

Motion zur Verletzung von Verfassung und zwingendem Völkerrecht – Ein gefährlicher Tabubruch

Stellungnahme: 16.3982 Motion Regazzi Fabio.

Ausweisung von Terroristinnen und Terroristen in ihre Herkunftsländer, unabhängig davon, ob sie als sicher gelten oder nicht

Im September 2018 hat der Nationalrat eine Motion gutgeheissen, die unter dem Titel «Ausweisung von Terroristinnen und Terroristen in ihre Herkunftsländer, unabhängig davon, ob sie als sicher gelten oder nicht», eine Verschärfung des Ausschaffungsregimes fordert. Am 19. März 2019 hat auch der Ständerat diese Motion angenommen. Damit ist der Bundesrat beauftragt, die rechtlichen Verfahren so anzupassen, dass «Dschihadistinnen und Dschihadisten, die für Taten im Zusammenhang mit dem IS verurteilt wurden» auch dann in ihre Herkunftsländer ausgewiesen werden, wenn diese Länder als unsicher gelten. Mit dem verbindlichen parlamentarischen Vorstoss verlangt das Parlament vom Bundesrat mit anderen Worten, die «Ausschaffung in Folterstaaten» (NZZ vom 20. März 2019) möglich zu machen.

Mit einer Motion beauftragt das Parlament den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Weil die Bundessammlung den Bundesrat mit der Ausweisungsmotion aber zur Verletzung der Grundrechte der Bundesverfassung und des zwingenden Völkerrechts auffordert, kann der Bundesrat ihr nicht Folge leisten.

Laut Bundesverfassung darf niemand in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht (Artikel 25 Absatz 3 Bundesverfassung). Das Verbot der Ausschaffung in Folterstaaten hat die Besonderheit, dass es in der Bundesverfassung ein Prinzip verankert, das gleichzeitig zum zwingenden Völkerrecht gehört. Nur sehr wenige Normen des Völkerrechts haben zwingenden Charakter. Es sind jene, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt werden als Normen, von denen nicht abgewichen werden darf. Zwingendes Völkerrecht drückt den Wunsch der Staatengemeinschaft aus, jene Taten, die – so die Präambel der Allgemeinen Menschenrechtserklärung – «das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen» – mit einem Tabu zu belegen. Zum völkerrechtlichen *ius cogens* gehören das Gewaltverbot, das Verbot des Sklavenhandels und des Völkermords und das Folterverbot. Dieses umfasst auch das sogenannte Non-Refoulement-Gebot, welches die Abschiebung oder Auslieferung in einen Staat untersagt, in dem einem Menschen die Folter droht.

Die Schweiz hat sich bis anhin im In- und im Ausland stets entschieden für die Achtung des zwingenden Völkerrechts und die Einhaltung des Non-Refoulement-Gebots eingesetzt. Als das Parlament im Jahre 1996 erstmals eine Volksinitiative wegen ihres Inhalts für ungültig erklärte, tat es dies wegen der Verletzung dieses Gebots. Die Initiative «für eine vernünftige Asylpolitik» hatte verlangt, dass illegal eingereiste Asylbewerber und solche, deren Gesuch rechtskräftig ab-

gewiesen worden war, umgehend und ohne Beschwerdemöglichkeit aus der Schweiz weggewiesen werden. Der Bundesrat hatte damals in seiner Botschaft darauf hingewiesen, dass die formellen Widersprüche zwischen dem Anliegen der Initiative und dem für die Schweiz verbindlichen Völkerrecht zwar durch eine Kündigung der Genfer Flüchtlingskonvention, der UNO-Folterkonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention beseitigt werden könnten. Er kam jedoch zum Schluss, dass die Verletzung des zwingenden und damit nicht verhandelbaren und unkündbaren Völkerrechts die Ungültigerklärung der Initiative erfordere. Die Bundesversammlung folgte diesem Antrag, obwohl die Bundesverfassung zu diesem Zeitpunkt noch keine materiellen Schranken der Verfassungsrevision vorsah.

Seit der Totalrevision der Bundesverfassung ist dies der Fall. Volk und Stände haben im Zuge der Nachführung der Bundesverfassung entschieden, die Praxis der Bundesversammlung ausdrücklich in den Verfassungstext aufzunehmen. Seit dem Jahre 2000 verpflichtet die Bundesverfassung damit die Bundesversammlung dazu, Volksinitiativen, die zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzen, ganz oder teilweise für ungültig zu erklären. Verfassungsbestimmungen, die dem völkerrechtlichen *ius cogens* widersprechen, sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nichtig. Sie erzeugen keinerlei Verbindlichkeit und sind nicht anzuwenden.

Nur einmal, bei der Prüfung der Durchsetzungsinitiative, sah sich das Parlament seither genötigt, von der materiellen Schranke der Verfassungsrevision Gebrauch zu machen. Die Initiative hatte die Geltung des zwingenden Völkerrechts zwar anerkannt und die «automatische» Ausschaffung krimineller Ausländer nur soweit gefordert, als die Achtung des Non-Refoulement-Gebots diese zulies. Das Parlament sah den absoluten Vorrang des zwingenden Völkerrechts dennoch in Gefahr und erklärte jenen Teil der Initiative für ungültig, der das zwingende Völkerrecht abschliessend definierte und damit weitere Entwicklungen ausschloss. Auch die Selbstbestimmungsinitiative hatte das zwingende Völkerrecht ausdrücklich vorbehalten und seinen Vorrang – selbst gegenüber der Bundesverfassung – nie in Frage gestellt.

Die Motion des Parlaments stellt denn auch einen fundamentalen und erschreckenden Bruch mit einer etablierten Praxis dar. Auch wenn das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Vergangenheit immer wieder Anlass zu heftigen rechtlichen und politischen Auseinandersetzungen gegeben hat, so wurde die Geltung des zwingenden Völkerrechts doch bis anhin nie in Frage gestellt. Die politischen Akteure, die den Vorrang des gesamten Völkerrechts fordern, und jene, die eine differenzierter Haltung befürworten, stehen sich zwar seit einigen Jahren teilweise erbittert gegenüber und können sich nicht auf das richtige Gleichgewicht von Demokratie und Rechtsstaat, Selbstbestimmung und Weltoffenheit einigen. Die Spitze des Völkerrechts – das internationale *ius cogens* – blieb allerdings bisher von diesen Auseinandersetzungen auspart.

Indem die Motion die Ausschaffung gefährlicher Personen in unsichere Staaten fordert, bricht sie dieses Tabu. Sie verlangt, dass in Zukunft Artikel 33 Absatz 2 der Genfer Flüchtlingskonvention dem Grundrecht der Bundesverfassung, das die Abschiebung in Folterstaaten verbietet, vorgehen soll. Was soll in der Schweiz für gefährliche Straftäter neu gelten? Nach Artikel 33 Absatz 2 der Flüchtlingskonvention verliert ein Flüchtling seinen Anspruch auf Aufenthalt, wenn er eine Gefahr für den Aufenthaltsstaat oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes

darstellt, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden ist. Anerkannte Flüchtlinge können damit völkerrechtskonform ausgeschafft und der Gefahr der Verfolgung ausgesetzt werden. Schon das heutige Recht lässt damit die Ausschaffung ausländischer Personen zu, die wegen schweren Verbrechen rechtskräftig verurteilt worden sind. Dies gilt nach Völker- und Landesrecht selbst für Ausländerinnen und Ausländer, die den Flüchtlingsstatus genießen. Soweit die Motion also die Ausschaffung in unsichere Staaten fordert, sind somit keine neuen rechtlichen Massnahmen erforderlich. Das Non-Refoulement-Verbot stellt aber eine Schranke dieser Möglichkeit dar, die auch für verurteilte Straftäter gilt: Solange Tod oder Folter drohen, hat die Ausweisung zu unterbleiben. Soweit die Motion verlangt, dass die Ausschaffung auch in diesem Fall erfolgen soll, stehen die Verfassung und das zwingende Völkerrecht ihrer Umsetzung entgegen. Das menschenrechtliche Non-Refoulement-Verbot lässt keinen Spielraum.

Kann der Bundesrat unter diesen Umständen eine Massnahme treffen oder dem Parlament einen Erlass unterbreiten? Bundesversammlung und Bundesrat sind an die Bundesverfassung und das zwingende Völkerrecht gebunden und verpflichtet, die Rechtmässigkeit ihres Handelns sicherzustellen. Welchen Sinn und Zweck hätte denn die Verfassung als höchste Rechtsquelle der Schweiz, wenn Bundesbehörden sie beliebig verletzen könnten? Zwar können Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats beim Bundesgericht nicht angefochten werden und Bundesgesetze sind auch dann anzuwenden, wenn sie der Bundesverfassung widersprechen. Diese Besonderheiten des schweizerischen Verfassungsrechts ermächtigen die legislativen und exekutiven Behörden des Bundes aber nicht zum Verfassungsbruch.

Was würde geschehen, wenn der Bundesrat eine Massnahme ergriffe, die die Ausschaffung in Folterstaaten erlauben würde? Einem solchen verfassungs- und völkerrechtswidrigen Entscheid müsste das Bundesgericht im Rahmen der konkreten Normenkontrolle die Anwendung verweigern. Was wären die Folgen, wenn ein Bundesgesetz dahingehend geändert würde, dass es die Ausschaffung in Folterstaaten erlauben würde? Auch ein solches Gesetz könnte vom Bundesgericht – trotz Immunität durch die Bundesverfassung – nicht angewendet werden. Zwar lässt es die gegenwärtige Rechtslage zu, dass der Gesetzgeber sich über völkerrechtliche Pflichten der Schweiz hinwegsetzt, wenn er dies beabsichtigt und die völkerrechtlichen Folgen in Kauf nimmt (sogenannte Schubert-Praxis). Im Rahmen dieser Praxis hat der Bundesrat durchaus auch völkerrechtswidrigen Motionen Folge zu leisten. Die Schubert-Praxis gilt jedoch nicht, wenn es sich beim verletzten Völkerrecht um fundamentale menschenrechtlichen Pflichten der Schweiz handelt, namentlich um die EMRK (sogenannte PKK-Praxis). Das Bundesgericht räumt in diesen Fällen zu Recht dem – von der Bundesverfassung ebenfalls ausdrücklich immunisierten – Völkerrecht den Vorrang ein, unter anderem weil es nach einer Verurteilung der Schweiz in Strassburg ohnehin verpflichtet wäre, seinen Entscheid im Rahmen einer Revision zu korrigieren. Erst recht wäre es dem Bundesgericht verwehrt, ein Bundesgesetz anzuwenden, das im Widerspruch zum zwingenden Völkerrecht steht. Eine solche Norm wäre selbst dann nichtig, wenn sie in der Bundesverfassung stehen würde. Was eine Schranke der Verfassungsrevision darstellt, muss aber erst recht eine Schranke der Gesetzesrevision sein. Es steht dem Bundesrat deshalb nicht frei,

die Motion weiterzuverfolgen, soweit sie die Verletzung des völkerrechtlichen *ius cogens* verlangt. Sie als Auftrag zur Neuverhandlung oder Kündigung zu deuten, ist ebenfalls nicht möglich, da beides im Falle des zwingenden Völkerrechts von vornherein nicht möglich ist.

Was hat die Bundesversammlung bewogen, den Bundesrat mit der Verletzung von Verfassung und zwingendem Völkerrecht zu beauftragen? Ständerat Thomas Minder brachte die Unzufriedenheit folgendermassen auf den Punkt: «Man kann kriminell, hochkriminell, sogar rechtskräftig verurteilt und nach Verbüßung noch immer gemeingefährlich sein, doch verlassen muss man das Land trotz Landesverweis nicht. Das ist für jeden Rechtsstaat absurd und total unbefriedigend.» Was in manchen Fällen – etwa im Fall der «unausschaffbaren» Schaffhauser Terrorzelle – als unbefriedigend erscheinen mag, ist unter Umständen tatsächlich rechtlich geboten. Ist im Heimatstaat mit Folter zu rechnen, bleiben auch verurteilte Straftäter in der Schweiz. In manchen Fällen – und hier wären die diplomatischen Anstrengungen möglicherweise zu verstärken – kann eine Ausschaffung dadurch ermöglicht werden, dass dem Heimatstaat verlässliche Zusicherungen abgerungen werden, von Folter und anderer grausamer und unmenschlicher Behandlung abzusehen. Gelingt dies, erlauben Bundesgericht und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Ausschaffung in «unsichere» Staaten, in denen ohne Zusicherung mit der Todesstrafe oder mit Folter zu rechnen wäre. Auch sonst lassen die Gebote der Rechtsstaatlichkeit den Staat nicht wehrlos. Im Rahmen des Nationalen Aktionsplans zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus hat die Schweiz insgesamt 26 Massnahmen in fünf Bereichen geplant und teilweise bereits umgesetzt. So erlaubt etwa das neue Nachrichtendienstgesetz sehr weitgehende Massnahmen der Überwachung. Gegenwärtig ist ausserdem ein Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus in Ausarbeitung, das präventives polizeiliches Eingreifen ausserhalb der Strafverfolgung ermöglichen soll.

Auch wenn gefährliche Straftäterinnen und Straftäter den Rechtsstaat herausfordern, so hat er sich an ihnen zu bewähren. Ständerat Andrea Caroni hat während der Verhandlungen im Parlament zu Recht darauf hingewiesen, was auf dem Spiel steht: «Das Wichtigste ist für mich, dass wir unsere allerhöchsten Grundsätze verraten würden, denn das Folterverbot ist das innere Heiligtum unseres Rechtsstaates. Wir foltern nicht, und wir lassen auch nicht foltern.» Die Schweiz hat wenig in der Hand, um Folter im Ausland zu verhindern. Dazu Beihilfe leisten, darf sie aber nicht. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass der Bundesrat die allerhöchsten Grundsätze der schweizerischen Bundesverfassung und des Völkerrechts achtet und dem Parlament die Abschreibung der Motion beantragt. Selbst wenn die Räte an der Motion festhalten würden, könnte dieser – trotz der grundsätzlichen Verbindlichkeit – keine Folge geleistet werden. Kein Parlament kann die Regierung dazu verpflichten, das zwingende Völkerrecht zu verletzen. Wäre es anders, wäre mehr und Schlimmeres passiert, als dass einige gefährlichen Personen weiterhin in der Schweiz überwacht werden müssen.