



Ausschaffungs-Motion: Volltreffer oder Rohrkrepierer?

Bemerkungen zur Motion 16.3982

BENJAMIN MÄRKLI*



DAMIAN WYSS**

Wegen Terrorismus verurteilte Personen können nach ihrer Haftstrafe nicht ausgeschafft werden, wenn ihnen in ihrer Heimat Folter droht. Grundrechte, das Völkerrecht und die migrationsrechtliche Gesetzgebung stehen einer Verletzung des Refoulement-Verbots entgegen. Die eidgenössischen Räte haben aber kürzlich eine Motion überwiesen, die sogar in diesen Fällen eine Ausschaffung verlangt. Der vorliegende Beitrag schafft eine dringend notwendige Klärung zur Thematik und beleuchtet die mannigfaltigen Probleme, welche der Motion anhaften. Er kommt zum Schluss, dass die Motion überflüssig und gleichzeitig aus mehreren Gründen undurchführbar ist.

Une personne condamnée pour terrorisme ne peut pas être expulsée après avoir purgé sa peine si elle risque la torture dans son pays d'origine. Les droits fondamentaux, le droit international et la législation en matière de migration s'opposent à une violation de l'interdiction de refoulement. Or, les Chambres fédérales ont récemment soumis une motion qui exige l'expulsion même dans ces cas. La présente contribution apporte des éclaircissements plus que bienvenus à ce sujet et met en lumière les nombreux problèmes qui entachent cette motion. Elle conclut qu'elle est non seulement superflue, mais aussi inexécutable, pour plusieurs raisons.

Inhaltsübersicht

- I. De quoi s'agit-il?
- II. Inhalt der Motion: Volltreffer?
 - A. Verurteilte Dschihadisten – gegenwärtige Rechtslage und Praxis
 - B. Tatsächlicher Anwendungsbereich der Motion Regazzi
- III. Herausforderungen: Rohrkrepierer?
 - A. Völkerrecht
 - B. Verfassungsrecht
 - C. Umsetzung
 - D. Anwendung
- IV. Fazit

I. De quoi s'agit-il?

Wie soll die Schweiz mit verurteilten Dschihadisten¹ umgehen, denen in ihrer Heimat Folter droht? Im Herbst 2014 enthüllten erste Medienberichte, was seither unter dem Titel «Schweizer/Schaffhauser IS-Zelle» diskutiert wird. Die Polizei hatte im Frühjahr 2014 mehrere Männer festgenommen, gegen welche die Bundesanwaltschaft im Oktober 2015 Anklage beim Bundesstrafgericht erhob. Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts sprach die Angeklagten unter anderem der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 1 StGB)

schuldig und bestrafte sie mit mehrjährigen Freiheitsstrafen.² Presseberichte bezeichneten den Prozess als Erfolg für die Bundesanwaltschaft.³ Bundesanwalt Michael Lauber äusserte sich entsprechend positiv zum ersten Entscheid des Bundesstrafgerichts und hielt fest, dass die bestehende gesetzliche Grundlage offensichtlich genüge, um Mitglieder von Terrorgruppen zu erfassen.⁴ Schon damals verwies Lauber aber auf das aus seiner Sicht noch zu lösende Problem: Dass die in casu verurteilten Iraker nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe zurück in ihre Heimat ausgeschafft würden, sei nicht anzunehmen. Für «derart gefährliche Täter» brauche es Lösungen.⁵ Tatsächlich ist es in der Praxis nicht immer möglich, angeordnete Ausweisungen gegen solche Straftäter nach einer Freiheitsstrafe zu vollziehen – mit der Folge, dass sie in Freiheit verbleiben.⁶

Am 19. März 2019 befasste sich der Ständerat als Zweitrat mit einer Motion zu diesem Thema. Eingereicht wurde die Motion im Dezember 2016 vom Tessiner CVP-Nationalrat Fabio Regazzi, der auch als Anwalt und Notar wirkt. Er möchte den Bundesrat beauftragen,

* BENJAMIN MÄRKLI, Tutor für Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, Universität St. Gallen.

** DAMIAN WYSS, studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, Universität St. Gallen.

¹ Um der besseren Lesbarkeit willen wird in diesem Beitrag auf die gleichzeitige Verwendung maskuliner und femininer Sprachformen verzichtet. Alle Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beide Geschlechter.

² BStGer, SK.2015.45, 18.3.2016. Eine dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen hiess das Bundesgericht zunächst insofern gut, als es den Entscheid zur Neu Beurteilung der Strafzumessung an die Vorinstanz zurückwies (BGE 143 IV 145). Ein erneuter Schuldspruch (unter anderem bezüglich desselben Straftatbestands) mit kürzerer Freiheitsstrafe wurde im Jahr 2018 schliesslich vom Bundesgericht bestätigt (BGer, 6B_1385/2017, 3.8.2018).

³ Z.B. KATHARINA FONTANA, Freiheitsstrafen für IS-Mitglieder, NZZ vom 19.3.2016, 17.

⁴ Vgl. dazu unten II.A.

⁵ FONTANA (FN 3), 17.

⁶ Vgl. dazu unten II.A.

«das Verfahren anzupassen, mit dem Dschihadistinnen und Dschihadisten, die für Taten in Zusammenhang mit dem IS verurteilt wurden, in ihr jeweiliges Land ausgewiesen werden, auch wenn diese Länder als «unsichere Länder» gelten. Damit würde Artikel 33 Absatz 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30) vor Artikel 25 Absatz 3 der Bundesverfassung gelten.»⁷

Der Nationalrat hatte die Motion im September 2018 gutgeheissen; nun ist ihm der Ständerat in der Frühjahrssession mit 22 zu 18 Stimmen bei einer Enthaltung gefolgt. In der Debatte im Ständerat wurde expressis verbis auf einen der Verurteilten als Anwendungsfall dieser Motion verwiesen.⁸ Liegt mit der Motion Regazzi also eine Lösung für das von Bundesanwalt Lauber angesprochene Problem auf dem Tisch?

II. Inhalt der Motion: Volltreffer?

A. Verurteilte Dschihadisten – gegenwärtige Rechtslage und Praxis

Um den Anwendungsbereich der Motion ermitteln zu können, bedarf es zunächst einer Übersicht über die vorherrschende Terminologie rund um den vom Motionär verwendeten Begriff «Ausweisung» («espulsione» bzw. «allontanamento»). In diesem Abschnitt sollen anschliessend auch bisherige Dschihadismus-Fälle und die diesbezügliche Praxis der Behörden beleuchtet werden, um den Rahmen aufzuzeigen, in welchem sich die in der Ständeratsdebatte angesprochene Problematik bewegt.

Art. 25 BV bietet als Grundrecht dem Wortlaut zufolge «Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung». Der verfassungsrechtliche Terminus *Ausweisung* bezieht sich auf staatliche Anordnungen, welche eine Person verbindlich dazu verpflichten, das Schweizer Staatsgebiet zu verlassen.⁹ Darunter lassen sich im schweizerischen Recht vier Formen subsumieren, die mit Blick auf die jeweilige Begründung voneinander abzugrenzen sind: Die Ausweisung kann aus *administrativ-fremdenpolizeilichen* Gründen (Art. 64 ff. AIG¹⁰), aus *politisch-polizeilichen* Überlegungen (bei einer Gefahr der inneren

oder äusseren Sicherheit) gemäss Art. 68 AIG respektive Art. 121 Abs. 2 BV sowie auch aus *strafrechtlichen* Gründen unter dem Titel der *Landesverweisung* (vgl. Art. 66a ff. StGB) erfolgen.¹¹

Wird die Ausweisung als verbindliche Anordnung vom Adressaten nicht befolgt, so wird diese Person ausgeschafft. *Ausschaffung* bedeutet also die zwangsweise Vollstreckung der (aus einem der genannten Gründe angeordneten) Ausweisung.¹²

Die für die Beurteilung der Motion bedeutsame Rechtslage wurde durch die Umsetzung der sogenannten Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV) massgeblich geprägt. Am 1. Oktober 2016 sind die entsprechenden Umsetzungsbestimmungen in Kraft getreten. Art. 121 Abs. 3 BV postuliert den Verlust des Aufenthaltsrechts sowie aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz unter anderem als Folge einer strafrechtlichen Verurteilung in einem der unter lit. a genannten Deliktbereiche. Als Folge davon sieht das StGB unter Art. 66a neu das Institut der *obligatorischen Landesverweisung* vor. Aufgrund ihrer Ausgestaltung erscheint die Landesverweisung als sichernde Massnahme (da der Verurteilte an der Ausübung erneuter Straftaten gehindert werden soll) mit einer starken materiellen Strafkompone (der Verurteilte hat den Verlust seines – allenfalls gefestigten – Aufenthaltsrechts zu gewärtigen).¹³ Der Gesetzgeber ist ferner dem Auftrag von Art. 121 Abs. 4 BV nachgekommen und hat die Deliktbereiche in Art. 66a Abs. 1 StGB näher umschrieben. Unter den definierten Katalogtaten figurieren auch die im vorliegenden Fall besonders interessierende

⁷ Motion 16.3982.

⁸ Votum Minder, AB 2019 S 191.

⁹ BSK BV-ACHERMANN, Art. 25 N 5, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser); in der Regel ist damit auch das Verbot der Rückkehr in die Schweiz verbunden.

¹⁰ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20).

¹¹ GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Art. 25 BV N 3; SGK BV-BREITENMOSER, Art. 25 N 3, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-Verfasser). Das Ausländerrecht spricht hingegen nur im Falle von Art. 68 AIG von einer *Ausweisung*. Die Anordnung nach Art. 64 AIG wird als *Wegweisung* bezeichnet. Begrifflich verlangte der Motionär diese Wegweisung («allontanamento» im Text) bzw. die Ausweisung («espulsione» im Titel). Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Wegweisung hingegen (wie gesehen) eine von mehreren Formen der Ausweisung (vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 586).

¹² Art. 69 ff. AIG; Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer), BBl 2013 5975 ff. (zit. Botschaft Umsetzung Ausschaffungsinitiative), 5988, sowie BIAGGINI (FN 11), Art. 25 BV N 5.

¹³ BSK StGB-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Vor Art. 66a–66d N 55 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Verfasser).

Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen Organisation gemäss Art. 260^{ter} StGB (vgl. Art. 66a Abs. 1 lit. 1 StGB). Als kriminelle Organisation im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert das Bundesgericht in mittlerer Weise gefestigter Rechtsprechung denn auch «hochgefährliche terroristische Gruppierungen».¹⁴ Folglich sah das Bundesgericht die Subsumtion des sogenannten «Islamischen Staats» (IS) unter Art. 260^{ter} StGB im eingangs erwähnten Fall der «Schweizer IS-Zelle» als «unstreitig».¹⁵ Darüber hinaus stützte das Bundesgericht im selben Entscheid auch die Argumentation des Bundesstrafgerichts, wonach an einer kriminellen Organisation nicht nur beteiligt sei, wer ihrem «harten Kern» angehöre. Vielmehr seien (wie im vorliegenden Fall) auch Personen gemeint, welche zum erweiterten Kreis der Organisation gehören und längerfristig bereit seien, erteilte Befehle zu befolgen.¹⁶

Für den Vollzug der Landesverweisung (Ausschaffung) sind die migrationsrechtlichen Gesetzesgrundlagen zu konsultieren. Sobald eine Landesverweisung in Rechtskraft erwächst,¹⁷ erlöschen jegliche Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen des Verurteilten gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. e AIG.¹⁸ Erfüllt die Person die Flüchtlingseigenschaft¹⁹ nach Art. 3 AsylG²⁰, wird ihr gemäss Art. 53 lit. c AsylG aufgrund der Landesverweisung dennoch kein Asyl gewährt (Asylunwürdigkeit). Wurde das Asylgesuch der Person bereits im Voraus positiv beurteilt, erlischt als Folge einer Landesverweisung das gewährte Asyl gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. e AsylG.²¹ Ferner

kommt nach einer Landesverweisung auch die vorläufige Aufnahme nicht mehr infrage (vgl. Art. 83 Abs. 9 AIG). Damit fallen Personen, gegen welche eine Landesverweisung ausgesprochen wurde, sinnbildlich durch alle Maschen des Migrationsrechts. In gewissen Fällen sieht einzig Art. 66d Abs. 1 StGB die Möglichkeit vor, den Vollzug der obligatorischen Landesverweisung, also die Ausschaffung, (nur, aber immerhin) aufzuschieben. Es handelt sich bei Art. 66d Abs. 1 StGB um eine gesetzliche Verankerung des flüchtlingsrechtlichen (lit. a) sowie des menschenrechtlichen (lit. b) Non-Refoulement-Gebots.²² Der Gesetzgeber suchte bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative also diejenigen Schranken des Verfassungs- und zwingenden Völkerrechts zu beachten, welche er jetzt infrage stellt. Der Bundesrat hielt damals in der Botschaft fest, dass die Ausschaffungsinitiative ohne diese «Offenheit» im Vollzug für ungültig hätte erklärt werden müssen aufgrund eines Verstosses gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts. Erwähnt wird bspw. der Fall eines Terroristen, «der viele Menschen getötet hat» und trotzdem nicht in ein Land zurückgewiesen werden könne, wo ihm grausame und unmenschliche Behandlung drohe.²³

Liegt gegen eine Person (noch) keine Verurteilung vor, ist im Zusammenhang mit Dschihadisten namentlich die Ausweisung aus politisch-polizeilichen Gründen durch das Bundesamt für Polizei (fedpol) nach Art. 68 AIG von Bedeutung. Eine solche Ausweisung kann fedpol zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz verfügen. Vorausgesetzt ist hierbei einzig, dass konkrete Hinweise vorliegen, «wonach die Anwesenheit der betreffenden Personen geeignet ist, die innere und äussere Sicherheit zu gefährden. Ein Verdacht auf ein strafbares Verhalten ist dabei nicht in jedem Fall notwendig.»²⁴

Auch das Nichtbefolgen von Ausweisungen aus politisch-polizeilichen Gründen (oder wegen der Gründe nach Art. 64 ff. AIG) zieht grundsätzlich eine Ausschaffung nach sich.²⁵ Als Pendant zu Art. 66d Abs. 1 StGB findet sich aber auch hier eine entsprechende Schranke in

¹⁴ BGer, 6B_1132/2016, 7.3.2017, E. 1.3.1 (= BGE 143 IV 145). So stufte das Bundesgericht die Al-Qaida bereits im November 2002 als kriminelle Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB ein (BGer, 1A.194/2002, 15.11.2002, E. 3.7).

¹⁵ BGer, 6B_1132/2016, 7.3.2017, E. 6.1.

¹⁶ BGer, 6B_1132/2016, 7.3.2017, E. 6.2.3.

¹⁷ Art. 66c Abs. 1 StGB.

¹⁸ Vgl. BSK StGB-ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 13), Vor Art. 66a–66d N 59 u. 88.

¹⁹ Vgl. das Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention, FK; SR 0.142.30).

²⁰ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31).

²¹ Damit geht jedoch nicht die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft einher. Allen Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, stehen gemäss Art. 59 AsylG die Rechte aus der FK (auch nach Erlöschen/Nichtgewährung des Asyls bspw. infolge der Landesverweisung) zu (vgl. hierzu: FANNY DE WECK, in: Marc Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, Kommentar, 4. A., Zürich 2015 [zit. Kommentar Migrationsrecht-Verfasser], Art. 66d StGB N 7, sowie BSK StGB-ZURBRÜGG/HRUSCHKA [FN 13], Vor Art. 66a–66d N 106). Die Flüchtlingseigenschaft kann gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. a AsylG jedoch dann aberkannt werden, wenn sich die Person die Flüchtlingseigenschaft durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat. Ferner statuiert auch Art. 1 F FK Gründe (z.B. die Begehung eines schweren nichtpoli-

tischen Verbrechens), welche eine Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft ausschliessen (vgl. WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990, 178 f.).

²² Kommentar Migrationsrecht-DE WECK (FN 21), Art. 66d StGB N 2 f. Vgl. auch unten III.A.

²³ Botschaft Umsetzung Ausschaffungsinitiative (FN 12), 6034 f.

²⁴ Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3703 ff., 3760; vgl. auch SHK AuG-BINDER OSER, Art. 68 N 4 ff., in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar AuG, Bern 2010 (zit. SHK AuG-Verfasser).

²⁵ Art. 69 AIG.

Art. 83 Abs. 3 AIG. Der Vollzug derartiger Ausweisungen ist demgemäss unzulässig, sofern ihm völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen. Damit verweist Art. 83 Abs. 3 AIG (wie Art. 66d Abs. 1 StGB) auf das flüchtlingsrechtliche und das menschenrechtliche Non-Refoulement-Gebot.²⁶

Liegt ein erstinstanzlicher Ausweisungsentscheid oder eine Landesverweisung vor, kann die zuständige Behörde die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs gemäss Art. 76 Abs. 1 AIG in Ausschaffungshaft nehmen. Als Haftgründe gelten einerseits Anzeichen, dass sich der Betroffene der Ausschaffung entziehen will (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AIG) oder sich durch sein bisheriges Verhalten bereit zeigt, sich behördlichen Anordnungen zu widersetzen (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 AIG). Andererseits statuiert das Gesetz auch die Haftgründe der Verurteilung wegen eines Verbrechens (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AIG) oder einer strafrechtlichen Verfolgung/Verurteilung, weil der Betroffene Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet hat (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG). Als Verbrechen gilt insbesondere auch die Beteiligung an/Unterstützung von kriminellen Organisationen gemäss Art. 260^{ter} StGB.²⁷ Mit Blick auf ihren Zweck (Sicherung des Vollzugs) kann die Ausschaffungshaft allerdings nur angeordnet werden, wenn die angestrebte Ausschaffung *rechtlich und tatsächlich möglich* erscheint.²⁸ Erweist sich die Ausschaffung im Nachhinein als rechtlich oder tatsächlich undurchführbar, muss die Haft entsprechend beendet werden.²⁹ Als Gründe der *rechtlichen* Unmöglichkeit gelten unter anderem wiederum die Non-Refoulement-Prinzipien.³⁰ Allerdings vermögen allgemein in einem Staat vorherrschende soziale, humanitäre oder wirtschaftliche Verhältnisse nicht ohne Weiteres eine konkrete Gefährdung eines Einzelnen (und damit einhergehend eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots) zu begründen.³¹ Vielmehr muss die be-

gründete Gefahr vorliegen, dass im konkreten Einzelfall die Folter oder eine andere grausame oder unmenschliche Behandlung oder Bestrafung droht. Eine solche Gefährdung nahm das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt z.B. bei einem Iraker an, gegen den wegen fehlenden Aufenthaltsrechts eine Wegweisung nach Art. 64 AIG vorlag.³² Es betrachtete es als wahrscheinlich, dass gegen den in Schweizer Medien als «Apotheker» bezeichneten Iraker nach der Ausreise im Irak ein Strafverfahren wegen Terrorismus eröffnet würde. Ferner sei anzunehmen, dass ein solches Strafverfahren auch mit Folter verbunden sein könne. Im Lichte von Art. 3 EMRK schob es deshalb die Vollstreckung der Wegweisung auf.³³ Im Gegensatz zum eben genannten Fall finden sich auch Situationen, in denen bereits (im Zusammenhang mit Dschihadismus) Verurteilte nach Verbüssung der Haftstrafe nicht ausgeschafft werden können. Gegen einen wegen Unterstützung der Al-Qaïda Verurteilten verfügte fedpol die Ausweisung nach Art. 68 AIG, schob deren Vollzug in den Irak jedoch ebenfalls auf.³⁴ Ein anderer Fall betraf ein Mitglied der in der Einleitung angesprochenen «Schweizer IS-Zelle». Nachdem der Betroffene aus dem Strafvollzug entlassen worden war, ordnete fedpol ebenfalls seine Ausweisung an, worauf er vom kantonalen Migrationsamt in Ausschaffungshaft genommen wurde. Das Bundesgericht stellte jedoch einerseits fest, dass fedpol bei der Ausweisung die Einhaltung des Rückschiebungs- und Folterverbots (im Irak) nicht geprüft habe und die Ausweisung vorher nicht vollzogen werden könne.³⁵ Andererseits erachtete es vorliegend keinen Haftgrund als gegeben.³⁶

se ausgesetzt würde (vgl. BGer, 2C_496/2016, 21.6.2016, E. 4.4). Vgl. auch den neueren Entscheid BGer, 2C_312/2018, 11.5.2018, worin der von der Ausschaffung betroffene Iraker ebenfalls keine ihm persönlich konkret drohende Gefahr darzulegen vermochte (E. 4.2.3).

³² Dem Iraker wurde zunächst in der Schweiz Asyl gewährt. Nach Reisen in seinen Heimatstaat wurde dieses jedoch widerrufen (einhergehend mit einer Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft). Gemäss dem Nachrichtendienst des Bundes stellt er insbesondere angesichts seiner Kontakte zur dschihadistischen Szene eine Gefahr für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz dar (vgl. AppGer BS, VD.2017.219, 28.12.2017, E. 4.2.3, sowie MARCEL GYR, Medienberichte verhindern Ausschaffung, NZZ vom 7.7.2018, 17). Es liegt jedoch keine Verurteilung bezüglich Dschihadismus vor.

³³ AppGer BS, VD.2017.219, 28.12.2017, insb. E. 5.3.2.3.3 (rechtskräftig).

³⁴ Vgl. AppGer BS, VD.2018.28, 21.8.2018, E. 2.3 mit Erläuterungen zu der Verfügung von fedpol. Der Betroffene war im Jahr 2014 der Unterstützung einer kriminellen Organisation (Al-Qaïda) schuldig gesprochen worden (bestätigt in BGer, 6B_57/2015, 6B_81/2015, 27.1.2016).

³⁵ BGer, 2C_712/2016, 6.9.2016, E. 1.2.

³⁶ BGer, 2C_712/2016, 6.9.2016, E. 1.3 u. 2. Der Bundesrat schlägt hier die Einführung eines neuen Haftgrunds der Gefährdung der

²⁶ Kommentar Migrationsrecht-BOLZLI (FN 21), Art. 83 AIG N 10 ff.

²⁷ Art. 260^{ter} Ziff. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB.

²⁸ Kommentar Migrationsrecht-ZÜND (FN 21), Art. 76 AIG N 1.

²⁹ Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG.

³⁰ Vgl. z.B. BGer, 2C_791/2016, 26.9.2016, E. 2, sowie Kommentar Migrationsrecht-ZÜND (FN 21), Art. 80 AIG N 8 ff.

³¹ Vgl. BGer, 2C_791/2016, 26.9.2016, E. 3.3 mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Im vorliegenden Fall verneinte das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch die blossе Anwesenheit (infolge der Ausschaffung) im betroffenen Gebiet des Iraks (vgl. E. 3.6). Auch ein anderer in Ausschaffungshaft genomener irakischer Staatsangehöriger vermochte keine auf ihn bezogenen Umstände geltend zu machen, aufgrund derer er bei einer Ausschaffung einer durch Art. 3 EMRK verbotenen Behandlungswei-

Mithin konnte gezeigt werden, dass Schweizer Gerichte und Behörden bei Ausschaffungen in «unsichere Staaten»³⁷ jeweils die Umstände des Einzelfalls würdigen und keinesfalls eine generelle Praxis der Nichtausschaffung besteht. In allen genannten Fällen wurde die Ausweisung nicht aufgrund der «Unsicherheit» des Zielstaats, sondern wegen Erfüllung der (viel restriktiveren) Voraussetzungen des Non-Refoulement-Gebots nicht vollzogen.

B. Tatsächlicher Anwendungsbereich der Motion Regazzi

Auf diesem Fundament bezüglich Terminologie und Praxis kann nun aufgebaut werden, um auf den möglichen Anwendungsbereich der Motion näher einzugehen.

Wie gesehen erfasst Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung auch Mitglieder des erweiterten Kreises von terroristischen Organisationen. Eine diesbezügliche Verurteilung zieht (abgesehen von Härtefällen) bei ausländischen Staatsangehörigen auch immer die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 lit. 1 StGB nach sich. Am 1. Januar 2015 trat zusätzlich das (dringliche) Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen³⁸ in Kraft.³⁹ Das Bundesstrafgericht hielt in einem Urteil vom 15. Juli 2016 dafür, dass das Al-Qaïda/IS-Gesetz als spezielleres und jüngeres Gesetz Art. 260^{ter} StGB vorgehe. Demnach sei bei einer Handlung, die sowohl von Art. 260^{ter} StGB als auch von Art. 2 Al-Qaïda/IS-Gesetz erfasst werde, einzig das jüngere Spezialgesetz anzuwenden.⁴⁰ Das Bundesgericht stützte diese Ansicht; auch in der Lehre fand sie Zustimmung.⁴¹ Offenbar nicht explizit thematisiert wurde in diesem Zusammenhang, dass die Straftatbestände von Art. 2 Abs. 1 Al-Qaïda/IS-Gesetz nicht im Katalog von Art. 66a Abs. 1 StGB enthalten sind. Der Bundesrat scheint implizit davon auszugehen, dass diesfalls trotzdem die obliga-

torische Landesverweisung greifen würde.⁴² Die Frage kann hier offengelassen werden, da Art. 66a^{bis} StGB auch die fakultative Landesverweisung ermöglicht – wegen jeden Vergehens oder Verbrechens, welches nicht zu den Katalogtaten von Art. 66a StGB gehört.⁴³

Die Motion Regazzi beschränkt sich gemäss Wortlaut auf Dschihadisten, «die für Taten in Zusammenhang mit dem IS verurteilt wurden». Diese sollen auch dann in ihr jeweiliges Land ausgewiesen werden, wenn diese Länder als «unsichere Länder» gelten. Soweit die Motion damit bezwecken will, dass bei *verurteilten* Dschihadisten in jedem Fall eine Ausweisung (Landesverweisung oder Ausweisung nach Art. 68 AIG) angeordnet wird, ist sie (wie im vorigen Absatz beschrieben) bereits erfüllt. Soweit die Motion diese Ausweisungen auch in «unsichere Länder» zu vollstrecken versucht, dürfte sie ebenfalls zu keiner inhaltlichen Neuerung führen. Wie in der Debatte im Nationalrat zutreffenderweise festgestellt wurde, kommt es beim Vollzug einer Ausweisung auf die Unsicherheit des entsprechenden Staates nicht an.⁴⁴ Solange den Verurteilten in ihrer Heimat *keine Gefahr der Folter* (oder einer anderen Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung) droht, werden bereits heute Rückführungen in unsichere Staaten durchgeführt.⁴⁵ Der EGMR stützt sich in seiner Rechtsprechung zur Beurteilung der Gefahr von Folter auf Risikoanalysen und berücksichtigt die Umstände des Einzelfalls.⁴⁶

inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz vor (vgl. den neuen Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 AIG gemäss Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus [PMT]; Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 8. Dezember 2017, 23; vgl. auch unten II.B.).

³⁷ Vgl. zum Begriff unten II.B.

³⁸ SR 122, in der Folge Al-Qaïda/IS-Gesetz genannt.

³⁹ Das Al-Qaïda/IS-Gesetz folgte auf eine auf drei Jahre befristete Verordnung der Bundesversammlung (vgl. Botschaft vom 12. November 2014 zum Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2014 8925 ff., 8926).

⁴⁰ BStGer, SK.2016.9, 15.7.2016, E. 1.15 in fine.

⁴¹ BGer, 6B_948/2016, 22.2.2017, E. 3.1; BSK StGB-ENGLER (FN 13), Art. 260^{ter} N 30 m.w.H.

⁴² Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats vom 9. Dezember 2016 zur Motion 16.3673.

⁴³ Diese Frage sollte spätestens anlässlich der geplanten Überführung des Al-Qaïda/IS-Gesetzes in das ständige Recht weiterdiskutiert werden (vgl. die neu geplanten Bestimmungen Art. 66a Abs. 1 lit. 1 und p StGB gemäss Entwurf zum Bundesbeschlusses über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018 6525 ff., 6528).

⁴⁴ Vgl. oben II.A.

⁴⁵ Vgl. Votum Sommaruga (BR), AB 2018 N 1493. Es ist immerhin anzumerken, dass der Bundesrat gemäss Art. 6a Abs. 2 AsylG *sichere* Staaten bezeichnen kann. Diese spielen z.B. beim Aufschub des Vollzugs einer Landesverweisung insofern eine Rolle, als sie gemäss Art. 66d Abs. 2 StGB die Vermutung aufstellen, eine Ausweisung in solche «safe countries» verstosse nicht gegen Art. 25 Abs. 2 und 3 BV (vgl. Kommentar Migrationsrecht-DE WECK [FN 21], Art. 66d StGB N 12).

⁴⁶ Vgl. SGK BV-BREITENMOSER (FN 11), Art. 25 N 23; STEFAN SINNER, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. A., München 2015 (zit. EMRK-Verfasser), Art. 3 N 25. Nach umstrittener (vgl. BSK BV-ACHERMANN [FN 9], Art. 25 N 31) Praxis kommt immerhin eine *Auslieferung* in «Folterstaaten» infrage, sofern eine diplomatische Garantie betreffend die Beachtung von

Wenn Nationalrat Regazzi im zweiten Satz des Motionstexts klarzustellen versucht, dass infolge der Motion Art. 33 Abs. 2 FK vor Art. 25 Abs. 3 BV gelten solle, verkennt er nicht nur die bestehende Ausschaffungspraxis, sondern zudem, dass auch Art. 33 Abs. 2 FK die absolute und zwingende Schranke von Art. 3 EMRK (vgl. auch Art. 7 UNO-Pakt II⁴⁷ und Art. 3 FoK⁴⁸) beachtet und mithin keine Ausschaffung in Umgehung von Art. 25 Abs. 3 BV (dessen Inhalt sich auch aus Art. 3 EMRK ergibt) zulässt.⁴⁹ Besteht tatsächlich die Gefahr der Folter, kommt Art. 33 Abs. 2 FK gar nicht zur Anwendung.⁵⁰

Auch abgesehen von dieser Interpretation scheint der Motionär seinen Vorstoss gemäss Begründung (neben der unsachlichen Einschränkung auf Dschihadisten und den IS) dennoch insbesondere auf Flüchtlinge zu beziehen. Namentlich verweist er in seiner Begründung auf Massnahmen anderer europäischer Staaten zur «Ausweisung von Flüchtlingen, die mit terroristischen Aktivitäten in ihrem Herkunftsland» in Verbindung gebracht werden. Soweit Nationalrat Regazzi also eine Verschärfung der Praxis bei Flüchtlingen fordert, nimmt er eine weitere unsachgemässe Ungleichbehandlung vor gegenüber Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen. Insbesondere ist festzuhalten, dass dem in der Ständeratsdebatte angesprochenen Osama M. die Flüchtlingseigenschaft vom SEM in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 lit. a AsylG aberkannt wurde (da er sich falscher Angaben bedient hatte).⁵¹ Dem Wortlaut zufolge wäre die Motion auf diese Fälle also genau nicht anwendbar.

Bereits bevor die Motion im Dezember 2016 eingereicht wurde, ist der Bundesrat im Kampf gegen Terrorismus in mehrfacher Hinsicht aktiv geworden. So sind einerseits Verschärfungen des Strafrechts angedacht.⁵² Zudem sind neben dem neuen nationalen Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und

gewalttätigem Extremismus (NAP) auch im polizeilich-präventiven Bereich neue gesetzliche Grundlagen im Umgang mit sogenannten Gefährdern vorgesehen⁵³ (die Botschaft dazu dürfte in Kürze veröffentlicht werden). Überdies ist auch fedpol bereits aktiv, was Massnahmen gegen Dschihadisten anbelangt. Im Jahr 2017 hat fedpol dreizehn Ausweisungen gemäss Art. 68 AIG im Zusammenhang mit Dschihadismus angeordnet.⁵⁴ Wie oben erwähnt, ist hierfür (im Gegensatz zur Motion Regazzi) keine Verurteilung vorausgesetzt. Wohlgermerkt wären also Fälle der Ausweisung nach Art. 68 AIG von der durch die Motion Regazzi anvisierten Praxisverschärfung ausgeschlossen, sofern *keine Verurteilung* im Zusammenhang mit Dschihadismus vorliegt.⁵⁵ Es ist nicht davon auszugehen, dass Nationalrat Regazzi hier den Anwendungsbereich seiner Motion deshalb eingeschränkt hat, weil er eine Verurteilung als Ausfluss eines rechtsstaatlichen Verfahrens als Voraussetzung der Praxisverschärfung ansieht; es ist unwahrscheinlich, dass er ein Zeichen setzen wollte gegen die (durchaus umstrittene) Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei politischen Ausweisungen nach Art. 68 AIG, die letztinstanzlich nur (aber immerhin) gemäss Art. 72 lit. a VwVG beim Bundesrat anfechtbar sind (und nicht bei einem Gericht).⁵⁶

Dass sich im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung schwierige Fragen stellen, ist wohl unbestritten. Beispielsweise im Bereich der freiheitsentziehenden Massnahmen ist auszuloten, wo und wieweit Änderungen tunlich sind.⁵⁷ Die dreigliedrige Strategie des Bundesrats greift die zu lösende Problematik im Gegensatz zur Motion *umfassend* und *systematisch* auf. Auf dieser Grundlage und im Rahmen des Rechtsstaats kann und muss die politische Frage beantwortet werden, wie unser Instrumentarium gegen Terrorismus ausgestaltet sein soll. Eine überschüssende Praxisverschärfung im Sinne der Motion (vgl. dazu sogleich III.) würde hingegen gegen Grundwerte unseres Rechtsstaats verstossen. Diese

Art. 25 Abs. 3 BV des ersuchenden Staates vorliegt (vgl. BIAGGINI [FN 11], Art. 25 BV N 13).

⁴⁷ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

⁴⁸ Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Antifolterkonvention, FoK; SR 0.105).

⁴⁹ SGK BV-BREITENMOSER (FN 11), Art. 25 N 19; BSK BV-ACHERMANN (FN 9), Art. 25 N 30; KÄLIN (FN 21), 247. Vgl. auch unten III.A.

⁵⁰ SGK BV-BREITENMOSER (FN 11), Art. 25 N 19.

⁵¹ Das Bundesverwaltungsgericht hiess diesen Entscheid letztinstanzlich gut (vgl. BVGer, E-297/2016, 21.2. 2017). Vgl. auch den ähnlich gelagerten (Verurteilung aufgrund Unterstützung einer terroristischen Organisation; Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft) neueren Fall in BVGer, F-1116/2018, 28.5.2018.

⁵² Vgl. den in FN 43 erwähnten Entwurf.

⁵³ Vgl. FN 36.

⁵⁴ Vgl. Jahresbericht fedpol 2017, 12.

⁵⁵ Namentlich der unter II.A. erwähnte Fall des «Apothekers» wäre klarerweise nicht vom Anwendungsbereich erfasst (vgl. FN 32).

⁵⁶ SHK AuG-BINDER OSER (FN 24), Art. 68 N 7 mit Hinweis auf Kritik, sowie BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 101 f., in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018.

⁵⁷ Vgl. bspw. auch die diesbezüglichen Äusserungen der neuen Justizministerin in der Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 29.3.2019, Drei Monate im Amt: Bundesrätin Karin Keller-Sutter zu ihren Schwerpunkten (Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-03-29.html> [Abruf 2.4.2019]).

Abkehr vom Rechtsstaat trägt aber zur Legitimierung von Staatsverständnissen bei, die dem unseren diametral widersprechen. Damit wäre die Motion kein «Volltreffer», sondern würde der präventiven und repressiven Terrorismusbekämpfung einen Bärendienst erweisen.

III. Herausforderungen: Rohrkrepierer?

Nach dem Wortlaut der Motion ist eine Praxisänderung bei der *Ausweisung* angestrebt, wobei aber nach dem Gesagten eine Verschärfung gar nicht mehr möglich ist. Der Motionär ist zwar Jurist; man dürfte eigentlich von präziser Sprachverwendung ausgehen. Soll die Motion aber nicht vollständig unwirksam bleiben, muss ihr ein Wunsch nach Verschärfung der *Ausschaffungs*-Praxis innewohnen. Wie unter II.B. gezeigt werden konnte, besteht jedoch auch in diesem Bereich nur noch Verschärfungsspielraum, wenn die Praxis auch das Non-Refoulement-Gebot verletzen soll. Dieser Lesart der Motion stehen jedenfalls die Äusserungen ihres Urhebers in den Medien⁵⁸ nicht entgegen. Allerdings führt dies zu einer ganzen Reihe von Problemen verschiedenster Art und Schwere, die im Folgenden dargestellt werden.

A. Völkerrecht

Das von der Motion angegriffene Non-Refoulement-Gebot gründet auf verschiedene Quellen des Völkerrechts,⁵⁹ wobei aus Schweizer Sicht zweifellos Art. 3 EMRK die grösste Bedeutung hat. Der Wortlaut des Artikels erwähnt zwar Ausschaffungen nicht, sondern untersagt nur die Folter als solche. In klarer Praxis hat der EGMR aber festgestellt, dass dies nicht nur innerstaatliche Folter erfasst, sondern auch Handlungen, welche jemanden einer anderweitig stattfindenden Folter zuführen. Der Gerichtshof hat so dem Artikel ein Non-Refoulement-Gebot als Teilgehalt des Folterverbots entnommen.⁶⁰ Dieses Verbot wendet der

Gerichtshof strikt an,⁶¹ insbesondere auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Notstandsklausel (Art. 15 EMRK) das Folterverbot ausnimmt, also für notstandsfest erklärt. Der Notstand bezeichnet ausserordentliche Situationen, welche geradezu die Existenz des Staats gefährden.⁶² Zu ihrer Bewältigung können die Mitgliedstaaten von den meisten Garantien der Konvention abweichen. Im vorliegenden Zusammenhang wären dabei etwa Situationen denkbar, in denen die Anzahl betroffener Personen die Kapazitäten des Staats derart übersteigen würde, dass die öffentliche Sicherheit nicht mehr gewährleistet werden könnte.⁶³ Die zugrundeliegende Problematik der «Schweizer IS-Zelle» umfasst fünf Personen und hält sich damit in überschaubaren Grenzen; von einem Notstand kann keine Rede sein. Selbst dann aber könnte Art. 3 EMRK und damit das Non-Refoulement-Gebot nicht suspendiert werden, es wären andere in der konkreten Lage notwendig erscheinende Massnahmen⁶⁴ zu treffen. Wenn also Ausschaffungen auch bei Gefahr der Folter (oder anderer grausamer oder unmenschlicher Behandlung oder Strafe) durchgeführt würden, wäre es nicht übertrieben, eine Verurteilung der Schweiz durch den EGMR als absolut sicher zu bezeichnen.⁶⁵

Verschärft wird die völkerrechtliche Problematik dadurch, dass das Non-Refoulement-Gebot (ausserhalb des Ständeratssaals⁶⁶) nach ganz herrschender Meinung ein Bestandteil des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*) ist. Dieses wird charakterisiert als der grundlegende, quasi-universelle Gehalt des Völkerrechts, der von fast allen

⁵⁸ FABIAN SCHÄFER, Ausschaffungen trotz Folter, NZZ vom 20.3.2019, 1.

⁵⁹ Art. 3 EMRK; Art. 7 UNO-Pakt II; Art. 3 FoK; vgl. dazu auch Botschaft vom 23. Oktober 2013 zur Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen», BBl 2013 8693 ff. (zit. Botschaft Ecopop), 8703; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 337.

⁶⁰ EGMR, Case of Soering v. the United Kingdom, 14038/88, 7.7.1989, N 88; JENS MEYER-LADEWIG/MATTHIAS LEHNERT, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. A., Baden-Baden 2017 (zit. HK EMRK-Verfasser), Art. 3 N 56; EMRK-SINNER (FN 46), Art. 3 N 24 ff.

⁶¹ CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. A., München 2016, § 20 N 51 ff.; OLIVIA LE FORT, La preuve et le principe de non-refoulement, Diss. Genf, Genf 2018, N 48.

⁶² Die Formulierung «durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand» in Art. 15 Abs. 1 EMRK zeigt, dass nicht nur im Kriegsfall von einem Notstand ausgegangen werden kann, dass aber die Intensität der Gefährdung zumindest vergleichbar zum Kriegszustand sein muss (HK EMRK-MEYER-LADEWIG/SCHMALTZ [FN 60], Art. 15 N 3).

⁶³ Im Ergebnis wie hier RALF ALLEWELDT, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, Diss. Heidelberg 1995, Berlin/Heidelberg/New York 1996, 58 f.

⁶⁴ EMRK-JOHANN (FN 46), Art. 15 N 10; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/SCHMALTZ (FN 60), Art. 15 N 9.

⁶⁵ Vgl. spezifisch im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung EGMR, Case of A. v. the Netherlands, 4900/06, 20.7.2010, N 143; GRABENWARTER/PABEL (FN 61), § 20 N 87; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNERT (FN 60), Art. 3 N 67; EMRK-SINNER (FN 46), Art. 3 N 3.

⁶⁶ Votum Minder, AB 2019 S 191: «Wir wissen alle von der Problematik des zwingenden Völkerrechts, doch hier greift es erwiesenermassen nicht.»

zivilisierten Staaten als notwendig erachtet wird.⁶⁷ Entsprechend handelt es sich um völkerrechtliche Verpflichtungen, denen sich kein Staat entziehen kann oder darf,⁶⁸ beispielsweise elementarste Menschenrechte.⁶⁹ Zwar ist grundsätzlich unklar, was genau der Normbestand des *ius cogens* sein soll; das Refoulement-Verbot wird aber einhellig dazu gezählt.⁷⁰ Hierfür spricht auch die bereits erwähnte Notstandsfestigkeit des Art. 3 EMRK, die als Indiz für *ius cogens* dient.⁷¹ Eine Umsetzung der Motion in einer Art, die das *ius cogens* verletzt, hätte demnach auch beträchtliche politische Folgen.⁷²

Auch innerstaatlich hat das zwingende Völkerrecht grosse Bedeutung, ist es doch die einzige materielle Schranke der konzeptionell unbeschränkten Verfassungsrevision.⁷³ Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass es sich beim zwingenden Völkerrecht um den fundamentalen Rechtsbestand handelt, der für fortschrittliche demokratische Rechtsstaaten charakterisierend ist, und dass sich auch der Schweizer Souverän nicht darüber hinwegsetzen kann, darf oder will.⁷⁴ Daraus wird ein normhierarchischer Vorrang des zwingenden Völkerrechts sogar

vor dem Verfassungsrecht abgeleitet;⁷⁵ dieser Vorrang muss umso mehr für die übrige Rechtsordnung gelten.⁷⁶ Das zwingende Völkerrecht ist demnach von der Verfassung als absolute Schranke der Schweizer Rechtsordnung konzipiert.⁷⁷ Es ist denkbar, dass nicht ernsthaft mit Fällen gerechnet wurde, in denen diese Schranke relevant würde, da man einerseits die Organe für rechtsstaatlich genug trittsicher hielt, dass sich das Problem in der Praxis nicht stellen würde, und andererseits die Figur des zwingenden Völkerrechts auch als Schweizer Verfassungsbegriff nur sehr undeutlich umrissen ist. Der Begriff ist nämlich autonom auszulegen und daher nicht deckungsgleich mit dem völkerrechtlichen *ius cogens*; er kann nach einigen Auffassungen auch über dieses hinausgehen.⁷⁸ Nun ist aber ein einziger Fixpunkt des (verfassungsrechtlichen) zwingenden Völkerrechts definiert: Dieser Fixpunkt ist das Non-Refoulement-Gebot.⁷⁹ Abgesehen davon, dass dieses wie erwähnt eine notstandsfeste EMRK-Garantie und auch Bestandteil des völkerrechtlichen *ius cogens* ist, wurde nämlich in der Praxis der Schweizer Räte nur eine einzige Volksinitiative wegen Verletzung des zwingenden Völkerrechts für ungültig erklärt; dieser Anwendungsfall war gerade ein Verstoß gegen das Refoulement-Verbot. Innerstaatlich ergibt sich dessen Rang als zwingendes Völkerrecht mithin aus der Praxis gerade derjenigen Räte, welche nun die Motion zu seiner Aushöhlung überwiesen haben. Bemerkenswerterweise haben sie damit geschafft,

⁶⁷ SGK BV-EHRENZELLER/NOBS/GERTSCH (FN 11), Art. 139 N 43; MATTHIAS HERDEGEN, *Völkerrecht*, 17. A., München 2018, § 16 N 14 f.; GEORGES PERRIN, *Droit international public*, Zürich 1999, Kap. XX N 1.

⁶⁸ BGE 133 II 450 E. 7.1; vgl. auch Botschaft vom 27. August 2008 zur Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», BBl 2008 7603 ff. (zit. Botschaft Minarett-Initiative), 7609 f.; Botschaft vom 20. November 2013 zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)», BBl 2013 9459 ff. (zit. Botschaft Durchsetzungsinitiative), 9469.

⁶⁹ REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, *Grundrechte*, 3. A., Bern 2018, § 6 N 18.

⁷⁰ BGE 133 II 450 E. 7.3; Botschaft vom 22. Juni 1994 über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung», BBl 1994 III 1486 ff. (zit. Botschaft Asylinitiative), 1499; Botschaft Durchsetzungsinitiative (FN 68), 9468 f.; ALLEWELDT (FN 63), 55 ff., 98 («gilt ausnahmslos und hat keine Schranken»), 102, je in Bezug auf verschiedene Quellen und m.w.H.; LE FORT (FN 61), N 48 ff.; GABRIEL GERTSCH, *Die grundrechtlichen Kerngehalte als materielle Schranke der Verfassungsrevision?*, De constitutione lata et ferenda, Jusletter vom 17.11.2014, N 30; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNERT (FN 60), Art. 3 N 67; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL (FN 11), *Bundesverfassung und Völkerrecht* N 51.

⁷¹ Botschaft Minarett-Initiative (FN 68), 7610; BGE 133 II 450 E. 7.1.

⁷² Botschaft Asylinitiative (FN 70), 1499; Botschaft Minarett-Initiative (FN 68), 7611.

⁷³ Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV; BIAGGINI (FN 11), Art. 194 BV N 3; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. A., Bern 2016, § 10 N 4.

⁷⁴ Botschaft Asylinitiative (FN 70), 1495 f.; BIAGGINI (FN 11), Art. 139 BV N 13.

⁷⁵ So GIOVANNI BIAGGINI, § 9 Die Verfassung im Normengefüge, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. A., Zürich 2015, N 28; YVO HANGARTNER, *Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht*, AJP 2013, 698 ff., 702; TSCHANNEN (FN 73), § 8 N 10 u. § 9 N 23.

⁷⁶ Bericht des Bundesrates vom 12. Juni 2015 in Erfüllung des Postulates 13.3805 «Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht», 7; DANIEL THÜRER, *Wer hat Angst vor dem Völkerrecht? Wer vor den Volksrechten? – Keine unlösbaren Widersprüche, sondern gegenseitige Stärkung*, NZZ vom 17.8.2007, 17; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. A., Basel 2016, N 3636; TSCHANNEN (FN 73), § 9 N 23; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL (FN 11), *Bundesverfassung und Völkerrecht* N 51; ferner HELEN KELLER/NATALIE BALAZS-HEGEDÜS, *Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?*, AJP 2016, 712 ff., 716.

⁷⁷ BGE 109 Ib 64 E. 6b; GERTSCH (FN 70), N 14; TSCHANNEN (FN 73), § 10 N 12.

⁷⁸ Botschaft Durchsetzungsinitiative (FN 68), 9470; SGK BV-EHRENZELLER/NOBS/GERTSCH (FN 11), Art. 139 N 44 ff.; THOMAS GÄCHTER, § 23 *Rechtsetzung*, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. A., Zürich 2015, N 73; GERTSCH (FN 70), N 34 ff.; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL (FN 11), *Bundesverfassung und Völkerrecht* N 51.

⁷⁹ BIAGGINI (FN 11), Art. 139 BV N 13; Botschaft Asylinitiative (FN 70), 1498 ff.

was auch die umstrittensten Volksinitiativen der letzten Zeit⁸⁰ vermieden haben. Selbst die enge (und daher für teilungültig erklärte) Legaldefinition des zwingenden Völkerrechts in der «Durchsetzungsinitiative» erfasste «das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in dem Tod oder Folter drohen».⁸¹

B. Verfassungsrecht

Auch ausserhalb des Völkerrechts verletzt die Motion fundamentale Rechte, denn sie steht im Widerspruch zu Art. 25 Abs. 3 BV. Zwar kann Art. 25 BV als Grundrecht unter gewissen Bedingungen eingeschränkt werden (Art. 36 BV). Die Einschränkung wiederum findet aber ihre Schranke am Kerngehalt der Grundrechte (Art. 36 Abs. 4 BV). Dieser bezeichnet den Wesenskern, denjenigen Inhalt der Grundrechte, der absolut geschützt ist, da er nicht aufgegeben werden kann, ohne das Grundrecht seines Gehalts zu entleeren.⁸² Die Kerngehalte sind damit ähnlich fundamental wie das *ius cogens* oder die Menschenwürde.⁸³ Ebenso unklar ist denn typischerweise auch ihr Inhalt.⁸⁴ Auch hier haben es die Räte aber geschafft, einen der seltenen Fälle einer *klaren* Kerngehaltsgarantie⁸⁵ zu «erwischen» – und zu verletzen. Was dies bedeutet, ist ungewiss: Die Verfassung bezeichnet den Kerngehalt als «unantastbar», doch besteht dazu kaum Praxis, da die Rechtfertigung eines entsprechenden Eingriffs regelmässig bereits an der Verhältnismässigkeit

scheitert.⁸⁶ Eine Verletzung des Kerngehalts steht jedoch der Umsetzung auf Gesetzesstufe⁸⁷ sowie der Anwendung⁸⁸ entgegen.

Daneben ist die Motion auch aus weiteren, weniger drastischen Gründen verfassungsrechtlich problematisch: Ihr Wortlaut ist spezifisch auf Dschihadistinnen und Dschihadisten ausgerichtet, also auf Personen muslimischen Glaubens⁸⁹ beschränkt, wie sogar ihre Verteidiger monieren.⁹⁰ Weshalb gerade nur dieser Kategorie von Terroristen der fundamentale Menschenrechtsschutz versagt werden soll, ist schwer zu begründen.⁹¹ Jedenfalls führt es zu einer Anknüpfung an die Religion,⁹² was dem Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV zuwiderläuft. Die Praxis lässt derartige Anknüpfungen zu, wenn sie qualifiziert gerechtfertigt werden können;⁹³ dazu muss die Unterscheidung gerade gestützt auf ein verpöntes Kriterium durch ein besonderes öffentliches Interesse («*intérêt public légitime et primordial*») gerechtfertigt und insgesamt verhältnismässig sein.⁹⁴ Ein öffentliches Interesse an einer Sonderbehandlung nur islamistischer Terroristen besteht nicht, schon gar kein qualifiziertes. Zudem wäre sie zur Erreichung des Ziels der verstärkten Sicherheit auch insgesamt nicht verhältnismässig, da sie dazu führt, dass nur eine Untergruppe aller Terroristen erfasst wird. Es lässt sich nicht argumentieren, dass die Sonderbehandlung islamistischer Terroristen im Vergleich zu einer allgemeinen Praxisverschärfung *mehr* Sicherheit bewirkt.

⁸⁰ Bspw. Botschaft Minarett-Initiative (FN 68), 7611 ff.; Botschaft vom 24. Juni 2009 zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2009 5097 ff., 5102 f.; Botschaft Ecopop (FN 59), 8704 f.; vgl. auch so gleich FN 81.

⁸¹ Dazu Botschaft Durchsetzungsinitiative (FN 68), 9470 u. 9472.

⁸² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 11), N 324; GERTSCH (FN 70), N 17; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (FN 69), § 6 N 6; SGK BV-SCHWEIZER (FN 11), Art. 36 N 44; TSCHANNEN (FN 73), § 7 N 113; a.M. MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, 93, der darin inhaltlich besonders wichtige Gehalte als «kultur-epochaler Ausdruck gesellschaftlicher Praxis» sieht.

⁸³ BIAGGINI (FN 11), Art. 36 BV N 25; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 11), N 325; zum Verhältnis mit der Menschenwürde auch SCHEFER (FN 82), 93.

⁸⁴ BIAGGINI (FN 11), Art. 36 BV N 27; GÄCHTER (FN 78), N 79; GERTSCH (FN 70), N 21 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (FN 69), § 6 N 9 ff.

⁸⁵ GERTSCH (FN 70), N 30; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 11), N 326; MÜLLER/SCHEFER (FN 59), 338; SGK BV-SCHWEIZER (FN 11), Art. 36 N 44.

⁸⁶ BIAGGINI (FN 11), Art. 36 BV N 26; GÄCHTER (FN 78), N 129; SGK BV-SCHWEIZER (FN 11), Art. 36 N 45; vgl. aber MÜLLER/SCHEFER (FN 59), 66.

⁸⁷ Unten III.C.; GERTSCH (FN 70), N 19; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (FN 69), § 6 N 8; TSCHANNEN (FN 73), § 8 N 8.

⁸⁸ Unten III.D.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (FN 69), § 6 N 8; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 2866; TSCHANNEN (FN 73), § 7 N 115 u. § 8 N 11.

⁸⁹ Dass islamistisch motivierter Terror insbesondere auch in der muslimischen Gemeinschaft verurteilt wird und seine «Rechtfertigung» gestützt auf Glaubensinhalte des Islams mehr als zweifelhaft ist, ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, da es nicht Sache des Staates ist, religiöse Überzeugungen zu bewerten (Art. 15 BV; BGE 142 I 49 E. 5.2). Das diskriminierende Moment ist, dass nichtislamistischer Terror nicht erfasst wird.

⁹⁰ Votum Schmid, AB 2019 S 192.

⁹¹ So Votum Caroni, AB 2019 S 191: «Es ist relativ schwer zu erklären, warum man das genau für eine gewisse Gruppe von Straftätern tun soll und genau sie neu der verpönten Folter aussetzen soll. Die Motion ist klar: Sie spricht von Dschihadisten, das ist das Feindbild du jour, das sehe ich. Aber die Motion greift für mich unverständlichlicherweise nur diese Kategorie auf und spricht nicht von anderen Massenmördern. Und dass Massenmord und Terrorismus nicht an eine Religion gebunden sind und sich auch gegen alle Religionen richten können, das sieht nur schon, wer nach Christchurch blickt.»

⁹² Siehe die vergleichbare Argumentation in BGE 143 I 129 E. 2.3.2.

⁹³ BGE 126 II 377 E. 6a; 135 I 49 E. 4.1.

⁹⁴ BGE 143 I 129 E. 2.3.1.

Die Unterscheidung wäre zur Zielerreichung folglich *nicht geeignet*.

C. Umsetzung

Die Motion ist ein Auftrag an den Bundesrat, einen Erlassentwurf vorzubereiten oder eine Massnahme in seinem Zuständigkeitsbereich zu treffen (Art. 120 ParlG). Welches von beidem die vorliegende Motion möchte, wird nicht klar. Es ist freilich auch nicht relevant, weil sie nach jeder Lesart nicht umgesetzt werden kann.

Wenn die Motion vom Bundesrat verlangt, einen Erlassentwurf vorzulegen,⁹⁵ ist zu unterscheiden, ob einfach beliebiger «Handlungsbedarf» durch den Gesetzgeber wahrgenommen werden soll, aber unter Wahrung des zwingenden Völkerrechts, wie dies in der Beratung gefordert wurde,⁹⁶ oder aber ob der Inhalt der Motion als verbindlich angesehen und in einem Erlass die zwingende Ausschaffung vorgesehen werden soll.

Falls die erste Variante zutrifft, rennt der «Auftrag» beim Bundesrat offene Türen ein, denn bereits vor Einreichung der Motion war dieser entsprechend aktiv geworden.⁹⁷ Die Motion gemäss dieser Lesart ist bereits erfüllt und der Bundesrat kann direkt ihre Abschreibung (Art. 122 Abs. 2 ParlG) beantragen. Die Motion schadet dann zwar nicht, bleibt aber im Ergebnis wirkungslos.

Allerdings spricht einiges dafür, dass die zweite Variante zutrifft, also der Inhalt der Motion verbindlich ist. Bei der Motion handelt es sich um einen verbindlichen Auftrag an den Bundesrat durch Beschluss beider Räte, wobei der Bundesrat an den Auftrag nicht «sklavisch gebunden»⁹⁸ sein soll. Dennoch ist der Inhalt des Auftrags durch Auslegung zu ermitteln, wo der Wortlaut unklar ist. Zwar verwendet der Motionär den Begriff der «Ausweisung»; der Verweis auf die betroffenen Normen (Art. 33 Abs. 2 FK und Art. 25 Abs. 3 BV), die beide die Ausschaffung betreffen, machen den Inhalt des Auftrags aber deutlich; andernfalls bliebe die Motion zudem wirkungslos.⁹⁹ Gleiches gilt für die Begründung des Motionärs.¹⁰⁰ Vorbehalte, die nur in der Debatte angemeldet werden, aber in der Motion keinen Niederschlag finden,

rechtfertigen dagegen kein Abweichen vom aus der Motion selbst klar erkennbaren Sinn; es kommt nicht auf die Beweggründe an, welche die einzelnen Abgeordneten zur Zustimmung oder Ablehnung bewogen, denn abgestimmt wird über den vorliegenden Text, so wie er beraten wurde und wie er auch überwiesen wird.¹⁰¹ In diesem Fall hätte der Bundesrat also einen Erlassentwurf vorzubereiten, der die Ausschaffung trotz der erwähnten Probleme vorsieht.

Der Bundesrat wäre dabei – abgesehen von der geschilderten völker- und verfassungsrechtlichen Problematik – schon rein rechtstechnisch, nämlich bei der Bestimmung der angemessenen Normstufe, vor erhebliche Probleme gestellt. Dass es sich um einen «wichtigen» Gegenstand nach Art. 164 Abs. 1 lit. b BV handelt, dürfte unbestritten sein; die Verordnungsstufe scheidet offensichtlich aus. Nun besteht aber eine seltsame Pattsituation. Einer Regelung auf *Gesetzesstufe* steht Art. 36 Abs. 4 i.V.m. Art. 25 Abs. 3 BV entgegen; trotz Art. 190 BV ist die Bundesversammlung an die Verfassung gebunden und darf keine verfassungswidrigen Gesetze erlassen;¹⁰² umso weniger solche, die den Kerngehalt eines Grundrechts verletzen.¹⁰³ Der Bundesrat soll der Bundesversammlung keinen Entwurf zu einem offensichtlich verfassungswidrigen Gesetz vorlegen (Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG). Eine Regelung auf *Verfassungsstufe* könnte zumindest legalistisch als Spezialbestimmung zu Art. 36 Abs. 4 i.V.m. Art. 25 Abs. 3 BV verstanden werden;¹⁰⁴ ihr steht aber Art. 194 Abs. 2 BV entgegen, die Verfassungsschranke des zwingenden Völkerrechts. Wie also vorgehen? Der Bundesrat wird vor ein Dilemma gestellt: entweder einen rechtswidrigen Auftrag erfüllen oder aber einen verbindlichen, klaren Auftrag der Räte unerfüllt abschreiben (Art. 122 Abs. 3 ParlG).

Gleiches gilt, wenn die Motion so verstanden wird, dass sie als Massnahme vom Bundesrat verlangt, die Aus-

⁹⁵ Vgl. das Votum Schmid, AB 2019 S 192: «Sehen wir bei diesem Thema gesetzgeberischen Handlungsbedarf?»

⁹⁶ Votum Schmid, AB 2019 S 192.

⁹⁷ Oben II.B.

⁹⁸ MARTIN GRAF, Art. 121 ParlG N 8, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz, Basel 2014.

⁹⁹ Vgl. auch schon oben III.

¹⁰⁰ Analog BGE 127 III 415 E. 2 S. 416.

¹⁰¹ So in verwandtem Zusammenhang BGE 112 II 1 E. 4a S. 4; 134 V 170 E. 4.1 S. 174 f.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 139 f., 148 f., 157 f.; HANSJÖRG SEILER, Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009, 44.

¹⁰² MARTIN E. LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011, § 8 N 167, 321 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 2853.

¹⁰³ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (FN 69), § 6 N 8; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 1097, 2866; SCHEFER (FN 82), 97.

¹⁰⁴ Dazu GERTSCH (FN 70), N 20 u. 33; dagegen freilich die Minderheitsmeinung von RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 1097; weitgehend wortgleich SCHEFER (FN 82), 97; ebenso KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (FN 69), § 6 N 7; ambivalent SGK BV-SCHWEIZER (FN 11), Art. 36 N 45.

schaffungspraxis zu verändern. Zwar ist eine solche «unechte Motion» nach neuer Verfassungsregelung unzweifelhaft zulässig,¹⁰⁵ doch ist darauf hinzuweisen, dass sie in den relevanten Fällen die verfassungsunmittelbare Kompetenz des Bundesrates im Bereich der inneren Sicherheit (Art. 185 BV) betrifft. Wollte der Bundesrat der Motion Folge leisten (Art. 120 Abs. 2, 1. Alternative ParlG), müsste er in eigener Kompetenz zentrales Verfassungsrecht und elementarste völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verletzen. Möchte er dies nicht, müsste er die Kompetenz durch einen Erlassentwurf abtreten (Art. 120 Abs. 2, 2. Alternative ParlG); aufgrund seiner verfassungsunmittelbaren Zuständigkeit wäre dies aber nicht möglich.¹⁰⁶ Die unerfüllte Abschreibung der Motion nach Art. 122 Abs. 3 ParlG bleibt dann die einzige Option.

Denkbar wäre allerdings, die Entscheidung über jeden Einzelfall, in dem das Refoulement-Verbot der Ausschaffung entgegensteht, an das Parlament zu «delegieren» (Art. 79 VwVG). Ob diese Lösung sinnvoll wäre, ist fraglich. Dafür spricht, dass so die Motion erfüllt werden könnte und dass, sozusagen im Sinne eines «staatsrechtlichen Verursacherprinzips», die problematische Entscheidung bei derjenigen Behörde anfällt, die sie gefordert hat. Dagegen spricht, dass die Lösung dem Grundanliegen der Motion nicht entspricht, weil einerseits die Ausschaffung aufgrund der Dauer des parlamentarischen Verfahrens zusätzlich verzögert würde und andererseits auch die Entscheidungszuständigkeit des Parlaments die Bindung an das Non-Refoulement-Gebot und die Verfassung nicht auflösen würde. Auch die auf den ersten Blick zentrale Frage nach der Organeignung des Parlaments für derartige Entscheide hilft nicht weiter: Sie kann ohnehin nur entlang der eigenen Position zur materiellen Frage beantwortet werden. Hält man nämlich gewisse rechtsstaatliche Fundamentalgrundsätze – die Kerngehalte der Grundrechte – sowie minimale internationale Verhaltensstandards – die Einhaltung des zwingenden Völkerrechts – für grundsätzlich verhandelbar, so kann man die Verletzung des Non-Refoulement-Gebots befürworten, wenn entsprechend gewichtige öffentliche Interessen dies fordern. Dies heisst nichts anderes, als dass man die Frage für eine politische hält und im Parlament tatsächlich eine Instanz erblickt, die diese Grundsatzabwägung vornehmen kann. Wie gesehen, sind diese Grundlagen nach der Verfassung hingegen nicht verhandelbar (Art. 36 Abs. 4 BV); die

Problematik präsentiert sich als Rechtsfrage und das Parlament ist ungeeignet: Weder ist es geschult im Erfassen des (Einzelfall-)Sachverhalts, noch ist sein Verfahren ausgerichtet auf (Einzelfall-)Gerechtigkeit, noch hat es den rechtlichen Rahmen der Entscheidung im Blick, wie die Überweisung der Motion durch beide Räte beweist.

D. Anwendung

Sollten Bundesrat und Parlament die Motion trotz aller erwähnten Probleme umsetzen und eine zwingende Ausschaffung auch in Staaten vorsehen, in denen die Gefahr der Folter oder anderer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung droht, wäre das Ende der Schwierigkeiten noch nicht erreicht. Die Schwarze-Peter-Karte wäre damit bloss an die Verwaltungsbehörden und Gerichte weitergereicht, welche die Umsetzung im Einzelfall *anzuwenden* haben.

Das Non-Refoulement-Gebot wird aus gutem Grund zum zwingenden Völkerrecht gezählt. Wer es missachtet, macht sich selbst zum Folterknecht¹⁰⁷ und ist ein Glied in der Kausalkette, die zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen führt. Deshalb ist die Verhinderung einer solchen Ausschaffung als moralischer Imperativ zu sehen;¹⁰⁸ die Erfüllung dieser Pflicht bleibt am Einzelnen hängen, der unter erschwerten Bedingungen handelt. Die (dann) in Umsetzung der Motion erlassene Vorschrift, Ausschaffungen auch dann vorzunehmen, wenn im Zielstaat Tod und Folter drohen, stellt die rechtsanwendenden Behörden vor ein Dilemma: Wollen sie eine demokratisch legitimierte Vorschrift missachten und sich damit persönlich politischen und rechtlichen Risiken aussetzen? Oder wollen sie sich zu willigen Helfern einer gravierenden Menschen-, Grund- und Völkerrechtsverletzung machen, die mitunter ihren persönlichen Grundansichten, moralischen Überzeugungen und religiösen Weltanschauungen fundamental widerspricht? Jeder Einzelne hätte diese Fragen nach dem eigenen Gewissen zu beantworten und könnte in einen unerträglichen Konflikt geraten. Das Straf- und Disziplinarrecht jedenfalls dürfte bei Widerstand gegen solche Ausschaffungen durch Mitglieder rechtsanwen-

¹⁰⁷ Votum Caroni, AB 2019 S 191 f.

¹⁰⁸ Hier sei etwa auf die RADBRUCH'sche Formel hingewiesen (GUSTAV RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, 105 ff., 107); dazu führt das deutsche Bundesverfassungsgericht in BVerfG, 2 BvR 1851, 1853, 1875 u. 1852/94, 24.10.1996 (= BVerfGE 95, 96 ff.), N 141, aus, dass «in Fällen eines unerträglichen Widerspruchs des positiven Rechts zur Gerechtigkeit der Grundsatz der Rechtssicherheit geringer zu bewerten sein kann als der der materiellen Gerechtigkeit».

¹⁰⁵ BIAGGINI (FN 11), Art. 171 BV N 1; SGK BV-MASTRONARDI/MÄRKLI (FN 11), Art. 171 N 14 f.

¹⁰⁶ BIAGGINI (FN 11), Art. 171 BV N 8a; SGK BV-MASTRONARDI/MÄRKLI (FN 11), Art. 171 N 18; a.M. GRAF (FN 98), Art. 120 ParlG N 21.

dender Behörden nur sehr eingeschränkt zu Sanktionen Hand bieten.¹⁰⁹ Nach der Praxis bleibt gegen Kerngehalte verstossenden Rechtsakten die Verbindlichkeit schlechterdings verwehrt; auch dies wäre von den Behörden zu beachten.¹¹⁰

Als Nächstes wären die Gerichte an der Reihe; natürlich stellen sich auch bei ihnen die eben genannten moralischen Probleme. Sie müssten nach geltender Praxis aber auch bei rechtspositivistischer Ansicht Ausschaffungen verhindern, die gegen das Non-Refoulement-Gebot verstossen. Dies – auch hier wieder abgesehen von den materiell unverändert geltenden Überlegungen zum Verfassungs- und zwingenden Völkerrecht – schon formell aufgrund der unausweichlichen Verurteilung der Schweiz wegen Verletzung von Art. 3 EMRK.¹¹¹ Das Bundesgericht hat verschiedentlich dem Völkerrecht den Vorrang vor Bundesgesetzrecht eingeräumt.¹¹² Im Anschluss daran wurde in der Lehre vertreten, dass es trotz Art. 190 BV das Bundesgesetzrecht generell dann nicht anwenden solle, wenn eine Verurteilung durch den EGMR droht, denn diese ist nach dem (ebenfalls von Art. 190 BV geschützten) Art. 122 BGG ein Revisionsgrund.¹¹³ Demnach soll das Bundesgericht in EMRK-Fällen der Verurteilung zuvorkommen.¹¹⁴ Nachdem vorliegend die Verurteilung nicht nur wahrscheinlich, sondern sicher wäre, ist zu erwarten, dass eine Ausschaffung nicht gutgeheissen würde.

Zudem wäre in diesem Fall das nicht restlos klare¹¹⁵ Verhältnis von Schubert- und PKK-Praxis bedeutsam, weil beide eminent betroffen sind, sofern man sie auf zwingendes Völkerrecht anwenden möchte. Einerseits liegt ein klarer und bewusster Verstoss gegen das Völkerrecht vor: An verschiedener Stelle haben der Bundesrat und andere Teilnehmer der Ratsdebatten auf den Völkerrechtsverstoss hingewiesen; auch ist beispielsweise der Motionär als Anwalt mit juristischer Vorbildung ausgestattet. Dass das zwingende Völkerrecht eine einigermaßen wichtige Rolle im Schweizer Staatsrecht einnimmt, dürfte selbst bei einem weit zurückliegenden Studium noch im Gedächtnis haften bleiben. Demnach ist die Schubert-Praxis einschlägig.¹¹⁶ Bei der EMRK im Allgemeinen und auch beim Non-Refoulement-Gebot im Besonderen handelt es sich aber um Völkerrecht zum Schutze von Menschenrechten, es wären daher auch die Voraussetzungen der PKK-Rechtsprechung erfüllt.¹¹⁷ Erwartungsgemäss käme daher die PKK-Praxis zum Tragen und würde eine Anwendung der Umsetzung wegen Verstoss gegen die EMRK untersagen,¹¹⁸ hat sich doch das Bundesgericht dabei explizit auf die Schubert-Praxis bezogen und gleichsam eine Ausnahme zu dieser geschaffen.¹¹⁹ Zu beachten ist, dass sich beide Rechtsprechungslinien auf das Verhältnis schlichten Völkerrechts zur Bundesgesetzgebung beziehen; vorliegend handelt es sich aber um einen Fall des *zwingenden* Völkerrechts. Umso eher ist zu erwarten, dass das Bundesgericht diesem den Vorrang einräumen wird.¹²⁰

IV. Fazit

Die Motion führt demnach entweder zu schwersten Menschenrechtsverletzungen durch die Schweiz oder bleibt ohne Auswirkung; die ihr anhaftenden rechtlichen Probleme sind so vernichtend, dass sie ohne Weiteres als «Rohrkrepierer» bezeichnet werden kann. Dieser Befund ist freilich unbefriedigend, unterstellt er doch dem Motionär und den Räten entweder Unmenschlichkeit oder Inkompetenz. Gleichsam automatisch stellt sich dann die Frage nach einer alternativen Erklärung. Was könnten die Ein-

¹⁰⁹ In BVerfG, 2 BvR 1851, 1853, 1875 u. 1852/94, 24.10.1996 (= BVerfGE 95, 96 ff.), N 138 u. 162, führte die Einhaltung des gesetzten Rechts sogar zur Verurteilung; vgl. auch HEINRICH HONSELL/THEO MAYER-MALY, Rechtswissenschaft, Die Grundlagen des Rechts, 7. A., Bern 2017, 16 f. u. 168; GÜNTER STRATEN-WERTH, Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, Bern 2017, 15 ff.; ANNE KÜHLER, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Diss. Bern, Bern 2012, mit Hw. auf einschlägige Fälle (Fn 687) und auf ein Widerstandsrecht «zum Schutz der in den Kerngehalten der Grundrechte und der Ansprüche des zwingenden Völkerrechts enthaltenen Mindeststandards» (305).

¹¹⁰ TSCHANNEN (FN 73), § 7 N 115, § 8 N 11 u. § 10 N 12; vgl. auch die Rechtsprechung zu den unverjähren und unverzichtbaren verfassungsmässigen Rechten, etwa in BGE 88 I 260 E. 1; weitergehend RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 1099; SCHEFER (FN 82), 98.

¹¹¹ Dazu oben III.A.

¹¹² BGE 125 II 417 E. 4d; 139 I 16 E. 5.1; TSCHANNEN (FN 73), § 9 N 31 f.

¹¹³ So GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C 828/2011 (= BGE 139 ...) vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV), ZBl 2013, 316 ff., 331 f.; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL (FN 11), Bundesverfassung und Völkerrecht N 54; vgl. auch die E. 5.2.3 des Entscheids.

¹¹⁴ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 2853.

¹¹⁵ BGE 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.; BIAGGINI (FN 75), N 30 ff.

¹¹⁶ BGE 99 Ib 39 E. 3; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL (FN 11), Bundesverfassung und Völkerrecht N 53.

¹¹⁷ BGE 125 II 417 E. 4d.

¹¹⁸ BIAGGINI (FN 75), N 34; BIAGGINI (FN 113), 332; TSCHANNEN (FN 73), § 9 N 34.

¹¹⁹ BGE 125 II 417 E. 4d; 139 I 16 E. 5.1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 76), N 3642.

¹²⁰ TSCHANNEN (FN 73), § 9 N 35.

reichung und die Überweisung der Motion bezwecken? Die einzige schlüssige Erklärung legt ein populistisches Motiv nahe: Mehr als einen bloss symbolischen Beitrag vermag die Motion nicht zu leisten. Sie bedient diffuse Ängste vor dem «Feindbild du jour»¹²¹ und trägt damit, wie jede Symbolpolitik, zur politischen PR-Arbeit bei. Die Bewirtschaftung von Ängsten in der Bevölkerung ist eine beliebte Wahlkampfstrategie. Kann dies anhand einer Massnahme geschehen, die den «angestrebten» Erfolg nicht erreichen kann, erfüllt sie ihren Zweck sogar doppelt; man erhält dann eine weitere Gelegenheit, «die Behörden» wegen Missachtung des Auftrags anzuprangern. Sollte die Weiterverfolgung und Annahme der Motion tatsächlich bloss dem Stimmenfang im Wahljahr dienen, wäre darin eine bedauerliche Zweckentfremdung des parlamentarischen Instrumentariums zu erblicken. Nicht nur trägt sie zur notorischen Überlastung des ohnehin unter seiner Arbeitslast ächzenden Parlaments bei, sondern wäre ein gefährliches Spiel mit dem Feuer, da die Motion grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien tangiert.

Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus stellt Politik, Recht und Gesellschaft vor schwierige Abwägungsfragen, die in jeder Hinsicht Grenzen tangieren. Die Bedrohungen für die Sicherheit der Gesellschaft sind massiv, ihre Bekämpfung ist ein erhebliches öffentliches Interesse. Je nach Situation können sich sogar empfindliche Einschränkungen rechtsstaatlicher Sicherungen als notwendig erweisen. Jedenfalls dort aber, wo eine Einschränkung an den Grundpfeilern einer aufgeklärten, freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft rüttelt, muss der durch Abwägung mögliche Grad an Relativierung eine Grenze finden.¹²²

Genau dies verkennt die Motion. Sie ist symptomatisch für eine bedenkliche Orientierungslosigkeit in den eidgenössischen Räten. Zunächst spricht die Motion aus der Feder eines CVP-Abgeordneten dem eigenen Parteiprogramm Hohn, das von einem christlichen Menschenbild ausgeht, prominent die Menschenwürde an den Anfang stellt und den Rechtsstaat als Grundpfeiler der Nation bezeichnet.¹²³ Aber auch den zustimmenden Parlamentariern könnte es helfen, sich ihres Eides bzw. Gelübdes (Art. 3 Abs. 4 f. ParlG) zu erinnern, um ihren moralischen Kompass wiederzufinden. In ihrer Rolle als

Hüter der Verfassung¹²⁴ haben sie jedenfalls versagt. Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass die Umsetzung und Anwendung der Motion die befassten Behörden vor grosse Herausforderungen stellen würde: Der Bundesrat muss entweder grundlegende Rechtsnormen verletzen oder sich dem Willen des Parlamentes widersetzen. Dieses würde zwar letztlich die Verantwortung für die Umsetzung tragen, doch lässt die Überweisung der Motion wenig Gutes erahnen. Danach würden die rechtsanwendenden Behörden in moralische Dilemmata gestürzt und die Gerichte gezwungen, diffizile Konfliktfragen zum Verhältnis von Landesrecht und zwingendem Völkerrecht, von Grundrechten und entgegenstehenden Bundesgesetzen, von Bundesgesetzesrecht und EMRK zu beantworten.

Geholfen wäre damit: niemandem. Nicht den verschiedenen befassten Behörden, deren Ansehen durch den Fallout öffentlicher Auseinandersetzung schwer beschädigt wäre. Nicht der Bevölkerung, deren Sicherheit durch die ungeeigneten Massnahmen der Motion kaum verbessert würde. Nicht den Betroffenen, die man mit Wissen und Willen schwersten Menschenrechtsverletzungen ausliefern würde. Und vor allem nicht der Freiheit und Menschlichkeit, deren zentrale Bedeutung für die westliche Kultur und in der Geschichte durch Verletzung grundlegender Elemente der Würde des Menschen infrage gestellt würde.

¹²¹ Votum Caroni, AB 2019 S 191.

¹²² TSCHANNEN (FN 73), § 7 N 113: «Erst recht bindet die Kerngehaltsgarantie den Rechtsstaat beim Kampf gegen den Terrorismus.»

¹²³ CVP Schweiz, Parteiprogramm, verabschiedet an der Delegiertenversammlung in Bern vom 11. Januar 2014, Internet: https://www.cvp.ch/sites/default/files/CVP_Partieprogramm_d.pdf (Abruf 6.4.2019), 4 f.

¹²⁴ OLIVER DIGGELMANN, Das Parlament als Hüter der Verfassung, NZZ vom 28.5.2014, 23.