

Die Umsetzung der Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländern (Art. 121 Abs. 3-6 BV)

(Prof. Heinrich Koller, Präsident der AG)

Es ist in den letzten Jahren wiederholt vorgekommen, dass Volk und Stände Volksinitiativen angenommen haben, obwohl diese mit anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätzen, mit Verfassungsprinzipien und Grundrechten sowie mit internationalen Abkommen nur schwer in Einklang zu bringen waren. Der dadurch bewirkte Konflikt zwischen neuen Verfassungsbestimmungen und geltendem Verfassungs- und Völkerrecht ist eine Folge der heutigen Verfassungslage, wonach einer Volksinitiative nur zwingendes Völkerrecht, nicht aber bestehendes Verfassungsrecht oder internationale Abkommen entgegenstehen. Die Überwindung dieser Zielkonflikte obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber. Dabei kann es nicht darum gehen, dem in der Schweiz traditionell hochgehaltenen Demokratieprinzip absoluten Vorrang vor allen anderen Prinzipien – etwa jenem der Rechtsstaatlichkeit – einzuräumen. Demokratie und Rechtsstaat sind grundsätzlich gleichwertig. Sie ergänzen einander und bedingen sich gegenseitig.

Zur Auflösung allfälliger Gegensätze und Widersprüche sind in Lehre und Praxis Instrumentarien und Kollisionsregeln entwickelt worden. Dazu gehören unter anderen eine Verfassungsauslegung, die auf die „Herstellung praktischer Konkordanz“ ausgerichtet ist (auch integrale oder harmonisierende Auslegung genannt) und die Verfassung im Gesamtzusammenhang betrachtet bzw. als Sinneinheit deutet; aber auch der Grundsatz, die einschlägigen Bestimmungen möglichst völkerrechtskonform auszulegen, bevor Neuverhandlungen oder die Kündigung von internationalen Abkommen ins Auge gefasst werden. In Anwendung dieser bewährten Grundsätze waren die Bundesbehörden stets bemüht, Volksinitiativen völkerrechtskonform umzusetzen und Abstriche an den von den Initiantinnen und Initianten angestrebten Zielen nur aus rechtlich zwingenden Gründen vorzunehmen.

Die hier zur Diskussion stehende neue Verfassungsbestimmung über die Ausschaffung krimineller Ausländer ist mit bestimmten Grundwerten der Verfassung und internationalen Abkommen nur schwer vereinbar. Die Bundesbehörden haben seinerzeit die Ausschaffungsinitiative in mehreren Punkten als völkerrechtswidrig bezeichnet und Verstösse gegen grundlegende Prinzipien der Bundesverfassung (insb. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit) und gegen internationale Abkommen (namentlich die EMRK, den UNO-Pakt II, die KRK und das FZA) geortet. Die vom EJPD eingesetzte Arbeitsgruppe stand damit vor einer schwierigen Aufgabe und einem kaum lösbaren Dilemma: Umsetzung auf der Gesetzesstufe unter Inkaufnahme von Widersprüchen zu bewährten Verfassungsprinzipien bzw. von Verstössen gegen Menschenrechtspakte und das Freizügigkeitsabkommen (mit entsprechenden Konsequenzen) oder grundsatztreue Umsetzung in Befolgung der von der Lehre entwickelten und von der Praxis bisher angewandten völkerrechtskonformen Verfassungsauslegung unter Inkaufnahme von gewissen Widersprüchen mit der neuen Verfassungsbestimmung.

Die Arbeitsgruppe hat sich in elf Sitzungen ausführlich mit diesen Grundsatzfragen auseinandergesetzt, eingehende Diskussionen über die „richtige“ Auslegung des Verfassungstextes und Deutung des „Volkswillens“ geführt und detailliert die Auswirkungen auf das Völkerrecht erörtert. Der Schlussbericht ist Ausdruck dieser Überlegungen. Dabei war es nie das Ziel der Arbeitsgruppe, eine einzige und allen Mitgliedern genehme „Einheits- und Kompromisslösung“ zu erarbeiten. Das war nicht der Auftrag der Arbeitsgruppe, die gemäss Einsetzungsverfügung vom 22.12.2010 in einem Bericht „Vorschläge“ (Mehrzahl!) für die Umset-

zung der neuen Verfassungsbestimmung zu erarbeiten und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzuzeigen hatte. Vielmehr ging es darum, verfassungs- bzw. völkerrechtskonforme Möglichkeiten der Umsetzung auf der Gesetzesstufe aufzuzeigen, damit die politischen Behörden (und nur sie) gestützt darauf ihre Entscheide treffen können. Die im Bericht aufgezeigten Handlungsspielräume lassen Kombinationen zu (insb. der von der Mehrheit als verfassungs- und völkerrechtskonform erachteten Varianten). Anzuführen bleibt, dass in der Diskussion die Grenzlinien keineswegs immer zwischen den Vertretern des Initiativkomitees einerseits und dem Rest der Arbeitsgruppe verlief, wie an den unterschiedlichen Meinungen etwa zum Regelungsstandort oder über die zuständigen Vollzugsbehörden zu erkennen ist.

Verdienstvoll und hilfreich war sicherlich die Tatsache, dass die Vertreter des Initiativkomitees bereits an der ersten Sitzung einen ausformulierten Gesetzestext vorlegten. Er ist mit geringfügigen Änderungen als Variante 1 in den Unterlagen enthalten. Damit war von Anfang an klar, wie die Initianten (nach eigener Auffassung in „authentischer“ Interpretation) den „Volkswillen“ umzusetzen gedachten. Der Verfassungsgeber selbst habe durch die Auswahl bestimmter (auf die sog. Ausländerkriminalität fokussierter) Delikte und durch den Verzicht auf eine Mindeststrafe den Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert. Als jüngere (zudem speziellere) Norm gehe sie dem allgemeinen Grundsatz nach Art. 5 Abs. 2 BV vor. Die neue Verfassungsbestimmung lasse auch keinen Raum für eine Abwägung der Zulässigkeit, der Möglichkeit und der Zumutbarkeit der Vollstreckung im Einzelfall (ausser beim völkerrechtlich zwingend geboten Rückschiebungsverbot). Sollten sich daraus Widersprüche zu den erwähnten internationalen Abkommen ergeben und zu Sanktionen gegen die Schweiz führen, wären diese hinzunehmen und gezielt auf eine Änderung der Rechtsprechung hinzuarbeiten bzw. zu kündigen. Jüngerer (zudem demokratisch besser legitimiertes) Verfassungsrecht gehe in jedem Fall dem nicht zwingenden Völkerrecht vor. Diese Eckpunkte bilden die Grundlage des von den Vertretern des Initiativkomitees eingereichten Vorschlags.

Diese Argumentation verstösst nach Auffassung der Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe gegen anerkannte, von Lehre und Praxis entwickelte rechtsstaatliche Prinzipien. Sie konnte sich dieser Meinung nicht anschliessen. Die Arbeitsgruppe erarbeitete deshalb drei weitere Vorschläge (Varianten 2-4), die dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismässigkeit, der Beachtung der Grundrechte, der Kohärenz der Rechtsordnung und den völkerrechtlichen Verträgen (einschliesslich der dazu entwickelten Praxis) nach Auffassung der Mehrheit besser Rechnung tragen. Dabei kann die Variante 4 hier unbeachtet bleiben, weil sie eine spiegelbildliche Übernahme der Normierung von Variante 2 im Ausländerrecht statt im StGB darstellt. Ich möchte Ihnen anhand der ausgeteilten Übersicht und der Normvorschläge (Schlussbericht S. 121 ff.) kurz die wesentlichen Unterschiede der Varianten 1-3 erläutern.

Bezüglich der Deliktskataloge stimmen die Varianten insofern überein, als sie alle in der neuen Verfassungsbestimmung erwähnten Tatbestände erhalten. Sie unterscheiden sich jedoch bezüglich der Konkretisierung der schweren Sexual- und Gewaltdelikten sowie der Ergänzung durch weitere Tatbestände, die zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen. Bei der Variante 1 bilden die Sexual- und Gewaltstrafen den Schwerpunkt. Sie gelten als schwer, unabhängig von der abstrakten Strafandrohung. Der Deliktskatalog umfasst daher schwerste Verbrechen wie Mord, aber auch leichte Vergehen wie die einfache Körperverletzung (als Antragsdelikt) oder Tatbestände des Nebenstrafrechts (wie z.B. die illegale Einreise), alle mit der Konsequenz der zwingenden Landesverweisung. Die Variante 2 umfasst im Bereich der Sexual- und Gewaltdelikte nur Tatbestände, die von der abstrakten Strafandrohung her (wie die im Verfassungstext erwähnten Raub oder die Vergewaltigung) als schwere Verbrechen einzustufen sind. Im Unterschied zu den Varianten 1 und 3 enthält die Variante 2 eine Auffangklausel, die zahlreiche weitere Delikte des StGB und des Nebenstrafrechts erfasst, deren Schwere mit Raub und Vergewaltigung vergleichbar ist und eine zwingende Landesverwei-

sung ebenfalls zu rechtfertigen vermag. Der Deliktskatalog ist deshalb umfangreicher und kohärenter als derjenige von Variante 1. Die Variante 3 erfasst im Bereich der Sexual- und Gewaltdelikte weitere Tatbestände, die als Verbrechen eingestuft sind. Sie enthält somit eine engere Auffangklausel als die Variante 2 und legt den Akzent auf die bereits in der Verfassungsbestimmung anvisierten Delikte.

Auch bezüglich der weiteren Voraussetzungen der zwingenden Landesverweisung unterscheiden sich die Varianten 1-3 voneinander. Bei Variante 1 genügt eine Verurteilung wegen eines der Delikte (auch in Bagatellfällen), unabhängig von der konkret ausgefallenen Strafe (selbst bei Verzicht des Richters auf Strafe oder starker Minderung). Die Varianten 2 und 3 tragen dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung, indem sie vorsehen, dass eine Landesverweisung grundsätzlich nur dann zwingend erfolgen muss, wenn gegen den betreffenden Ausländer eine Strafe von mindestens bzw. mehr als 6 Monaten verhängt wird. Das gilt auch für Wiederholungstäter, die in zehn Jahren kumuliert dieses Strafmass überschreiten. Die Variante 2 sieht mit Blick insb. auf die Kriminaltouristen zudem vor, dass eine Person, die wegen eines der im Katalog genannten Delikte mit weniger als 6 Monaten bestraft worden ist, ebenfalls des Landes verwiesen werden kann, sofern das öffentliche Interessen an der Ausschaffung das private Interesse am Verbleiben überwiegt. Die Grenze ist bei 6 Monaten gezogen worden, damit die Landesverweisung als schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit durch das Gericht und nicht im Strafbefehlsverfahren durch den Staatsanwalt erfolgen kann (ausser bei der Kumulierung geringer Strafen im Wiederholungsfall). Die Varianten 2 und 3 führen zudem für Delikte, die nicht im Katalog der zwingenden Landesverweisung enthalten sind, die fakultative Landesverweisung wieder ein.

Erheblich unterscheiden sich die Varianten 1-3 hinsichtlich der Behördenzuständigkeit, der Prüfungsbefugnis von Vollzugshindernissen und des anwendbaren Verfahrens. Bei der Variante 1 ist der Strafrichter bzw. der Staatsanwalt zuständig für die Anordnung der Landesverweisung und die Festlegung des damit verbundenen Einreiseverbots. Strafrichter und Staatsanwalt prüfen keine Vollzugshindernisse und ordnen bei gegebenen Voraussetzungen die Ausweisung automatisch an. Die zuständige kantonale Behörde vollzieht unverzüglich. Ein Aufschub ist nur beim Vorliegen von Gründen des Non-Refoulement möglich. Andere Gründe wie die faktische Unmöglichkeit der Ausschaffung wegen fehlender Reisepapiere bzw. mangelnder Kooperation der Behörden im Zielstaat oder die Unzumutbarkeit der Ausschaffung wegen Krankheit u.ä. bleiben ebenso unerwähnt wie der ausländerrechtliche Status der davon betroffenen Person bei einem unüberwindbaren Vollzugshindernis. Dieser Ausweisungsautomatismus steht nach Auffassung der Mehrheit der Arbeitsgruppe im Widerspruch zu den nicht zwingenden Bestimmungen der Menschenrechtspakte und des Freizügigkeitsabkommen und lässt für die Einzelfallprüfung in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips keinen Platz. Die Varianten 2 und 3 hingegen lassen Raum für eine Prüfung völkerrechtlicher Ausschaffungshindernisse, wobei dies bei der Variante 2 von Amtes wegen in der Vollstreckungsphase (also beim Vollzug durch die zuständige Vollzugsbehörde) geschieht, mit der Möglichkeit der Anrufung des Richters innerhalb von 10 Tagen. Bei der Variante 3 wird die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse dem Strafrichter übertragen. Werden die Hindernisse erst später erkennbar oder geltend gemacht, geht das Dossier zur Neubeurteilung an den Richter zurück.

Herr Schneeberger wird diese Fragen in seinem Referat näher beleuchten, ebenso die mit den verschiedenen Varianten zu erwartenden Mehrbelastungen der Vollzugsbehörden. Auch die Aufnahme eines neuen Tatbestandes des missbräuchlichen Bezugs von Sozialleistungen und von Sozialhilfe wird dabei zur Sprache kommen.

Es bleibt mir zu danken und mit einem Hinweis auf die Empfehlungen an das Departement zu schliessen. Die Arbeitsgruppe hat in ruhiger und angenehmer Atmosphäre getagt und ist die Probleme sachlich angegangen. Sie hat sich zwar nicht zu einer einheitlichen Meinung durchringen können, was angesichts der unterschiedlichen Ausgangspositionen auch nicht zu erwarten war. Deshalb sind wir in der glücklichen Lage, dem Departement eine Auslegeordnung und mehrere Varianten mit entsprechenden Beurteilungen zu unterbreiten. Dem EJPD und dem Bundesrat obliegt es nun, die vorgelegten Varianten zu evaluieren sowie dem Parlament eine rechtlich vertretbare und politisch tragbare Gesetzesvorlage zu unterbreiten.