al. 3)	5
2.1.3	Einreiseverbot (Abs. 5) und illegale Einreise (Abs. 6)	6
2.1.4	Automatismus	6
2.1.5	Verfügung und Vollzug	6
2.2	Gegenvorschläge	6
2.2.1	Direkter Gegenvorschlag	6
2.2.2	Indirekter Gegenvorschlag	7
3	Ausschaffung von Ausländern nach geltendem Recht	8
3.1	Verfassungsgrundlage	8
3.2	Bestehende Grundlagen für die Ausschaffung	8
3.2.1	Ausländergesetz	8
3.2.2	Asylgesetz	9
3.2.3	Strafrechtlicher Landesverweis (abgeschafft)	9
4	Völkerrechtliche Grenzen der Ausschaffung	10
4.1	Freizügigkeitsabkommen	10
4.2	Absolutes Rückschiebungsverbot und Non-Refoulement	10
4.2.1	Verletzung des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement Prinzips	11
4.2.2	Verstoss gegen das absolute menschenrechtliche Rückschiebeverbot	11
5	Das Verhältnismässigkeitsprinzip	13
5.1	Verhältnismässigkeit als Grundwert unserer Gesellschaft	13
5.2	Verhältnismässigkeit als Grundwert des Völkerrechts	13
5.3	Keine Respektierung des Verhältnismässigkeitsprinzip durch die Initiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer»	14
6	Soll die Initiative zur Abstimmung unterbreitet werden?	16
7	Fazit	18
	Bibliographie	19

1 EINLEITUNG

Seit dem Ja des Schweizer Volkes zum Minarettverbot ist die Ausschaffungsinitiative in aller Munde. Verstösst sie gegen Völkerrecht, gegen *ius cogens*? Die Initiative wurde von der SVP lanciert und in den staatspolitischen Kommissionen der beiden Räte heftig debattiert: Grund dafür ist, dass es bereits einmal eine nahezu gleiche Initiative gab, bei der entschieden wurde, sie verstosse gegen *ius cogens*¹. Damit ist sie nach der geltenden Bundesverfassung ungültig und darf dem Volk und den Ständen nicht unterbreitet werden.

Die Volksinitiative thematisiert das Verhältnis zwischen der Schweiz und Personen ausländischer Herkunft, die sich in der Schweiz niederlassen, arbeiten und ihrer individuellen Lebensgestaltung nachgehen. Die Volksinitiative stellt dieses Verhältnis in Frage und möchte ihm klare Grenzen setzen. Hauptaugenmerk fällt auf die „kriminellen Ausländer“ und die Konsequenzen ihres Handelns für ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz.

Die Initiative der SVP und die darüber entfachten Diskussionen brachten die Idee des Gesellschaftsvertrages hervor. Er basiert auf der Beziehung zwischen der Schweiz und den in der Schweiz lebenden AusländerInnen. In diesem Sinne scheint es uns besonders interessant, dieses Konzept des « Gesellschaftsvertrages » aufzunehmen und Klarheit über die Initiative und deren Problematik zu schaffen.

Der Ausländer, welcher sich in der Schweiz niederlassen und leben möchte, sowie die Schweiz als souveräner Staat werden als die am Vertrag beteiligten Parteien angesehen. Der Ausländer tut seinen Willen kund, das Rechts-, Polit- und Sozialsystem der Schweiz zu respektieren. Er muss bereit sein, die Bundesverfassung zu achten und die schweizerische Gesetzgebung zu befolgen. Im Gegenzug bekundet die Schweiz ihren Willen, die betroffene Person aufzunehmen und ihr den bestmöglichen Schutz vor Diskriminierung zu garantieren.

Dem Argument des Gesellschaftsvertrages kommt besonderes Gewicht zu². Die Wichtigkeit dieser Verbindung zwischen den zwei Parteien wird so übermässig hochstilisiert. Jegliche massgebende Rahmenbedingungen sollen ungeachtet bleiben. Es findet eine « Verabsolutierung » der Idee des Vertrages zwischen der Schweiz und den Ausländern und Ausländerinnen statt.

Basierend auf dieser Verabsolutierung möchten die Initianten ihre Vision des Gesellschaftsvertrages über die allgemein geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen eines solchen Vertrages stellen.

Nachdem wir die Merkmale der Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern» näher erläutert haben, werden wir nun aufzeigen, dass auch dieser Gesellschaftsvertrag an rechtlich-politische Bedingungen geknüpft ist, welche die Initianten nicht ignorieren können. Erstens befindet sich die Schweiz nicht in einem juristischen und institutionellen Vakuum: Fundamentale Regeln und Grundprinzipien bestimmen die internationale Ordnung, welche auch die Schweiz zu beachten hat, so etwa das Non-Refoulement-Prinzip. Es stellt für die Schweiz eine zwingende Grenze der Gestaltungsfreiheit dar. Zweitens ist der Gesellschaftsvertrag neben dieser international-institutionellen Verankerung auch in die rechtlich-politische Ordnung der Schweiz eingebettet. Unser Rechtsstaat besteht nur, solange die für das Funktionieren unserer Institutionen unabdingbaren Grundprinzipien gelten. Das Verhältnismässigkeitsprinzip erachten wir als eines dieser unabdingbaren Grundprinzipien.

¹ Volksinitiative « Für eine vernünftige Asylpolitik », 1995.

² So äusserten sich alle an der Beurteilung beteiligten Parteien positiv gegenüber dem Grundprinzip: Ein krimineller Ausländer solle sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren, wenn das Vertrauensverhältnis (eben der Gesellschaftsvertrag) erschüttert wurde.

„Gesellschaftsvertrag“ ist hier nicht im Sinne von Rousseau zu verstehen, sondern eher als „Integrationsvertrag“ zwischen der Schweiz und der ausländischen Person.

2 AUSSCHAFFUNG NACH DEM RECHT DER INITIATIVE

In diesem Abschnitt soll zunächst der Initiativtext nach dem Willen der Initianten kommentiert werden, bevor die völkerrechtlichen Schranken der Initiative kurz erklärt werden. Die Beurteilung, ob die Initiative die völkerrechtlichen Grenzen überschreitet, wird in einem späteren Kapitel geklärt.

2.1 ERLÄUTERUNG DER INITIATIVE

2.1.1 DELIKTSKATALOG (ABS. 3 AL. 2 UND ABS. 4)

Nach dem Vorschlag der Initianten zu Art. 121 Abs. 3 al. 2 BV sind verschiedene Delikte aufgezählt, die zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen. Dies wäre der Fall bei einem „vorsätzlichen Tötungsdelikt, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchsdelikts“.

Unter vorsätzliche Tötungsdelikte sind nach den Initianten die vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), der Mord (Art. 112 StGB) und der Totschlag (Art. 113 StGB) zu subsumieren. Die Vergewaltigung (Art. 190 StGB) ist ein klar definierter Tatbestand. Unter die anderen schweren Sexualdelikte fällt die sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB) und die Schändung (Art. 191 StGB). Mit Gewaltdelikten bezeichnen die Initianten neben dem genannten Raub (Art. 140 StGB), die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), die Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB) sowie die Geiselnahme (Art. 185 StGB). Menschenhandel umfasst nach den Initianten auch die Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB). Auch der Menschenhandel als expliziter Tatbestand wird von den Initianten genannt (Art. 182 StGB). Unter Drogenhandel verstehen die Initianten jegliche Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Ein Einbruchsdelikt besteht nach Ansicht der Initianten aus einer Kombination von Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB), Diebstahl (Art. 139 StGB) und Sachbeschädigung (Art. 144 StGB).³ Nach dem Initiativtext (Abs. 4) dürfte dieser Katalog durch die Legislative noch erweitert werden: Sie ist also als Minimalforderung zu verstehen.

Der Wille der Initianten ist nicht gleichzusetzen mit dem Willen der Unterschreibenden, also können die obigen Ausführungen nur als Leitlinie dienen. Es wird hier die Aufgabe des Gesetzgebers sein, die Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Die Initianten lassen dem Gesetzgeber dazu eine Übergangsfrist von fünf Jahren.

2.1.2 MISSBRAUCH DER SOZIALWERKE (ABS. 3 AL. 3)

Nach dem Argumentarium der Initianten soll die Initiative besonders bei Betrug greifen. Die Formulierung ist indessen weiter gefasst und umfasst alle missbräuchlichen Leistungsbezüge von Sozialhilfe oder Sozialwerken.⁴

³ Argumentarium, <http://www.ausschaffungsinitiative.ch/downloads/argumentarium-d.pdf>, S. 17, besucht am 1.2.2010.

⁴ Der Tatbestand wird, wie dies von den Initianten bemerkt wird, bereits von einigen Kantonen erfasst. Er wird indessen nur mit Busse (Kantone ZH und AG), bzw. Haft oder Busse (Kanton BE) bestraft. In den Kantonen ZH und AG handelt es sich also um Übertretungen (Art. 103 StGB). Im Kanton Bern handelt es sich um eine altrechtliche Formulierung, die heute wohl auch als Übertretung gehandhabt würde, da im neuen Strafrecht Haftstrafen generell zugunsten von Geldstrafen geändert wurden. Siehe dazu auch GÄCHTER/KRADOLFER, S. 19.

Diese Übertretungen werden also von den Initianten den im vorherigen Kapitel genannten schweren Delikten gleichgesetzt.

Die Initianten sehen im missbräuchlichen Bezug von Sozialleistungen einen Grund zur Ansetzung ausländerrechtlicher Entfernungsmassnahmen auf Basis des Schutzes der öffentlichen Ordnung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA.⁵ Dies lässt sich mit der für Schweizer Gerichte im Rahmen des FZA anwendbaren Rechtsprechung des EuGH kaum vereinbaren. Eine unterschiedliche Auslegung würde von den Vertragsstaaten als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet.

2.1.3 EINREISEVERBOT (ABS. 5) UND ILLEGALE EINREISE (ABS. 6)

Damit eine ausgeschaffte Person nicht in die Schweiz zurückkehren darf, sieht die Initiative ein Einreiseverbot von 5 bis 15 Jahren vor; im Wiederholungsvoll bis zu 20 Jahren (Abs. 5). Eine Missachtung des Einreiseverbotes soll strafrechtlich geahndet werden (Abs. 6).

2.1.4 AUTOMATISMUS

Eine bedeutende Neuerung liegt im geforderten Automatismus der Ausschaffung: Während bei den bisherigen Regelungen zur Ausschaffung jeweils der Richter eine Verhältnismässigkeitsprüfung vornahm und einen Ermessensspielraum besass, muss nach Initiativrecht die Ausschaffung auch ausgesprochen und vollzogen werden, wenn sie unverhältnismässig ist.⁶

2.1.5 VERFÜGUNG UND VOLLZUG

Genauer zu untersuchen ist bei der Interpretation der Initiative das Verhältnis zwischen Verfügung und Vollzug der Ausweisung: Die Verfügung der Ausweisung ist völkerrechtlich in Bezug auf das *Non-Refoulement* Prinzip möglich. Der Vollzug hingegen unterliegt den Beschränkungen dieses Prinzips des Völkergewohnheitsrechts (*ius cogens*).

2.2 GEGENVORSCHLÄGE

Während des Verfassens dieser Stellungnahme (Anfangs März 2010) wurden zwei Gegenvorschläge zur Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern » ausformuliert. Zum einen handelt es sich um einen indirekten Gegenvorschlag, welcher der Bundesrat im Jahre 2009 ausarbeitete⁷, zum anderen handelt es sich um einen direkten Gegenvorschlag, welchen die Staatspolitische Kommission des Ständerats im Februar 2010 verabschiedete⁸.

⁵ Argumentarium, <http://www.ausschaffunginitiative.ch/downloads/argumentarium-d.pdf>, S. 18, besucht am 1.2.2010.

⁶ Es wird auch die Ansicht vertreten, das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches durch den Automatismus verletzt würde, gehöre zu einem Schweizer *ius cogens sui generis*, GÄCHTER/KRADOLFER, S. 18.

⁷ Siehe Botschaft vom 24 Juni 2009.

⁸ Siehe Pressemitteilung der Staatspolitische Kommission des Ständerates vom 18. Februar 2010, Einsehbar unter: <http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Pages/mm-spk-s-2010-02-18.aspx> (besucht am 19.02.10). Es gilt anzumerken, dass der Text des Gegenvorschlages noch nicht definitiv ist.

2.2.1 DIREKTER GEGENVORSCHLAG

Der direkte Gegenvorschlag der Staatspolitischen Kommission des Ständerates beinhaltet zwei Teile. Der erste Teil des Textes widmet sich der Integration der Personen ausländischer Herkunft und den daran geknüpften Bedingungen. Im zweiten Teil nimmt die Kommission die Idee des Deliktkataloges auf. Sie ergänzt und vereinheitlicht den Katalog. In diesem Sinne wird ein Ausländer ausgeschafft, wenn er zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt wurde. Des Weiteren droht ihm die Ausschaffung, wenn er innerhalb von zehn Jahren mehrmals zu einer Freiheitsstrafe oder Geldstrafe zu mindestens 720 Tagesätzen verurteilt wurde.

Abschnitt 3 des Gegenvorschlages der Kommission anerkennt die Wichtigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips und überträgt den zuständigen gerichtlichen Behörden den notwendigen Ermessensspielraum, um grund- und völkerrechtsrechtskonforme Entscheidungen zu treffen.

2.2.2 INDIREKTER GEGENVORSCHLAG

Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates sieht eine Anpassung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vor. Im Unterschied zur Volksinitiative der SVP sieht dieser indirekte Gegenvorschlag eine Abstufung vor: In einer ersten Stufe wird die Integration, in einer zweiten Stufe der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung nach dem AuG geregelt.

Die Akzente werden hauptsächlich auf die Kriterien einer erfolgreichen Integration gesetzt. Die Respektierung der Schweizer Rechtsordnung und der Bundesverfassung, die aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben sowie das Anstreben einer Ausbildung sollen die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Integration sein. Ebenfalls soll die Erlangung sprachlicher Kenntnisse unabdingbar sein.

Des Weiteren hält der Bundesrat fest, dass nach aktuellem Recht ein Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung möglich ist. Der indirekte Gegenvorschlag präzisiert jedoch die Gründe für einen Widerruf. Die *Schwere* der Zuwiderhandlung muss massgebend sein und *nicht* die Art der Zuwiderhandlung.

Die Botschaft vom Juni 2009 besagt: „Wird die Ausländerin oder der Ausländer wegen eines Delikts rechtskräftig verurteilt, für welches eine Mindeststrafe von einem Jahr angedroht wird, oder liegt eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren vor, soll das Ermessen der Behörden beim Entscheid über den Widerruf der Bewilligung eingeschränkt werden. Vorbehalten bleiben das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit behördlicher Massnahmen und das Völkerrecht“.

In diesem Zusammenhang gilt es zu erwähnen, dass der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates den Vorschlag der SVP insofern aufnimmt, in dem er zugesteht, dass bei gravierenden Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz der Ermessensspielraum der Behörden einzuschränken sei. Dieser Ansatz lässt zwar einen gewissen Automatismus der Ausschaffung zu, er bewahrt jedoch trotz allem das Prinzip der Verhältnismässigkeit bei einer Beurteilung eines Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung (siehe Art 63 al. 2 *neuAuG*).

3 AUSSCHAFFUNG VON AUSLÄNDERN NACH GELTENDEM RECHT

Die Grundlage zur Ausschaffung von Ausländern ist heute in verschiedenen Rechtsgrundlagen geregelt. Einerseits gibt es die Verfassungsgrundlage in Art. 121 Abs. 2 BV, andererseits gibt es im AuG und im AsylG relevante Bestimmungen. Der strafrechtliche Landesverweis wurde mit der Revision des StGB AT vor kurzem abgeschafft. Dennoch soll hier auch diese Massnahme kurz erläutert werden, um den Unterschied zu der in der Ausschaffunginitiative vorgeschlagenen Regelung zu demonstrieren. Die Einschränkungen in der Zulässigkeit einer Ausschaffung finden sich im Non-Refoulement-Prinzip.

3.1 VERFASSUNGSGRUNDLAGE

Im Art. 121 Abs. 2 der Bundesverfassung ist festgehalten, dass Ausländer ausgeschafft werden können, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden. Dies ist eine politische Massnahme und nicht als Strafe zu verstehen.⁹ So ist nach der Botschaft zum AuG insbesondere die Gefährdung des Vorrangs der staatlichen Gewalt im militärischen und politischen Bereich gemeint: Ins Auge gefasst worden sind Terrorismus, gewalttätiger Extremismus, verbotener Nachrichtendienst oder organisierte Kriminalität.¹⁰ Vom Bundesrat angeordnete, direkt auf Art. 121 Abs. 2 BV bzw. Art. 67 Abs. 1 AuG abgestützte Ausweisungen fallen unter Art. 83 lit. a BGG und sind beim Bundesgericht grundsätzlich nicht anfechtbar. Das Bundesgericht entschied jedoch, dass im Hinblick auf die durch Art. 13 EMRK garantierte Rechtsweggarantie geboten ist, den Bundesrat als Beschwerdeinstanz fungieren zu lassen, während der erstinstanzliche Entscheid dem Bundesamt für Polizei oder dem EJPD überlassen werden sollte.¹¹

3.2 BESTEHENDE GRUNDLAGEN FÜR DIE AUSSCHAFFUNG

Für die Ausschaffung von Ausländern sind die gesetzlichen Grundlagen insbesondere im Ausländergesetz und im Asylgesetz zu finden.

3.2.1 AUSLÄNDERGESETZ

Das Ausländergesetz bestimmt in Art. 62 lit. b und Art. 63 lit. a, dass Ausländern, welche zu einer längeren Freiheitsstrafe, einer Verwahrung (Art. 64 StGB) oder zu einer stationären therapeutischen Massnahme für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) verurteilt wurden, die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung widerrufen werden kann. Es wird also nicht an die Art des Vergehens angeknüpft, sondern an die ausgesprochene Sanktion. Es ist davon auszugehen, dass eine längere Freiheitsstrafe im Sinne dieser Regelung mindestens ein Jahr betragen muss.¹²

Auch bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr muss jedoch die Verhältnismässigkeit des Widerrufs nach Art. 96 AuG geprüft werden.¹³ Die Interessensabwägung zieht dabei insbesondere die persönlichen Verhältnisse und den Integrationsgrad des Betroffenen in Betracht.

Weitere Widerrufgründe sind die Angabe von falschen Tatsachen bzw. das Verschweigen richtiger Angaben (Art. 62 lit. a AuG), der erhebliche oder wiederholte Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder deren Gefährdung sowie die Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit (Art. 62 lit. c AuG), das

⁹ CAVELTI/ABDERHALDEN, Art. 121, N. 54.

¹⁰ BBI 2002 3709 ff.

¹¹ BGE 129 II 193 E. 3 f.

¹² ZÜND/ARQUINT HILL, N. 8.28.

¹³ So auch GÄCHTER/KRADOLFER, S. 13.

Nichteinhalten einer mit der Verfügung verbundenen Bedingung (Art. 62 lit. d AuG) sowie die Fürsorgeabhängigkeit des Ausländers selbst oder einer Person, für welche er zu sorgen hat (Art. 62 lit. e).

3.2.2 ASYLGESETZ

Eine dem AuG ähnliche Regelung findet sich in Art. 63 Abs. 2 und Art. 65 AsylG. Sie ist nur für anerkannte Flüchtlinge anwendbar und kann angerufen werden, wenn die innere oder äussere Sicherheit gefährdet oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt ist. Die Möglichkeit des Widerrufs bzw. der Ausschaffung geht hier weniger weit als diejenige des AuG: Insbesondere die Fürsorgeabhängigkeit und die – allenfalls auch wiederholte – Begehung von Delikten untergeordneter Bedeutung vermögen den Widerruf im Bereich des AsylG nicht zu begründen. Bei einem Widerruf des Asyls geht die Niederlassungsbewilligung für Flüchtlinge nicht automatisch verloren.¹⁴ Beim Vorliegen eines schweren Deliktes kann jedoch auch die Niederlassungsbewilligung entzogen werden. In der Praxis ist die Zulässigkeit des Widerrufs bzw. der Ausschaffung bejaht worden für die mehrfach versuchte vorsätzliche Tötung¹⁵, bei mehrfachem bandenmässigem Raub¹⁶, bei Vergewaltigung¹⁷ und bei einer schweren Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit vorangehenden weiteren Delikten¹⁸.

3.2.3 STRAFRECHTLICHER LANDESVERWEIS (ABGESCHAFFT)

Bis zur Revision des StGB AT gab es auch mit dem Landesverweis in Art. 55 *alt*StGB die Möglichkeit, einen Ausländer aus der Schweiz auszuschaffen. Es war die am häufigsten gefällte Nebenstrafe.¹⁹ Die Bestimmung setzte voraus, dass eine Verurteilung zu Gefängnis oder Zuchthaus stattgefunden hatte. Die Richter hatten beim Landesverweis jeweils die Einschränkungen des Völkerrechts, insbesondere Art. 33 Flüchtlingskonvention zu befolgen und mussten eine Verhältnismässigkeitsprüfung vornehmen.

Der strafrechtliche Landesverweis wurde schliesslich abgeschafft, weil das Parlament Doppelspurigkeiten mit der fremdenpolizeilichen Ausweisung sah und die fremdenpolizeilichen Fernhaltmassnahmen umfassender und strenger als die strafrechtliche Landesverweisung waren.

¹⁴ ZÜND/ARQUINT HILL, N. 8.43.

¹⁵ Urteile vom 25. August 2005 (2A.313/2005) und vom 18. Juni 2006 (2C.87/2007).

¹⁶ Urteil vom 8. Mai 2006 (2A.51/2006).

¹⁷ Urteil vom 1. Juli 1994 (2A.139/1994).

¹⁸ Urteile vom 8. Mai 2006 (2A.51/2006) und vom 1. Juli 1994 (2A.139/1994).

¹⁹ REHBERG, S. 111.

4 VÖLKERRECHTLICHE GRENZEN DER AUSSCHAFFUNG

Wie in der Einleitung bereits erwähnt, scheint es besonders interessant, das Konzept der SVP bezüglich eines «Gesellschaftsvertrages» aufzunehmen und Klarheit über die Problematik der Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern» zu schaffen. In dem folgenden Abschnitt werden wir aufzeigen, dass der Gesellschaftsvertrag sich nicht in einem rechtlich-politischen Leerraum befindet. Die bestehenden völkerrechtlichen Rahmenbedingungen müssen berücksichtigt werden. Zuerst werden wir auf das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU eingehen. Danach fokussieren wir uns auf das völkerrechtlich zwingende Non-Refoulement -Prinzip.

4.1 FREIZÜGIGKEITSABKOMMEN

Im Rahmen des mit den EU-Staaten abgeschlossenen FZA stehen Massnahmen zur Ausweisung von Ausländern aus dem EU-Raum unter dem Vorbehalt, dass sie dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit und der Gesundheit (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA) dienen. Die Gründe müssen an ein persönliches Verhalten des EU-Ausländers anknüpfen²⁰ und dürfen aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 2 FZA) nicht weitergehen als die im AuG genannten Widerrufsgründe. Nach der in diesem Bereich auch für die Schweiz verbindlichen Rechtsprechung des EuGH ist eine gegenwärtige und hinreichend schwere, ein Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung erforderlich.²¹ Massgebend ist das Vorliegen einer Wiederholungs- oder Rückfallgefahr, da eine gegenwärtige und schwere Gefährdung bestehen muss.²² Ausgeschlossen ist insbesondere die Ausschaffung aufgrund der Fürsorgeabhängigkeit, wohingegen die in Art. 62 lit. b AuG genannte längere Freiheitsstrafe unter Berücksichtigung der Rückfalls- oder Wiederholungsgefahr auch unter dem FZA als Ausweisungsgrund gelten kann. Ein Ausweisungsautomatismus wurde jedoch vom EuGH als unzulässig erachtet.²³

4.2 ABSOLUTES RÜCKSCHIEBUNGSVERBOT UND NON-REFOULEMENT

Unter den von der Initiative betroffenen Personengruppen verstehen die Initianten Ausländerinnen und Ausländer unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status.²⁴ Demzufolge gehören Flüchtlinge, Asylsuchende und Staatenlose auch zu dieser Personengruppe. Ausnahmen erwähnt die Initiative keine. Zusätzlich legt die Ausschaffunginitiative nicht fest, in welches Land die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer ausgewiesen werden sollen. Es ist davon auszugehen, dass Flüchtlinge, Staatenlose und Asylsuchende in ihre Herkunftsländer oder andere Länder ausgeschafft werden könnten, in welchen ihnen allenfalls eine Verfolgung droht.

Ausnahmen sieht die Initiative keine vor. Daraus lässt sich schliessen, dass betroffene Ausländer auch in Länder abgeschoben werden können, in welchen ihnen Verfolgung, Folter oder unmenschliche Behandlung droht. Dies steht im Widerspruch zu dem flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement Gebot sowie zum menschenrechtlichen Rückschiebungsverbot. Zusätzlich würde eine solche Ausschaffung praktische Probleme mit sich bringen, insbesondere wenn unklar ist, in welches Land eine Person auszuschaffen ist oder das Herkunftsland dem Delinquenten die Einreise verweigert. Die Schweiz könnte demzufolge ihrer Aufgabe, welche ihr durch eine Annahme der Initiative auferlegt würde, gar nicht nachkommen.

²⁰ Art. 3 Abs. 1 RL 64/221 EWG.

²¹ EuGH-Urteil vom 27.10.1977, siehe auch BGE 131 II 352, E. 3.2.

²² ZÜND/ARQUINT HILL, N. 8.40.

²³ EuGH-Urteil C-50/06, E. 44.

²⁴ Argumentarium, <http://www.ausschaffunginitiative.ch/downloads/argumentarium-d.pdf>, S. 12, besucht am 23.2.2010.

4.2.1 VERLETZUNG DES FLÜCHTLINGSRECHTLICHEN NON-REFOULEMENT PRINZIPTS

Bei Annahme der Ausschaffungsinitiative besteht die Gefahr, dass die Schweiz gegen das Non-Refoulement-Prinzip verstösst. Artikel 33 der Flüchtlingskonvention sowie Artikel 25 der Bundesverfassung statuieren dieses Prinzip. Es verbietet den Staaten, Flüchtlinge, Staatenlose und Asylsuchende in Gebiete abzuschieben, in denen sie wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen verfolgt werden.

Eine Ausnahme von diesem Prinzip ist nur nach den in Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention verankerten Voraussetzungen zulässig.²⁵ Entweder besteht eine Gefahr für die Sicherheit des Landes. Diese liegt vor bei Taten schwerwiegender Natur, welche direkt oder indirekt die Verfassung, die Regierung, die territoriale Integrität, die Unabhängigkeit oder den äusseren Frieden des betreffenden Landes bedrohen.²⁶ Oder aber es besteht eine Gefahr für die Allgemeinheit. Diese kann bei internationalen Verbrechen wie Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie bei schweren nichtpolitischen Verbrechen wie Raub und Mord angenommen werden. Jedoch gilt es bei beiden Umständen im Einzelfall abzuklären, ob die weitere Anwesenheit der Täterin/des Täters die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auch wirklich bedroht.²⁷

Eine Ausweisung ist nur unter diesen aussergewöhnlichen Umständen zulässig, und die Verfahrensgarantien müssen strengstens berücksichtigt werden.²⁸ Ein Flüchtling darf deswegen nur ausgewiesen werden, wenn die Ausweisung als das letzte praktikable Mittel angesehen wird. Die Gefahr für die nationale Sicherheit muss die Risiken für den betroffenen Flüchtling überwiegen.²⁹ Ein Diebstahl oder ein missbräuchlicher Leistungsbezug der Sozialversicherung, welche der Initiativtext beinhaltet, genügt folglich nicht, um als schweres Verbrechen zu gelten, welches die Allgemeinheit bedroht.

Gemäss Initiativtext ist der vorgeschlagene Art. 121 Abs. 5 BV auch auf Flüchtlinge anwendbar. Dass im Initiativtext weder ein Hinweis auf Art. 25 BV betreffend Beschränkung der Rückschiebung noch Hinweise auf das flüchtlings- und menschenrechtliche Non-Refoulement-Prinzip vorhanden sind, ist äusserst bedenklich, von den zu beachtenden Verfahrensgarantien ganz abgesehen. Die Initiative berücksichtigt das Non-Refoulement-Prinzip nicht, eine völkerrechtskonforme Interpretation des Initiativtextes ist folglich äusserst schwierig.

Entgegen der Auffassung der Initianten stellt das Non-Refoulement-Prinzip klar zwingendes Völkerrecht dar, welches für die Schweiz bindend ist.³⁰ Ein Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht würde die Schweiz in ihre staatsvertragliche Pflicht nehmen und könnte schwerwiegende politische Konsequenzen haben.

4.2.2 VERSTOSS GEGEN DAS ABSOLUTE MENSCHENRECHTLICHE RÜCKSCHIEBEVERBOT

Die Ausschaffungsinitiative könnte gegen das absolute Rückschiebeverbot verstossen. Artikel 3 der Folterkonvention und Artikel 25 Abs. 3 der Bundesverfassung statuieren ein Rückschiebungsverbot der wegzuwisenden Person, wenn ihr im Zielstaat die Gefahr der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe droht. Des Weiteren wird dieses Prinzip nach ständiger Rechtsprechung auch aus dem Folterverbot von Art. 3 EMRK und Art. 7 Uno Pakt II abgeleitet. Das Folterverbot gilt absolut und unterliegt im Gegensatz zu dem Non-Refoulement-Prinzip keinerlei Einschränkungen. Es gehört zum zwingenden

²⁵ UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 7 (XXVIII) 1997.

²⁶ GRAHL-MADSEN, N 2ff.

²⁷ WEIS, S. 322.

²⁸ UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 7 (XXVIII) 1997.

²⁹ UNHCR „Note on Expulsion of Refugee“(EC/SCP/3).

³⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 590.

Völkerrecht, dem *ius cogens*.³¹ Eine Norm gehört gemäss Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention zum *ius cogens*, wenn sie „von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann“. Demnach kann *ius cogens* nicht gekündigt werden und Einschränkungen sind unter keinen Umständen zulässig. Der Schutz vor Rückschiebung gilt uneingeschränkt, und eine Abwägung zwischen dem Risiko der nationalen Sicherheit und dem Risiko des Betroffenen ist nicht statthaft.³² Das absolute Rückschiebungsverbot gilt für jede Person, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status.³³ Somit sind auch Flüchtlinge geschützt, welche aufgrund der Ausnahmebestimmungen von Art. 33 Abs. 2 Flüchtlingskonvention aufgrund eines schweren Verbrechens ausgeschafft werden könnten, sofern sie im Rückschaffungsland von Folter oder unmenschlicher Behandlung bedroht würden.

Gemäss Wortlaut der Ausschaffungsinitiative soll eine Person auch dann ausgewiesen werden, wenn ihr bei einer Rückschiebung in ihr Herkunftsland oder einen Drittstaat Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Der Initiativtext sieht keine Ausnahmen vor.

Gemäss Artikel 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention ist die Schweiz zu aktivem und wirksamem Schutz jedes Menschenlebens verpflichtet.³⁴ Würde die Schweiz trotz absoluten Rückschiebungsverbotes einen Ausländer oder eine Ausländerin ausweisen, würde sie zwingendes Völkerrecht verletzen.

³¹ KÄLIN/KÜNZLI, S. 80.

³² Saadi v. Italien, Nr. 37201/106, EGMR-Urteil vom 28.02.2008.

³³ BREITENMOSE, Art. 25, N. 16-18; REICH, S. 509.

³⁴ GÄCHTER/KRADOLFER, S. 15.

5 DAS VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRINZIP

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit ist ein wesentliches Grundprinzip unseres Rechtsstaates. Im Zusammenhang mit der Volksinitiative «Für eine Ausschaffung von kriminellen Ausländern» ist es der Dreh- und Angelpunkt der politischen Debatte. Das Verhältnismässigkeitsprinzip kommt bei vielen Rechtsgarantien zur Anwendung. Es erlaubt, das Mass einer Einschränkung dem Gewinn für die Gesellschaft gegenüberzustellen.

Wir erläutern zuerst die Wichtigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips für unseren Rechtsstaat und das Völkerrecht. In einer zweiten Etappe zeigen wir die Problematik des Initiativtextes im Zusammenhang mit zwei Grundrechten, dem Schutz der Privatsphäre und dem Recht auf Ehe und Familie, auf. Damit der Gesellschaftsvertrag seine Gültigkeit erlangt, setzen wir voraus, dass er die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts berücksichtigt und die Grundprinzipen unserer Rechtsordnung respektiert.

5.1 VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT ALS GRUNDWERT UNSERER GESELLSCHAFT

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit durchdringt die gesamte schweizerische Rechtsordnung und ist einer der Grundpfeiler unseres Rechtsstaates. Das Prinzip ist auf allen Ebenen unserer Rechtsordnung verankert, in der Verfassung beispielsweise in Art 5 Abs. 3. Jegliches staatliche Handeln muss im Einklang mit diesem Prinzip geschehen.

Bei der Einschränkung von Grundrechten ist Art. 36 BV massgebend. Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Art. 36 Abs. 3 BV) ist eine von vier Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine Einschränkung der Grundrechte als rechtmässig gilt. Daneben muss der Eingriff in die Grundrechte auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Abs. 1) und durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten gerechtfertigt sein (Abs. 2). Der Kerngehalt des Grundrechtes darf nicht angetastet werden (Abs. 4)³⁵.

Auf Gesetzesstufe spielt das Verhältnismässigkeitsprinzip ebenfalls eine wichtige Rolle. Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) regelt nach aktuellem Recht den Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung (hauptsächlich in Art. 62 und Art. 63 AuG). Artikel 96 AuG präzisiert die Ermessensausübungen der Behörden: «die zuständigen Behörden berücksichtigen bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer». Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt es zu berücksichtigen.

5.2 VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT ALS GRUNDWERT DES VÖLKERRECHTS

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist nicht nur ein Grundpfeiler unseres Rechtsstaates, sondern ebenso im Bezug auf die internationale Rechtsordnung. Etliche Staatsverträge beinhalten Klauseln, welche auf das Verhältnismässigkeitsprinzip verweisen. In dieser Stellungnahme beschränken wir uns auf die kurze Präsentation der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und die hierzu entwickelte Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip lässt sich in Art. 13 EMRK finden. Dieser Artikel garantiert ein Recht auf wirksame Beschwerde. Eine Beschwerde ist nur wirksam, wenn eine gründliche, alle Umstände in Erwägung ziehende Untersuchung eines Einzelfalles gewährt wird. Artikel 13 EMRK wird in Art. 1 des Protokoll Nr. 7 zur EMRK präzisiert. Dieses Zusatzprotokoll regelt den Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung von Ausländern und

³⁵ Nach AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006, p. 116) werden bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit die Notwendigkeit, die Erforderlichkeit und die Zweck-Mittel-Relation einer Massnahme geprüft. Damit ein Eingriff in ein Grundrecht als verhältnismässig gilt, müssen alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.

Ausländerinnen, welche sich regelmässig auf dem Territorium eines Vertragsstaates aufhalten. Art. 1 des Protokoll Nr. 7 zur EMRK gewährt eine Reihe von verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften, die dem Ausländer garantieren, dass eine Ausweisung nur nach eingehender Prüfung und im Einklang mit dem Gesetz ausgesprochen wurde.

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit beruht nicht nur auf etlichen Garantien der EMRK, sondern lässt sich auch in zahlreicher Rechtsprechung wiederfinden. Dies zeigt die Wichtigkeit des Anspruchs der Betroffenen auf eine rechtmässige Entscheidungsfindung nationaler Behörden.

Der EGMR hat zur Beurteilung angeordneter Ausweisungen eine reichhaltige Rechtsprechung entwickelt. Die Verhältnismässigkeit wird dabei immer und in verschiedenen Stadien berücksichtigt³⁶. Das Prinzip wird in Bezug auf die Art und Schwere der Zuwiderhandlung, auf den Zeitraum seit Tatbegehung, auf das Verhalten des Beteiligten und dessen Nationalität angewendet. Des Weiteren spielt es eine Rolle bei der Beurteilung der familiären Situation sowie des Privatlebens des Betroffenen (Integration im Aufnahmeland), bei der Geburt von Kindern und deren Alter, bei der Verbindung mit dem Herkunftsland, sowie bei den Schwierigkeiten, mit denen eine Ehefrau, deren Mann weggewiesen wurde, konfrontiert wird³⁷.

Wie bereits erwähnt, gilt es neben der EMRK auch, das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU zu berücksichtigen. Gemäss aktueller Rechtsprechung verbietet dieses Abkommen die automatische Ausweisung im Falle einer Zuwiderhandlung gegen das Gesetz. Nur nach einer umfassenden Beurteilung kann eine Ausweisung allenfalls ausgesprochen werden³⁸.

5.3 KEINE RESPEKTIERUNG DES VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRINZIPS DURCH DIE INITIATIVE «FÜR DIE AUSSCHAFFUNG KRIMINELLER AUSLÄNDER»

Nach dem wir kurz die aktuelle nationale und internationale Rechtslage bezüglich des Verhältnismässigkeitsprinzips erläutert haben, widmen wir uns nun der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer». Wir werden aufzeigen, dass diese Initiative das Verhältnismässigkeitsprinzip in keiner Weise respektiert.

Die Ausweisung eines straffälligen Ausländers berührt insbesondere die Grundrechte gemäss Art. 10 BV (Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit), Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen), Art. 14 BV (Recht auf Ehe und Familie) und Art. 25 BV (Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung)³⁹. Wie bereits oben erwähnt, kann ein Eingriff in die Grundrechte (wie es bei einer Ausschaffung der Fall wäre) nur rechtmässig sein, wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfüllt sind. Art. 96 AuG ruft in Erinnerung, dass auch die persönliche Situation des Ausländers in die Beurteilung einfließen muss.

Indem die Initiative eine automatische Ausschaffung von „kriminellen Ausländern“ vorsieht, verstösst sie in offensichtlicher Art und Weise gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne gemäss Art. 36 Abs. 3 BV kann und wird nicht respektiert.

Der in der Initiative statuierte Automatismus verbietet eine genaue Einzelfallbeurteilung. Die Behörden verlieren ihren Ermessensspielraum. Dem Richter bleibt verwehrt, alle massgebenden Umstände im konkreten

³⁶ Siehe *Amrollahi v. Dänemark*, n° 56811/00, 11. Juli 2002, § 33, *Boultif v. Schweiz*, n° 54273/00, § 46, EGMR 2001-IX, § 46, *Adam v. Deutschland* (déc.), n° 43359/98, 4. Oktober 2001, *Ezzouhdi v. Frankreich*, n° 47160/99, 13. Februar 2001, § 34.

³⁷ Schweizer Liga für Menschenrechte, S. 12.

³⁸ GÄCHTER/KRADOLFER, S. 16.

³⁹ Siehe Schweizer Liga für Menschenrechte, S. 9.

Fall heranzuziehen. Eine rechtlich angemessene Beurteilung einer Ausschaffung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips wird verunmöglicht.

Das Bundesgericht entwickelte zur Widerrufung einer Aufenthaltsbewilligung eine differenzierte Rechtsprechung. Für eine rechtmässige Beurteilung müssen die persönlichen Verhältnisse eines delinquenten Ausländers berücksichtigt werden. Gemäss GAFNER sieht das Bundesgericht «im Bezug auf fremde Personen drei Kategorien von Aufenthaltsdauer vor: von kurzer, mittlerer und langer Aufenthaltsdauer».⁴⁰

An dieser Stelle möchten wir festhalten, dass nur durch das Verhältnismässigkeitsprinzip eine differenzierte und faire Einzelfallbeurteilung möglich ist.

Die Initiative ruft im Bezug auf das Recht auf persönliche Freiheit und Recht auf Familie⁴¹ enorme familiäre und soziale Spannungen hervor. Diesen könnten nur durch die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips Einhalt geboten werden. Der verlangte Automatismus einer Ausschaffung verunmöglicht jedoch eine Interessensabwägung gemäss Verhältnismässigkeitsprinzip. Dramatischen Situationen innerhalb von der Ausschaffung betroffener Familien sind vorprogrammiert.

Zum Spannungsfeld zwischen einer angeordneten Ausweisung eines Ausländers und dessen Recht auf Familie entwickelte das Bundesgericht eine weitere Rechtsprechung. Seit 1983 und dem Entscheid Reneja anerkennt das Bundesgericht die Möglichkeit, dass ein Recht auf Familie zu einer Aufenthaltsbewilligung führen kann. Eine vollumfängliche Prüfung der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten ist unabdingbar. Das Recht auf Familie kann zweifellos eingeschränkt werden. Jedoch muss dieser Eingriff in die Grundrechte in jedem Fall den Verhältnismässigkeitsgrundsatz befolgen.⁴²

Der EGMR setzte sich mehrmals mit dieser Frage auseinander. Der Gerichtshof differenziert nun denn zwischen Ausländern der ersten und denjenigen der zweiten Generation. Letzteren gewährt er einen höheren Schutz vor einer Ausweisung.⁴³

In Anbetracht des Gesagten zwingt sich folgender Schluss auf: Die Initiative kann nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip in Einklang gebracht werden. Der Gesellschaftsvertrag, wie ihn die SVP darlegt, ignoriert die wesentlichen Rahmenbedingungen unserer sowie auch der internationalen Rechtsordnung. Aus diesem Grund ist die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» mit unserem Rechtsverständnis nicht vereinbar und es gilt sie abzulehnen.

⁴⁰ GAFNER, S. 12.

⁴¹ Namentlich Art. 10, 11, 14 BV und Art. 8 und 13 EMRK.

⁴² BGE 130 II 176, 185, E.4.1. und BGE vom 8. November 2007, 2C.458./2007, E.2.3.

⁴³ Siehe insbesondere Boultif v. Schweiz oder Beldjoudi v. Frankreich.

6 SOLL DIE INITIATIVE ZUR ABSTIMMUNG UNTERBREITET WERDEN?

Die Frage der Gültigkeit der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» steht im Zentrum von zahlreichen Debatten. Gegenstand dieser Thematik ist Art. 139 BV, welcher die Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Volksinitiative definiert: Einheit der Form, Einheit der Materie und keine Verletzung von *ius cogens*. Zusätzlich zu diesen drei Voraussetzungen hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung ein viertes Kriterium entwickelt. Eine Volksinitiative muss durchsetzbar sein⁴⁴.

Nach Prüfung der drei Voraussetzungen kam der Bundesrat zum Entschluss, dass die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» für gültig zu erklären ist und dem Souverän zur Abstimmung vorgelegt werden muss.⁴⁵ Eine Interpretation des Initiativtextes sowie die Umsetzung der Initiative, welche das Non-Refoulement-Prinzip (*ius cogens*) respektieren, seien theoretisch möglich. Die rein formalistische Argumentation des Bundesrates überzeugte in keiner Weise und wirft sowohl rechtliche wie auch politisch höchst brisante Fragen auf.

Es muss jedoch in Erinnerung gerufen werden, dass der Bundesrat in Bezug auf die Gültigkeitserklärung einer Volksinitiative von seiner bisherigen Praxis nicht abgewichen ist. Eine Volksinitiative soll nur dann für ungültig erklärt werden, wenn sie in offensichtlicher Art und Weise im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht.⁴⁶ Eine völkerrechtskonforme Interpretation der Initiative ist Dreh- und Angelpunkt dieser Fragestellung. Besteht auch nur eine ansatzweise mögliche völkerrechtskonforme Auslegung der Initiative, ist der Bundesrat der Auffassung, dass die Initiative für gültig zu erklären ist und dem Souverän zur Abstimmung vorgelegt werden muss. Im konkreten Fall verteidigt der Bundesrat seine Position, dass eine völkerrechtskonforme Umsetzung der Initiative durchwegs möglich ist.

Die Begründung des Bundesrates basiert auf der Unterscheidung zwischen der Anordnung der Ausweisung und der schlussendlichen Vollstreckung dieser Ausweisung. Im konkreten Fall kann eine Ausweisung gemäss neuem Verfassungsartikel gegenüber straffälligen Ausländern ausgesprochen werden. Droht dem Auszuweisenden jedoch bei der Ausschaffung in ein anderes Land Folter oder eine unmenschliche Behandlung, darf er nicht ausgeschafft werden. In diesem Sinne gilt es nur dafür zu sorgen, dass die Vollstreckung der Ausweisung (die Ausschaffung) nicht gegen das Folterverbot oder das Non-Refoulement-Prinzip verstösst. Wird eine solche Ausschaffung verhindert, ist die Schweiz immer noch in der Position, das Non-Refoulement-Prinzip zu respektieren.

Unseres Erachtens ist die Argumentationsweise des Bundesrates nur schwer haltbar. Dies aus den folgenden zwei Gründen. Erstens, unter Berücksichtigung einer juristischen wie auch politischen Betrachtungsweise unseres Demokratieverständnisses, scheint es besonders fragwürdig, dass der Bundesrat eine völkerrechtskonforme Interpretation der Initiative vornimmt auf Kosten des eigentlich Gewollten der Initianten.⁴⁷ In Wirklichkeit lässt der Initiativtext der Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländer» keine Zweifel offen: Die Ausschaffung von straffälligen Ausländer soll ohne jegliche Überprüfung geschehen. Basierend auf dem Initiativtext und dessen Inhalt haben auch die Unterzeichnenden ihre Zustimmung zur Initiative kundgetan. Es ist auch dieser Initiativtext, der allenfalls der schweizerischen Bevölkerung zur Abstimmung unterbreitet wird.

⁴⁴ Die Bedeutung dieser vierten Voraussetzung sollte jedoch nicht überschätzt werden. Es handelt sich hier um eine materielle Nicht-Durchsetzung. 1955 wurde die Initiative Chevallier für ungültig erklärt, weil sie in der Sache selbst nicht realisierbar war. Das juristische Verbot einen Staatsvertrag zu kündigen ist jedoch keinen Fall der Nichtdurchsetzbarkeit (Siehe BBI 1996 III 1493).

⁴⁵ Siehe Botschaft vom 24. Juni 2009 zur Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer».

⁴⁶ Siehe insbesondere BBI 2006 8972 ff. et BBI 2001 3456 f.

⁴⁷ Für eine ähnliche Position: siehe NAY 2009; BIAGGINI 2007.

Die Interpretationsweise des Bundesrats stösst dann an ihre Grenzen, wenn sie dazu führt, dass eine Initiative ihren ursprünglichen Sinn und Zweck verliert. Selbst wenn sich die Initianten nach der Lancierung der Initiative etwas vorsichtiger äusserten und die Respektierung des Völkerrechts bei ihren Medien- und Internetauftritten betonten, genügt dies dennoch nicht. Die Bevölkerung muss über einen Text abstimmen können, der durch seine Klarheit besticht.

Zweitens ist unseres Erachtens wichtig hervorzuheben, dass die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» gegen die fundamentalen Grundwerte unseres Rechtsstaates verstösst. Dies sind Grundwerte, die in unserer Bundesverfassung verankert sind. Wie im obgenannten Kapitel erwähnt, widerspricht die Initiative in offensichtlicher Weise dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Dieses Prinzip ist eines der Grundpfeiler unserer Rechtsordnung, der Menschenrechte und des Völkerrechts. Die Initiative verkennt den dynamischen Charakter des *ius cogens*.⁴⁸ Das Prinzip der Verhältnismässigkeit könnte auch auf die Stufe von *ius cogens* gehoben werden oder zumindest auf den Rang, den ihm die Gleichwertigkeit von *ius cogens* anerkennt. In diesem Sinne würde man von *ius cogens sui generis* sprechen⁴⁹. Basierend auf dieser Argumentation muss die Initiative für ungültig erklärt werden.

Damit die Demokratie in unserem Land funktionieren kann, muss der Bürger auf eine klare und ehrliche Abstimmungsvorlage zurückgreifen können. Es muss ihm ermöglicht werden, der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer » in klarer Weise zustimmen zu können oder sie gegebenenfalls abzulehnen. In dieser Vorlage ist die Transparenz jedoch nicht gewährt. Der Wähler kann nicht nach seinem Willen abstimmen, da die angestrebte Teilrevision der Bundesverfassung nicht mit den Prinzipien unseres Rechtsstaates und dem Völkerrecht vereinbar ist.

Aus Respekt den Bürgern gegenüber bitten wir das Parlament, die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» für ungültig zu erklären.

⁴⁸ Das Konzept von *ius cogens* (gemäss Art. 53 Wiener Übereinkommen über das Recht von Verträgen ist von dynamischer Natur. Eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts definiert sich folgendermassen: «eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden».

⁴⁹ Siehe ZIMMERMANN, 2007.

Wie wir in dieser Stellungnahme aufzeigten, ist die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» mit unserer Rechtsordnung und den völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht vereinbar. Die Initiative der SVP sieht eine automatische Ausschaffung bei straffälligen Ausländern vor. Diese Automatisierung verbietet eine Respektierung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Die Initiative würde dazu führen, dass die Schweiz gegen zwingendes Völkerrecht (Non-Refoulement-Prinzip) verstossen würde und ihren staatsvertraglichen Verpflichtungen (Abkommen über die Personenfreizügigkeit mit der EU) nicht mehr nachkommen könnte.

Die Idee des Gesellschaftsvertrags zwischen der Schweiz als souveränem Staat und den in der Schweiz lebenden Ausländern könnte aufrechterhalten werden. Der Gesellschaftsvertrag muss aber den zwingenden internationalen Rahmenbedingungen entsprechen. Er kann nicht losgelöst von diesen bestehen. Eine Sakralisierung dieses Gesellschaftsvertrages, wie es die SVP und ihre Sympathisanten vertreten, ist daher nicht möglich. Damit der Gesellschaftsvertrag rechtens ist, muss er die fundamentalen Grundwerte unseres Rechtsstaates respektieren.

Die Initiative der SVP zwingt die Politikerinnen und Politiker, ihre politische Verantwortung wahrzunehmen. Die Wahrheit auszusprechen ist sicherlich nicht immer einfach, insbesondere wenn es die Thematik der Integration und der Rechte der AusländerInnen betrifft. Trotzdem erwarten wir von unseren Volksvertretern eine gewisse politische Courage. Es soll eine sachliche und offene Debatte geführt werden. Es soll erklärt werden, fernab von ausgeprägtem Populismus, dass unsere aktuelle Gesetzgebung, welche 2007 verabschiedet wurde, eine Ausweisung von straffälligen Ausländern bereits vorsieht und sie in der Praxis angewendet wird. Des Weiteren soll auch eine klare Haltung in der öffentlichen Debatte eingenommen werden. Eine Initiative, wie sie die SVP vorschlägt, löst in keiner Art und Weise die bestehenden gesellschaftlichen Probleme. Die schwierigen Lebensverhältnisse der Betroffenen und die Komplexität von deren Beurteilung, die politischen wie auch juristischen Verpflichtungen der Schweiz gegenüber ihren Nachbarn (namentlich die EU) müssen klar aufgezeigt werden und in die öffentliche Debatte einfließen.

In diesem Zusammenhang bedauern wir es äusserst, dass in der Debatte die Wichtigkeit des Abkommens über die Personenfreizügigkeit mit der EU nicht zum Tragen kommt. Das Abkommen, welches auf rund 2/3 der in der Schweiz lebenden AusländerInnen Anwendung findet, sieht bereits eine allfällige Ausweisung vor. Die Initiative der SVP ist in diesem Sinne in keiner Weise nützlich. Für die als einfach präsentierten Lösungen gilt es, den gesellschaftlichen Rahmen zu zeigen; die Komplexität der gesellschaftsvertraglichen Problematik wird in diesen Lösungsansätzen verschleiert.

Basierend auf dieser Stellungnahme, sprechen wir uns klar für eine Ungültigkeitserklärung der Initiative durch das Parlament aus.

Eine Initiative, wie die der SVP, die die Praxis des Bundesrates zur Gültigkeit einer Volksinitiative bis aufs äusserste ausreizt, zeigt den Handlungsbedarf auf. Die Grenzen der direkten Demokratie müssen unmissverständlich gezeichnet werden. Die Demokratie, die Respektierung der in der Verfassung verankerten Grund- und Freiheitsrechte sowie das Völkerrecht dürfen einander nicht zuwiderlaufen, sondern müssen miteinander vereinbar sein. Dieses Zusammenspiel macht schlussendlich einen modernen Staat, wie die Schweiz einer ist, aus.

Zusätzlich zum Appell möchten wir, dass die zwei Gegenvorschläge (direkt und indirekt) die Respektierung der Grund- und Freiheitsrechte, die Grundprinzipien unseres Rechtsstaates sowie die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz klar hervorheben. Namentlich gilt es, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu nennen, welches ein rechtmässiges Urteil ermöglicht. Im Zusammenhang mit dem Völkerrecht sei das Non-Refoulement-Prinzip als zwingende Bestimmung erwähnt. Ihm kommt der einzelnen Rechtsordnung übergeordnete Bedeutung zu.

Aus den obgenannten Gründen wünschen wir, dass das Parlament seine Unterstützung ausspricht.

BIBLIOGRAPHIE

- ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MARC HOTTELIER, *Droit constitutionnel Suisse*, 2. Aufl., Bern 2006
- GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, Zürich, 2007
- STEPHAN BREITENMOSE, Art. 25, in: BERNHARD EHRENZELLER ET AL., *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2008
- ULRICH CAVELTI / URSULA ABDERHALDEN, Art. 121, in: BERNHARD EHRENZELLER ET AL., *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2008
- GÄCHTER THOMAS / KRADOLFER MATTHIAS, *Von schwarzen Schafen: Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht*, Asyl, 1/2008, S. 12-20
- GAFNER MAGALIE, *Personnes de nationalité étrangère, délinquance et renvoi: une double peine?*, Revue de droit administratif et de droit fiscal. Partie 1, Droit administratif, 1/2007, S. 1-30
- MARIO GATTIKER, *Das Asyl- und Wegweisungsverfahren: Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998*, Bern 1999
- ATLE GRAHL-MADSEN, *Commentary on the 1951 Refugee Convention (Articles 2-11, 13-37)*, Genf 1997
- ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl., Zürich 2008
- MATTHIAS HERDEGEN, *Völkerrecht*, 6. Aufl., München 2007
- WALTER KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement, Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, Diss., Bern/Frankfurt am Main 1982
- WALTER KÄLIN / JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., Basel 2008
- LIGUE SUISSE SUR LES DROITS DE L'HOMME, *Consultation sur les modifications (révisions partielles) de la loi sur les étrangers / Avis juridique sur l'initiative de l'UDC « Renvoi des étrangers criminels » 2009*, disponible: <http://www.lsdh.net/rapports/30-autres-activites/127-position-juridique-de-la-lsdh-sur-linitiative-renvoi-des-criminels-etrangers>, (besucht am 19.02.10)
- MICHAELA MÖHLENBECK, *Das absolute Folterverbot, Seine Grundlagen und die strafrechtlichen sowie strafprozessualen Folgen seiner Verletzung*, Frankfurt am Main 2007
- JÖRG PAUL MÜLLER / LUZIUS WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, Bern 2001
- GIUSEP NAY, « *Direkte Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte – Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates* », *Aktualisierte Fassung des Beitrages*, in: GEORG KREIS (Hrsg.), *Erprobt und entwicklungsfähig - Zehn Jahre Bundesverfassung*, NZZ-Verlag 2009, erschienen in: *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden*, ZGRG 04/2009, http://www.clubhelvetique.ch/pdf-dokumente/Direkte_Demokratie.pdf, besucht am 15. Februar 2010
- MANFRED NOWAK / ELIZABETH MCARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture, A Commentary*, Oxford 2008
- JÖRG REHBERG, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht*, 7. Aufl., Zürich 2001
- JOHANNES REICH, *Verletzt die "Ausschaffungsinitiative" zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 127 (2008), S. 499-520
- PAUL WEIS, *The Refugee Convention, 1951, The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge 1995
- ZIMMERMANN TRISTAN, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?*, in: *Pratique juridique actuelle*, 16 (2007), S. 748-760.
- ANDREAS ZÜND / LADINA ARQUINT HILL, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung*, in: PETER UEBERSAX ET AL., *Ausländerrecht: eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz - von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, Basel 2009