



observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers
schweizerische beobachtungsstelle für asyl- und ausländerrecht
osservatorio svizzero sul diritto d'asilo e degli stranieri

Eine Analyse der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» und ihres direkten Gegenvorschlags

Claudia Dubacher und Melanie Aebli

September 2010

Maulbeerstrasse 14, 3011 Bern | Tel. 031 381 45 40 |
www.beobachtungsstelle.ch | info@beobachtungsstelle.ch



Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	3
II. Rückblick	3
III. Ausschaffungsinitiative	4
III.1 Anliegen der Initiative (Art. 121 Abs. 3-6 [neu] BV)	4
III.2 Gültigkeit vs. Ungültigkeit der Initiative	4
III.3 Konflikte mit nichtzwingendem Völkerrecht und rechtsstaatlichen Prinzipien	5
III.4 Weitere problematische Aspekte der Initiative	6
IV. Der direkte Gegenvorschlag	7
IV.1 Wahrung der Verhältnismässigkeit	7
IV.2 Vereinbarkeit mit dem FZA	7
IV.3 Voraussetzungen für eine Ausweisung	8
IV.4 Integrationsartikel	8
V. Ausweisungen nach bestehender Gesetzeslage	9
V.1 Bundesverfassung	9
V.2 Freizügigkeitsabkommen (FZA) Anhang I.....	9
V.2.1 Fallbeispiele	10
V.3 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)	11
V.3.1 Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen	11
V.3.2 Widerruf der Niederlassungsbewilligung	12
V.3.3 Fallbeispiele	12
V.4 Asylgesetz	13
V.4.1 Widerruf	13
V.4.2 Ausweisungen.....	13
V.4.3 Fallbeispiele	14
VI. Stellungnahme der SBAA	15
VII. Quellen	16



I. Einleitung

Der Schweizer Stimmbevölkerung werden am 28. November 2010 zwei Vorlagen zur Abstimmung unterbreitet, die aus humanitärer und rechtsstaatlicher Sicht äusserst problematisch sind: die so genannte Ausschaffungsinitiative und ihr direkter Gegenvorschlag. Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (SBAA), die sich seit ihrer Gründung im Jahr 2007 anhand konkreter Einzelfalldokumentationen gegen die diversen Verschärfungen im Asyl- und Ausländerrecht einsetzt, hat sich basierend auf den Parlamentsdebatten zur Ausschaffungsinitiative vertieft mit den zur Abstimmung vorliegenden Texten befasst und hält auf den folgenden Seiten die wichtigsten Ergebnisse fest.

Sowohl über den Initiativtext als auch den Text des direkten Gegenvorschlags wurde im Parlament heftig debattiert. In ihrem Bericht nimmt die SBAA die wichtigsten Diskussions- und Kritikpunkte der beiden Texte auf. Sie erläutert auch die aktuelle Gesetzeslage hinsichtlich Ausweisungen und Ausschaffungen und zeigt auf, aufgrund welcher Artikel bereits heute straffällige AusländerInnen aus der Schweiz ausgeschafft werden. Am Schluss folgt die Positionierung der SBAA zu den beiden Vorlagen.

II. Rückblick

Die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer», die so genannte Ausschaffungsinitiative, wurde am 15. Februar 2008 mit 210'919 gültigen Unterschriften eingereicht.

Mit seiner zu dieser Volksinitiative verfassten Botschaft vom 24. Juni 2009 hat der Bundesrat gleichzeitig einen indirekten Gegenvorschlag vorgelegt, d.h. einen Gegenvorschlag auf Gesetzesebene. Diese vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung des Ausländergesetzes hat der Ständerat jedoch am 10. Dezember 2009 mit einer Rückweisung an die vorberatende Kommission quittiert. Dabei wurde die staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) beauftragt, die Frage der Gültigkeit der Volksinitiative vertieft zu prüfen sowie einen direkten Gegenvorschlag, also einen Gegenvorschlag auf Verfassungsstufe, auszuarbeiten.

Die Gültigkeit der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» wurde vom Ständerat in der Frühjahrsession 2010 mit 28 zu 13 Stimmen bejaht. Auch der Nationalrat folgte in der Sommersession 2010 dem Votum der kleinen Kammer und sprach sich mit deutlichen 118 zu 69 Stimmen für die Gültigkeit der Initiative aus. Der von der staatspolitischen Kommission des Ständerats ausgearbeitete direkte Gegenvorschlag wurde nach Bereinigung von Differenzen, die insbesondere den vom Nationalrat hinzugefügten Integrationsartikel betrafen, von beiden Kammern in der Schlussabstimmung gutgeheissen (SR 35:6 mit 4 Enthaltungen / NR 93:88 mit 6 Enthaltungen).

Der Schweizer Stimmbevölkerung werden am 28. November 2010 die Initiative und der direkte Gegenvorschlag zur Abstimmung unterbreitet.



III. Ausschaffungsinitiative

III.1 Anliegen der Initiative (Art. 121 Abs. 3-6 [neu] BV)

Nach dem Willen der InitiantInnen soll es möglich sein, straffälligen Ausländerinnen und Ausländern unabhängig ihres ausländerrechtlichen Status automatisch ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz zu entziehen, wenn diese für eines der folgenden Delikte rechtskräftig verurteilt worden sind: *vorsätzliches Tötungsdelikt, Vergewaltigung oder ein anderes schweres Sexualdelikt, ein anderes Gewaltdelikt wie Raub, Menschenhandel, Drogenhandel oder ein Einbruchsdelikt*. Des Weiteren sollen auch AusländerInnen, *die missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben*, aus der Schweiz ausgewiesen werden. Ausgewiesene AusländerInnen sollen zudem mit einem Einreiseverbot von 5-15 Jahren belegt werden. Der [Initiativtext](#) sieht vor, dass der Gesetzgeber die aufgelisteten Tatbestände näher umschreiben und um weitere Delikte ergänzen kann.

III.2 Gültigkeit vs. Ungültigkeit der Initiative

Obwohl die Initiative sowohl vom Bundesrat als auch von beiden Räten deutlich für gültig erklärt worden ist, stellte die Frage der Gültigkeit in der gesamten Diskussion einer der meist umstrittensten Punkte dar.

Dreh- und Angelpunkt der Diskussion um die Gültigkeit der Initiative war Art. 139 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung; dieser hält fest, dass Volksinitiativen für ungültig erklärt werden müssen, die gegen *zwingende Bestimmungen des Völkerrechts* verstossen. Es herrscht Einigkeit darüber, dass das Non-Refoulement-Gebot, welches verbietet, Menschen in Staaten abzuschicken, in denen ihnen Folter oder eine andere Art grausamer oder unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht, zum zwingenden Völkerrecht zählt und unter keinen Umständen eingeschränkt werden darf. Uneinig waren sich verschiedene Rechtsgelehrte und ParlamentarierInnen jedoch darüber, ob die Initiative das Non-Refoulement-Gebot verletzt oder nicht. ParlamentarierInnen, die sich für die Ungültigkeit der Initiative ausgesprochen hatten, sahen im Initiativtext klar das flüchtlingsrechtliche Non-Refoulement-Gebot (Art. 25 Abs. 2 BV und Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention) und das menschenrechtliche Refoulement-Verbot (Art. 3 UNO-Folterkonvention, Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II) verletzt, da diese delinquente AusländerInnen unabhängig ihres ausländerrechtlichen Status (somit auch Asylsuchende, vorläufig Aufgenommene und anerkannte Flüchtlinge) automatisch und ohne behördliche Überprüfung ausweisen will. Die Befürworter der Gültigkeit der Initiative schlossen mit Hinweis auf den genauen Wortlaut der Initiative eine Verletzung von zwingendem Völkerrecht aus. Obwohl die Initiative den Titel «Volksinitiative für die *Ausschaffung* krimineller Ausländer» trägt, wird im eigentlichen Initiativtext, der für die rechtliche Beurteilung allein massgeblich ist, nirgends das Wort „ausschaffen“ oder „Ausschaffung“ verwendet. Stattdessen benutzen die InitiantInnen den Begriff „ausweisen“. Zwischen der Ausweisung als solcher, die lediglich eine Verfügung ist, und dem eigentlichen Vollzug der Ausweisung gelte es klar zu differenzieren. Da das Non-Refoulement-Gebot erst beim Vollzug der Ausweisung zur Anwendung komme und bei der Ausweisung unerheblich sei, stünde die Initiative nicht im Konflikt mit zwingendem Völkerrecht.



III.3 Konflikte mit nichtzwingendem Völkerrecht und rechtsstaatlichen Prinzipien

Obschon die Initiative für gültig erklärt worden ist und wie oben aufgeführt mit grossem juristischem Einfallsreichtum die Konformität mit zwingendem Völkerrecht hatte aufgezeigt werden können, sind sich Bundesrat und Parlament einig, dass die Initiative gegen nichtzwingende Bestimmungen des Völkerrechts und gegen rechtsstaatliche Prinzipien verstösst. Würde die Initiative angenommen und umgesetzt, käme es im Speziellen zu Problemen mit dem **Verhältnismässigkeitsprinzip**, welches u.a. in der Bundesverfassung verankert ist. Nach Art. 5 Abs. 3 muss jegliche Form staatlichen Handelns mit diesem Prinzip in Einklang stehen. Indem die Initiative eine automatische Ausweisung/Ausschaffung von „kriminellen AusländerInnen“ vorsieht, verstösst sie in offensichtlicher Art und Weise gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, da den Behörden eine genaue Einzelfallbeurteilung und Interessensabwägung untersagt wird. Die Missachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei Ausweisungen/Ausschaffungen würde insbesondere zu Konflikten mit diversen, in der Bundesverfassung verankerten Grundrechten führen (z.B. Recht auf Leben und persönliche Freiheit, Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Schutz der Kinder und Jugendlichen etc.). Konkret heisst dies, dass trotz familiären Bindungen in der Schweiz, langjährigem Aufenthalt (insbesondere bei Personen mit einer Niederlassungsbewilligung), fortgeschrittener Integration und Schwierigkeiten der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat Ausschaffungen vollzogen werden könnten. Weitere Probleme betreffend Verhältnismässigkeit würden sich bei der von der Initiative geforderten Ausweisung/Ausschaffung gewalttätiger Jugendlicher ergeben. Eine konsequente Umsetzung der Initiative, die sich an alle delinquierenden AusländerInnen unabhängig von deren Alter richtet, stünde mit verschiedenen Bestimmungen der Kinderrechtskonvention (insbesondere dem Kindeswohl) und Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen) in Konflikt. Die InitiantInnen sehen in gewissen Fällen vor, dass kriminelle Jugendliche zusammen mit ihren Eltern des Landes verwiesen werden können, da diese letztlich die Verantwortung für ihre Kinder zu tragen hätten (vgl. SVP-Argumentarium).

Die Umsetzung der Initiative wäre auch nicht mit dem **Freizügigkeitsabkommen** zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (FZA) vereinbar. Obschon das FZA in Art. 5 Anhang I Ausweisungen bei schweren Straftaten vorsieht, sind diese nur möglich, wenn sie eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der Gesellschaft bedeuten. Bei verhältnismässig leichten Delikten, wie diese auch in der Initiative vorgesehen sind (z.B. Einbruch oder Sozialhilfemissbrauch), wird eine solche Gefährdung jedoch verneint. Der Think Thank «Forum Aussenpolitik» (foraus) gibt zu bedenken, dass die Schweiz mit Annahme der Ausschaffungsinitiative eine Kündigung der Bilateralen I riskieren würde, welche wiederum die Anwendung der Guillotine-Klausel zur Folge haben könnte. Mit anderen Worten könnte die EU sämtliche bilateralen Verträge mit der Schweiz lösen, was wiederum verheerende Folgen für den Wirtschaftsstandort Schweiz nach sich ziehen würde.



III.4 Weitere problematische Aspekte der Initiative

Ein häufig genannter Vorwurf an die Adresse der InitiantInnen besteht darin, dass es sich bei der Ausschaffungsinitiative um eine *Scheininitiative* handelt, die sich nur teilweise umsetzen lässt und somit den StimmbürgerInnen bewusst leere Versprechungen macht. Diejenigen, die die Initiative unterschrieben hätten, seien dazu verführt worden, etwas zu glauben, das nie realisiert werden könne. Die juristisch strenge und völkerrechtskonforme Auslegung des Initiativtextes verhindert automatische Ausschaffungen, wie diese von den InitiantInnen gefordert werden. Auch wenn im eigentlichen Initiativtext das Wort „Ausschaffung“ nicht erwähnt wird (ein taktisches Kalkül, das eine Ungültigerklärung abzuwenden vermochte), so sprechen sich die InitiantInnen in ihrem Argumentarium und in öffentlichen Stellungnahmen doch immer wieder für automatische und „unbürokratische“ Ausschaffungen von delinquierenden AusländerInnen aus.

Die SVP-Initiative lässt sich auch nur schwer mit dem eigentlichen *Sinn und Zweck des Strafrechts* vereinbaren. Ziel des Strafrechts ist es nicht nur, Menschen davon abzuhalten, in die Rechtsgüter anderer einzugreifen. Dem Einzelnen soll durch eine strafrechtliche Sanktion die Möglichkeit gegeben werden, seine Tat zu verbüssen und in der Gesellschaft wieder Fuss zu fassen. Die Möglichkeit der Vergebung soll bestehen und eine Tat soll einem Menschen, der dafür gebüsst hat und allenfalls seine Schuld an der Gesellschaft sogar abbezahlt hat, nicht ein Leben lang angelastet werden können. Eine (zusätzliche) „Bestrafung“ eines Delikts durch eine verwaltungsrechtliche Massnahme, nämlich einer Ausschaffung, ist in keiner Weise im Sinne eines rechtsstaatlichen Strafrechtssystems, sondern kann bloss als staatlicher Machtakt oder als Abschiebung der Problematik angesehen werden. Eine Bestrafung in einem nicht-strafrechtlichen Sinne ist abseits jeglicher strafrechtlichen Dogmatik und nimmt einem Betroffenen die Möglichkeit zur Resozialisierung.

Das Argumentarium der SVP zur Ausschaffungsinitiative ist insgesamt inkonsistent und wirkt wirr. Beispielsweise führen die InitiantInnen an, dass mit der Initiative KriminaltouristInnen abgeschreckt und somit die Schweiz für GesetzesbrecherInnen unattraktiv gemacht werden könne. Der Tatsache, dass die Initiative lediglich auf delinquente AusländerInnen mit rechtllichem Aufenthaltstitel in der Schweiz angewendet werden kann, wird hierbei jedoch nicht Rechnung getragen.

Der eigentliche Handlungsbedarf der Initiative wird neben der „hohen Ausländerkriminalität“ mit vielen fremdenfeindlichen Argumenten begründet. So wird etwa argumentiert, dass die schweizerische Rechtsordnung und schweizerische Werte durch die stete Zuwanderung von „bildungsfernen Schichten“ aus „nichttraditionellen Herkunftsländern“ Gefahr laufen, untergraben zu werden. Die InitiantInnen äussern u.a. Befürchtungen darüber, dass in der Schweiz das islamische Recht der Scharia und die Polygamie als Gesellschaftsform eingeführt werden könnten. Beim genauen Durchlesen des Argumentariums scheint es, als ob die Initiative letztlich als Vorwand zur Bekämpfung der „Überfremdung“ in der Schweiz eingesetzt werden möchte (vgl. SVP-Argumentarium).



IV. Der direkte Gegenvorschlag

Im Februar 2010 hat die Staatspolitische Kommission (SPK-S) des Ständerates die Ausschaffungsinitiative für gültig erklärt und gleichzeitig einen [direkten Gegenvorschlag](#) dazu vorgelegt, welcher im Juni 2010 vom Parlament gutgeheissen wurde. Am 28. November 2010 wird also neben der Initiative selbst auch über diesen Gegenentwurf, der ebenfalls die Form eines Verfassungsartikels trägt, abgestimmt werden.

IV.1 Wahrung der Verhältnismässigkeit

Die Motivation zur Erarbeitung dieses Gegenentwurfes lag vor allem bei der Wahrung allgemeingültiger Rechtsgrundsätze. So nannte denn eine Mehrheit der SPK-S nicht die Völkerrechtskonformität als primäre Problematik der SVP-Initiative, sondern die Nichtbeachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips, welches einer der wichtigsten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns darstellt. Um diese Verhältnismässigkeit zu wahren, muss eine staatliche Massnahme oder ein behördlicher Akt (also im Falle der Initiative die konsequente Ausweisung) geeignet sein, die öffentliche Ordnung zu wahren. Kann dasselbe Ziel auch mit einer mildereren Massnahme erreicht werden, so ist das mildere Mittel zu wählen. Zudem muss die Massnahme für die betroffene Person unter Abwägung aller relevanten Faktoren zumutbar sein. Ist eine dieser Bedingungen nicht erfüllt, ist die Verhältnismässigkeit zu verneinen. Im Falle der in der Initiative genannten Massnahme muss auch die Schwere eines Delikts bei der Beurteilung ganz klar berücksichtigt werden.

Auch bei drohender Verfolgung oder Folter im Heimatstaat soll ein Delinquent nicht ausgeschafft werden können. Damit wird auch einer der Hauptkritikpunkte an der Initiative, nämlich der Verstoss gegen das Non-Refoulement Prinzip entschärft. Der Gegenvorschlag geht klar von der Beachtung dieses Prinzips aus.

Die im Text der InitiantInnen vorgesehene Massnahme der konsequenten Ausschaffung verliert durch den Gegenvorschlag ihren zwingenden Charakter, da eine Ausschaffung (nach der Terminologie der Initiative „Ausweisung“) nicht automatisch erfolgt, sondern von einem Gericht hinsichtlich nationaler und internationaler Rechtsgrundsätze beurteilt werden soll. Der Text des Gegenvorschlags enthält denn auch bezüglich der Ausweisung eine „Kann-Formulierung“. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei Entzug der Aufenthaltsbewilligung oder einer Ausweisung aufgrund eines Delikts soll nun bei der richterlichen Prüfung eines Falles Rechnung getragen werden.

IV.2 Vereinbarkeit mit dem FZA

Das Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit der EU, welches Völkerrecht darstellt und durch die Ausschaffungsinitiative ausgehebelt würde, sieht in Art. 5 des Anhanges 1 einen Entzug der Aufenthaltsrechte nur bei Verstössen gegen die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit vor. Dies heisst konkret, dass BürgerInnen aus EU- und EFTA-Staaten nur bei schwerwiegenden Delikten des Landes verwiesen werden können (siehe Kapitel V.II). Durch den Hinweis im Gegenentwurf, dass bei jeglicher Massnahme Bestimmungen des Völkerrechts zu beachten seien, wird gewährleistet, dass das FZA auch bei Annahme des Gegenvorschlags weiterhin uneingeschränkt angewendet werden könnte.



IV.3 Voraussetzungen für eine Ausweisung

Der Gegenentwurf enthält neu sowohl einen ausführlicheren Deliktskatalog, der etwas mehr Klarheit schafft, als auch eine Generalklausel, welche Delikte, für die im Strafrecht eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorgesehen ist, mit der Ausweisung bestraft. Auch bedingt verhängte Sanktionen können überdies – sowohl gemäss Initiativtext als auch gemäss Gegenvorschlag - zu einer Ausweisung führen. Für Sozialhilfe- und andere Betrugsfälle liegt die Grenze bei mindestens 18 Monaten Haft; durch diese Formulierung soll gleichermaßen nicht nur gegen Sozialhilfebetrüger sondern auch gegen Wirtschaftskriminelle eine Wegweisung verfügt werden können. Gleiches soll AusländerInnen, deren Freiheits- oder Geldstrafen sich innerhalb von 10 Jahren auf 720 Tagessätze summieren, widerfahren. Der Gegenvorschlag schliesst dadurch eine unverhältnismässige Ausweisung aufgrund kleinerer Delikte, welche vom Initiativtext auch inbegriffen sein sollen, von vornherein aus. Die Regelung einer Einreisesperre wird gänzlich weggelassen, da Einreiseverbote bereits nach geltendem Recht ausgesprochen werden können (Art. 67 AuG).

Vor allem aber macht der Gegenvorschlag die Ausschaffung nicht von der Begehung der Tat selber abhängig, sondern vom verhängten Strafmass und damit vom Verschulden des Täters. Damit bleibt der direkte Gegenvorschlag zur Ausschaffungsinitiative in der Systematik des geltenden Straf- und Ausländerrechts, soll aber die Voraussetzungen für die Weg- oder Ausweisung vereinheitlichen.

Wie bei der Initiative, jedoch unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit, soll es auch nach dem Gegenvorschlag möglich sein, Minderjährige oder hier geborene und aufgewachsene AusländerInnen auszuweisen.

IV.4 Integrationsartikel

Was am Gegenentwurf jedoch gänzlich neu ist, ist der Integrationsartikel (Art. 121a [neu] BV), welcher Ziele und Anforderungen, aber auch die Förderung der Integration statuiert. Dies widerspiegelt die Auffassung, dass eine erfolgreiche Integration auch bei der Bekämpfung der Kriminalität helfen könne. Dieser Integrationsartikel stellt die Grundlage dar für ein stärkeres Bundesengagement und die Harmonisierung der Integrationspolitik in den Kantonen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der direkte Gegenvorschlag den Mangel des Verstosses gegen Völkerrecht beheben soll und indessen eine verhältnismässige Beurteilung der Einzelfälle zulässt. Die Anliegen der InitiantInnen werden aufgenommen, gehen aber kaum weiter als die fremdenpolizeilichen Bestimmungen, welche eine Ausweisung für delinquierende AusländerInnen schon nach dem geltenden Asyl- und Ausländergesetz vorsehen (siehe Kapitel V). Auch wenn der direkte Gegenvorschlag besser durchführbar und transparenter als die Initiative ist und die Stimmbürgerinnen im Gegenentwurf besser erkennen können, worüber sie abstimmen, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit eines solchen Verfassungsartikels.



V. Ausweisungen nach bestehender Gesetzeslage

Folgende Aufstellung soll zeigen, dass bereits nach geltender Gesetzeslage, die von der Schweizerischen Beobachtungsstelle immer wieder aufs schärfste kritisiert wird, Ausweisungen/Ausschaffungen von straffälligen AusländerInnen erfolgen können. Durch das Aufführen von verschiedenen Fallbeispielen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll des Weiteren gezeigt werden, in welchen Fällen solche ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahmen bereits zum heutigen Zeitpunkt zur Anwendung kommen.

V.1 Bundesverfassung

Art. 121 BV

¹ *Die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl ist Sache des Bundes.*

² *Ausländerinnen und Ausländer können aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden.*

Schon die Bundesverfassung enthält eine Norm, die die Ausweisung von AusländerInnen erlaubt, die gegen die Schweiz gerichtete Gewaltakte (beispielsweise Terroranschläge) verübt haben.

Dieser Art. 121 BV soll nun durch die Initiative mit der konsequenten Ausschaffung krimineller AusländerInnen ergänzt werden.

V.2 Freizügigkeitsabkommen (FZA) Anhang I

Art. 5 Öffentliche Ordnung

(1) Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.

(2) Gemäss Artikel 16 dieses Abkommens wird auf die Richtlinien 64/221/EWG (ABl. Nr. 56, 1964, S. 850)¹, 72/194/EWG (ABl. Nr. L 121, 1972, S. 32)² und 75/35/EWG (ABl. Nr. L 14, 1975, S. 10)³ Bezug genommen.

Nach dieser allgemein formulierten Norm kann das Aufenthalts-, Verbleibe- oder Familiennachzugsrecht nur eingeschränkt werden, wenn schwerwiegende Gründe dies rechtfertigen. Ein solcher Rechtfertigungsgrund ist nur gegeben, wenn der Verbleib einer Person in der Schweiz eine schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde. Eine strafrechtliche Verurteilung allein genügt dazu nicht. Die Gefahr muss anhaltend sein, damit ein strafrechtlich verurteilter EU-Angehöriger sein Aufenthaltsrecht verliert und ausgewiesen werden kann. Bei einer günstigen Prognose (z.B. bei einer bedingten Strafe) kann es an der gegenwärtigen Gefährdung fehlen; ist also ein künftiges Wohlverhalten absehbar, kommt es zu keiner Ausweisung.



Anders als bei dem Entzug der Aufenthaltsbewilligungen nach dem Ausländergesetz ist die Abhängigkeit von der Sozialhilfe kein Grund für den Entzug der durch das FZA gewährleisteten Rechte.

V.2.1 Fallbeispiele

BGer: 2A.247/2006 (Art. 9 ff. ANAG, Art. 5 FZA Anhang 1)

Ein seit 20 Jahren in der Schweiz anwesender Italiener mit Niederlassungsbewilligung wurde nach dem Strafvollzug aufgrund einer Verurteilung wegen zweifachem Mordes während seiner Drogensucht und Diebstahls durch die kantonalen Behörden für unbestimmte Zeit aus der Schweiz ausgewiesen. Dadurch erlosch auch die Niederlassungsbewilligung. Bei einer solchen Massnahme sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers oder der Ausländerin, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz und die ihm oder ihr und seiner oder ihrer Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen.

Das Bundesgericht hat befunden, dass diese Ausweisung verhältnismässig sei und nicht gegen Art. 5 des Anhanges 1 der Freizügigkeitsabkommens verstosse. Dies, weil das Verschulden im obersten Bereich eingestuft wurde und auch trotz einer Besserung im Umgang mit Drogen, hohe Aggressivität und ein grosses Gefährdungspotential vom Verurteilten ausgehe. Ausserdem könne gewalttätiges Verhalten und weiterer Drogenmissbrauch aufgrund einiger Vorerfahrungen in Zukunft nicht ausgeschlossen werden.

BGE 129 II 215

Auch in diesem Fall ist die Zulässigkeit der Ausweisung eines aus einem EU-Staat stammenden Drogenhändlers nach Massgabe des ANAG, von Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV sowie unter dem Gesichtspunkt des Freizügigkeitsabkommens bejaht worden. Der Verurteilte habe ein Klima der Angst geschaffen, um seine Klienten zu kontrollieren. Zudem seien die Wiedereingliederungschancen in Italien nicht geringer.

Bei beiden Entscheiden wurde überdies die fehlende Integration der Verurteilten hervorgehoben und der Einschätzung der Integrationschancen in Italien, die nicht geringer seien als in der Schweiz, Rechnung getragen.

In einem früheren Urteil (2A.468/2000) wurde die Ausweisung eines drogenabhängigen Italieners aufgehoben, da er im Begriff war, seine Sucht in den Griff zu bekommen.

Zudem wurden auch schon Aufenthaltsbewilligung gar nicht erst erteilt, wenn aufgrund von Delikten im Heimatstaat die Gefährdung der öffentlichen Ordnung der Schweiz als gegeben erachtet wurde; dies zum Beispiel bei Steuerhinterziehung (BGE 134 II 25).



V.3 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)

V.3.1 *Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen*

Art. 62 AuG

Die zuständige Behörde kann Bewilligungen, ausgenommen die Niederlassungsbewilligung, und andere Verfügungen nach diesem Gesetz widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer:

- a. oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat;*
- b. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder Artikel 61 des Strafgesetzbuches¹ angeordnet wurde;*
- c. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;*
- d. eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht einhält;*
- e. oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.*

Der Widerruf einer Bewilligung erfolgt nicht automatisch beim Vorliegen einer der aufgelisteten Gründe, sondern wird zuerst auf seine *Verhältnismässigkeit* geprüft. Nach einem Widerruf einer Bewilligung wird in der Regel die Ausweisung und allenfalls ein Einreiseverbot angeordnet (Art. 66 f. AuG). Analog gelten die Widerrufsgründe auch für die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung mit einer kurzen Gültigkeitsfrist.

Betreffend lit. b ist nicht davon auszugehen, dass die Aufenthaltsbewilligung bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr entzogen wird, da von einer längerfristigen Freiheitsstrafe die Rede ist. Diesbezüglich sieht der Gegenvorschlag zur Ausschaffungsinitiative die gleiche Regelung vor.

Lit. c spricht nicht nur von Gefährdungen aufgrund strafrechtlicher Delikte, sondern kann auch erfüllt sein, wenn jemand wiederholt und schuldhaft privatrechtlichen Verpflichtungen, wie etwa Alimentenzahlungen, nicht nachkommt. (siehe auch Art. 80 Abs. 1 lit. b VZAE). Weiter geht es in diesem Abschnitt um AusländerInnen, von denen eine terroristische Bedrohung oder gewalttätiger Extremismus ausgeht (siehe auch Art. 80 Abs. 1 lit. c VZAE).

Verglichen mit der Ausschaffungsinitiative und dessen Gegenvorschlag enthält Art. 62 lit. e eine Bestimmung, welche bezüglich Sozialhilfebezug noch etwas weiter geht: solange es nicht um die Niederlassungsbewilligung (C-Ausweis) geht, können AusländerInnen, welche von der Sozialhilfe abhängig sind, ihr Aufenthaltsrecht verlieren. Nach dem Text der Initiative und des Gegenvorschlags soll eine Ausweisung erst bei Missbrauch der Sozialhilfe erfolgen. Jedoch verlangt die Initiative ein absolutes Durchgreifen, bei dem die Verhältnismässigkeit nicht geprüft wird. Nach dem Gegenvorschlag und auch nach dem Ausländergesetz erfolgt immerhin noch eine Verhältnismässigkeitsprüfung. Trotz dem Wortlaut in lit. e erfolgt der



Widerruf der Aufenthaltsbewilligung aber nicht bei jedem Sozialhilfebezug, sondern setzt einen dauerhaften Bezug nach einem erheblichen vorwerfbaren Verhalten voraus.

Bei der Anwendung von Art. 62 AuG ist zudem Art. 96 AuG zu beachten, welcher von den zuständigen Behörden eine angemessene Interessensabwägung fordert.

V.3.2 Widerruf der Niederlassungsbewilligung

Art. 63 AuG

¹ Die Niederlassungsbewilligung kann nur widerrufen werden, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach Artikel 62 Buchstabe a oder b erfüllt sind;
- b. die Ausländerin oder der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;
- c. die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist.

² Die Niederlassungsbewilligung von Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, kann nur aus Gründen von Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 62 Buchstabe b widerrufen werden.

Im Gegensatz zur Ausschaffungsinitiative unterscheidet das Ausländergesetz zwischen AusländerInnen mit einer Niederlassungsbewilligung und Aufenthaltsberechtigten mit einer anderen Bewilligung. Im Gegensatz zu Art. 62 AuG schraubt Art. 63 AuG die Hürde der Voraussetzungen zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung (C-Ausweis) deutlich höher, da es hier auch um Personen gehen kann, welche schon in der zweiten oder dritten Generation in der Schweiz leben. Auch wenn man im Wortlaut von Art. 63 AuG nicht viele Unterschiede zu Art. 62 AuG erkennen kann, gilt es bei Niedergelassenen die in Art. 96 AuG geregelte Interessensabwägung (etwa bezüglich Anwesenheitsdauer und Integrationsdauer) verstärkt zu berücksichtigen. Bei einer strafrechtlichen Verurteilung gilt es zusätzlich auch, das Verhalten während des Strafvollzuges zu berücksichtigen.

V.3.3 Fallbeispiele

BGer: 2A.82/2007

Ein in der Schweiz geborener türkischer Staatsangehöriger mit einer Niederlassungsbewilligung sollte wegen mehrmaligem Diebstahl ausgewiesen werden, da er nach der Androhung der Ausweisung ein weiteres Mal wegen gewerbsmässigem Diebstahl, Sachbeschädigung und Hehlerei angeklagt worden war. Zudem war er seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug von der IV abgängig. Das Bundesgericht hingegen vertrat den Standpunkt, dass beim Bestehen einer gewissen Aussicht, dass der Verurteilte sein bisheriges kriminelles Verhalten nicht (bzw. nicht in einem vergleichbaren Masse) fortsetzen wird, von einer Ausweisung abzusehen ist und ihm für den Fall, dass er wieder rückfällig wird, die Ausweisung (erneut) anzudrohen sei. Rechtfertige auch die Berücksichtigung der aktuellen Situation



keine bessere Prognose oder nehme der Verurteilte die ihm gegebenenfalls gebotene Chance nicht wahr, müsse er die Sanktion der Ausweisung in die Türkei in Kauf nehmen. Der festgestellte Sachverhalt erlaube aber noch nicht den sicheren Schluss einer erneuten, vergleichbaren Delinquenz.

BGer: 2A.633/2006

Ein 26-jähriger Kosovare, der als 13-jähriger im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz gekommen ist und die Niederlassungsbewilligung erhalten hat, wurde in Österreich zu zwei Jahren Gefängnis wegen Drogenhandels verurteilt. Daraufhin verfügte das kantonale Ausländeramt über den Entzug der Aufenthaltsbewilligung. Das Bundesgericht erachtete eine Wegweisung als unverhältnismässig, da es sich um einen einmaligen Fehltritt handelte. Nach den vorliegenden Akten sei der Beschwerdeführer in der Schweiz fremdenpolizeilich bisher nie negativ aufgefallen. Auch das in Österreich gegen ihn ergangene Strafurteil bezeichnete ihn als "bislang unbescholten".

V.4 Asylgesetz

V.4.1 Widerruf

Art. 63 AsylG

¹ *Das Bundesamt widerruft das Asyl oder aberkennt die Flüchtlingseigenschaft:*

- a. *wenn die ausländische Person das Asyl oder die Flüchtlingseigenschaft durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat;*
- b. *aus Gründen nach Artikel 1 Buchstabe C Ziffern 1–6 des Abkommens vom 28. Juli 1951¹ über die Rechtsstellung der Flüchtlinge.*

² *Das Bundesamt widerruft das Asyl, wenn Flüchtlinge die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben, gefährden oder besonders verwerfliche strafbare Handlungen begangen haben.*

³ *Der Asylwiderruf oder die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft gilt gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden.*

⁴ *Der Asylwiderruf oder die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft erstreckt sich nicht auf den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner und die Kinder.*

V.4.2 Ausweisungen

Art. 65 AsylG

Flüchtlinge dürfen nur ausgewiesen werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Artikel 5 [Rückschiebungsverbot] bleibt vorbehalten.



Auch im Asylgesetz gibt es für anerkannte Flüchtlinge eine entsprechende Bestimmung zur Aberkennung des gewährten Asyls. Dies geht jedoch weniger weit als die Regelung im Ausländergesetz, da nach Asylgesetz insbesondere die Fürsorgeabhängigkeit noch nicht Grund genug für einen Widerruf ist. Die Niederlassungsbewilligung wird denn auch nicht automatisch bei der Asylaberkennung entzogen, sondern erst beim Vorliegen eines schweren Deliktes.

V.4.3 Fallbeispiele

BGer: 2C.87/2007

Ein Türke, dem 1991 in der Schweiz Asyl gewährt wurde, verletzte bei einer familiären Auseinandersetzung seine Ehefrau und zwei Söhne. Daraufhin wurde er wegen mehrfacher versuchter vorsätzlicher Tötung, schwerer Körperverletzung und Widerhandlung gegen das Waffengesetz verurteilt. Er habe Tötungsabsichten gehabt, weil er sich wegen Autonomiebestrebungen seiner Frau und Kinder in seiner Rolle als patriarchalisches Familienoberhaupt gekränkt gefühlt habe. Gegen Ende der fünfeinhalbjährigen Haft verfügte die zuständige kantonale Behörde die Ausweisung, nachdem das BFM ihm schon ein Jahr vorher das Asyl abkannt hatte. Das Bundesgericht erachtete dann diese Wegweisung als zulässig und auch zumutbar, da ihm in der Türkei keine Verfolgung mehr drohe und die Tatsache, dass er Kurde sei, nach der jetzigen Situation nicht mehr sehr relevant sei.

BGer: 2A.51/2006

In diesem Fall geht es um einen Türken, dem nach der anfänglichen Asylgewährung im Jahre 1999 die Niederlassungsbewilligung erteilt worden war. Nach ersten kleineren Delikten wie Sachbeschädigungen, Verstössen gegen das Strassenverkehrsgesetz und Raufhandels wurde er wegen bandenmässigem Raub, Betrug und Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 5 Jahren Zuchthaus und 8 Jahren Landesverweis (zu diesem Zeitpunkt noch eine strafrechtliche Massnahme) verurteilt. Das Bundesgericht hob daraufhin die Landesverweisung auf, da die Vorinstanz bei ihrem Entscheid diesbezüglich den flüchtlingsrechtlichen Hintergrund nicht genügend beachtet und zu wenig berücksichtigt habe. Nach einer bedingten Entlassung aus seiner Haft wurde die ausländerrechtliche Wegweisung verfügt, da einer Resozialisierung in der Türkei mehr Chancen beigemessen wurden. Das Bundesgericht erachtete diesen Entscheid als angemessen, da die öffentliche Ordnung wiederholt in schwerwiegender Weise im Sinne von Art. 65 AsylG verletzt worden sei und eine konkrete Wiederholungsgefahr bestehe. Eine Ausweisung sei aber nur möglich, soweit er in der Türkei nicht gefährdet ist und ihm keine Folter oder unmenschliche Behandlung droht. Die Frage, ob sich die Ausweisung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AsylG und Art. 3 EMRK als vollziehbar erweise, also mit dem Non-Refoulement-Gebot vereinbar ist, sei von asylrechtlichen Fachorganen (kantonal zuständigen Vorinstanzen) zu prüfen.



VI. Stellungnahme der SBAA

In regelmässigen Abständen wurde in den vergangenen Jahren das Asyl- und Ausländerrecht durch das Parlament verschärft. Ausländern und Ausländerinnen wurde dabei immer wieder die Verantwortung für gesamtgesellschaftliche Probleme in der Schweiz aufgebürdet. Die Ausschaffungsinitiative fokussiert in bekannter Manier Ausländerinnen und Ausländer. Mit strengen Auflagen sollen jene, die mit dem Gesetz in Konflikt geraten, ausgeschafft werden. Die InitiantInnen geben an, mit der Ausschaffungsinitiative die Kriminalitätsrate in der Schweiz senken und schweizerische Werte gegenüber unerwünschten, fremdländischen Einflüssen verteidigen zu können (vgl. SVP-Argumentarium). Zur Erreichung dieser Ziele werden Massnahmen vorgeschlagen, die offensichtlich weder mit rechtsstaatlichen noch völkerrechtlichen Garantien in Einklang gebracht werden können.

Die SBAA empfiehlt, die Initiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer und Ausländerinnen abzulehnen, da diese in offensichtlicher Art und Weise gegen internationale Garantien und rechtsstaatliche Prinzipien verstösst. Die Initiative hätte von Anfang an von Bundesrat und Parlament für ungültig erklärt werden sollen.

Die SBAA lehnt auch den direkten Gegenvorschlag zur Ausschaffungsinitiative ab, da dieser den fremdenfeindlichen Kerngedanken der Initiative weiterhin beinhaltet. Obwohl der Text explizit festhält, dass das Völkerrecht bei der Beurteilung einer Wegweisung beachtet werden soll, erachtet die SBAA eine solche Regelung als gefährlich und unnötig. Ausweisungen und Ausschaffungen finden bereits mit der bestehenden und von der SBAA scharf kritisierten Asyl- und Ausländergesetzgebung statt. Die von der SBAA dokumentierten Fälle (www.beobachtungsstelle.ch) zeigen, dass die Anwendung von gewissen asyl- und ausländerrechtlichen Bestimmungen bereits heute immer wieder mit verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien in Konflikt geraten. Der Gegenvorschlag macht ausserdem – wie auch die Initiative - keine Unterscheidung zwischen Personen mit einer Niederlassungsbewilligung und solchen mit einer anderen Aufenthaltsbewilligung. Wer ein nach dem Gegenvorschlag formuliertes Strafmass erreicht, kann theoretisch unabhängig davon, ob eine Wiederholungsgefahr besteht und ohne Berücksichtigung des Aufenthaltsstatus oder familiärer Bindungen ausgewiesen werden.

Zudem erachtet es die SBAA als bedenklich, dass im Text des direkten Gegenvorschlags die Integration von AusländerInnen und deren Ausweisung bei strafrechtlicher Verfolgung vermischt werden. Dies lässt den Eindruck entstehen, dass weniger integrierte Ausländerinnen und Ausländer automatisch rascher Gefahr laufen, kriminell zu werden und somit mit einer Ausweisung zu rechnen haben. Die Integration von AusländerInnen wird zudem bereits in den Artikeln 4 und 53-58 AuG geregelt.

Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrechte lehnt folglich sowohl die Initiative als auch den Gegenvorschlag ab. Erneute Verschärfungen im Zusammenhang mit dem Asyl- und Ausländerrecht würden die ohnehin schon schwierige Situation von Migrantinnen und Migranten unnötig prekarisieren. Falls das Schweizer Stimmvolk sowohl die Initiative als auch den Gegenvorschlag annehmen sollte, empfiehlt die SBAA, bei der Stichfrage den Gegenvorschlag anzunehmen.



VII. Quellen

Amtliches Bulletin – Die Wortprotokolle von Nationalrat und Ständerat, Herbstsession 2009, Frühlings- und Sommersession 2010 (www.parlament.ch).

Forum Aussenpolitik (foraus) – Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer – Ein [Plädoyer](#) für einen rechtmässigen Gesellschaftsvertrag, Bern 2010

Nay, Guisep – Stellungnahme zur Ausschaffungsinitiative. In: Mitgliederbrief *Unser Recht*, 21. Juni 2010.

Reich, Johannes – 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. In: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Dezember 2008, S. 499-520.

Schweizerische Volkspartei – [Argumentarium](#) zur Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative), Bern 2007.

Spescha, Marc; Thür, Hanspeter; Zünd, Andreas; Bolzli, Peter. *Migrationsrecht, Kommentar*, Zürich 2009.