

# VOLKSINITIATIVE FÜR DIE AUSSCHAFFUNG KRIMINELLER AUSLÄNDER

Ein Plädoyer für einen rechtmässigen Gesellschaftsvertrag

*foraus*-Diskussionspapier\* – Juli 2010

**Martina Gasser**, Blaw, ist am Masterstudium an der Universität Bern und setzt ihren Schwerpunkt auf internationales und Migrationsrecht. Kontakt: martinagasser(at)hotmail.com

**Janine Sommer**, Blaw, studiert an der Universität Neuenburg am Master in Rechtswissenschaften. Kontakt: sommerjanine(ar)hotmail.com

**Simon Haefeli**, lic. iur., setzte sich während des Studiums intensiv mit staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Fragen auseinander. Kontakt: simon.haefeli(at)foraus.ch

**Johan Rochel**, MA in Philosophy, dissertiert im Bereich Völkerrecht und politische Philosophie. Kontakt: johan.rochel(at)foraus.ch

\* Das vorliegende Diskussionspapier der *foraus*-Arbeitsgruppe Völkerrecht gibt die persönliche Meinung der Autoren/innen wider und entspricht nicht zwingend derjenigen des Vereins *foraus*.

## EXECUTIVE SUMMARY

Die Initianten der Volksinitiative «Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern» wollen uns glauben machen, dass Personen ausländischer Herkunft allein durch ihre Anwesenheit in der Schweiz eine Art „Gesellschaftsvertrag“ mit den Bürgern unseres Landes eingegangen seien. Bei einer Verletzung irgendwelcher Art (z.B. durch ein Verbrechen eines Ausländers) dieses „Vertrages“ müsse der Ausländer folglich die Konsequenzen tragen und automatisch ausgeschafft werden, da er sein Gastrecht verwirkt habe. Nicht beachtet werden dabei andere Rechte, die unser Staat den Bewohnern zugesichert hat, insbesondere die Verfahrensgarantien.

Gesellschafts-  
vertrag

Es wäre fahrlässig, die aussenpolitischen Konsequenzen der Initiative nicht zu beachten: Die Schweiz profitiert von verschiedenen internationalen Verträgen, unter anderem mit der EU. Durch den Konflikt der Initiative mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen riskiert die Schweiz eine - wirtschaftlich verheerende! - Kündigung des Abkommens.

Personenfrei-  
zügigkeit

Weiter werden fundamentale Prinzipien verletzt, die durch die Staatengemeinschaft für unumstösslicherklärt wurden. So gehört das Non-Refoulement-Prinzip zum zwingenden Völkerrecht und muss von der Schweiz eingehalten werden.

Zwingendes  
Völkerrecht

Der von den Initianten propagierte „Gesellschaftsvertrag“ zwischen Ausländern und Schweizern wäre nur annehmbar, wenn er die Grundprinzipien unseres Rechtsstaates berücksichtigen würde. Hierzu zählt insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip. Dieses verlangt, dass eine Massnahme gegen ein Individuum überprüft wird, bevor der Staat sie ausspricht. Konkret muss geprüft werden, ob die Massnahme geeignet ist, das Problem zu lösen, ob es sich bei der Massnahme um das leichteste Mittel handelt und ob die Massnahme die Umstände des Einzelfalles adäquat berücksichtigt.

Verhältnis-  
mässigkeit

Die Ausschaffungsinitiative verunmöglicht es der Schweiz, ihren zwingenden internationalen Verpflichtungen nachzukommen. Ausserdem wäre sie gezwungen, die fundamentalen Prinzipien unseres Rechtsstaates zu missachten. Daher ist es uns ein grosses Anliegen auf folgende Punkte hinzuweisen:

- **Die Volksinitiative „Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern“ ist abzulehnen**

Die Volksinitiative „Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern“ ist mit unserer Rechtsordnung und unseren völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht vereinbar. Die in der Initiative vorgesehene automatische Ausschaffung bei straffälligen Ausländern verunmöglicht eine Respektierung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Eine Annahme der 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.

Verstoss  
gegen  
völker-  
rechtliche  
Pflichten

- **Wenige Ausländer sind betroffen...**

Bei der heutigen Ausgangslage wird der Stimmbürger hinters Licht geführt: Es wird so getan, als würden bei Annahme der Initiative tatsächlich alle kriminellen Ausländer ausgeschafft. Tatsächlich wäre die Initiative aber auf weniger als ein Drittel aller in der Schweiz lebenden Ausländer anwendbar. Ausgeschlossen wären aufgrund des Abkommens über die Personenfreizügigkeit die Ausländer des EU-27/EFTA-Raumes. Weiter wäre die Initiative zwar anwendbar auf Ausländer, die in einen Folterstaat zurückkehren müssten. Diese verlören jedoch nur ihren Aufenthaltsstatus; ausschaffen könnte man sie nicht. Eine dritte Kategorie sind Sans-Papiers. Wenn man nicht weiss, woher eine Person stammt, oder die Person von keinem Staat anerkannt wird, kann sie auch nirgendwohin ausgeschafft werden.

Keine  
Anwendung  
bei einem  
Grossteil der  
Ausländer

- **Die Bilateralen sind in Gefahr**

Will man die Ausschaffungsinitiative hingegen auf mehr Personen anwenden, sind die Bilateralen I in Gefahr. Gemäss der bundesrätlichen Rechtsauffassung - und entgegen dem Text der Bundesverfassung - müsste das Personenfreizügigkeitsabkommen gekündigt werden. Dadurch erhielte die EU über die „Guillotine-Klausel“ das Recht, alle weiteren Abkommen zu künden. Der potentielle Schaden für die Schweizer Wirtschaft wäre riesig.

Kündigung  
der  
Personen-  
freizügigkeit

Es ist deshalb zu fordern, dass der Dialog in Zukunft mit sachlichen Argumenten geführt wird. Die aussenpolitischen Auswirkungen dieser Initiative sind schonungslos aufzuzeigen.

## INHALTSVERZEICHNIS

Executive Summary .....	2
1 Einleitung .....	5
2 Ausschaffung nach dem Recht der Initiative .....	7
2.1 Erläuterung der Initiative .....	7
2.1.1 Deliktskatalog (Abs. 3 al. 2 und Abs. 4) .....	7
2.1.2 Missbrauch der Sozialwerke (Abs. 3 al. 3) .....	8
2.1.3 Einreiseverbot (Abs. 5) und illegale Einreise (Abs. 6) .....	8
2.1.4 Automatismus .....	8
2.1.5 Verfügung und Vollzug .....	8
2.2 Gegenvorschlag .....	9
3 Ausschaffung von Ausländern nach geltendem Recht .....	10
3.1 Verfassungsgrundlage .....	10
3.2 Bestehende Grundlagen für die Ausschaffung .....	10
3.2.1 Ausländergesetz .....	11
3.2.2 Asylgesetz .....	11
3.2.3 Strafrechtlicher Landesverweis (abgeschafft) .....	12
4 Völkerrechtliche Grenzen der Ausschaffung .....	13
4.1 Freizügigkeitsabkommen .....	13
4.2 Absolutes Rückschiebungsverbot und Non-Refoulement .....	15
4.2.1 Verletzung des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement Prinzips .....	16
4.2.2 Verstoss gegen das absolute menschenrechtliche Rückschiebeverbot .....	17
5 Das Verhältnismässigkeitsprinzip .....	19
5.1 Verhältnismässigkeit als Grundwert unserer Gesellschaft .....	19
5.2 Verhältnismässigkeit als Grundwert des Völkerrechts .....	20
5.3 Keine Respektierung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch die Initiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» .....	21
6 Fazit .....	23
Literaturverzeichnis .....	24

## 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*<sup>1</sup>. Damit ist sie nach der geltenden Bundesverfassung ungültig und darf dem Volk und den Ständen nicht unterbreitet werden.

*ius cogens* –  
zwingendes  
Völkerrecht?

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.

Kriminelle  
Ausländer 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.

Gesellschafts-  
vertrag

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.

Achtung der  
Gesellschafts-  
normen

Dem Argument des Gesellschaftsvertrages kommt besonderes Gewicht zu<sup>2</sup>. 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.

Verabsolutie-  
rung des  
Gesellschafts-  
vertrags

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

<sup>1</sup> Volksinitiative « Für eine vernünftige Asylpolitik », 1995.

<sup>2</sup> 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.

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.

Rahmen-  
bedingungen

## 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 Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchsdelikts“.

Initiativtext

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).<sup>3</sup> Nach dem Initiativtext (Abs. 4) dürfte dieser Katalog durch die Legislative noch erweitert werden: Sie ist also als Minimalforderung zu verstehen.

Betroffene  
Artikel

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.

Kompetenz  
der  
Legislative

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

### 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.

Sozialmiss-  
brauch und  
Personen-  
freizügigkeit

### 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.<sup>6</sup>

### 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*).

<sup>4</sup> 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, T. / Kradolfer, S. 2008:19.

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

<sup>6</sup> Es wird auch die Ansicht vertreten, das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches durch den Automatismus verletzt würde, gehöre zu einem Schweizer *ius cogens sui generis*, Gächter, T. / Kradolfer, S. 2008:18.

## 2.2 GEGENVORSCHLAG

Am 10. Juni 2010 wurde ein direkter Gegenvorschlag der Staatspolitischen Kommission des Ständerates zur Ausschaffungsinitiative vom Parlament abgesegnet. Dieser direkte Gegenvorschlag 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 Delikt kataloges 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.

Direkter  
Gegen-  
vorschlag

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.

Verhältnis-  
mässigkeit

### 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 Ausländergesetz und im Asylgesetz 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 Ausschaffungsinitiative 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

Staatschutz  
als Grenze

#### 3.2 BESTEHENDE GRUNDLAGEN FÜR DIE AUSSCHAFFUNG

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

<sup>7</sup> Cavelti, U. / Abderhalden, U. 2008: N. 54.

<sup>8</sup> BBl 2002 3709 ff.

<sup>9</sup> BGE 129 II 193 E. 3 f.

### 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.<sup>10</sup>

Art der  
Sanktion  
statt Art des  
Vergehens

Auch bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr muss jedoch die Verhältnismässigkeit des Widerrufs nach Art. 96 AuG geprüft werden.<sup>11</sup> Die Interessensabwägung zieht dabei insbesondere die persönlichen Verhältnisse und den Integrationsgrad des Betroffenen in Betracht.

Widerruf

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 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).

Gründe für  
den Widerruf

### 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.<sup>12</sup> 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 Tötung<sup>13</sup>, bei mehrfachem bandenmässigen Raub<sup>14</sup>, bei

Widerrufs-  
gründe im  
Asylrecht

<sup>10</sup> Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: N. 8.28.

<sup>11</sup> So auch Gächter, T. / Kradofer, S. 2008:13.

<sup>12</sup> Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: N. 8.43.

<sup>13</sup> Urteile vom 25. August 2005 (2A.313/2005) und vom 18. Juni 2006 (2C.87/2007).

<sup>14</sup> Urteil vom 8. Mai 2006 (2A.51/2006).

Vergewaltigung<sup>15</sup> und bei einer schweren Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit vorangehenden weiteren Delikten<sup>16</sup>.

### 3.2.3 STRAFRECHTLICHER LANDESVERWEIS (ABGESCHAFFT)

Bis zur Revision des StGB AT gab es auch mit dem Landesverweis in Art. 55 a/StGB die Möglichkeit, einen Ausländer aus der Schweiz auszuschaffen. Es war die am häufigsten gefällte Nebenstrafe.<sup>17</sup> 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.

Widerrufs-  
gründe im  
Asylrecht

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. Bei der neuen Revision des Sanktionensystems des allgemeinen Teil des StGB soll der Landesverweis jedoch nach dem Vorschlag des Bundesrates wieder eingeführt werden.<sup>18</sup>

Wieder-  
einführung?

<sup>15</sup> Urteil vom 1. Juli 1994 (2A.139/1994).

<sup>16</sup> Urteile vom 8. Mai 2006 (2A.51/2006) und vom 1. Juli 1994 (2A.139/1994).

<sup>17</sup> Rehberg, J. 2001: 111.

<sup>18</sup> *neu*Art. 67c StGB, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/entw-d.pdf>.

## 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

Am 21. Juni 1999 schloss die Schweiz sieben sektorielle Abkommen mit der Europäischen Union ab. Diese sogenannten „Bilateralen I“ wurden am 21. Mai 2000 vom Volk mit einem hohen Ja-Stimmenanteil von 67.2% angenommen und traten am 1. Juni 2002 in Kraft. Die Freizügigkeit im Personenverkehr war eines dieser sieben sektoriellen Abkommen.<sup>19</sup> Über jenes wurden noch zwei Mal im Sinne der Erweiterung der Personenfreizügigkeit auf die neuen EU Mitglieder abgestimmt. Diese Vorlagen wurden ebenfalls mit hohen Zustimmungsraten von 56% am 25. September 2005 bzw. 59.6% am 8. Februar 2009 vom Volk genehmigt.

Ja zur  
Personen-  
freizügigkeit

Mit dem Abkommen übernahm die Schweiz zusätzlich den ganzen *acquis communautaire*, womit alle geltenden Bestimmungen im Bereich der Personenfreizügigkeit des EU/EG Rechts, welche bis zu diesem Zeitpunkt bestanden, für das Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz anwendbar wurden. Weiter verpflichtete sich die Schweiz gemäss Art. 16 Abs. 2, die einschlägige Rechtsprechung des EuGHs bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung zu berücksichtigen. Hingegen ist die Schweiz vertraglich nicht verpflichtet, die neuere Rechtsprechung des EuGH oder die Weiterentwicklungen des EU Rechts zu beachten. Dennoch sind die Bestimmungen und Urteile des EU-Rechts für die Schweizer Rechtsanwendung von grosser Bedeutung.<sup>20</sup>

Übernahme  
Recht-  
sprechung  
des EuGH

Das Freizügigkeitsabkommen vermittelt einen individuellen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt.<sup>21</sup> Dieser Anspruch kann gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur eingeschränkt werden, wenn es dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit und der Gesundheit dient. Im zweiten Absatz verweist der Artikel weiter auf die Richtlinie 64/221/EWG, welche Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern koordiniert. Unter einer Massnahme im Sinne von Artikel 5 Anhang I FZA ist gemäss EuGH jede

Enge  
Grenzen der  
Ausweisung

<sup>19</sup> SR 0.142.112.681 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit.

<sup>20</sup> Caroni, M. / Meyer, T. D. / Ott, L. 2009: N. 430.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 1 FZA.

Handlung zu verstehen, welche das Recht auf freie Einreise und Aufenthalt berührt.<sup>22</sup> Gemäss Bundesgericht stellt eine Ausweisung, welche sowohl eine Entfernung- als auch eine Fernhaltemassnahme umfasst, eine Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dar.<sup>23</sup>

Der Begriff der öffentlichen Ordnung im Sinne der genannten Rechtgrundlagen wird vom EuGH eng verstanden. Zwar können unterschiedliche Umstände ein von Land zu Land divergierendes Verständnis des Begriffes innerhalb der durch den Vertrag gesetzten Grenzen rechtfertigen, jedoch dürfe seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat selbst definiert werden, ohne dass dies durch die Organe der Gemeinschaft überprüft werden könne.<sup>24</sup> In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH stellte das Bundesgericht dazu folgendes fest: Insgesamt stellen sich die Beschränkungen der ausländerpolizeilichen Befugnisse der Mitgliedstaaten als eine besondere Ausprägung des in den Art. 8-11 EMRK verankerten Grundsatzes dar, dass die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgenommenen Einschränkungen der in den genannten Artikeln zugesicherten Rechte nicht den Rahmen dessen überschreiten dürfen, was für diesen Schutz in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.<sup>25</sup>

Eigene *ordre public* mit internationaler Überprüfungsmöglichkeit

Demnach setzen Entfernungs- und Festhaltemassnahmen eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft durch die betroffene Person voraus.<sup>26</sup> Eine solche Massnahme muss an ein persönliches Verhalten des EU-Ausländers anknüpfen und darf demzufolge nicht Generalpräventiv motiviert sein.<sup>27</sup> Aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 2 FZA) darf die Massnahme zudem nicht weiter gehen als die im AuG genannten Widerrufsgründe. Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG genügt jedoch eine strafrechtliche Verurteilung alleine nicht ohne Weiteres um eine Entfernungsmassnahme anzuordnen. Massgebend sind die Schwere der Straftat sowie das Vorliegen einer Wiederholungs- oder Rückfallgefahr, um gegenwärtige und schwere Gefährdung darzustellen.<sup>28</sup> 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. Demnach müssen insbesondere die persönlichen Umstände wie die Anwesenheitsdauer und die Familienverhältnisse berücksichtigt und die Massnahme unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit überprüft werden können.<sup>29</sup>

Gründe für die Ausschaffung nach dem FZA

<sup>22</sup> EuGH-Urteil vom 27. 10. 1977, Rs. 30/77, dieser Rechtsprechung ist das Bundesgericht gefolgt in BGE 129 II 215 E. 6.3, S. 221.

<sup>23</sup> BGE 129 II 215, E. 6.3, S. 221.

<sup>24</sup> EuGH-Urteil vom 4. 12. 1974, Rs. 41/7.

<sup>25</sup> BGE 129 II 215, E. 6.2, S. 220.

<sup>26</sup> EuGH-Urteil vom 27.10.1977, siehe auch BGE 131 II 352, E. 3.2.

<sup>27</sup> Art. 3 Abs. 1 RL 64/221 EWG.

<sup>28</sup> Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: N. 8.40.

<sup>29</sup> EuGH-Urteil C-50/06, E. 44 f.

Die Initiative «Für eine Ausschaffung von kriminellen Ausländern» sieht eine Ausschaffung auch für Straftaten vor, welche nicht von ausreichender Schwere sind, um den strengen Anforderungen einer Anordnung einer Massnahme gemäss des EuGHs und des Bundesgerichts zu genügen. So stellt beispielsweise der missbräuchliche Bezug von Sozialleistungen gemäss dem vorgeschlagenen Art. 121 Abs. 3 lit. b des Initiativtexts keine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung der Gesellschaft dar. Weiter sieht die Initiative eine automatische Ausschaffung für die im Initiativtext genannten Straftaten vor und lässt keine Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme zu. Die Initiative steht demzufolge in mehreren Punkten in einem klaren Widerspruch zum Personenfreizügigkeitsabkommen.<sup>30</sup>

Kollision mit dem Initiativtext

Nun stellt sich die Frage, wie die Schweizer Behörden mit diesem Widerspruch zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht im Falle der Annahme der Initiative umgehen. Generell gilt das Gebot der völkerrechtskonformen Umsetzung von Gesetzes- und Verfassungsartikeln.<sup>31</sup> Sollte dies nicht möglich sein, gebietet Art. 190 BV gemäss Bundesgericht, dass die rechtsanwendenden Behörden dem Völkerrecht den Vorrang über das widersprechende Verfassungsrecht einräumen müssen.<sup>32</sup> Dennoch ist ein Teil der Lehre und der Bundesrat der Ansicht, dass eine Volksinitiative, welche neues Verfassungsrecht schafft, der älteren völkerrechtlichen Bestimmung vorzuziehen sei.<sup>33</sup> Dies würde gemäss dem Bundesrat im Extremfall bedeuten, dass der ältere völkerrechtliche Vertrag, in diesem Fall das Freizügigkeitsabkommen, gekündigt werden müsste, sofern dies überhaupt möglich ist.<sup>34</sup> Eine Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens seitens der Schweiz hätte wiederum zur Folge, dass die EU gemäss der sogenannten „Guillotine-Klausel“ in Artikel 25 FZA ermächtigt wäre, die gesamten Bilateralen Verträge mit der Schweiz aufzukündigen.<sup>35</sup> Die Folgen für den Wirtschaftsstandort Schweiz wären verheerend und die Schweiz als loyaler Vertragspartner ernsthaft in Frage gestellt.

Folgen der Annahme für die Schweizer Behörden

## 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.<sup>36</sup> Demzufolge gehören Flüchtlinge, Asylsuchende und Staatenlose auch zu dieser Personengruppe. Ausnahmen erwähnt die

<sup>30</sup> Vgl. auch BBl 2009 5112

<sup>31</sup> Bericht des Bundesrates: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2010 S.2317

<sup>32</sup> BGE 133 II 450, S. 460

<sup>33</sup> BBl 2010 S. 2323 mit Verweisen auf Botschaft des Bundesrates vom 6. Juli 2004 über die Volksinitiative «Für einen zeitgemässen Tierschutz», BBl 2004 3307; Hangartner, Y. 2008: N. 33.

<sup>34</sup> BBl 2010 S.2317 und 2323

<sup>35</sup> Art. 25 FZA (1) Dieses Abkommen bedarf der Ratifikation oder Genehmigung durch die Vertragsparteien gemäss ihren eigenen Verfahren. Es tritt am ersten Tag des zweiten Monats in Kraft, der auf die letzte Notifikation der Hinterlegung der Ratifikations- oder Genehmigungsurkunden aller nachstehenden sieben Abkommen folgt. (4) Die in Absatz 1 aufgeführten sieben Abkommen treten sechs Monate nach Erhalt der Notifikation über die Nichtverlängerung gemäss Absatz 2 oder über die Kündigung gemäss Absatz 3 ausser Kraft.

<sup>36</sup> Argumentarium, <http://www.ausschaffungsinitiative.ch/downloads/argumentarium-d.pdf>, S. 12, besucht am 23.2.2010.

Initiative keine. Zusätzlich legt die Ausschaffungsinitiative 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.

Überprüfung  
im Einzelfall

#### 4.2.1 VERLETZUNG DES FLÜCHTLINGSRECHTLICHEN NON-REFOULEMENT PRINZIPS

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 bestimmtem 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

Flüchtlings-  
konvention

Eine Ausweisung ist nur unter diesen aussergewöhnlichen Umständen zulässig, und die Verfahrensgarantien müssen strengstens berücksichtigt werden.<sup>40</sup> Ein Flüchtling darf deswegen nur ausgewiesen werden, wenn die Ausweisung als das letzte praktikable Mittel angesehen wird. Die Gefahr für die nationale

Mögliche  
Ausnahmen

<sup>37</sup> UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 7 (XXVIII) 1997.

<sup>38</sup> Grahl-Madsen, A. 1997: N. 2ff.

<sup>39</sup> Weis, P. 1995: 322.

<sup>40</sup> UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 7 (XXVIII) 1997.

Sicherheit muss die Risiken für den betroffenen Flüchtling überwiegen.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> Ein Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht würde die Schweiz in ihre staatsvertragliche Pflicht nehmen und könnte schwerwiegende politische Konsequenzen haben.

Zwingendes  
Völkerrecht

#### 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 wegzuweisenden 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 Völkerrecht, dem *ius cogens*.<sup>43</sup> 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 gekündet 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.<sup>44</sup> Das absolute Rückschiebungsverbot gilt für jede Person, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status.<sup>45</sup> Somit sind auch Flüchtlinge geschützt, welche aufgrund der Ausnahme-

Folter-  
konvention  
und Bundes-  
verfassung

<sup>41</sup> UNHCR „Note on Expulsion of Refugee“(EC/SCP/3).

<sup>42</sup> Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008: N. 590.

<sup>43</sup> Kälin, W. / Künzli, J. 2008: 80.

<sup>44</sup> Saadi v. Italien, Nr. 37201/106, EGMR-Urteil vom 28.02.2008.

<sup>45</sup> Breitenmoser, S. 2008, N. 16-18; Reich, J. 2008: 509.

bestimmungen 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.<sup>46</sup> Würde die Schweiz trotz absoluten Rückschiebungsverbotes einen Ausländer oder eine Ausländerin ausweisen, würde sie zwingendes Völkerrecht verletzen.

Verletzung  
zwingenden  
Völkerrechts

---

<sup>46</sup> Gächter, T. / Kradofer, S. 2008:15.

## 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 Grundprinzipien 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).<sup>47</sup>

Verhältnis-  
mässigkeit  
gemäss  
Bundes-  
verfassung

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.

Verhältnis-  
mässigkeit  
in den  
Gesetzen

<sup>47</sup> Nach Auer, A. / Malinverni, G. / Hottelier, M. 2006: 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.

## 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 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.

Verhältnis-  
mässigkeit  
in der EMRK

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 berücksichtigt.<sup>48</sup> 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 wird.<sup>49</sup>

Recht-  
sprechung  
des EGMR

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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Schweizer Liga für Menschenrechte, S. 12.

Nur nach einer umfassenden Beurteilung kann eine Ausweisung allenfalls ausgesprochen werden.<sup>50</sup>

### 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).<sup>51</sup> 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.

Kollision mit  
verfassungs-  
rechtlichen  
Grund-  
rechten

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 Ermessenspielraum. Dem Richter bleibt verwehrt, alle massgebenden Umstände im konkreten Fall heranzuziehen. Eine rechtlich angemessene Beurteilung einer Ausschaffung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips wird verunmöglicht.

Automatis-  
mus der  
Initiative

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».<sup>52</sup>

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

<sup>50</sup> Gächter, T. / Kradolfer, S. 2008:16.

<sup>51</sup> Siehe Schweizer Liga für Menschenrechte, S. 9.

<sup>52</sup> Gafner, M. 2007: 12.

Die Initiative ruft im Bezug auf das Recht auf persönliche Freiheit und Recht auf Familie<sup>53</sup> 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.

Einzelfall-  
prüfung  
notwendig

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 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.<sup>54</sup>

Bundes-  
gericht

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.<sup>55</sup>

EGMR

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.

Ablehnung  
der Initiative

---

<sup>53</sup> Namentlich Art. 10, 11, 14 BV und Art. 8 und 13 EMRK.

<sup>54</sup> BGE 130 II 176, 185, E.4.1. und BGer vom 8. November 2007, 2C.458./2007, E.2.3.

<sup>55</sup> Siehe insbesondere Boultif v. Schweiz oder Beldjoudi v. Frankreich.

## 6 FAZIT

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.

Unsere  
Rechts-  
ordnung

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.

Recht-  
mässiger  
Gesellschafts-  
vertrag

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.

Transparente  
Kommuni-  
kation

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.

Personenfrei-  
zügigkeit

## LITERATURVERZEICHNIS

- Auer, A. / Malinverni, G. / Hottelier, M. 2006: Droit constitutionnel Suisse, 2. Aufl., Bern.
- Biaggini, G. 2007: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich.
- Breitenmoser, S. 2008: Art. 25, in: Ehrenzeller, B. et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich.
- Caroni, M. / Meyer, T. D. / Ott, L. 2009: Migrationsrecht, Bern.
- Cavelti, U. / Abderhalden, U. 2008: Art. 121, in: Ehrenzeller, B. et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich.
- Gächter, T. / Kradolfer, M. 2008: Von schwarzen Schafen : Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, Asyl, 1/2008, S. 12-20.
- Gafner, M. 2007: 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.
- Gattiker, M. 1999: Das Asyl- und Wegweisungsverfahren : Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998, Bern.
- Grahl-Madsen, A. 1997: Commentary on the 1951 Refugee Convention (Articles 2-11, 13-37), Genf.
- Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich.
- Hangartner, Y. 2008: Art. 190, in: Ehrenzeller, B. et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich.
- Herdegen, M. 2007: Völkerrecht, 6. Aufl., München.
- Kälin, W. 1982: 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.
- Kälin, W. / Künzli, J. 2008: Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel.
- Ligue suisse sur les droits de l'homme 2009: Consultation sur les modifications (révisions partielles) de la loi sur les étrangers / Avis juridique sur l'initiative de l'UDC «Renvoi des étrangers criminels», abrufbar unter : <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.

- Möhlenbeck, M. 2007: Das absolute Folterverbot, Seine Grundlagen und die strafrechtlichen sowie strafprozessualen Folgen seiner Verletzung, Frankfurt am Main.
- Müller, J-P. / Wildhaber, L. 2001: Praxis des Völkerrechts, Bern.
- Nay, G. 2009: « 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](http://www.clubhelvetique.ch/pdf-dokumente/Direkte_Demokratie.pdf), besucht am 15. Februar 2010.
- Nowak, M. / McArthur, E. 2008: The United Nations Convention Against Torture, A Commentary, Oxford.
- Rehberg, J. 2001: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 7. Aufl., Zürich.
- Reich, J. 2008: Verletzt die “Ausschaffungsinitiative” zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 127 (2008), S. 499–520.
- Weis, P. 1995: The Refugee Convention, 1951, The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, Cambridge.
- Zimmermann, T. 2007: 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.
- Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: 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.