

Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?

Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV

JOHANNES REICH*

Schlagworte: Volksinitiative, «Ausschaffungsinitiative», Völkerrecht, zwingende Bestimmungen, integrierende Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV, Verbot der Folter, non-refoulement, Allgemeines Verwaltungsrecht, Ausländerrecht, Freizügigkeitsabkommen (FZA)

A. «Ausschaffungsinitiative» und geltendes Ausländerrecht

I. Fragestellung

Am 7. März 2008 erklärte die Bundeskanzlei die fast genau 100 Tage vor den eidgenössischen Wahlen 2007 von der Schweizerischen Volkspartei (SVP) lancierte, aufgrund der kontroversen «Schäfchenplakate» auch international beachtete eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» als für zu Stande gekommen.¹ Daher obliegt es der Bundesversammlung, gestützt auf die entsprechende Botschaft und den dazugehörigen Entwurf eines Bundesbeschlusses des Bundesrates zu entscheiden, ob die «Ausschaffungsinitiative» die Einheit der Form und der Materie sowie «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» wahrt (Art. 139 Abs. 2

* lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Yale). – Stand von Rechtsprechung, Literatur, Medienberichten und besuchten Internetseiten: 10. Oktober 2008.

1 BBI 2008 S. 1927 f. Zur internationalen Resonanz u.a. *Plan to Expel Immigrants is Symbol of a New Extremism*, The Independent, 7. September 2007, S. 2; *Immigration, Black Sheep and Swiss Rage*, New York Times, 8. Oktober 2007, S. A17; *Swiss Fury at Foreigners Boiling Over*, Washington Post, 9. Oktober 2007, S. A10; *«Black Sheep» Cartoon Ignites Bitter Row on Racism Before Swiss Election*, The Times, 10. Oktober 2007, S. 35; *Swiss Far From Sheepish in Raising Race Card*, The Australian, 11. Oktober 2007, S. 11; *A Noisy Herd. Switzerland's Election*, The Economist, 13. Oktober 2007, S. 56.

[neu] BV²; Art. 97/98 ParlG³; Art. 75 Abs. 1 BPR⁴). Dieser Beitrag untersucht, ob die «Ausschaffungsinitiative» von der Bundesversammlung ganz oder teilweise gültig oder aber ungültig zu erklären ist.⁵

II. Inhalt der «Ausschaffungsinitiative»

Die «Ausschaffungsinitiative» verlangt, Art. 121 BV um drei Absätze (Art. 121 Abs. 3–6 E-BV⁶) und eine intertemporale Regelung (Art. 197 Ziff. 8 ÜBBest E-BV) zu ergänzen. Demnach sollen Personen ausländischer Staatsangehörigkeit «unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz» verlieren, falls sie entweder aufgrund einer der in Art. 121 Abs. 3 al. 1 E-BV aufgeführten und einfachgesetzlich zu konkretisierenden *Anlasstaten*⁷ rechtskräftig verurteilt worden sind oder «missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben» (Art. 121 Abs. 3 al. 2 E-BV). Unter diesen Voraussetzungen «sind» Personen ausländischer Staatsangehörigkeit «von der zuständigen Behörde aus der Schweiz *auszuweisen* und mit einem *Einreiseverbot* von 5–15 Jahren zu belegen.» (Art. 121 Abs. 5 Satz 1 E-BV).⁸ Im «Wiederholungsfall» ist das Einreiseverbot «auf 20 Jahre anzusetzen» (Art. 121 Abs. 5 Satz 2 E-BV). Mit der Annahme der Initiative durch Volk und Stände würde für den Bundesgesetzgeber eine Frist von fünf Jahren zu laufen beginnen, binnen welcher er zur Konkretisierung der Anlasstaten verpflichtet und zur Ergänzung des Deliktskatalogs ermächtigt wäre (Art. 121 Abs. 4 E-BV; Art. 197 Ziff. 8 ÜBBest E-BV). Binnen gleicher Frist wären gesetzliche Grundlagen für die Bestrafung

2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101). – Im Folgenden bezieht sich das Zitat von Art. 139 BV stets auf die «neue» Fassung vom 4. Oktober 2000, in Kraft seit 1. August 2003.

3 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10).

4 Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1).

5 In den Printmedien wird die Initiative überwiegend für ungültig gehalten, vgl. u.a. *SVP beschliesst Initiative gegen kriminelle Ausländer*, Der Bund, 2. Juli 2007, S. 6; *Delinquants étrangers*, L'Hebdo, 14. Februar 2008, S. 16; *Volk oder Richter – wenn keiner das letzte Wort hat*, Neue Zürcher Zeitung, 13. September 2008, S. 13 und vor allem *Wie zwingend ist das zwingende Völkerrecht?*, Tages-Anzeiger, 28. August 2008, S. 3, wonach die Verletzung zwingenden Völkerrechts durch die «Ausschaffungsinitiative» «[f]ür Staatsrechtler ein klarer Fall» sei; äusserst subtil a.M. THOMAS GÄCHTER und MATTHIAS KRADOLFER, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, Asyl 2008 I S. 12–20, 19, wonach das Begehren «nicht unbedingt für ungültig zu erklären» sei.

6 Entwurf für eine Bestimmung der BV.

7 In Art. 121 Abs. 3 al. 1 E-BV werden neben bestimmten Straftatbeständen des StGB (Fn. 24) – vorsätzliche Tötung (Art. 111), Raub (Art. 140), Menschenhandel (Art. 182) und Vergewaltigung (Art. 190) – untechnische Begriffe («Drogenhandel», «Einbruchsdelikt») verwendet und Analogien (zu «anderen schweren Sexualdelikt[en] neben der Vergewaltigung sowie «anderen Gewaltdelikt[en] wie Raub») angestellt.

8 Hervorhebungen hinzugefügt.

Ausgewiesener zu schaffen, welche «das Einreiseverbot» missachten oder «sonstwie illegal in die Schweiz» einreisen (Art. 121 Abs. 6 Satz 1 E-BV).⁹

III. Ausländerrechtliche Entfernung- und Fernhaltungsmassnahmen

Ausländerrechtliche Entfernung- und Fernhaltungsmassnahmen ergehen aufgrund der Art. 64–68 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)¹⁰. Dem AuG gehen die «anderen Bestimmungen des Bundesrechts (...) oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge» vor (Art. 2 Abs. 1 AuG). Das gilt insbesondere für das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die *Freizügigkeit (FZA)*¹¹ (Art. 2 Abs. 2, 3 AuG). Die durch das FZA einräumten Rechte «dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.»¹² Solche Restriktionen sind durch «[s]trafrechtliche Verurteilungen allein» nicht «ohne weiteres» zulässig.¹³ Vielmehr müssen die der strafrechtlichen Verurteilung «zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.»¹⁴ Gesetzliche Vorschriften, welche eine Ausweisung *ohne eine Interessenabwägung* – gleichsam «automatisch» – an die rechtskräftige Verurteilung wegen eines bestimmten Straftatbestandes knüpfen, halten vor diesen Vorgaben ebenso wenig stand¹⁵ wie Kollektivausweisungen und Regelungen, die generalpräventive Motive verfolgen.¹⁶ Folgerichtig ist § 53 des deutschen Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz; AufenthG), der einen solchen «Automatismus» vorsieht, im

9 Zum geltenden Recht Art. 115 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. d und Art. 67/68 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20).

10 SR 142.20; Inkrafttreten: 1. Januar 2008, vgl. aber Bundesratsbeschluss vom 24. Oktober 2007, AS 2007 S. 5489.

11 SR 0.142.112.681 (Hervorhebungen hinzugefügt).

12 Art. 4, 6 und 7 FZA i.V.m. Anhang I Art. 5 Abs. 1 FZA.

13 Art. 4, 6 und 7 FZA i.V.m. Anhang I Art. 5 Abs. 2 FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

14 EuGH, 27. Oktober 1977, 30/77, Slg. 1977, 01999, Pierre Bouchereau, Rz. 35 (vgl. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA); BGE 130 II 176 E 3.4.1 S. 182.

15 EuGH, 19. Januar 1999, C-348/96, Slg. 1999, I-11, Donatella Calfa, Rz. 25–28; 7. Juni 2007, C-50/06, Kommission gegen die Niederlande, Rz. 44; 29. April 2004, C-482/01, Georgios Orfanopoulos et al., Rz. 71.

16 Art. 4, 6 und 7 FZA i.V.m. Anhang I Art. 5 Abs. 2 FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 64/221/EWG (Fn. 13); EuGH, 11. Februar 2000, C-340/97, Ömer Nazli, Rz. 59; BGE 2A.247/2006 E 2.4.3, 130 II 176 E 3.4.2 S. 183.

Rahmen der europarechtlich eingeräumten Freizügigkeitsrechte *nicht anwendbar*.¹⁷

Im Geltungsbereich des AuG bedürfen Personen ausländischer Staatsangehörigkeit für den Aufenthalt in der Schweiz jedenfalls ab einer Aufenthaltsdauer von mehr als drei Monaten einer *Bewilligung* (Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 AuG). Diese «kann» insbesondere dann *widerrufen* werden, wenn die betreffende Person «erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung (...) verstossen hat oder diese gefährdet», «auf Sozialhilfe angewiesen ist» oder «zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde» (Art. 62 Bst. b, c, e AuG). Im Fall von Niederlassungsbewilligungen müssen diese Widerrufsgründe zumeist in qualifizierter Weise vorliegen (Art. 63 Abs. 1 Bst. b, c AuG). Ein gegebener Widerrufsgrund allein rechtfertigt den Widerruf jedoch nicht. Letzterer ist vielmehr Gegenstand der «Ermessensausübung» i.S.v. Art. 96 AuG.¹⁸ Im Fall des Widerrufs oder der Nichtverlängerung der ausländerrechtlichen Bewilligung hat die zuständige Behörde, im Regelfall unter Fristansetzung, die *Wegweisung* als Entfernungsmassnahme zu verfügen (Art. 66 Abs. 1, 2 AuG). Diese verpflichtet den Verfügungsadressaten, das schweizerische Hoheitsgebiet binnen angesetzter Frist zu verlassen. Demgegenüber erfolgt die *Ausweisung* durch das Bundesamt für Polizei oder den Bundesrat (Art. 121 Abs. 2 BV) im Hinblick auf die «Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz» (Art. 68 Abs. 1 AuG). Da die Ausweisung verbunden mit einem Einreiseverbot angeordnet wird, ist sie zugleich Entfernungs- und Fernhaltemassnahme (Art. 68 Abs. 3 AuG).¹⁹ Bei der Anordnung

17 THOMAS DISCHER, Vor §§ 53 ff. AufenthG (Lfg. Januar 2007), in: Roland Fritz und Jürgen Vormeier (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz*, Neuwied 2005 ff., Rn. 639. Vgl. § 53 AufenthG – Fassung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 3 Gesetz vom 13. März 2008 (BGBl. I S. 313) – wonach «[e]in Ausländer (...) ausgewiesen (...) wird (...), wenn er wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist oder wegen vorsätzlicher Straftaten innerhalb von fünf Jahren zu mehreren Freiheits- oder Jugendstrafen von zusammen mindestens drei Jahren rechtskräftig verurteilt (...)» oder wenn dieser «wegen einer vorsätzlichen Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz, wegen Landfriedensbruches unter den in § 125 a Satz 2 des Strafgesetzbuches genannten Voraussetzungen und wegen eines im Rahmen einer verbotenen öffentlichen Versammlung oder eines verbotenen Aufzugs begangenen Landfriedensbruches gemäss § 125 des Strafgesetzbuches rechtskräftig zu einer Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren oder zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und die Vollstreckung der Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist (...)» – Die Ausländerbehörde ist grundsätzlich nicht befugt, die Ausweisung auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen; KAY HAILBRONNER, *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart 2006, Rn. 352; GÜNTER RENNER, *Ausländerrecht*. Kommentar, 8. Aufl., München 2005, § 53 AufenthG Rn. 3, 5; vgl. dazu auch hinten B. II.2.b. Haupttext zu Fn. 67–75. – Für Unionsbürger gilt als Konsequenz von EuGH, Orfanopoulos (Fn. 16) § 6 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950, 1986, zuletzt geändert durch Art. 7 Gesetz vom 26. Februar 2008, BGBl. I S. 215).

18 BGE 134 II I E 2.2 S. 2, E 4.3 a.E. S. 6; MARC SPESCHA, Art. 62 AuG, in: ders., Hanspeter Thür und Andreas Zünd (Hrsg.), *Migrationsrecht*, Zürich 2008, Rn. 2.

19 MARC SPESCHA, Art. 68 AuG, in: Spescha/Thür/Zünd (Fn. 18), Rn. 3.

der Ausweisung hat die zuständige Behörde wiederum nicht bloss deren rechtliche Begründetheit sondern auch deren Angemessenheit zu prüfen (Art. 96 AuG).²⁰ Der zwangsweisen Durchsetzung von Weg- und Ausweisungen dient die *Ausschaffung* (vgl. Art. 69 Abs. 1 AuG). Ist die Aus- oder Wegweisung «nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar», tritt an deren Stelle die *vorläufige Aufnahme* als Ersatzmassnahme (Art. 83 Abs. 1 AuG). Das gilt insbesondere dann, wenn «völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» wie etwa Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²¹ oder Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention (FK)²² einer «Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen» (Art. 83 Abs. 3 AuG).²³

IV. Strafrechtliche Landesverweisung (aArt. 55 StGB)

Nach der bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)²⁴ konnte das Strafgericht «den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, für 3 bis 15 Jahre aus dem Gebiet der Schweiz verweisen» (aArt. 55 Abs. 1 StGB).²⁵ Die sowohl als Nebenstrafe als auch als Sicherungsmassnahme ausgestaltete strafrechtliche Landesverweisung wurde mit dem Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB aufgehoben.²⁶ Mehr als vierzehn Jahre zuvor waren Bestimmungen, wonach das Strafgericht die Landesverweisung im Fall der Verurteilung aufgrund bestimmter Tatbestände *obligatorisch* anzuordnen hatte, gestrichen worden.²⁷ Bei der Anordnung einer strafrechtlichen Landesverweisung (aArt. 55 StGB) unterschied die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwischen dem strafgerichtlichen *Entscheidungsverfahren* (Anordnungsverfahren) und dem verwaltungsrechtlichen *Vollstreckungsverfahren*. Ob die Entfernung eines Verurteilten aus der

20 Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 S. 3709–3850, 3823.

21 [Europäische] Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

22 Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30).

23 BVGE E-8317/2007 E 4.2.1.; Botschaft AuG (Fn. 20), S. 3814; PETER BOLZLI, Art. 83 AuG, in: Spescha/Thür/Zünd (Fn. 18), Rn. 10.

24 SR 311.0.

25 Art. 55 StGB in der bis zur Inkraftsetzung von Ziff. I des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 am 1. Januar 2007 gültigen Fassung (AS 2006 S. 3459–3502).

26 BGE 123 IV 107 E I S. 108 f., 114 Ib I E 3 a S. 3 f.; BÉATRICE KELLER, Art. 55 StGB, in: Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I. 1. Aufl., Basel/Genf/München, 2003, Rn. 5 f. – Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafgesetz, BBl 1999 II 1979–2417, 2101 f.

27 Art. 199 Abs. 3 StGB (gewerbmässige Kuppelei), Art. 202 Ziff. 4 StGB (Frauen- und Kinderhandel), aufgehoben durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991, in Kraft seit 1. Oktober 1992 (AS 1992 II S. 1670–1674).

Schweiz insbesondere das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV; Art. 3 EMRK; Art. 7 IPBPR²⁸; Art. 3 Anti-Folterkonvention²⁹), das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV; Art. 2 EMRK; Art. 6 IPBPR) oder den flüchtlingsrechtlichen Grundsatz des *non-refoulement* (Art. 25 Abs. 3 BV; Art. 33 FK) verletzte, war *ausschliesslich* im Vollstreckungsverfahren zu prüfen.³⁰ Die dem *Vollzug* der Landesverweisung entgegenstehenden Hindernisse waren von der Vollzugsbehörde in einer gesonderten Vollstreckungsverfügung zu beurteilen.³¹ Vom Verbot der Rückschiebung ist die Flüchtlingseigenschaft zu unterscheiden. Über die Gewährung des Asyls entscheidet allein das Bundesamt für Migration (Art. 6a Abs. 1 AsylG³²). An dessen rechtskräftigen Entscheid ist das Strafgericht nach den allgemeinen Regeln über Vorfragen gebunden.³³ Entsprechend durfte das Strafgericht lediglich prüfen, ob die Rückschiebung nach Art. 5 Abs. 2, Art. 65 AsylG und Art. 33 Abs. 2 FK ausnahmsweise zulässig ist.³⁴

In einem jüngeren Entscheid hielt das Bundesgericht zur Dualität von Anordnungs- und Vollstreckungsverfahren fest, dass diese zwar «unter Umständen wenig zweckmässig» aber «*nicht bundesrechtswidrig*» sei.³⁵ Auch die EMRK steht der Prüfung menschenrechtlicher Wegweisungsvollzugshindernissen allein im Vollstreckungsverfahren nicht entgegen. Der Europäische Ge-

28 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

29 Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105).

30 BGE 124 II 289 E 4a S. 292, 121 IV 345 E 1a S. 347, 116 IV 105 S. 114 E 4 f. («Art. 33 Flüchtlingsabkommen und Art. 3 EMRK *können und dürfen* demnach erst Beachtung finden, wenn es darum geht, festzulegen, wann und wie eine Ausweisung aus dem Gebiete der Schweiz zu *vollziehen* ist.»); Verwaltungsgericht des Kantons Bern, 31. Oktober 1995, BVR 1996 S. 412–428, 418; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 20. Juli 2000, VB.2000.00179, E 2d (<http://www.vgrzh.ch>); B. KELLER (Fn. 26), Rn. 19 f.; gl.M. (betreffend ein wegen begangener schwerer Straftaten abgewiesenes Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach dem Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer) Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 19. Juni 2001, VB.2001.00128, E 1c/bb («Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem in Art. 3 EMRK verankerten Verbot der unmenschlichen Behandlung bzw. dem Grundsatz des Non-Refoulement indessen *erst beim Vollzug der Wegweisung* Rechnung zu tragen.») – Hervorhebungen jeweils hinzugefügt.

31 BGE 116 IV 105 E 4h S. 115; Asylrekurskommission, 11. März 1996, VPB 1997 Nr. 12 E 3; NICOLAS WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 461; kritisch zur kantonalen Praxis ARTHUR WOLFFERS, Non-Refoulement-Prinzip und Verfahrensrecht, ZBJV 1991 S. 190–212, 211 f.

32 Asylgesetz (AsylG; SR 142.31).

33 BGE 118 IV 221 E 2c S. 226; WALTER KÄLIN, Das schwierige Verhältnis zwischen Asylverfahren und Landesverweisung, Asyl 1988 II S. 7–9, 7.

34 ALBERTO ACHERMANN und CHRISTINA HAUSAMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern 1991, S. 345 f.; B. KELLER (Fn. 26), Rn. 18; KÄLIN (Fn. 33), S. 7; WISARD (Fn. 31), S. 59, 460; ANDREAS ZÜND, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Peter Ueber-sax, Peter Münch, Thomas Geiser und Martin Arnold (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, Rn. 6.45.

35 BGE 2A.313/2005 E 3.3.2 (Hervorhebung hinzugefügt).

richtshof für Menschenrechte hat mehrfach festgehalten, dass Art. 3 EMRK nicht schon mit der Untersagung oder dem Entzug des Aufenthaltsrechts, sondern erst mit dem rechtskräftigen Entscheid verletzt sei, der die *Vollstreckung* der Ausweisung zulasse, die in einen Staat erfolgen würde, in dem der Verfügungsadressat einem «*real and imminent risk*» ausgesetzt wäre, Opfer von «Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung» zu werden.³⁶

B. Anforderungen von Art. 139 Abs. 2 BV

I. Einheit der Form und der Materie

Formulierte Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung werden Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt, sofern sie «die Einheit der Form, die Einheit der Materie» und «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» wahren (Art. 139 Abs. 2 BV). Die *Einheit der Materie* verlangt, dass zwischen den Zielsetzungen eines Begehrens «ein sachlicher Zusammenhang besteht» (Art. 75 Abs. 2 BPR). Die «Ausschaffungsinitiative» erfüllt dieses Kriterium, da sie sich in allen Teilen auf die Sanktionierung von Rechtsverletzungen durch Personen ausländischer Staatsangehörigkeit bezieht. Die *Einheit der Form* verpflichtet die Initianten, ihr Begehren entweder als formulierte Initiative oder als allgemeine Anregung abzufassen (Art. 75 Abs. 3 BPR). Formal betrachtet liesse sich der Text der «Ausschaffungsinitiative» ohne Änderungen durch die Bundesversammlung in die Bundesverfassung einfügen, weshalb das Begehren durchgängig der Form der formulierten Volksinitiative entspricht.³⁷ Damit ist die Einheit der Form gewahrt.³⁸

36 Vgl. EGMR, 14. Februar 2008, Hussain v. Rumänien, Nr. 12338/02, Ziff. 105; 15. Januar 2007, Sisojeva et al. v. Lettland, Nr. 60654/00, Ziff. 93; 27. August 1992, Vijayanathan und Puparajah v. Frankreich, Nr. 17550/90, Ziff. 46; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rn. 301. – Vgl. auch [U.N.] HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, Ziff. 12 (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>).

37 Allgemein GEORG MÜLLER, Rechtsetzung und Staatsverträge, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 70 N 8; PIERRE TSCHANNEN, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBI 2002 S. 2–29, 8.

38 Delegationsnormen sind bei Initiativen in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs zulässig, sofern sie «klar und eindeutig» sind: BGE 114 Ia 413 E 3fe S. 421; TSCHANNEN (Fn. 37), S. 9.

II. «Zwingende Bestimmungen des Völkerrechts»

1. Integrierende Auslegung

Zum Verständnis der «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» i.S.v. Art. 139 Abs. 2 BV haben sich zwei dominierende Theorierichtungen herausgebildet. Während ein Teil der Doktrin dafür hält, die «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» seien als verfassungsrechtlicher Begriff *autonom*, mithin landesrechtlich, auszulegen³⁹, stellt sich die Gegenmeinung auf den Standpunkt, die Norm müsse *heteronom* als Verweis auf das völkerrechtliche *ius cogens* verstanden werden.⁴⁰ Gestützt auf das jeweilige Auslegungskonzept wird Art. 139 Abs. 2 BV entweder als autonome oder heteronome Schranke der Verfassungsrevision bezeichnet. Nach der hier vertretenden Auffassung spricht eine vertiefte Analyse der relevanten Auslegungselemente im Widerspruch zu *beiden* Lehrmeinungen für eine zweistufige, *integrierende Auslegung*, welche die völker- und die landesrechtliche Ebene von Art. 139 Abs. 2 BV vereint. Auszugehen ist vom Wortlaut von Art. 139 Abs. 2 BV, der sich eng an den authentischen französischen Text von Art. 53 Satz 1 und Art. 64 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV⁴¹) anlehnt. Diese Bezugnahme auf die staatsvertragliche Umschreibung des völkerrechtlichen *ius cogens* ist, wie die Entstehungsgeschichte belegt, nicht bloss semantischer, sondern inhaltlicher Natur.⁴² Ferner wurde in den Vorberatungen klar zwischen «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» wie dem Folterverbot einerseits und zentralen, aber nicht dem *ius cogens* zugehörigen Normen des Völker-

39 GIOVANNI BIAGGINI, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP 1999 S. 722–729, 728; OLIVER DIGGELMANN, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Bern 2005, S. 55; RENÉ RHINOW, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rn. 3193; DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: ders., Kosmopolitisches Staatsrecht. Band 1. Grundidee Gerechtigkeit, Zürich/Basel/Genf/Berlin 2005, S. 65–106, 73–75.

40 Botschaft zur Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen», BBl 2006 S. 8953–8974, 8916 f.; Botschaft zur Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», BBl 2008 S. 7603–7652, 7609–7611; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI und MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse. Vol. I, 2. Aufl., Bern 2006, Rn. 1300; FRANÇOIS BELLANGER, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, in: Thüer/Aubert/J. P. Müller (Fn. 37), § 79 Rn. 13; ETIENNE GRISEL, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl., Bern 2004, Rz. 659; YVO HANGARTNER, Art. 139 BV (neu) in: Bernhard Ehrenzeller, Philippe Mastronardi, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel Genf 2008, Rn. 29, 34; DERS. und ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rn. 554; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 44 Rn. 24 f.; HELEN KELLER, MARKUS LANTER und ANDREAS FISCHER, Volksinitiativen und Völkerrecht, ZBl 2008 S. 121–154, 134.

41 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WÜRV; SR 0.111).

42 Vgl. etwa Protokoll Verfassungskommission Nationalrat (Subkommission 1), Sitzung vom 23.–25. April 1997, S. 12–14, Sitzungen vom 14./15. Mai 1997, S. 5–7.

rechts, insbesondere der EMRK in ihrer Gesamtheit, unterschieden.⁴³ Diese Faktoren stehen dem Einbezug von sogenannt «faktisch zwingendem» Völkerrecht oder «*ius cogens sui generis*» unter Art. 139 Abs. 2 BV entgegen.⁴⁴ Für einen völkerrechtlichen Ausgangspunkt der Normauslegung spricht ferner, dass sich die vorbereitenden Kommissionen der Bundesversammlung bei der Redaktion von Art. 139 Abs. 2 BV auf die Nachführung der mit der Ungültigerklärung der Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» am 14. März 1996 eingeschlagenen Praxis zu beschränken suchten.⁴⁵ Folgerichtig scheiterten Anträge, die inhaltlichen Schranken der Volksinitiative weiter zu fassen.⁴⁶

In Verbindung mit der Normgenese zwingt der Wortlaut von Art. 139 Abs. 2 BV dazu, den Begriff der «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» in einem *ersten Schritt* aufgrund des *völkerrechtlichen ius cogens* zu bestimmen und transparent zu machen. Der Rückgriff auf die *Telos* von Art. 139 Abs. 2 BV ermöglicht es, den im ersten Auslegungsschritt gewonnenen Norminhalt in

-
- 43 In diesem Sinn Protokoll Verfassungskommission Nationalrat (Subkommissionen 1 und 2), Sitzung vom 23. April 1997, S. 17, Protokoll Verfassungskommission Nationalrat (Subkommission 1), Sitzung vom 23.–25. April 1997, S. 12, 15, Sitzungen vom 31. Januar 1997, S. 6, Sitzungen vom 14./15. Mai 1997, S. 6, Sitzungen vom 26. März 1997, S. 30 f.; Protokoll Verfassungskommission Ständerat, Sitzungen vom 26./27. November 1997, S. 11 f., Sitzungen vom 23./24. März 1998, S. 9, 11, Protokoll Verfassungskommission Ständerat (Subkommission 1), Sitzungen vom 20. Mai 1997, S. 5 f.
- 44 In Weiterführung der Thesen von LUZIUS WILDHABER, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in: Piermarco Zen-Ruffinen und Andreas Auer (Hrsg.), *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 293–299, 299 sollen nach HANGARTNER (Fn. 40), Rn. 30, 32 «unkündbare oder einem Rücktritt nur beschränkt zugängliche völkerrechtliche Verträge von erheblicher Tragweite» sowie «formal zwar noch kündbare völkerrechtliche Verträge von erheblicher Bedeutung, die aber faktisch unkündbar sind», einschliesslich der «EMRK als (rechtlich) zwingendes Völkerrecht» «faktisch zwingend» – also «zwingend» i.S.v. Art. 139 Abs. 2 BV – sein. Mit anderer Terminologie («*ius cogens sui generis*») im Resultat ähnlich TRISTAN ZIMMERMANN, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?* AJP 2007 S. 748–760, 759. Beide Konzepte versuchen, am Wortlaut von Art. 139 Abs. 2 BV («zwingende») anzuknüpfen, vermögen sich aber weder auf die Genese (vgl. Haupttext zu Fn. 42 f. und 45 f.) noch auf die *Telos* (vgl. Haupttext zu Fn. 47 und 49) der Norm abzustützen. Im Ergebnis gl. M. Botschaft über die Volksinitiative «Für einen zeitgemässen Tierschutz», BBl 2004 S. 3283–3316, 3292 f.; Botschaft Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» (Fn. 40), S. 7611; ANDREAS AUER und BÉNÉDICTE TORNAY, *Aux limites de la souveraineté du constituant*, AJP 2007 S. 740–747, 744; TSCHANNEN (Fn. 40), § 44 Rn. 26b.
- 45 Vgl. Protokoll Verfassungskommission Nationalrat, Sitzung vom 29.–31. Oktober, S. 10 f.; Protokoll Verfassungskommission Ständerat, Sitzungen vom 27. Januar 1997, S. 31, vom 29. Januar 1997, S. 39, vom 24./25. August 1998, S. 6 f. Vgl. Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung», BBl 1994 III S. 1486–1524, 1496.
- 46 Bundesbeschluss über die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» vom 14. März 1996, BBl 1996 I S. 1355 f. – Vgl. Protokoll Verfassungskommission Nationalrat (Subkommission 1), Sitzungen vom 23.–25. April 1997, S. 12–16, Sitzung vom 14. Mai 1997, S. 9–16; Protokoll Verfassungskommission Ständerat, Sitzung vom 26./27. November 1997, S. 4–13, Sitzung vom 23./24. März 1997, S. 7–13; Protokoll Verfassungskommission Ständerat (Subkommission 1), Sitzung vom 20. Mai 1997, S. 3–6, Sitzung vom 8. September 1997, S. 3–10, Sitzung vom 17. November 1997, S. 5 f.

einem *zweiten Schritt* zu präzisieren und zu ergänzen. Im Bezug auf die Normtelos ist darauf abzustellen, dass Art. 139 Abs. 2 BV wesentlich auf dem Grundsatz fusst, dass der demokratische Verfassungsstaat ungerechtfertigte, irreparable und erhebliche Schadenszufügungen gegenüber Individuen, insbesondere schwere, irreversible Verletzungen der psychischen und physischen Integrität, für welche selbst die völkerrechtliche Verantwortlichkeit keine Restitution zu vermitteln vermöchte, soweit irgend möglich zu vermeiden hat.⁴⁷ Diese Normtelos rechtfertigt daher zwar die Ergänzung von Art. 139 Abs. 2 BV um das dogmatisch verwandte Konzept der notstandsfesten Garantien der EMRK und des IPBPR,⁴⁸ verdeutlicht aber gleichzeitig, dass Art. 139 Abs. 2 BV einzig *elementare* Grundrechte von *ganz fundamentaler* Bedeutung umfasst.⁴⁹

Im Kontext der «Ausschaffungsinitiative» ergibt sich aufgrund der skizzierten *integrierenden Auslegung*, dass insbesondere das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK; Art. 6 IPBPR), das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung (Art. 3 EMRK; Art. 7 IPBPR; Art. 3 Anti-Folterkonvention), einschliesslich des flüchtlingsrechtlichen Verbots der Rückschiebung (*non-refoulement*; Art. 33 FK), von Art. 139 Abs. 2 BV erfasst sind.⁵⁰ Im Bezug auf das Folterverbot ergibt sich dies bereits aufgrund des ers-

47 Vgl. Botschaft Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» (Fn. 45), S. 1496 («nicht wiedergutzumachender Schaden»); THOMAS COTTIER und MAYA HERTIG, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 1–34, 20, 22; MARTIN KAYSER, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Diss., Zürich 2001, S. 87 f.; ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2006, S. 107 f.; bereits JÖRG PAUL MÜLLER, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: Alois Riklin, Hans Haug und Hans Christoph Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 223–236, 235 f.

48 Diese Normen – vgl. Art. 15 Abs. 2 EMRK, Art. 1, 3 Protokoll Nr. 6 vom 28. April 1983 über die Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.06) sowie Art. 4 Protokoll Nr. 7 vom 22. November 1984 (SR 0.101.07) und Art. 4 Abs. 2 IPBPR – wurden verschiedentlich unter Art. 139 Abs. 2 BV subsumiert; vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter», BBl 2001 S. 3433–3464, 3439; Botschaft Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» (Fn. 40), S. 8962; Protokoll Verfassungskommission Nationalrat (Subkommission 1), Sitzungen vom 14./15. Mai 1997, S. 10 f. Zwar besteht ein «Wertungsgleichklang» – STEPHAN OETER, Ius cogens und der Schutz der Menschenrechte, in: Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassöli, Walter Stoffel und Beatrice Wagner Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2007, S. 499–521, 509, 514 – zwischen beiden Konzepten, nicht aber vollständige Kongruenz; so AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law. Third. Foreign Relations Law of the United States, St. Paul MN 1987, § 702 Ziff. 11.

49 Botschaft Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» (Fn. 45), S. 1496: «Ein Rechtsstaat kann sich nicht über völkerrechtliche Normen hinwegsetzen, die international als *elementare* Bestimmungen zum Schutz *fundamentalster* Grundrechte und des humanitären Völkerrechts verstanden werden (...).» – Hervorhebungen hinzugefügt.

50 So auch Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I S. 1–642, 362; Botschaft Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» (Fn. 45), S. 1498; Botschaft zur Volksinitiative «für einen autofreien Sonntag pro Jahreszeit – ein Versuch für vier Jahre», BBl 2000 S. 503–524, 508; Botschaft zur Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch», BBl 2001

ten Auslegungsschrittes, da dessen Zurechnung zum völkerrechtlichen *ius cogens* kaum bestritten wird.⁵¹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat denn auch festgehalten, dass das Folterverbot *absolut* und ungeachtet der in Frage stehenden Person, ihres rechtlichen Status oder der Verwerflichkeit ihres Verhaltens gilt.⁵² Bei Personen mit materieller Flüchtlingseigenschaft greift Art. 3 EMRK demnach selbst dann, wenn eine Berufung auf den Schutz des *non-refoulement* nach Art. 33 Abs. 2 FK entfällt.⁵³ Die Ausführungen zum Folterverbot gelten sinngemäss für das Recht auf Leben, jedenfalls soweit keine Ausschlussgründe nach Art. 2 Abs. 2 EMRK vorliegen.⁵⁴ Demgegenüber fällt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) nicht unter die «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» (Art. 139 Abs. 2 BV). Dazu fehlt es bereits am völkerrechtlichen Ansatzpunkt, bildet doch Art. 8 EMRK anerkanntermassen kein *ius cogens*. Mit identischer Begründung fallen auch die Verfahrensrechte nach Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK sowie Art. 2 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 IPBPR nicht unter Art. 139 Abs. 2 BV.⁵⁵

2. Art. 121 Abs. 3–6 E-BV im Lichte «zwingende[r] Bestimmungen des Völkerrechts»

a. Auslegungsgrundsätze

Der abstrakten Prüfung einer Volksinitiative ist jene Auslegungsvariante zu Grunde zu legen, welche im Einklang mit den herrschenden Interpretationsme-

S. 4725–4744, 4729; Botschaft Verwahrunginitiative (Fn. 48), S. 3439; Botschaft Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» (Fn. 40), S. 8962; Botschaft Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» (Fn. 40), S. 7610.

- 51 Vgl. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, New York 2001, S. 85; GEORG DAHM, JOST DELBRÜCK und RÜDIGER WOLFRUM, Völkerrecht, Band I/3, 2. Aufl., Berlin 2002, S. 716; LAURI HANNIKAINEN, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, Helsinki 1988, S. 509; WALTER KÄLIN und JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel/Genf/München 2005, S. 78.
- 52 EGMR, 6. Mai 2001, Bensaid v. Vereinigtes Königreich, Nr. 44599/98, Ziff. 32; 28. Februar 2008, Saadi v. Italien, Nr. 37201/06, Ziff. 125, 128; BGE 2A.313/2005 E 2.2; Botschaft AuG (Fn. 20), S. 3737; STEPHAN BREITENMOSE, Art. 25, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Fn. 40), Rn. 16–18, 23 f.; MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Ergänzungsband, Bern 2005, S. 10.
- 53 JAMES C. HATHAWAY, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge UK etc. 2005, S. 369 f.; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt am Main 1990, S. 235.
- 54 Vgl. EGMR, 8. November 2005, Bader v. Schweden, Nr. 13284/04, Ziff. 42, 47; Asylrekurskommission, 11. Oktober 2000, VPB 2001 Nr. 39 E 6a/b; 14. Mai 1996, VPB 1997 Nr. 4 E 14b/bb; MARTINA CARONI, Menschenrechtliche Wegweisungsverbote, Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 53–67, 61–63.
- 55 Vgl. BGE 133 II 450 E 7.3 S. 462; dazu JOHANNES REICH, Due Process and Sanctions Targeted Against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999), Yale Journal of International Law 2008 S. 505–511, 507–509 (auch verfügbar unter <http://ssrn.com/author=568933>).

thoden am ehesten zu einer positiven Einschätzung der Gültigkeit führt.⁵⁶ Relevant ist dabei die vom Wortlaut ausgehende objektive Bedeutung des Begehrens, wogegen die subjektive Interpretation des Textes seitens der Initianten höchstens ergänzend zu berücksichtigen ist.⁵⁷ Ferner sind formulierte Volksinitiativen auf Teilrevision im Kontext der geltenden Bundesverfassung auszulegen, da die Initianten eine *Teilrevision* der Verfassung anstreben und Volk und Stände nur über eine solche befinden. Strebt ein Initiativkomitee die Ergänzung der Bundesverfassung mit Bestimmungen an, die mit den übrigen Verfassungsnormen unter Beachtung der herrschenden Auslegungsgrundsätze schlechterdings unvereinbar sind, steht ihnen die Volksinitiative auf Totalrevision zur Verfügung. Der Anwendungsbereich der strittigen Figur der «materiellen Totalrevision» ist daher in diesem Sinn eng zu fassen.⁵⁸ Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebietet zudem, in Volksinitiativen verwendete Rechtsbegriffe vorbehaltlich eindeutiger gegenteiliger Anhaltspunkte im Sinn des geltenden Bundesrechts auszulegen. Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) ist schliesslich zu berücksichtigen, dass die Praxis der Bundesversammlung über weite Strecken vom Bemühen geprägt ist, Volksinitiativen auch in Zweifelsfällen für gültig zu erklären.⁵⁹

b. *Flüchtlingsrechtliches Verbot der Rückschiebung (non-refoulement)*

Das flüchtlingsrechtliche Verbot der Rückschiebung als «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» (Art. 139 Abs. 2 BV) untersagt, «einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurückstellen, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre.» (Art. 33 Abs. 1 FK). Gemäss dem authentischen, nach Art. 33 Abs. 1 WÜRv verbindlichen englischen und fran-

56 BGE 132 I 282 E 3.1 S. 286, 129 I 392 E 2.2 S. 395, 125 I 227 E 4a S. 231 f., 124 I 107 E 5b S. 119. – Diese Rechtsprechung gilt sinngemäss auf Bundesebene; vgl. GIOVANNI BIAGINI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 139 BV Rn. 15.

57 BGE 129 I 392 E 2.2 S. 395, 121 I 334 E 2a S. 338 f., 118 Ia 195 E 5 S. 204, 111 Ia 303 E 4 S. 305, 105 Ia 151 E 3a S. 154; apodiktisch gegen jegliche Berücksichtigung der «subjektiven Vorstellungen der Initianten» BGE 111 Ia 292 E 2 S. 295, 112 Ia 240 E 5b S. 245.

58 Wie hier für einen engen Anwendungsbereich LUZIUS WILDHABER, Rechtsfragen der Verfassungsrevision, in: Wechselspiel zwischen innen und aussen, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 545–552, 548–550. Weiter dagegen JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, Rn. 352–365; FRITZ FLEINER und ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 704 f. Kritisch zur Rechtsfigur AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 40), Rn. 1407; GRISEL (Fn. 40), Rz. 456–460; TSCHANNEN (Fn. 40), § 44 Rn. 5.

59 Zur «während längerer Zeit ausserordentlich largen» Praxis ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER und HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rn. 1790. Gestützt auf Art. 9 BV – vgl. BGE 133 V 96 E 4.4.6 S. 103, 133 I 270 E 1.2.2 S. 274, 126 I 122 E 5 S. 129, 125 II 152 E 4c/aa S. 162 f. – ist zumindest eine Ankündigung der geplanten Praxisänderung zu fordern.

zösischen Wortlaut verbietet Art. 33 Abs. 1 FK den vertragsschliessenden Staaten «[to] *expel or return* («refouler») a refugee in any manner whatsoever» («... *n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit...*»)⁶⁰ Der Wortlaut verdeutlicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung (Art. 31 Abs. 1 WÜRV), dass die landesrechtliche Bezeichnung einer Entfernung- oder Abweisungsmassnahme irrelevant ist. Im Kontext des in der Präambel festgehaltenen humanitären Zwecks der FK (vgl. Art. 31 Abs. 1 WÜRV) verbietet das Prinzip des *non-refoulement* vielmehr jede Handlung, welche die Gefährdung der betroffenen Person im Zielstaat zur *faktischen Konsequenz* hätte.⁶¹ Daraus ergibt sich zunächst, dass Art. 33 Abs. 1 FK kein subjektives Recht auf Asyl vermittelt.⁶² Gleiches gilt für die EMRK und ihre Zusatzprotokolle.⁶³ Nach Art. 33 Abs. 1 FK verboten sind jedoch den Aufenthalt beendende Massnahmen, die den *Zugriff des Verfolgerstaates* eröffnen, sei es direkt oder indirekt via Drittstaaten.⁶⁴ Unterscheidet das Landesrecht zwischen der Anordnung und dem Vollzug der Entfernungsmassnahme, verbietet Art. 33 FK «die Anordnung der Wegweisung *nicht*, schliesst aber aus, dass diese *vollzogen* wird.»⁶⁵ Ist bereits im Anordnungsstadium absehbar, dass die Entfernung direkt oder indirekt nur in den Verfolgerstaat erfolgen kann, hat nach Art. 33 Abs. 1 FK bereits die Anordnung der Entfernungsmassnahme zu unterbleiben, es sei denn, dass «*rechtlich garantiert* ist, dass sie *nicht vollzogen* wird.»⁶⁶

60 Hervorhebungen hinzugefügt. – Zu den authentischen Sprachen Abs. 2 nach Art. 46 FK.

61 ELIHU LAUTERPACHT und DANIEL BETHLEHEM, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement, in: Erika Feller, Volker Türk und Frances Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge UK etc. 2003, S. 87–177, 112/Ziff. 69, S. 108/Ziff. 56; ähnlich KÄLIN/KÜNZLI (Fn. 51), S. 491; HATHAWAY (Fn. 53), S. 317 f.; aus der Entstehungsgeschichte wird zudem klar, dass sich «*to expel*» auf Flüchtlinge mit Aufenthaltsrecht, «*to return*» auf die sich ohne Anwesenheitsbewilligung im Land befindlichen Flüchtling bezieht; vgl. KÄLIN (Fn. 53), S. 220/FN 154.

62 VINCENT CHETAU, Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international, in: ders. et al., *Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après*, Brüssel 2001, S. 3–61, 5; GUY S. GOODWIN-GILL und JANE MC ADAM, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., Oxford/New York 2007, S. 262, 357 f.; KAY HAILBRONNER, Refoulement-Verbot und Drittstaatenregelung (Art. 33 GK und Art. 3 EMRK), in: Ulrich Beyerlin et al. (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewährung*. FS Rudolf Bernhardt, Berlin etc. 1995, S. 365–384, 372 f.; HATHAWAY (Fn. 53), S. 300–302; KÄLIN (Fn. 53), S. 5; KÄLIN/KÜNZLI (Fn. 61), S. 490.

63 EGMR, 30. Oktober 1991, Vilvarajah et al. v. Vereinigtes Königreich, Nr. 13163/87, Ziff. 102.

64 HAILBRONNER (Fn. 62), S. 372; HATHAWAY (Fn. 53), S. 316; RENNER (Fn. 17), § 60 AufenthG Rn. 3.

65 KÄLIN (Fn. 53), S. 221 (Hervorhebung hinzugefügt).

66 WALTER KÄLIN, Das Prinzip des non-refoulement, Diss., Bern/Frankfurt am Main 1982, S. 103 (Hervorhebung hinzugefügt); der dortige Verweis in Fn. 4 bezieht sich auf das *positive* schweizerische Asylrecht, das bereits die *Anordnung* der Entfernungsmassnahme verbietet; siehe Art. 65 AsylG und KÄLIN (Fn. 66), S. 309–312.

Vgl. Fn. 61, 79 und HAILBRONNER (Fn. 62), S. 372 («Sein Gehalt [derjenige des *Non-refoulement*-Grundsatzes] erschöpft sich vielmehr in dem an die Staaten gerichteten Verbot, Flüchtlinge *nicht zwangsweise einem Land zu überantworten*, in dem ihnen die Gefahr politischer Verfolgung im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention droht.»); JOAN FITZPATRICK, *The International Dimension of U.S. Refugee Law*, *Berkeley Journal of International Law* 15

Ein solcher Dualismus wurde im Grundsatz vom Bundesgericht in Anwendung von aArt. 55 StGB praktiziert.⁶⁷ Er liegt ferner dem deutschen Ausländerrecht zu Grunde:⁶⁸ Dieses unterscheidet zwischen der *Ausweisung* als «aufenthaltsbeendende[r] Massnahme, die von der zuständigen Ausländerbehörde als Ordnungsverfügung in Form eines Ausreisegebotes gegenüber einem Ausländer im Einzelfall ausgesprochen wird» und der *Abschiebung*, definiert als «zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht eines Ausländers durch dessen Entfernung aus dem Bundesgebiet.»⁶⁹ Gemäss dem vorerwähnten § 53 AufenthG⁷⁰ hat eine Ausweisung *zwingend* – mithin ohne dass der Ausländerbehörde Entschliessungs- oder Auswahlermessen zukäme – zu erfolgen, falls ein Ausländer bestimmte Straftaten vorsätzlich begangen hat oder wegen vorsätzlich verübter Delikte zu einer Freiheitsstrafe von einer bestimmten Länge verurteilt worden ist.⁷¹ Zwar besitzen Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge einen besonderen Ausweisungsschutz (§ 56 Abs. 1 al. 1 Ziff. 5 AufenthG), werden jedoch im Falle der Verurteilung gemäss § 53 AufenthG dennoch «in der Regel ausgewiesen» (§ 56 Abs. 1 al. 2 Satz 4 AufenthG).⁷² Dagegen ist die *Durchsetzung* der Ausweisung (Abschiebung) verboten, wenn sie insbesondere mit Art. 33 Abs. 1 FK oder der EMRK unvereinbar wäre (§ 60 Abs. 1, 5, 8 AufenthG).⁷³ In solchen Konstellationen wird der betreffende Ausländer auf deutschem Bundesgebiet *geduldet*, ohne dass ihm jedoch ein Aufenthaltstitel gewährt würde (§ 60a AufenthG).⁷⁴ Zusammengefasst kann eine aufenthalts-

(1997) S. 1–26, 4 («... the international refugee regime, whose prime binding principle is non-refoulement – that refugees may not be *forcibly repatriated* to a country in which their lives or freedom would be threatened on account of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group.»); DAVID WEISSBRODT und ISABEL HORTREITER, The Principle of Non-Refoulement, Buffalo Human Rights Law Review 5 (1997) S. 1–73, 67, betreffend Art. 3 Anti-Folterkonvention («The intent of these three terms «expulsion», «return» (refoulement) and «extradition»] is to cover all possible measures by which a person may be *physically transferred* to another country where he or she faces danger of torture.»). – Hervorhebung jeweils hinzugefügt.

67 Vorne A.IV.

68 KAY HAILBRONNER, Ausweisung und Abschiebung straffälliger Ausländer, in: ders. und Eckart Klein (Hrsg.), Einwanderungskontrolle und Menschenrechte, Heidelberg 1999, S. 169–182, 180.

69 HAILBRONNER (Fn. 17), Rn. 349, 376; ähnlich DISCHER (Fn. 17; Lfg. Juli 2005), Rn. 1–5, 103; MICHAEL FUNKE-KAISER, § 58 AufenthG (Lfg. Februar 2008), in: Fritz/Vormeier (Fn. 17), Rn. 2.

70 Vorne A.III. insbesondere Fn 17.

71 Vgl. Fn. 17 sowie THOMAS DISCHER, § 53 AufenthG (Lfg. Februar 2007), in: Fritz/Vormeier (Fn. 17), Rn. 17 («unwiderleglich»); HAILBRONNER (Fn. 17), Rn. 354 («Ein Ermessen hat der Gesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossen.»).

72 Dazu HAILBRONNER (Fn. 17), Rn. 356, wonach «in besonderen, atypischen Fällen ein Absehen von einer Ausweisung (...) möglich» sei (Hervorhebungen weggelassen). Ähnlich DISCHER (Fn. 17; Lfg. Januar 2007), Rn. 35 f.

73 Ob Völkerrecht § 53 AufenthG vorgeht oder § 53 AufenthG generell vor Art. 8 Abs. 2 EMRK standhält, ist strittig; dazu DISCHER (Fn. 17; Lfg. Januar 2007), Rn. 731, 888–898; HAILBRONNER (Fn. 17), Rn. 355, je m.w.H.

74 HAILBRONNER (Fn. 17), Rn. 412; RENNER (Fn. 17), § 60a AufenthG Rn. 13 f.

beendende Massnahme nach deutschem Ausländerrecht grundsätzlich nur im Stadium der *Abschiebung* mit Art. 33 FK in Konflikt geraten, da erst die Abschiebeandrohung denjenigen Staat (Zielstaat) nennt, in welchen die Abschiebung erfolgen soll (vgl. § 59 Abs. 2 AufenthG), während die Ausweisung lediglich verpflichtet, das Bundesgebiet zu verlassen.⁷⁵

c. *Verfassungsrechtliche Differenzierung zwischen Ausweisung und Ausschaffung*

Mit Blick auf die vorstehend dargelegten zwingenden völkerrechtlichen Vorgaben liegt Art. 25 BV eine Differenzierung in dreifacher Hinsicht zwischen *Ausweisung* (frz.: *expulsion*; ital.: *espulsione*), *Auslieferung* (*extradition/estradiçione*) und *Ausschaffung* (*refoulement/rinvio forzato*) zu Grunde. «Ausweisung» ist die an eine Person gerichtete staatliche *Anordnung* mit dem Inhalt, das schweizerische Hoheitsgebiet zu verlassen (Ausreisegebot).⁷⁶ «Ausschaffung» steht dagegen für die zwangsweise *Durchsetzung* der Beendigung des Anwesenheitsrechts von Personen ausländischer Staatsangehörigkeit.⁷⁷ Diese Differenzierung, die sich auch im einfachen Bundesrecht findet (Art. 68–71 AuG),⁷⁸ ist mit einem unterschiedlich konturierten persönlichen Schutzbereich gepaart: Schutz vor Ausweisung geniessen ausschliesslich Schweizer Bürger, während der Schutz vor Ausschaffung Flüchtlinge betrifft (Art. 25 Abs. 1, 2 BV).⁷⁹ Schutz vor Folter geniessen *alle* Menschen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit (Art. 25 Abs. 3 BV).

In diesem rechtlichen Kontext und in Anwendung der dargestellten Auslegungsgrundsätze⁸⁰ ist die Kernbestimmung der «Ausschaffungsinitiative» zu interpretieren. Sie verlangt, dass «Ausländerinnen und Ausländer» unter bestimmten Bedingungen «*auszuweisen* [(doivent être) *expulsés/espelle*]»⁸¹ sind. Aufgrund von Art. 25 Abs. 1 Teilsatz 1 BV, Art. 121 Abs. 2 BV und Art. 68

75 DISCHER (Fn. 17; Lfg. Juli 2005), Rn. 944.

76 ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI und MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*. Vol. II, 2. Aufl., Bern 2006, Rn. 1176; BIAGGINI (Fn. 56), Art. 25 BV Rn. 3; STEPHAN BREITENMOSER, Art. 25 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Fn. 40), Rn. 3; RHINOW (Fn. 39), Rn. 1591; allgemein DANIEL THÜRER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: Jochen Abr. Frowein und Torsten Stein (Hrsg.), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, Heidelberg etc. 1987, S. 1341–1441, 1381.

77 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (Fn. 76), Rn. 1176, 1183; BIAGGINI (Fn. 56), Art. 25 BV Rn. 5; BREITENMOSER (Fn. 76), Rn. 19; RHINOW (Fn. 39), Rn. 1600; allgemein THÜRER (Fn. 76), S. 1386; WISARD (Fn. 34), S. 81.

78 Vorne A.III. Haupttext zu Fn. 18–23.

79 Diese Differenzierung ist durch Art. 33 FK vorgegeben, da sich das Prinzip des *non-refoulement* laut KAY HAILBRONNER, *Der Staat und der Einzelne im Völkerrecht*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl., Berlin 2007, Rn. 291 (Hervorhebungen hinzugefügt) «sowohl auf die *Auslieferung* und *Abschiebung* als auch (...) auf die Zurückweisung an der Grenze» erstreckt.

80 Vorne B.II.2.a.

81 Hervorhebung hinzugefügt.

AuG muss «ausweisen» als dasjenige Verb verstanden werden, welches die *Anordnung* einer ausländerrechtlichen *Entfernungsmassnahme* beschreibt. Legt man dem Begehren den Rechtszustand im Zeitpunkt der Einreichung der Unterschriftenlisten bei der Bundeskanzlei am 19. Juni 2007 zu Grunde,⁸² gelangt man zum gleichen Ergebnis: Der Begriff «Ausweisung» wurde in Art. 10 des inzwischen vom AuG abgelösten Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) für die am stärksten eingreifende, regelmässig eine Wegweisung und ein Einreiseverbot nach sich ziehende fremdenpolizeiliche Massnahme verwendet, die unter Vorbehalt der vorläufigen Aufnahme (Art. 14a ANAG) bei Rechtskraft durch die Ausschaffung (Art. 14 ANAG) zwangweise vollzogen werden konnte.⁸³ Versucht man das subjektive Textverständnis des Initiativkomitees zu ergründen, bestätigt sich das erzielte Auslegungsergebnis: Zum einen wird der Begriff «Ausschaffung» lediglich im deutschsprachigen *Titel* der Initiative verwendet, wogegen in der französischen und der italienischen Fassung das Pendant des Begriffs «Ausweisung» gebraucht wird;⁸⁴ zum anderen differenziert auch das Argumentarium des Komitees zwischen ausländischen Personen im Allgemeinen und Flüchtlingen im Besonderen.⁸⁵

Als *Zwischenfazit* ist daher festzuhalten, dass der in der «Ausschaffungsinitiative» in Art. 121 Abs. 5 Satz 1 E-BV verwendete Ausdruck «*ausweisen*» im Sinne der *Anordnung* einer ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahme zu verstehen ist. Davon zu unterscheiden ist der Begriff «Ausschaffung» als zwangweise *Durchsetzung* einer verfügten Entfernungsmassnahme.

d. Möglichkeit einer mit Art. 139 Abs. 2 BV konformen Auslegung

Aufgrund dieses Zwischenfazits erscheint eine mit «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» (Art. 139 Abs. 2 BV) konforme Interpretation der «Ausschaffungsinitiative» *möglich*. Demnach hätte ein Strafgericht⁸⁶ darüber zu befinden, ob sich der Angeklagte der in Art. 121 Abs. 3 und 4 E-BV aufgeführten und einfachgesetzlich zu konkretisierenden *Anlasstaten* schuldig gemacht hat. Mit der Rechtskraft eines verurteilenden Sachentscheids verlöre der Verurteilte

82 Vgl. BBl 2007 S. 4969–4671.

83 MARC SPESCHA und PETER STRÄULI, *Ausländerrecht*, 2. Aufl., Zürich 2004, S. 89; ZÜND (Fn. 34), Rn. 6.23, 6.71.

84 In der französischen Fassung trägt die Volksinitiative den Titel «Initiative populaire fédérale «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)»» (Feuille fédérale 2007 S. 4727), in der italienischen «Iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)»» (Foglio federale 2007 S. 4571). – Hervorhebungen hinzugefügt.

85 Vgl. SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI, *Argumentarium*, <http://www.ausschaffungsinitiative.ch/argumentarium-d.pdf>, S. 13 (wobei die dortigen Ausführungen mangels einer adäquaten Darstellung des Verhältnisses zwischen Art. 33 Abs. 2 FK und Art. 3 EMRK, vgl. Fn. 52, unvollständig, wenn nicht sogar irreführend sind).

86 Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit siehe hinten B.III. Haupttext zu Fn. 103 f.

eo ipso sein «Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz» (Art. 121 Abs. 3 al. 1 E-BV). Die zuständige *Verwaltungsbehörde* (Ausweisungsbehörde) wäre verpflichtet, gegenüber dem Verurteilten eine Ausweisung und ein Einreiseverbot *anzuordnen* (Art. 121 Abs. 5 Satz 1 E-BV; vgl. Art. 67/68 AuG).⁸⁷ Der zuständigen Verwaltungsbehörde bliebe es gestützt auf Art. 25 Abs. 3 BV jedoch ausnahmslos *verwehrt*, die ausländerrechtliche Entfernungsmassnahme (Ausweisung) zu *vollziehen*, sofern der Weiterreise des Verurteilten in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat insbesondere Art. 2 und 3 EMRK, Art. 33 Abs. 1 FK, Art. 3 Folterkonvention oder Art. 6 und 7 IPBPR entgegenstehen (vgl. Art. 63 Abs. 1, Art. 83 Abs. 3 AuG). Aufgrund von Art. 121 Abs. 5 Satz 1 E-BV hätten weder das Strafgericht noch die Ausweisungsbehörde über die Zulässigkeit des *Vollzugs* der Ausweisung Erwägungen anzustellen, weshalb diesbezüglich auch keinerlei Bindung der für die Ausschaffung zuständigen Behörde an bereits entschiedene Vorfragen bestehen kann. Letztere hätte vielmehr die der Durchsetzung der Ausweisung (Ausschaffung) entgegenstehenden völkerrechtlichen Hindernisse in einer *gesonderten Verfügung* unter Wahrung der Verfahrensrechte des Betroffenen zu beurteilen.⁸⁸ Diese Verfügung ginge betreffend der Frage der Zulässigkeit des Vollzugs über eine Vollstreckungsverfügung hinaus und wäre in diesem Umfang anfechtbar,⁸⁹ auch wenn ihr Bestand von jenem der Grundverfügung abhängig bliebe. Bestehen die vorgenannten Wegweisungsvollzugshindernisse, hätte das Bundesamt für Migration *ersatzweise* die *vorläufige Aufnahme* zu verfügen (vgl. Art. 83 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 16 VVWA⁹⁰), wobei die Ausschlussgründe gemäss Art. 83 Abs. 5 AuG weiterhin nicht anwendbar sein dürfen (vgl. Art. 83 Abs. 7 AuG). Die vorläufige Aufnahme lässt die *Ausreisepflicht* fortbestehen und vermittelt *kein Aufenthaltsrecht*, da sie allein von tatsächlichen und daher jederzeit veränderlichen Umständen abhängig ist.⁹¹ Als Ersatzmassnahme setzt sie notwendig voraus, dass *keine fremdenpolizeiliche Bewilligung* vorliegt.⁹² Folgerichtig kann das Bundesamt für Migration «*jederzeit* die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verfügen, wenn die Voraussetzungen für deren Anordnung gemäss Art. 83 Absätze 2–4 AuG nicht mehr gegeben sind»

87 Flüchtlinge bereits von der *Anordnung* der Ausweisung auszunehmen, mithin den Begriff «Ausländerinnen und Ausländer» (Art. 121 Abs. 5 Satz 1 E-BV) einschränkend auszulegen, erscheint mit Blick auf den bei Flüchtlingen nur die Ausschaffung oder Auslieferung verbietenden Art. 25 Abs. 1 und 2 BV kaum widerspruchsfrei begründbar; a.M. GÄCHTER/KRADOLFER (Fn. 5), S. 18.

88 Vgl. in diesem Zusammenhang die Rechtslage gemäss aArt. 55 StGB in Fn. 31. – Ferner kann grundsätzlich jederzeit ein Asylgesuch gestellt werden (Art. 18, Art. 19 Abs. 2 AsylG, Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG).

89 Vgl. BGE 124 II 289 E 4a S. 292, 121 IV 345 E 1a S. 347, 118 IV 221 E 1b S. 224.

90 Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (SR 142 281).

91 ZÜND (Fn. 34), Rn. 6.74; BOLZ, in: Spescha/Thür/Zünd (Fn. 18), Art. 84 AuG Rn. 1.

92 Asylrekurskommission, 15. Dezember 2004, VPB 2005 Nr. 104 E 3.2.

(Art. 26 Abs. 2 VVWA).⁹³ Ferner verlangt Art. 121 Abs. 6 Satz 1 E-BV lediglich die strafrechtliche Ahndung der rechtswidrigen *Einreise* in die Schweiz, nicht aber eine ausnahmslose Sanktionierung des Verbleibs trotz Ausreisepflicht. Die Anordnung der vorläufigen Aufnahme im Falle eines bestehenden völkerrechtlichen Wegweisungsvollzugshindernisses steht daher mit der Forderung der «Ausschaffungsinitiative», wonach Personen ausländischer Staatsangehörigkeit unter bestimmten Bedingungen «alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz» verlieren, *im Einklang* (Art. 121 Abs. 3 al. 1 E-BV).⁹⁴ Zusammenfassend könnte die gemäss Art. 139 Abs. 2 BV zwingend erforderliche «*Non-refoulement-Prüfung*»⁹⁵ weiterhin gewährleistet werden.

Daher lässt sich die Frage der Gültigkeit der «Ausschaffungsinitiative» i.S.v. Art. 139 Abs. 2 BV und Art. 98 ParlG gestützt auf die den herrschenden Auslegungsgrundsätzen folgende Interpretation von Art. 121 Abs. 5 Satz 1 E-BV und mit Blick auf die an Art. 33 FK und Art. 2 und 3 EMRK anknüpfende Differenzierung in Art. 25 Abs. 2 und 3 BV *positiv* beantworten. Es erscheint jedoch *dringend erforderlich*, diese verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben, wie sie sich namentlich in Art. 10 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 3 BV kristallisieren, im Rahmen der nach einer allfälligen Annahme der «Ausschaffungsinitiative» ohnehin notwendigen bundesgesetzlichen Umsetzung vor allem in *verfahrensrechtlicher* Hinsicht in dem im vorangehenden Abschnitt dargelegten Sinn zu verdeutlichen.

III. Grundsätze verfassungsgeleiteter Gesetzgebung

Da Volksinitiativen nur bei Unvereinbarkeiten mit *zwingenden* Bestimmungen des Völkerrechts ungültig erklärt werden dürfen, impliziert die Gültigkeit eines Begehrens nicht gleichzeitig dessen Konformität mit sämtlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Das an Bund und Kantone gerichtete Gebot, das Völkerrecht zu «beachten» (Art. 5 Abs. 4 BV) ist daher als eine primär den Bundesgesetzgeber treffende Pflicht zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und konfligierendem Bundesverfassungsrecht zu verstehen. Im Unterschied zu der auf methodisch brüchiger Grundlage postulierten Ausdehnung der inhaltlichen Schranken der Volksinitiative, die keiner Überprüfung zugänglich wäre,⁹⁶ ist Bundesgesetzgebung unmittelbar demokratisch verantwortlich (vgl. Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV).

93 Hervorhebung hinzugefügt.

94 Mit Art. 139 Abs. 2 BV vereinbar wäre in Umsetzung eines Dualismus von Wegweisung und Ausschaffung (vorne B.II.2.b.) auch eine § 60a AufenthG (Duldung) nachgebildete, die verfassungsrechtlichen Minimalgarantien (insbesondere Art. 7 und 12 BV) wahrende bundesgesetzliche Regelung; vgl. Fn. 74 und zugehöriger Haupttext.

95 Botschaft Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» (Fn. 45), S. 1498.

96 Vgl. vorne B.II.1. insbesondere Fn. 44 und zugehöriger Haupttext. – Der Beschluss betreffend Gültigkeit einer Volksinitiative ergeht als einfacher Bundesbeschluss (Art. 29 Abs. 1 ParlG). Mangels zulässiger Rechtsmittel ist er endgültig.

Art. 121 Abs. 4 und 6 Satz 2 E-BV sowie Art. 197 Ziff. 8 ÜbBest E-BV verpflichten den Bundesgesetzgeber die «Ausschaffungsinitiative» im Fall einer Annahme durch Volk und Stände binnen fünf Jahren umzusetzen. Die unmittelbare Anwendung von Art. 121 Abs. 3–6 E-BV durch Gerichts- und Verwaltungsbehörden wäre aufgrund von Art. 197 Ziff. 8 ÜbBest E-BV und Art. 5 Abs. 1 BV *unzulässig*.⁹⁷ Die Umsetzung der «Ausschaffungsinitiative» auf bundesgesetzlicher Ebene hätte jedoch nicht allein Art. 121 Abs. 3–6 E-BV Rechnung zu tragen. Der Geltungsvorrang der Bundesverfassung verpflichtet die Bundesversammlung vielmehr, beim Erlass von Bundesrecht die Verfassung *insgesamt* einzuhalten, was die «Beachtung» des Völkerrechts miteinschliesst (Art. 5 Abs. 4 BV). Gesetzgebung ist jedoch nicht blosser Deduktion von Verfassungsrecht. Rechtsetzung auf einfachgesetzlicher Ebene enthält vielmehr eigen- und selbständige Elemente.⁹⁸ Sie ist mithin *verfassungsgeleitete Gesetzgebung*. Im Ergebnis haben die Bundesbehörden bei der Konkretisierung von Art. 123a BV einen ähnlichen Ansatz verfolgt.⁹⁹

Im Rahmen der verfassungsgeleiteten Gesetzgebung wäre im Fall der Annahme der «Ausschaffungsinitiative» abgesehen von den Vorgaben der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, insbesondere Art. 8 EMRK¹⁰⁰, Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 11 Abs. 1 BV (mit Art. 24 IPBPR, Art. 9 und 16 KRK¹⁰¹) soweit möglich Rechnung zu tragen. Auch diesbezüglich wäre vor-

97 Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 BV), an welches im Strafrecht erhöhte Anforderungen gestellt werden (Art. 7 EMRK; Art. 1 StGB), verlangt, dass eine Norm so präzise formuliert ist, dass der Rechtsunterworfenen «sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann» (BGE 6P.62/2007 E 3.4.1; 119 IV 242 E 1c S. 244). Da die «Ausschaffungsinitiative» die «Ausweisung» ausländischer Personen an die rechtskräftige Verurteilung aufgrund bestimmter Anlasstaten knüpft, müssten diese im Normtext präzise, einschliesslich Erlassstitel und Artikelnummer, bezeichnet werden. Dem genügen Art. 121 Abs. 3 al. 2 und 3 sowie Abs. 6 Satz 1 E-BV nicht. Vgl. demgegenüber § 53 AufenthG (Fn. 17).

98 RAINER WAHL, Der Vorrang der Verfassung und die Eigenständigkeit des Gesetzesrechts, in: Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt am Main 2003, S. 161–187, 181. Zur «integralen Auslegung» RHINOW (Fn. 39), Rn. 454, 484; für deren dogmatische Einordnung vgl. JOHANNES REICH, Konzeptionalisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung, in: Giovanni Biaggini, Georg Müller, Jörg Paul Müller und Felix Uhlmann (Hrsg.), Demokratie – Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel (im Erscheinen), Ziff. I/C.

99 Vgl. Botschaft zur Änderung des StGB, BBl 2006 S. 889–918; Art. 64c StGB (AS 2008 S. 2961–2964; BBl 2008 S. 23–26).

100 Die Wegweisung eines Ausländers verletzt Art. 8 EMRK, wenn eine intakte und gelebte Beziehung zu in der Schweiz wohnhaften, über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Familienangehörigen vorliegt und der Eingriff nicht durch Art. 8 Ziff. 2 EMRK gedeckt ist (statt aller BGE 125 II 633 E 2e S. 639; zu den Kriterien EGMR, 18. Oktober 2006, Üner v. Niederlande, Nr. 46410/99, Ziff. 54–60). Die notwendige Güterabwägung würde durch Art. 121 Abs. 5 E-BV praktisch verunmöglicht. Ferner könnte den Nachteilen, welche Angehörigen dadurch erwachsen, dass sie dem Ausgewiesenen ins Ausland folgen müssen, entgegen Art. 8 EMRK (vgl. EGMR, 2. August 2001, Boulif v. Schweiz, Nr. 54273/00, Ziff. 48) kaum mehr Rechnung getragen werden.

101 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107).

wiegend bei der Frage der Zulässigkeit des Vollzugs ausländerrechtlicher Entfernungsmassnahmen anzusetzen.¹⁰² Bei der Konkretisierung der Anlasstaten käme dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* vorrangige Bedeutung zu. Daher wäre die Grenze, ab welcher ein «Missbrauch» und damit eine Anlasstat i.S.v. Art. 121 Abs. 3 al. 3 E-BV vorliegt, hoch anzusetzen und jedenfalls auf vorsätzlich begangene Tathandlungen zu beschränken. Zu prüfen wäre ferner, ob eine Verurteilung aufgrund von Art. 121 Abs. 3 al. 3 E-BV Art. 6 EMRK entsprechende *Verfahrensgarantien* voraussetzen würde.¹⁰³ Immerhin kommt der Ausweisung in dieser Konstellation weitgehend Strafcharakter zu, da sie sich kaum zureichend mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit begründen liesse.¹⁰⁴ Schliesslich ist davon auszugehen, dass das FZA Art. 121 Abs. 3–6 E-BV als in persönlicher und sachlicher Hinsicht speziellerer Erlass auf verfassungsähnlicher Ebene im Grundsatz vorgeht.

C. Fazit

Wie vorstehend einlässlich begründet, erscheint eine mit den «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» vereinbare Auslegung der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» möglich. Ausgehend von der bisherigen Praxis der Bundesversammlung ist die «Ausschaffungsinitiative» daher i.S.v. Art. 139 Abs. 2 BV, Art. 98 ParlG und Art. 75 Abs. 1 BPR von der Bundesversammlung für vollumfänglich *gültig* zu erklären. Indessen steht die «Ausschaffungsinitiative» mit zahlreichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz sowie mit leitenden Grundsätzen und Grundrechten der Bundesverfassung in vielfältigem und *klarem Widerspruch*. Diese Unvereinbarkeiten könnten auch im Rahmen der notwendigen bundesgesetzlichen Konkretisierung nur unzureichend behoben werden.

Anders als vom Initiativkomitee suggeriert, würde es auch nach einer Annahme der «Ausschaffungsinitiative» durch Volk und Stände bereits aus verfassungs- und völkerrechtlichen Gründen, mehr noch aber aufgrund *tatsächlicher* Vollzugshindernisse, kaum möglich sein, erheblich straffällig gewordene Personen ausländischer Staatsangehörigkeit *ausnahmslos* aus dem schweizerischen Staatsgebiet zu entfernen. Das Begehren wirft daher ein Schlaglicht auf die *par-*

102 Vgl. rechtsvergleichend § 60 AufenthG (vorne B.II.2.b. bei Fn. 73).

103 Grundsätzlich ist Art. 6 EMRK auf Ausweisungs- und Ausschaffungsverfahren nicht anwendbar, auch nicht wenn letztere mit einem Strafverfahren zusammenhängen (EGMR, 5. Oktober 2000, Maaouia v. Frankreich, Nr. 39652/98, Ziff. 40). – Das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK; vgl. EGMR, 5. Februar 2002, Čonka v. Belgien, Nr. 51564/99, Ziff. 79) bliebe wohl nur betreffend Art. 2 und 3 EMRK gewahrt (vgl. B, II, 2, d).

104 Vgl. aber Art. 32 Ziff. 1 FK; ferner Art. 13 Abs. 1 IPBPR und Protokoll Nr. 7 vom 22. November 1984 zur EMRK (SR 0.101.07).

teipolitische Rolle von Volksinitiativen: Diese sind nicht nur Mittel der Verfassungsgebung sondern ebenso Instrumente parteipolitischen Marketings zur Fokussierung auf Kernthemen der jeweiligen Partei im Wettbewerb um die Gunst der Wählerinnen und Wähler.¹⁰⁵ Gerade deswegen ist die Auseinandersetzung um solche Begehren, soweit sie die eng definierten «zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts» nicht tangieren, auf *politischer*, nicht auf rechtlicher Ebene auszufechten. Symbolkraft wird der verfassungspolitischen Entscheidung von Volk und Ständen gleichwohl zukommen, bleibt doch die «Art und Weise, wie ein Staat seine Ausländer behandelt, (...) ein *Gradmesser seiner rechtsstaatlichen Kultur*.»¹⁰⁶

Zusammenfassung:

Das Prinzip des *non-refoulement* und das Verbot der Folter sind «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» im Sinne von Art. 139 Abs. 2 [neu] BV, die auch in der Bundesverfassung selbst verankert sind (Art. 10 Abs. 3, Art. 25 Abs. 2 und 3 BV). Sie bilden damit absolute Schranken jeder Revision der Bundesverfassung. Die eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» verlangt, dass Personen ausländischer Staatsangehörigkeit, die aufgrund bestimmter Straftatbestände rechtskräftig verurteilt worden sind oder «missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben», zwingend «aus der Schweiz auszuweisen» sind. Dieser Beitrag legt detailliert dar, dass eine mit den erwähnten zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts konforme Auslegung des Initiativtexts möglich ist. Trotz ihrer Gültigkeit im Sinne von Art. 139 Abs. 2 [neu] BV steht die «Ausschaffungsinitiative» mit zahlreichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und leitenden Grundsätzen und Grundrechten der Bundesverfassung in klarem Widerspruch. Diese Unvereinbarkeiten liessen sich auch im Rahmen des Erlasses konkretisierender bundesgesetzlicher Bestimmungen im Anschluss an eine Zustimmung von Volk und Ständen zur Initiative nur unzureichend beheben.

Résumé:

Le principe du non-refoulement et l'interdiction de la torture sont non seulement des «règles impératives du droit international» d'après l'art. 139 al. 2 [nouveau] Cst., mais ils sont aussi ancrés dans la Constitution fédérale (art. 10 al. 3, art. 25 al. 2 et 3 Cst.). Par conséquent, ils consti-

105 Jüngste Beispiele sind neben der «Ausschaffungsinitiative» die «Steuergerechtigkeits-Initiative» (BBl 2006 S. 9101–9105) und die Volksinitiative «Für den Schutz vor Waffengewalt» (BBl 2007 S. 6211–6213) der Sozialdemokratischen Partei. – Zur Relevanz von Sachthemen für den Wahlentscheid HANSPETER KRIESI und PASCAL SCIARINI, The Impact of Issue Preferences on Voting Choices in the Swiss Federal Elections 1999, *British Journal of Political Science* 2004 S. 725–747; WOLF LINDER, Parteien-, Persönlichkeits-, Europa oder Traditionswahl?, in: Hanspeter Kriesi, Wolf Linder und Ulrich Klöti (Hrsg.), *Schweizer Wahlen 1995*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 131–160; SARAH NICOLET und PASCAL SCIARINI, When Do Issue Opinions Matter, and to Whom?, *Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2006 S. 159–190.

106 DANIEL THÜRER, Gerechtigkeit im Ausländerrecht, in: ders. (Fn. 39), S. 187–238, 188.

tuent des limites absolues à toute révision de la Constitution fédérale. L'initiative populaire fédérale «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» demande que les personnes étrangères qui ont été condamnées par un jugement à cause de certains délits pénaux ou qui ont «perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale» doivent impérativement «être expulsées du pays». Cet essai démontre en détail qu'une interprétation du texte de «l'initiative sur le renvoi» est possible en conformité avec les règles impératives du droit international susmentionnées. Cependant, bien que «l'initiative sur le renvoi» soit valide d'après l'art. 139 al. 2 [nouveau] Cst., elle est néanmoins en claire contradiction avec les nombreuses obligations de la Suisse dans le domaine du droit international et plusieurs principes et droits fondamentaux de la Constitution fédérale. Ces incompatibilités ne pourraient pas être suffisamment éliminées par une loi fédérale nécessaire pour concrétiser l'initiative au cas où le peuple et les cantons l'acceptent.