

Bern, 8. Oktober 2008

Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»

Stellungnahme der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH

Schwere Gewaltdelikte sind zu verurteilen. Bereits nach geltendem Recht werden Straftäter bestraft und können des Landes verwiesen werden. Doch die Ausschaffungsinitiative schlägt äusserst fragwürdige Massnahmen vor, welche keinen Beitrag zur Verbrechensbekämpfung und –verhinderung leisten.

Da die Ausschaffungsinitiative die Rechtstellung von Asylsuchenden und Flüchtlingen in der Schweiz betreffen kann, erlaubt sich die SFH, zur Initiative Stellung zu nehmen. Die SFH hofft, dass die vorliegende Stellungnahme bei der Prüfung der Initiative wichtige Hinweise liefern kann und den geäusserten Bedenken Rechnung getragen wird.

Empfehlung

Die Bundesversammlung erklärt eine Volksinitiative nach Art. 139 Abs. 2 BV für ungültig, wenn sie zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt.

Die Initiative verletzt zwingendes Völkerrecht. Deshalb empfiehlt die SFH, die Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» für ungültig zu erklären.

Weyermannsstrasse 10
Postfach 8154
CH-3001 Bern

Für Paketpost:
Weyermannsstrasse 10
CH-3008 Bern

T++41 31 370 75 75
F++41 31 370 75 00

info@osar.ch
www.osar.ch

PC-Konto
30-16741-4
Spendenkonto
PC 30-1085-7

Begründung

Die Schweiz muss ihre nationale Sicherheit gewährleisten und sicherstellen. Die diesbezüglichen Massnahmen müssen aber in Übereinstimmung mit internationalen flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Verpflichtungen stehen. Die Ausschaffungsinitiative zielt auf die Ausweisung aller Ausländerinnen und Ausländer ab, die wegen eines im Initiativtext genannten Deliktes rechtskräftig verteilt worden sind beziehungsweise missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Die Initiative schliesst auch Flüchtlinge, vorläufig Aufgenommene und Asylsuchende wie auch Staatenlose in den Anwendungsbereich

ein – Ausnahmen sind keine vorgesehen. Da die Ausschaffungsinitiative keine Ausnahmen vorsieht und nicht festlegt, wohin die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer ausgewiesen werden sollen, ist davon auszugehen, dass Flüchtlinge und andere Personen in ihre Herkunftsländer oder andere Länder ausgeschafft würden, in welchen sie einer Verfolgung ausgesetzt wären.

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Ausschaffungsinitiative mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht vereinbar ist, zwingendes Völkerrecht verletzt und somit für ungültig zu erklären ist.

A. Die absoluten Rückschiebeverbote¹

Der Wortlaut der Initiative sieht auch die Ausweisung von Personen vor, denen bei der Rückschiebung in den Herkunfts- oder Drittstaat Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Ausnahmen sind nicht vorgesehen.

Das Rückschiebeverbot bei drohender Folter ist jedoch absoluter Natur. Dieses gilt zwingend in den Fällen, in denen die wegzuweisende Person im Zielstaat der Gefahr von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ausgesetzt ist.² Das absolute Rückschiebeverbot ist Bestandteil des völkerrechtlichen *ius cogens* und gilt somit unabhängig von der Zustimmung eines einzelnen Staates. Ausnahmen sind unter keinen Umständen zulässig. Auch in ausgesprochenen Notsituationen wie Krieg ist das Rückschiebeverbot nicht derogierbar. Es gilt im Gegensatz zum flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Gebot für jede Person, unabhängig vom ausländerrechtlichen Status.

Die absolute Geltung des Non-Refoulement-Prinzips wurde jüngst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urteil der Grossen Kammer N° 37201/06 «Saadi v. Italien» vom 28.02.2008, bestätigt. Der EGMR stellt klar, dass ein Mensch zum Schutz der nationalen Sicherheit keinem erhöhten Misshandlungsrisiko ausgesetzt werden darf. Der Rückschiebungsschutz gilt also uneingeschränkt - auch für (mutmassliche) Terroristen. Eine Abwägung, bei dem das Risiko für den Einzelnen dem Risiko für die nationale Sicherheit gegenübergestellt wird, ist nicht zulässig.³

Eine Ausweisung ist auch dann völkerrechtlich unzulässig, wenn die Gefahr für Leben oder Freiheit mittelbar aus einer Abschiebung in ein Land entspringt, aus welchem eine weitere Abschiebung in den unmittelbar verfolgenden Staat droht (direkte und indirekte Kettenabschiebung). Der Staat, welcher eine Person zurückschiebt, obwohl er von der hohen Wahrscheinlichkeit weiss, dass diese gefoltert oder sonst in einem fundamentalen Menschenrecht verletzt werden wird, macht sich selber einer Vertragsverletzung schuldig. Das Verhalten des

¹ Siehe Art. 3 FoK, Art. 2 und 3 EMRK, Art. 6 und 7 IPBPR, Art. 25 Abs. 3 BV.

² An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass auch Auslieferungsverträge verbieten, Personen für politische Delikte oder bei drohender Gefahr politischer Verfolgung dem ersuchenden Staat auszuliefern (vgl. Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 (EAUe, SR 0.353.1). Die Auslieferung wird auch abgelehnt, wenn der Verfolgte einer Behandlung unterworfen wird, die seine körperliche Integrität beeinträchtigt (Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)).

³ Saadi gegen Italien, EGMR 28.02.2008, Nr. 37201/06, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=Saadi&sessionid=7486722&skin=hudoc-en>.

Destinationsstaates ist nicht zu beurteilen. Die Anwendung des Art. 3 EMRK auf Fälle der sogenannten Kettenabschiebung wird in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bejaht.⁴ Auch der UN-Menschenrechtsausschuss weist in seinem General Comment No. 31 [80] die Staaten im Zusammenhang mit Art. 6 und 7 IPBPR auf das Verbot der Kettenabschiebung hin: *"Moreover, the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed. The relevant judicial and administrative authorities should be made aware of the need to ensure compliance with the Covenant obligations in such matters."*⁵

Die Initiative verletzt das absolute Folterverbot und damit zwingendes Völkerrecht.

B. Das Refoulement-Verbot im Flüchtlingsrecht⁶

Das Non-Refoulement-Prinzip verbietet Staaten, Flüchtlinge, Staatenlose und Asylsuchende in Gebiete abzuschicken, in denen ihnen Verfolgung droht wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihren politischen Anschauungen. Liest man das Argumentarium⁷ der Initianten, so ist der vorgeschlagene Art. 121 Abs. 5 BV auch bei Flüchtlingen anzuwenden. Art. 25 Abs. 2 BV wird nicht als Einschränkung verstanden. Vielmehr wird suggeriert, dass der Grundsatz der Nichtzurückweisung nicht absolute Gültigkeit hat. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass für die Schweiz das Non-Refoulement-Verbot zwingendes Völkerrecht darstellt: *"Das «non refoulement»-Gebot, das sowohl in Artikel 33 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Flüchtlingskonvention; FK; SR 0.142.30) wie auch in Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) enthalten ist, stellt zwingendes Völkerrecht dar. Demnach darf kein Staat einen Flüchtling in ein anderes Land ausweisen, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre. Verboten ist ferner, Personen in Staaten zurückzuschicken, in denen sie der Folter, unmenschlicher Behandlung oder anderer unmenschlicher oder besonders schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt wären."*⁸

⁴ Vgl. insbesondere T.I. gegen Vereinigtes Königreich, EGMR 07.03.2000, Nr. 43844/98, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=T.I.&sessionid=7487005&skin=hudoc-en>.

⁵ General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26. Mai 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 12.

⁶ Siehe Art. 33 Abs. 1 Flüchtlingskonvention (FK) und Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AsylG, Art. 31 Staatenlosenkonvention, Art. 25 Abs. 2 BV.

⁷ Argumentarium «Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» S. 16, www.ausschaffungsinitiative.ch/argumentarium-d.pdf.

⁸ Botschaft zur Volksinitiative «für eine Regelung der Zuwanderung» vom 20. August 1997, BBl 97.060, S. 528.

Gemäss Art. 33 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Art. 5 Abs. 2 AsylG (vgl. auch Art. 31 Staatenlosenkonvention) kann sich eine Person hingegen nicht auf das Rückschiebeverbot berufen, wenn erhebliche Gründe für die Annahme bestehen, dass sie die Sicherheit der Schweiz gefährdet, oder wenn sie als gemeingefährlich einzustufen ist, weil sie wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist. Art. 32 der Genfer Flüchtlingskonvention (vgl. auch Art. 31 Staatenlosenkonvention) erlaubt ausnahmsweise die Ausweisung eines Flüchtlings aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung - aber unter Berücksichtigung strenger verfahrensrechtlicher Garantien. Eine Ausweisung ist nur unter aussergewöhnlichen Umständen zulässig.⁹ Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Ausweisung eines Flüchtlings darf nur als letzte Möglichkeit dienen, sie muss das einzig praktikable Mittel darstellen und die Gefahr muss die Risiken des Refoulements überwiegen.¹⁰

Eine Person verletzt die öffentliche Sicherheit, wenn sie Handlungen ausübt, welche auf einen Umsturz der Regierung des betroffenen Landes durch innere oder äussere Gewalt oder anderer illegale Mittel abzielen oder welche sich gegen eine ausländische Regierung richten, die in Folge die Regierung des Aufnahmelandes mit einer Intervention schwerwiegender Natur bedroht.¹¹ Auch die Verletzung der öffentlichen Ordnung rechtfertigt nicht automatische die Ausweisung eines Flüchtlings. Im Einzelfall ist abzuklären, ob die weitere Anwesenheit die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung bedroht.¹² Unter "schwerwiegendem" Verbrechen ist ein Kapitalverbrechen oder eine besonders schwere Straftat zu verstehen, ein Diebstahl fällt sicher nicht unter diese Definition.¹³ Im Entscheid vom 8. Mai 2006 (2A.51/2006) hält das Bundesgericht hierzu fest, dass nur ein besonders schweres Verbrechen den Rückschiebeschutz von Art. 33 Abs. 1 FK und Art. 5 Abs. 1 AsylG aufzuheben vermag: "[]eine Ausnahme vom Non-Refoulement-Prinzip rechtfertigt sich bloss dann, wenn der Täter für die Allgemeinheit des Zufluchtsstaats eine Gefahr bildet (Urteil 2A.139/1994 vom 1. Juli 1994, E. 6a/aa). Die entsprechende Gemeingefährlichkeit ergibt sich dabei nicht bereits aus der Verurteilung wegen des besonders schweren Verbrechens; es muss vielmehr zusätzlich eine konkrete Wiederholungsgefahr bestehen (Urteil 2A.139/1994 vom 1. Juli 1994, E. 6 mit Hinweisen auf die Doktrin)."¹⁴

Es ist darauf hinzuweisen, dass der Initiativtext die Ausweisung bei Delikten vorsieht, wie Einbruchsdelikt oder aber bei missbräuchlichem Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe, welche aus Gründen der öffentlichen

⁹ UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 7 (XXVIII) 1977: Ausweisung, Paragraph (a).

¹⁰ UNHCR "Note on Expulsion of Refugees (EC/SCP/3)".

¹¹ Atle Grahl-Madsen, Commentary on the 1951 Refugee Convention (Articles 2-11, 13-37), Hrsg. UNHCR, Genf (1997), S. 204.

¹² P. Weis, The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, Cambridge University Press, Cambridge (1995), S. 322; A. Grahl-Madsen, Fussnote 9, Kommentar zu Artikel 32, Seiten 205 ff.

¹³ Vgl. dazu Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, UNHCR Genf, September 1979 (Re-edited 1992), nicht-amtliche Übersetzung: Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Neuauflage UNHCR Österreich, Dezember 2003, Para. 154 ff.

¹⁴ 2A.51/2006, Erw. 5.2.

Ordnung und Sicherheit nicht zu rechtfertigen ist. Zudem erlaubt der durch den Initiativtext vorgesehene Automatismus keine Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls und schliesst daher eine geforderte individuelle Beurteilung aus und lässt keinen Raum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung.

Der Initiativtext verletzt das Non-Refoulement-Prinzip, eine dem Völkerrecht angepasste Auslegung ist ausgeschlossen.

C. Verfahrensgarantien

Verfahrensgarantien sind im Wortlaut der Initiative nicht vorgesehen. Die Schweiz ist jedoch verpflichtet, im Falle einer drohenden Ausweisung Verfahrensgarantien vorzusehen.

Gemäss **Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK** darf jemand, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, nur aufgrund einer rechtmässig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden.¹⁵ Dabei muss der betroffenen Person gestattet werden, Gründe vorzubringen, die gegen ihre Ausweisung sprechen, ihren Fall prüfen zu lassen und sich zu diesem Zweck vor der zuständigen Behörde oder einer oder mehreren von dieser Behörde bestimmten Personen vertreten zu lassen (so auch Art. 13 IPBPR). Zwar sieht Art. 1 Abs. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK Ausnahmen der genannten Verfahrensgarantien im Ausweisungsverfahren vor, nämlich wenn eine Ausweisung im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist oder aus Gründen der nationalen Sicherheit erfolgt. Der missbräuchliche Bezug von Sozialhilfeleistungen stellt freilich keine Gefahr für die öffentliche Ordnung dar, weshalb die genannten Verfahrensgarantien einzuhalten sind.

Auch Art. 32 der Genfer Flüchtlingskonvention sieht prozessuale Rechte vor. So darf die Ausweisung eines Flüchtlings nur in Ausführung einer Entscheidung erfolgen, die in einem durch gesetzliche Bestimmungen geregelten Verfahren ergangen ist. Der betroffene Flüchtling hat grundsätzlich das Recht, ein Rechtsmittel einzulegen und sich zu diesem Zweck vertreten zu lassen. Darüberhinaus ist dem Flüchtling eine angemessene Frist zu gewähren, um ihm die Möglichkeit zu geben, in einem anderen Land um rechtmässige Aufnahme nachzusuchen.

Der Wortlaut der Initiative tangiert das **Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK**. Jede von einer Ausweisung betroffene Person muss die Möglichkeit haben, diese Entscheidung bei einer unabhängigen und unparteiischen Instanz anzufechten. Im Fall *Al-Nashif gegen Bulgarien* bejahte der EGMR das **Recht auf eine effektive Beschwerde auch in Fällen von nationaler Sicherheit** und hielt fest, dass insbesondere auch die Frage erörtert werden muss, ob die Ausweisung einen Eingriff in die Rechte der betroffenen Person darstellt und dieser gerechtfertigt ist: "[] where there is an arguable claim that such an expulsion may infringe the foreigner's right to respect for family life, Article 13 in conjunction with Article 8 of the Convention requires that States must make available to the individual concerned the effective possibility of challenging the deportation or refusal-of-residence order and of having the relevant issues examined with sufficient procedural safeguards

¹⁵ In den Fällen, in denen Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK nicht anwendbar ist, hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auf Art. 13 EMRK berufen (siehe *Al Nashif gegen Bulgarien*, FN 8).

*and thoroughness by an appropriate domestic forum offering adequate guarantees of independence and impartiality. [] Even where an allegation of a threat to national security is made, the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available. The authority must be competent to reject the executive's assertion that there is a threat to national security where it finds it arbitrary or unreasonable. There must be some form of adversarial proceedings, if need be through a special representative after a security clearance. Furthermore, the question whether the impugned measure would interfere with the individual's right to respect for family life and, if so, whether a fair balance is struck between the public interest involved and the individual's rights must be examined."*¹⁶

Darüberhinaus berührt der Wortlaut der Initiative auch die **verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)**, denn die Ausweisung könnte als strafrechtliche Sanktion qualifiziert werden, was auch dem Willen der Initianten entspricht, wonach die Ausweisung der Bestrafung des Täters dienen soll.¹⁷

Da der Wortlaut der Initiative keine prozessualen Garantien vorsieht in Bezug auf die Ausweisung, verstösst die Initiative gegen internationale Verpflichtungen der Schweiz.

D. Weiteres

Die Initiative wirft auch Fragen im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG auf.¹⁸ Denn das Freizügigkeitsabkommen verbietet die automatische Ausweisung von EU-Bürgern. Im Einzelfall muss eine Verhältnismässigkeitsprüfung stattfinden;¹⁹ EU-Bürger und Drittstaatsangehörige müssen diesbezüglich die gleichen Rechte haben. Der UNO-Ausschuss gegen Rassendiskriminierung weist in den Allgemeinen Empfehlungen Nr. 30 von 2004 betreffend Diskriminierung und Rassismus von Nicht-Staatsangehörigen auf das Gleichbehandlungsgebot hin und hält fest: "*Ensure that laws concerning deportation or other forms of removal of non-citizens from the jurisdiction of the State party do not discriminate in purpose or effect among non-citizens on the basis of race, colour or ethnic or national origin, and that non-citizens have equal access to effective remedies, including the right to challenge expulsion orders, and are allowed effectively to pursue such remedies []*."²⁰

¹⁶ Al Nashif gegen Bulgarien, EGMR 20.06.2008, Nr. 50963/99, para. 133 und 137, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Nashif&sessionId=6521092&skin=hudoc-en>.

¹⁷ Argumentarium «Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» S. 15, www.ausschaffungsinitiative.ch/argumentarium-d.pdf.

¹⁸ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

¹⁹ Vgl. dazu Thomas Gächter und Matthias Kradofer, Von Schwarzen Schafen, in: ASYL 1/08, S. 17.

²⁰ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 30, Discrimination against Non-citizens, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004), para. 25.

Schlussbemerkungen

Bereits heute kann die Aufenthalts- oder Niederlassungs-Bewilligung widerrufen oder nicht verlängert und die betroffene Person ausgewiesen werden (Art. 62 ff. AuG), wenn die betreffenden Ausländerinnen und Ausländer durch ihr Verhalten zeigen, dass sie nicht willens oder nicht fähig sind, "sich an die schweizerische Rechtsordnung und an die allgemein geltenden Gepflogenheiten zu halten".²¹ Namentlich kann einer ausländischen Person eine Bewilligung widerrufen und sie kann ausgewiesen werden, wenn sie zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt oder gegen sie eine Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 StGB angeordnet wurde oder wenn sie erheblich und wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Auch eine Sozialhilfeabhängigkeit kann zum Widerruf der Bewilligung führen. In jedem Fall kann die Bewilligung allerdings nur verweigert werden, wenn dies nach den gesamten Umständen verhältnismässig erscheint (BGE 120 Ib 129 E. 4). Die zuständigen Behörden haben deshalb bei ihren Entscheiden alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung haben sie öffentliche und private Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen (Art. 96 AuG).

Kantone machen von den heutigen Möglichkeiten durchaus Gebrauch und weisen straffällige Ausländerinnen und Ausländer aus. Im Gegensatz zur Initiative beachtet jedoch die jetzige Lösung Verfassungs- und Völkerrecht.

Für eine völkerrechtskonforme Auslegung der Initiative ist wie dargelegt kein Platz. Es kann aber doch nicht angehen, dass der Souverän über nicht umsetzbare Initiativen abstimmen kann. Geweckte Erwartungen können schlussendlich nicht erfüllt werden, wie wir alle am Beispiel der Verwahrungsinitiative erleben mussten. Eine völkerrechtskonforme Umsetzung des Initiativtextes unter Respektierung des Willens der Initianten ist nach unserer Auffassung nicht möglich.

²¹ So die Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3760.