

„Ausschaffungspraxis“ vor und nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative

CHRISTIN ACHERMANN

Assistenzprofessorin, Zentrum für Migrationsrecht und
Maison d'analyse des processus sociaux, Université de Neuchâtel

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	241
Einleitung	242
I. Die aktuelle Praxis betreffend Aufenthaltsbeendigung und Wegweisungsvollzug	244
1. Warum muss jemand die Schweiz verlassen und wie wird der Entscheid gefällt?.....	244
a) Gründe für die Beendigung des Aufenthalts	244
b) Entscheidungsprozesse.....	247
2. Vollzug der Wegweisung und Fernhaltungsmassnahmen	253
a) Vollzug der Wegweisung	253
b) Fernhaltungsmassnahmen	257
II. „Ausschaffungen“ nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative ...	258
1. Die Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer	258
2. Die Vorschläge der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative	260
3. Die Umsetzungsvarianten des Bundesrates	261
4. Die Durchsetzungsinitiative.....	265
5. Die nächsten Schritte	266
Ausblick und abschliessende Bemerkungen.....	267

Zusammenfassung

Der vorliegende Artikel gibt einen Überblick über die verschiedenen Facetten einer breit verstandenen „Ausschaffungspraxis“. Er behandelt einerseits die geltende Rechtslage und deren Umsetzung und legt andererseits dar, welche gesetzlichen und praktischen Änderungen in der näheren Zukunft zu erwarten sind. „Ausschaffungspraxis“ wird dabei als Überbegriff für die folgenden administrativen Schritte und Praktiken verwendet:

Der Entscheid, dass eine ausländische Person aus bestimmten Gründen die Schweiz verlassen muss und die unterschiedlichen Mittel und Vorgehensweisen, die eingesetzt werden, um diesen Entscheid zu vollziehen, sofern dies möglich und zulässig ist. Es zeigt sich, dass die 2010 angenommene Ausschaffungsinitiative nur einen dieser verschiedenen Aspekte betrifft, nämlich den Wegweisungsentscheid bei straffälligen Personen. Wie sich die Umsetzung der Initiative in der Praxis auswirken wird, ist in mancher Hinsicht ungewiss. Insbesondere ob das Versprechen, „mehr Sicherheit“ zu schaffen eingehalten werden kann, scheint fraglich.

Einleitung

Der Begriff „Ausschaffung“ ist eine Deutschschweizer Kreation und Eigenheit. Obwohl er im Ausländergesetz (AuG)¹ als Überschrift des 4. Abschnitts des 9. Kapitels zu finden ist, wird er darin nicht näher definiert.² In der Literatur wird die „Ausschaffung“ als „zwangsweise[r] Vollzug“ eines Weg- oder Ausschaffungsentscheides definiert, der dann in Betracht kommt, wenn die betreffende Person die ihr gesetzte Frist zur selbständigen Ausreise ungenutzt verstreichen liess.³ Streng genommen geht es dabei also einzig um die Art, wie ein Wegweisungsentscheid vollzogen wird.⁴ Mit der Eidgenössischen Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“, welche die Schweizerische Volkspartei (SVP) im Sommer 2007 lancierte, wurde der Begriff der breiten Bevölkerung geläufig; die IntiantInnen verwenden ihn allerdings nicht im gleichen Sinne wie das Ausländergesetz. Bei der Initiative geht es nämlich nicht um den Vollzug eines Wegweisungsentscheides, sondern um diesen Entscheid selbst resp. um die Kriterien, unter welchen ein sol-

¹ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.

² In der französischen Version des Gesetzes wird für „Ausschaffung“ der Ausdruck „exécution du renvoi“ verwendet.

³ ZÜND, ANDREAS UND ARQUINT HILL LADINA, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: UEBERSAX PETER ET AL. (Hg.), Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 362.

⁴ Siehe dazu auch Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern, 21.06.2011, S. 25f.

cher auf jeden Fall verfügt werden soll. Umgangssprachlich wird der Begriff „Ausschaffung“ in neuerer Zeit auch oft als Wegweisungsvollzug unter Einsatz polizeilicher Gewaltanwendung verstanden, der bei den sogenannten „Sonderflügen“ oder „Level IV-Ausschaffungen“ zum Einsatz kommen kann. Diese spezifische Vollzugsform entspricht in der Praxis allerdings nur einem kleinen Anteil aller Ausschaffungen (siehe unten I.2.a).

Der vorliegende Artikel zielt darauf ab, einen Überblick über die verschiedenen Facetten einer breit verstandenen „Ausschaffungspraxis“ zu geben, welche durch die gegenwärtige Rechtslage geprägt wird, sowie darzulegen, wie sich diese in Zukunft voraussichtlich verändern werden. „Ausschaffungspraxis“ wird dabei als Überbegriff für die folgenden administrativen Schritte und Praktiken verwendet: Der Entscheid, dass eine ausländische Person aus bestimmten Gründen die Schweiz verlassen muss und die unterschiedlichen Mittel und Vorgehensweisen, die eingesetzt werden, um diesen Entscheid tatsächlich zu vollziehen, sofern dies möglich und zulässig ist. Der Fokus liegt dabei auf der Praxis gegenüber denjenigen Personen, die in den vergangenen Jahren im Zentrum der öffentlichen Debatte standen und welche die kommenden Veränderungen primär betreffen: den straffällig gewordenen AusländerInnen, welche über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen.⁵

⁵ Für vertiefte rechtliche Auseinandersetzungen mit der Ausschaffungsinitiative und den vorgeschlagenen Umsetzungsvarianten sei auf die bestehende juristische Literatur verwiesen, beispielsweise AG Umsetzung, 2011; EPINEY ASTRID, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG), 10(1)/2010, S. 3-13; GÄCHTER THOMAS UND KRADOLFER MATTHIAS, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, Asyl 1/2008, S. 12-20; WEBER FLORIAN, Die gesetzlichen Umsetzungsvarianten der SVP-Ausschaffungsinitiative im Lichte des FZA und der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, AJP/PJA, 2012(10): 1436-1451.

I. Die aktuelle Praxis betreffend Aufenthaltsbeendigung und Wegweisungsvollzug

1. Warum muss jemand die Schweiz verlassen und wie wird der Entscheid gefällt?

a) Gründe für die Beendigung des Aufenthalts

Grundsätzlich kann jede ausländische Person, die sich in der Schweiz aufhält, dazu verpflichtet werden, das schweizerische Territorium zu verlassen. Einen absoluten Schutz gegen Aus- und Wegweisung geniessen einzig Schweizer Staatsangehörige (Art. 25 Abs. 2 BV⁶). In der sozialwissenschaftlichen Literatur wird diese für alle AusländerInnen charakteristische Situation der „Wegweisbarkeit“ mit dem englischen Begriff „deportability“⁷ oder mit dem französischen „expulsabilité“⁸ bezeichnet. Dabei wird darauf verwiesen, dass dieser Zustand dazu führt, dass sich ausländische BewohnerInnen in einem anderen Staat stets in einer gewissen Unsicherheit befinden. Diese beinhaltet nicht nur eine latente Ungewissheit für sie selbst, sondern sie werden dadurch auch zu einem besonders korrekten Verhalten und zum Respekt geschriebener und ungeschriebener Normen angehalten.

Die Gründe, weshalb eine ausländische Person zum Verlassen der Schweiz aufgefordert und möglicherweise gezwungen wird, sind aktuell hauptsächlich im Ausländergesetz und im Asylgesetz (AsylG)⁹ festgeschrieben. Dabei sind hauptsächlich vier Weg- bzw. Ausweisungsmotive zu unterscheiden:¹⁰

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, SR 101.

⁷ DE GENOVA NICHOLAS, Migrant 'Illegality' and Deportability in Everyday Life, Annual Review of Anthropology, 31(2002), S. 419-447.

⁸ SAYAD ABDELMALEK, L'asile dans l'« espace Schengen »: la définition de l'Autre (immigré ou réfugié) comme enjeu de luttes sociales, in: CALOZ-TSCHOPP MARIE-CLAIRE, CLEVENOT AXEL UND TSCHOPP MARIA-PIA (Hg.), Asile, Violence, exclusion en Europe: Histoire, analyse, prospective, Genève 1994, S. 193-238.

⁹ Asylgesetz (AsylG) vom 26. Juni 1998, SR 142.31.

¹⁰ Vgl. für eine ausführliche Übersicht folgende Literatur: AMARELLE CESLA UND NGUYEN MINH SON (Hg.), L'exécution des renvois, Berne 2011; CARONI MARTINA, MEYER TOBIAS D., OTT LISA, Migrationsrecht, Bern 2011; SPESCHA MARC ET AL. (Hg.), Migrationsrecht: Kommentar: Schweizerisches Ausländergesetz (AuG)

- **Illegalen Aufenthalt:** Wer sich ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz aufhält, wird weggewiesen (Art. 64 Abs. 1 AuG). Ebenfalls zu dieser Kategorie zu zählen sind Asylsuchende, auf deren Gesuch nicht eingetreten (NEE; Art. 32–35a AsylG) oder deren Gesuch abgelehnt wird (Art. 40 und 44 AsylG). Nach einem negativen Ausgang des Asylverfahrens sind auch sie nicht mehr zum Aufenthalt in der Schweiz berechtigt und werden weggewiesen.¹¹
- **Sozialhilfeabhängigkeit:** Eine bestehende Aufenthaltsbewilligung kann durch die zuständige kantonale Behörde nicht verlängert oder widerrufen werden (und in der Folge erlöschen), wenn der/die InhaberIn bzw. eine Person, für die sie/er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist (Art. 62 lit. e AuG). Für den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung sind die Anforderungen etwas höher. In diesem Fall muss die Sozialhilfeabhängigkeit „dauerhaft und in erheblichem Mass“ sein (Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG), damit ein Widerruf erfolgen kann.¹² In der Konsequenz verliert die Person ihre Bewilligung und wird weggewiesen.¹³
- **Straffälligkeit und/oder schwerer Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung:** Vergleichbar zur vorangehenden Konstellation kann eine Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert oder widerrufen resp. eine Niederlassungsbewilligung widerrufen werden, wenn der oder die InhaberIn „zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder Artikel 61 des Strafgesetzbuches angeordnet wurde“ (Art. 62 lit. b AuG). Eine Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann für InhaberInnen einer Aufenthaltsbewilligung ebenfalls zu einer Nichtverlängerung bzw. einem Widerruf führen (Art. 62 lit. c AuG). Für Niedergelassene sind analog zum Fall der Sozialhilfeabhängigkeit die Voraussetzungen höher angesetzt, indem eine Gefährdung oder ein Verstoß „in schwerwiegender Weise“ vorausgesetzt werden (Art. 63

und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, Zürich 2012; ZÜND ANDREAS UND ARQUINT HILL LADINA, 2009.

- ¹¹ Dies gilt auch für jene Personen, die sich im Wissen der Behörden weiterhin in der Schweiz aufhalten und beispielsweise Nothilfe beziehen, die in entsprechenden Zentren entrichtet wird. Sobald ihre Wegweisung vollzogen werden kann, setzen die kantonalen Behörden alles daran, dies auch umzusetzen. Vgl. dazu etwa SANCHEZ-MAZAS MARGARITA ET AL., *La construction de l'invisibilité: Suppression de l'aide sociale dans le domaine de l'asile*, Genève 2011.
- ¹² Für AusländerInnen, die sich seit mehr als 15 Jahren legal in der Schweiz aufhalten, besteht diese Möglichkeit bzw. Gefahr des Widerrufs nicht mehr (Art. 63 Abs. 2 AuG).
- ¹³ Vgl. dazu KURT STEFANIE UND ANNEMARIE GURTNER, *Bewilligungsentzug bei Sozialhilfeabhängigkeit*. Bern 2012.

Abs. 1 lit. b AuG). Die Rechtsfolge ist auch in diesen Fällen eine Wegweisung.

- **Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit:** Ein viertes wichtiges Motiv, eine Person zum Verlassen der Schweiz zu verpflichten, besteht, wenn diese die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet (Art. 62 lit. c, Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG) oder wenn dadurch die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gewahrt werden soll (Art. 68 AuG). In beiden Konstellationen geht es um Bedrohungen durch terroristische und gewalttätig-extremistische Einstellungen und Handlungen. Im ersten Fall kann die kantonale Migrationsbehörde als Konsequenz eine Wegweisung verfügen. Im zweiten Fall, der sich insbesondere aus staatspolitischen Gründen stellt, handelt es sich um eine Ausweisung, die das Bundesamt für Polizei in Absprache mit dem Nachrichtendienst des Bundes verfügt (Art. 68 Abs. 1 AuG).¹⁴

Bis Ende 2007 bestand im Fall von Straffälligkeit zudem die Möglichkeit, dass das Strafgericht als Nebenstrafe eine Landesverweisung gegen die betreffende Person verhängte (Art. 55 aStGB¹⁵). Dies führte dazu, dass zwei unterschiedliche Instanzen aus leicht unterschiedlichen Gründen entscheiden – oder auch davon absehen – konnten, eine für eine Straftat verurteilte Person zum Verlassen der Schweiz zu verpflichten. Dieser „Dualismus“ wurde aus systematischen und Verfahrensgründen vielfach kritisiert¹⁶ und schliesslich durch die Streichung der Landesverweisung im revidierten StGB¹⁷ behoben.

Seit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommen (FZA)¹⁸ am 1. Juni 2002 gelten in vielen aufenthaltsrechtlichen Fragen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelszone (EFTA) besondere Bestimmungen. Dies betrifft auch den Bereich der sogenannten aufenthaltsbeendenden Massnahmen. Im Gegensatz zu den oben dargestellten Bedingungen des AuG sind die Standards für die Verfügung einer Wegweisung höher als gegenüber Drittstaatsan-

¹⁴ In „politisch sehr bedeutsamen Fällen“ (SPESCHA ET AL., 2012, S. 198) kann der Bundesrat überdies, gestützt auf Art. 121 Abs. 2 BV, auch direkt eine Ausweisung anordnen.

¹⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, in Kraft bis 31.12.2007.

¹⁶ Bspw. ZÜND ANDREAS, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 129 (1993), S. 73-88.

¹⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

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

gehörigen.¹⁹ Für Personen im Geltungsbereich des FZA darf die Freizügigkeit nur durch Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden (Anhang I Art. 5 FZA). Die betreffende Person muss für das Aufnahmeland eine „tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung“ darstellen, „die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.²⁰ Eine strafrechtliche Verurteilung alleine reicht nicht aus zur Begründung (Art. 3 Abs. 2 RL 64/221 EWG). Eine Wegweisung ist zudem nur zulässig, wenn sie an das persönliche Verhalten dieser Person anknüpft (Art. 3 Abs. 1 RL 64/221 EWG). Generalpräventive, d.h. auf die Abschreckung aller AusländerInnen abzielende, Zusatzüberlegungen sind zur Rechtfertigung dieser Massnahme somit ausgeschlossen.²¹

b) *Entscheidungsprozesse*

Zusätzlich zu den verschiedenen Gründen, die zur Beendigung des Aufenthalts einer ausländischen Person führen können, sind je nach Konstellation auch unterschiedliche Zuständigkeiten und Vorgehensweisen festzustellen. Während im Fall von illegalem Aufenthalt der Wegweisungsentscheid quasi „automatisch“ fällt bzw. die klare Folge der Feststellung einer fehlenden Aufenthaltsgenehmigung ist, ist die Ausgangslage bei Personen mit gültigem Aufenthaltstitel komplizierter. Wie oben dargestellt, liegt es im Ermessen der zuständigen kantonalen Behörde, ob sie eine Person, welche die Kriterien der Sozialhilfeabhängigkeit, Straffälligkeit oder der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfüllt, tatsächlich wegweist oder nicht. Dasselbe gilt auch für eine Wegweisung aufgrund einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit. Im Folgenden wird der konkrete Entscheidungsprozess betreffend straffälligen

¹⁹ Vgl. dazu EPINEY, 2010; WEBER, 2012; ZÜND UND ARQUINT HILL, 2009, S. 333-338.

²⁰ Bundesamt für Migration, Weisungen 8: Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen (Version 30.09.2011), S. 3
(http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/entfernungs-_und_fernhaltungsmassnahmen/8-entfernungs-fernhaltungsmassnahmen-d.pdf, Zugriff am 10.06.2013).

²¹ ZÜND/ARQUINT HILL, 2009, S. 335. Vgl. auch EPINEY, 2010, S.5f. und WEBER, 2012.

AusländerInnen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zur Illustration kurz ausgeführt.²²

Die kantonalen Migrationsbehörden werden über die rechtskräftige Verurteilung von AusländerInnen, die in ihrem Kanton wohnhaft sind oder in diesem verurteilt werden, informiert. Aufgrund dieser Information können sie ein Wegweisungsverfahren gemäss den oben genannten Kriterien einleiten. Handelt es sich um eine Person, die in der Schweiz nicht (mehr) aufenthaltsberechtigt ist, findet kein eigentlicher Entscheidungsprozess statt, sondern die Wegweisungsverfügung steht von Beginn weg fest. Fraglich ist allenfalls höchstens deren Vollzug (siehe unten I.2.a).²³ Bei Personen, die zum Zeitpunkt der Verurteilung eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung haben, setzt hingegen ein Entscheidungsprozess ein, in dem es darum geht abzuwägen, ob eine Wegweisung infolge Nichtverlängerung oder Widerruf der Bewilligung im spezifischen Fall verhältnismässig ist (Art. 96 AuG). Hierzu wägen die Migrationsbehörden die persönlichen Interessen der betroffenen ausländischen Person an ihrem weiteren Verbleib in der Schweiz ebenso wie ihre Integration gegen die öffentlichen Interessen der Schweiz an ihrer Wegweisung ab. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind hierzu insbesondere die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: die Schwere des Verschuldens, die Anwesenheitsdauer in der Schweiz und die der Person sowie ihrer Familie drohenden Nachteile infolge einer Wegweisung. Sollte der ver-

²² Vgl. dazu ausführlicher: ACHERMANN CHRISTIN, Straffällig, unerwünscht, ausgeschlossen: Ausländische Strafgefangene in der Schweiz, Bern 2008; ACHERMANN CHRISTIN, Straffällige Ausländerinnen und Ausländer: Kenntnisse zur aktuellen Praxis, in: ACHERMANN ALBERTO ET AL. (Hg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Bern 2010, S. 175-204; WICHMANN NICOLE, ACHERMANN CHRISTIN UND EFIONAYI-MÄDER DENISE, Wegweisen. Ausschaffen: Ein Grundlagenbericht zu den ausländerrechtlichen Folgen der Straffälligkeit, Bern 2010.

Die Darstellung stützt sich hauptsächlich auf die Ergebnisse des Forschungsprojekts „AusländerInnen im geschlossenen Strafvollzug: Sicherheit und Resozialisierung vor dem Hintergrund nationaler Gesetzgebungen, fremdenpolizeilicher Massnahmen und der Zunahme transnationaler Mobilität“, das von 2003-2006 am Institut für Sozialanthropologie der Universität Bern durchgeführt und durch das Nationale Forschungsprogramm NFP 51 „Integration und Ausschluss“ finanziert wurde. Das Projekt wurde von Hans-Rudolf Wicker geleitet und stützt sich auf Daten, die hauptsächlich in Verwaltungseinheiten und Strafanstalten des Kantons Bern erhoben wurden.

²³ Mit Ausnahme von Personen aus dem Asylbereich hat die Mehrheit dieser Menschen, die meist keinen Bezug zur Schweiz haben, nichts gegen die Wegweisung einzuwenden und ist im Gegenteil froh darum, nach ihrer Entlassung in ihr Herkunftsland zurückkehren zu können (ACHERMANN, 2008).

folgte Zweck auch mit einer weniger einschneidenden Massnahme erreicht werden können, ist auf einen Bewilligungswiderruf beispielsweise zugunsten einer Androhung eines solchen zu verzichten.²⁴

Eine Analyse von Wegweisungsentscheiden zeigt, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung in der Praxis darin besteht, die *Bedrohung*, von der angenommen wird, dass sie von einem/einer straffälligen AusländerIn ausgeht, gegen die *Bindung* abzuwägen, welche die Person zur Schweiz aufweist. Es handelt sich in der Regel um komplexe Prozesse, in denen verschiedenste Aspekte in ihrem Zusammenspiel berücksichtigt und gegeneinander gewichtet werden. Während die Argumente für eine Bedrohung ausschliessend wirken, d.h. für einen Wegweisungsentscheid sprechen, haben die bindenden Argumente eine einschliessende Wirkung. Je nach Kräfteverhältnis wird eine Wegweisung verfügt oder davon abgesehen. Hierfür gibt es jedoch weder automatisierte noch standardisierte Verfahren. Konkret wird die Bedrohung anhand des Strafmasses, der Art der Straftat und des generellen Verhaltens der Person vor und nach der Verurteilung eingeschätzt. So ist aktuell ein Strafmass von mehr als einem Jahr ausreichend, um den Widerrufsgrund einer „längerfristigen Freiheitsstrafe“ gemäss Art. 62 lit. b AuG zu erfüllen.²⁵ Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass der Widerruf im Einzelfall auch verhältnismässig ist. Betreffend Straftat gelten insbesondere Gewalt-, Betäubungsmittel- und Sexualdelikte als besonders verwerfliche Taten, welche das öffentliche Interesse an der Wegweisung erhöhen. Beim Verhalten wird etwa negativ vermerkt, wenn die Person keiner (regelmässigen) Erwerbstätigkeit nachging, von der Sozialhilfe unterstützt wurde, bereits früher Anlass zu Klagen gab oder gar vorbestraft ist. In diesem Zusammenhang wird häufig die Formel des „verletzten Gastrechts“ verwendet, um auf den Verstoss von geschriebenen und ungeschriebenen Regeln zu verweisen.

Die Bindung resp. das persönliche Interesse der Person an ihrem Verbleib wird wesentlich unter dem Stichwort „Integration“ betrachtet. Im Vordergrund stehen dabei die Aufenthaltsdauer, das Alter bei der Einreise (als Kind oder als ErwachseneR), die sozialen Beziehungen zu Personen in der Schweiz und insbesondere zu SchweizerInnen sowie die Beziehungen zum Herkunftsland. Im Vordergrund stehen familiäre Beziehungen, wobei deren reine Existenz nicht ausreicht, um eine Bindung zu belegen. Darüber hinaus wird immer auch betrachtet, ob es sich dabei um tatsächlich gelebte und damit „schützenswerte“ Beziehungen handle.

²⁴ BFM Weisungen 8 (Version 30.9.11), S. 7.

²⁵ BGE 135 II 377 E. 4.2

Aus der Argumentation der zuständigen Sachbearbeitenden und aus den schriftlichen Wegweisungsverfügungen wird deutlich, dass in diese Ermessensentscheide immer auch subjektive Einschätzungen und Moralvorstellungen einfließen. Auf diese wird zurückgegriffen, um die abstrakten Gesetzestexte in der Praxis umzusetzen. Das Bundesgericht oder allenfalls der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) – resp. kantonale Instanzen – korrigieren jene Fälle, wo eine Überschreitung des Ermessens resp. eine Verletzung der EMRK²⁶ festgestellt wird. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist denn auch ein wichtiger Referenzrahmen für die Behördenvertretenden, der ihre Arbeit vor allem im Fall von klaren Angaben wie etwa der Präzisierung der „längerfristigen Freiheitsstrafe“ deutlich vereinfacht.

Die in der Interessenabwägung vorgenommene Gegenüberstellung von Argumenten, die auf die Bedrohung durch den Verbleib der straffälligen Person verweisen, und solchen, die ihre Bindung an die Schweiz und an hier lebende Personen hervorheben, führt je nach individuellen Konstellationen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Generell tendieren die Migrationsbehörden jedoch dazu, Personen, die zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurden, wegzuweisen. Dieser Absicht setzen menschenrechtliche Garantien wie der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) oder das Non-Refoulement-Prinzip (Art. 3 EMRK und Art. 25 BV) Grenzen.

Endet die Verhältnismässigkeitsprüfung mit einem Entscheid zugunsten einer Wegweisung, setzt sich die überwiegende Mehrheit der betroffenen AusländerInnen mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln dagegen zur Wehr. Haben sie einen Anspruch auf Anwesenheit, da sie eine Niederlassungsbewilligung haben, mit einem Schweizer respektive einer Schweizerin verheiratet sind oder Kind oder EhepartnerIn einer niedergelassenen Person sind, steht ihnen der Rechtsweg bis vor Bundesgericht offen. Andernfalls ist der Regierungsrat oder ein kantonales Rekursorgan die letzte Beschwerdeinstanz. Da die Beschwerdeverfahren oftmals langwierig sind, werden die Wegweisungsverfügungen oftmals erst kurz vor – allenfalls sogar erst nach – der Entlassung aus dem Strafvollzug rechtskräftig. Dies bedeutet, dass während der Strafverbüßung

²⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

oftmals unklar ist, wo die Person leben wird und auf welchen Kontext sich die Resozialisierungsbemühungen ausrichten sollen.²⁷

Der Entscheidungsprozess der Migrationsbehörden ebenso wie die Beschwerdeverfahren sind meist schriftliche Verfahren. Die Interessen der von einer Wegweisungsverfügung betroffenen ausländischen StraftäterInnen vertritt in der Regel ein Anwalt oder eine Anwältin. Abgesehen von den Beschwerdemöglichkeiten sind ihr Einfluss auf den Entscheid und ihr Handlungsspielraum allerdings gering. Die meisten AusländerInnen führen dennoch einen harten Kampf um ihr Bleiberecht in der Schweiz. Einige nehmen dafür persönlichen Kontakt mit den zuständigen Sachbearbeitenden auf, um auf sich und ihre Situation aufmerksam zu machen. Sie versuchen auf diese Weise, von einem anonymen Fall zu einem menschlichen Schicksal zu werden. Gelegentlich gelingt es ihnen, dadurch die Interessenabwägung zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Andere hoffen – meist aussichtslos –, durch eine Heirat mit einem Schweizer oder einer Schweizerin die Wegweisung zu verhindern.²⁸

Die genaue Zahl der Personen, welche jährlich infolge Straffälligkeit ihr Aufenthaltsrecht verlieren und die Schweiz verlassen müssen, ist unbekannt, da keine entsprechende gesamtschweizerische Statistik geführt wird und sich die kantonal erhobenen Daten betreffend Erhebungsweise und Detaillierungsgrad voneinander unterscheiden.²⁹ Alle bisher erhobenen und im Folgenden genannten Zahlen sind deshalb notwendigerweise Schätzungen. Interessanterweise stiess diese Frage vor der Lancierung der Ausschaffungsinitiative im Sommer 2007, deren Anliegen mit einer zu wenig strikten und zu wenig konsequenten Wegweisung von Straffälligen – d.h. also einer zu kleinen Zahl – begründet wurde, weder bei kantonalen Behörden noch in der Politik oder in den Medien auf grosses Interesse.³⁰ Die ersten gesamtschweizerischen Zahlen wurden vom Westschweizer

²⁷ Vgl. dazu ausführlicher ACHERMANN, 2008 sowie ACHERMANN CHRISTIN, *La probation et les délinquants et délinquantes de nationalité étrangère*, in: STUDER BRIGITTE UND MATTER SONJA (Hg.), *Zwischen Aufsicht und Fürsorge: die Geschichte der Bewährungshilfe im Kanton Bern*, Bern 2011, S. 155-161.

²⁸ Siehe ACHERMANN, 2008 und 2010.

²⁹ Siehe dazu ACHERMANN 2008, 2010 und WICHMANN ET AL., 2010.

³⁰ Eine Ausnahme davon ist eine Erhebung des Migrationsamtes Basel-Landschaft, welches eine Umfrage bei ausgewählten Kantonen durchführte. Rechnet man diese Daten auf die gesamte Schweiz hoch, gelangt man zu einer Schätzung von ca. 350 Wegweisungen von straffälligen Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung im Jahr 2004 (ACHERMANN, 2008).

Wochenmagazin L'Hebdo im Februar 2008 publiziert³¹: Die AutorInnen gelangen zur Zahl von 417 bis 458 verfügten Wegweisungen gegenüber StraftäterInnen mit früherem Aufenthaltsrecht im Jahr 2007.³² In einer Studie, welche die Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen (EKM) im Hinblick auf die Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative in Auftrag gab, wurde eine Gesamtzahl von 615 (2008) bzw. 750 (2009) weggewiesenen StraftäterInnen mit früherem Aufenthaltsrecht hochgerechnet.³³ Im Anschluss daran veröffentlichten die Zeitschrift L'Hebdo und die Zeitung Sonntag ebenfalls eigene Umfragen, welche für das Jahr 2009 auf die Zahl von 650-700 Wegweisungen kamen.³⁴ Zu all diesen Schätzungen ist eine unbekannte Zahl von Personen hinzuzufügen, die in der Schweiz nicht aufenthaltsberechtigt waren und diese nach Haftentlassung ebenfalls verlassen mussten.³⁵ Ebenfalls zu addieren gälte es all jene Asylsuchenden oder vorläufig Aufgenommenen, die aufgrund von Straffälligkeit weggewiesen werden.³⁶

³¹ MICHEL GUILLAUME UND ZAUGG JULIE, *Délinquants étrangers: Les vrais chiffres des expulsions*, L'Hebdo, 14.02.2008

³² Zu einer ähnlichen Schätzung gelangte auch die Vereinigung kantonaler Migrationsbehörden (VKM) in einer eigenen Umfrage. Sie gelangte zur Zahl von 350-450 Wegweisungen für diese Kategorie (WICHMANN ET AL., 2010, S. 7).

³³ Wichmann et al., 2010.

³⁴ „Les vrais chiffres des renvois“, L'Hebdo, 27.10.2010; „Luzern schickt Straftäter heim“, Der Sonntag, 31.10.2010.

Gemäss einer Umfrage des BFM vom Mai 2013, an der sich alle Kantone ausser Schaffhausen, Tessin und Zug beteiligten, wurden 2010 534 Straffällige mit B- oder C-Ausweis weggewiesen, 2011 505 und 2012 376 Personen (13.3122 Interpellation Müri: Ausschaffungen von kriminellen Ausländern;

<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/curia-vista/vorstoesse-tabellen-grafiken/Documents/cv13-3122-d.pdf>, Zugriff am 12.06.2013).

³⁵ Im Jahr 2009 wurden 679 Personen ohne Aufenthaltsrecht und 460 Personen im Asylprozess in den Strafvollzug eingewiesen (Bundesamt für Statistik, Tabelle su 19.3.3.9.32,

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/04/05/01/02.html>, Zugriff am 11.06.2013).

³⁶ Diese Zahl lässt sich nicht abzuschätzen, da hierfür in jedem individuellen Fall die Gründe für einen Asylausschluss resp. eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft werden müssen.

2. Vollzug der Wegweisung und Fernhaltemassnahmen

Die rechtskräftige Verfügung einer Wegweisung ist zwar eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine ausländische Person zum Verlassen der Schweiz verpflichtet werden kann. Nicht in jedem Fall folgt darauf aber tatsächlich und unmittelbar die Ausreise. Die folgenden Ausführungen legen die allgemeinen Bedingungen betreffend Wegweisungsvollzug dar, wobei die Gruppe der Straffälligen im Fokus steht.

a) *Vollzug der Wegweisung*

Nach einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid gegenüber einer verurteilten ausländischen Person gilt es zu überprüfen, ob dessen Vollzug überhaupt zulässig ist.³⁷ Stehen der Rückkehr in den Herkunftsstaat völkerrechtliche Verpflichtungen entgegen, darf die Wegweisung nicht vollzogen werden. Hierbei geht es insbesondere um das Rückschiebungsverbot gemäss Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention³⁸ und das absolute Non-Refoulement-Gebot im Fall von drohender Folter oder unmenschlicher Behandlung gemäss Art. 3 EMRK. Unter Umständen können auch andere Verpflichtungen aus der EMRK wie das Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8) einen Wegweisungsvollzug unzulässig machen.³⁹ Wird der Wegweisungsvollzug als unzulässig eingestuft, wird die Person als Ersatzmassnahme gemäss Art. 83 Abs. 1 AuG vorläufig aufgenommen und erhält einen Aufenthaltsausweis F. Im Jahr 2012 wurden 2'060 Personen vorläufig aufgenommen. Die Gesamtzahl der in der Schweiz mit diesem Status lebenden Menschen betrug 2012 22'625.⁴⁰

Selbst wenn dem Vollzug der Wegweisung aus rechtlicher Sicht nichts entgegensteht, kann dieser aus verschiedenen Gründen behindert werden. Im Vordergrund steht dabei, dass die betreffende Person nicht

³⁷ Auf die Wegweisungshindernisse der Unmöglichkeit und der Unzumutbarkeit, die ebenfalls ein Grund für die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme sind, wird nicht näher eingegangen, da die hier primär betrachtete Personengruppe, die aufgrund ihrer Straffälligkeit weggewiesen werden, davon ausgeschlossen ist (Art. 83 Abs. 7 AuG).

³⁸ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (SR 0.142.30).

³⁹ ZÜND UND ARQUINT HILL, 2009, 364f. Siehe dazu auch CARONI MARTINA, Menschenrechtliche Wegweisungsverbote: Neuere Praxis, in: ACHERMANN ALBERTO ET AL. (Hg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 53-67.

⁴⁰ BFM, Asylstatistik 2012,

<http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/statistik/asylstatistik/jahr/2012/stat-jahr-2012-kommentar-d.pdf> (Zugriff am 11.06.2013).

ausreisen will. Grundsätzlich wird bei Wegweisungsentscheiden von der „Priorität der freiwilligen Ausreise“⁴¹ ausgegangen. Im Idealfall verlässt der Ausländer oder die Ausländerin die Schweiz also innerhalb der gesetzten Ausreisefrist, ohne dass von staatlicher Seite weitere Vorkehrungen nötig wären. Gemäss Angaben des BFM verliessen 2012 5'965 Personen die Schweiz selbständig und behördlich kontrolliert auf dem Luftweg, wobei sich diese Zahl grösstenteils auf Personen aus dem Asylbereich beziehen dürfte.⁴²

Abweichend davon sind insbesondere zwei Konstellationen zu unterscheiden: Einerseits abgewiesene Asylsuchende, welche die Schweiz nicht verlassen wollen und deshalb bei den Vorbereitungen – v.a. Identifikation und Beschaffung von Reisedokumenten – für die Ausreise nicht mitarbeiten oder die sich dem Wegweisungsvollzug durch Untertauchen entziehen wollen. Andererseits die Gruppe der straffälligen AusländerInnen, deren Wegweisung nach Möglichkeit unmittelbar im Anschluss an ihre Entlassung aus dem Strafvollzug vollzogen wird. Für beide Konstellationen existiert im Ausländerrecht die Möglichkeit, die betreffenden Personen sogenannten ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen zu unterwerfen. Diese bestehen hauptsächlich aus verschiedenen Formen von Administrativhaft (Art. 75-78 AuG).⁴³ Ohne hier näher auf die Entwicklung dieser speziellen Form des Freiheitsentzugs einzugehen und ohne die einzelnen Haftformen im Detail zu diskutieren, sollen kurz die hauptsächlichen Gründe aufgeführt werden, unter welchen sie angeordnet werden kann. Umgangssprachlich wird dabei in der Regel von „Ausschaffungshaft“ gesprochen, ohne dabei zwischen Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG), Ausschaffungshaft nach Art. 76 AuG, Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren (Art. 77 AuG) und Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG) zu unterscheiden. Grob lassen sich drei Kategorien von Haftgründen unterscheiden, wovon sich zwei auf die bei-

⁴¹ ZÜND UND ARQUINT HILL, 2009, S. 362.

⁴² BFM, 2012, S. 5. Lediglich 23% aller behördlich kontrollierten Ausreisen (zwangsweise und selbständige) betreffen Personen aus dem ausländerrechtlichen Bereich (ibid.).

⁴³ Vgl. dazu ausführlich HUGI YAR THOMAS, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: UEBERSAX PETER ET AL. (Hg.), Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz - von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 419-519. Siehe auch: FLYN, MICHAEL UND CANNON CECILIA, Immigration Detention in Switzerland: A Global Detention Project Special Report, Geneva 2011; HEINIGER ALIX UND DE SENARCLENS CLÉMENT, Un siècle de détention administrative, Le Courrier, 29.04.2013.

den oben genannten Personengruppen beziehen: Erstens alle jene Gründe, welche den Vollzug der Wegweisung aufgrund fehlender Reisepapiere verunmöglichen, wovon hauptsächlich abgewiesene Asylsuchende betroffen sind. Dies beinhaltet die Weigerung, seine Identität nach einem Asyl- oder Wegweisungsverfahren offen zu legen (Art. 75 Abs. 1 lit. a AuG), dass die Behörden die Reisepapiere beschaffen mussten (Art. 77 Abs. 1 lit. c AuG) oder dass die Person aufgrund ihres persönlichen Verhaltens den Vollzug einer rechtskräftigen Wegweisung verhindert (Art. 78 Abs. 1 AuG). Zweitens gibt es eine Reihe von Gründen, die mit Sicherheitsargumenten resp. dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zusammenhängen und sich insbesondere auf verfolgte oder verurteilte StraftäterInnen beziehen (Art. 75 Abs. 1 lit. d, g, h und Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 AuG). Und drittens, nun unabhängig von einer strafrechtlichen oder asylrechtlichen Vorgeschichte, gibt es Gründe, die als Migrationskontrolle im engen Sinne zu verstehen sind: Bei Anzeichen, dass sich eine Person der Ausschaffung entziehen will (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AuG), wenn sie trotz Einreiseverbot eingereist ist und nicht sofort weggewiesen werden kann (Art. 75 Abs. 1 lit. c AuG) oder wenn eine Person die ihr gesetzte Ausreisefrist nicht befolgt (Art. 77 Abs. 1 lit. b AuG). Für straffällige Personen, deren Wegweisung direkt im Anschluss an die Entlassung aus dem Strafvollzug vollzogen werden soll, bedeutet dies, dass sie meist aus der Strafanstalt direkt in Administrativhaft überstellt werden, wo sie vorübergehend bleiben, bis der Rückflug in ihr Herkunftsland stattfindet.

Im Jahr 2012 befanden sich am Stichtag 427 Personen gemäss Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht in Haft.⁴⁴ Dies entspricht dem höchsten Stand seit entsprechende Daten verfügbar sind, d.h. seit 1999. Interessanter als diese Zahl, die vor allem etwas über die Anzahl der verfügbaren Haftplätze aussagt, ist jedoch, wie viele Personen innerhalb eines Jahres in ausländerrechtliche Administrativhaft eingewiesen werden: 2008 waren es 2'544 Haftanordnungen; 2% davon für die Vorbereitungs- haft, 5% für die Durchsetzungshaft und 93% für die Ausschaffungshaft.⁴⁵

⁴⁴ Bundesamt für Statistik BFS, Freiheitsentzug, Strafvollzug – Daten, Indikatoren http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/05/key/ueberblick/wichtigsten_zahlen.html (Zugriff am 14.06.2013).

⁴⁵ Conseil fédéral, Application et effet des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers: Rapport du Conseil fédéral sur la mise en oeuvre des recommandations de la Commission de gestion du Conseil national (Rapport du 24 août 2005 sur l'application et l'effet des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers) du 24 juin 2009, Berne.

Angaben für die Zeitspanne 2008 bis Mitte 2010 deuten auf eine relativ konstante Praxis hin (total 7'136 Haftanordnungen, 95% Ausschaffungshaft).⁴⁶ Ergänzend sei hinzugefügt, dass die Mehrheit der Personen, die sich in Ausschaffungshaft befinden, anschliessend die Schweiz auch tatsächlich verlässt. Die sogenannte Rückführungsquote liegt bei ihnen im Jahr 2008 bei 89%. Bei Personen in Vorbereitungshaft beträgt sie 74%, bei jenen in Durchsetzungshaft hingegen lediglich 26%.⁴⁷ Eine Untersuchung für die Jahre 2001–2003 zeigte, dass die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen „Rückführung“ mit zunehmender Haftdauer abnimmt.⁴⁸

Sowohl Personen, die sich in ausländerrechtlicher Administrativhaft befanden, als auch solche, die die ihnen gesetzte Frist zur freiwilligen Ausreise nicht eingehalten haben, können ausgeschafft werden. Das heisst wie eingangs erwähnt, dass ihre Wegweisung zwangsweise vollzogen wird.⁴⁹ Seit 2009 regelt das Zwangsanwendungsgesetz (ZAG)⁵⁰ die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Bereich von Ausschaffungen.⁵¹ Einer breiteren Öffentlichkeit bekannt sind vor allem die verschiedenen Vollzugsstufen bei sogenannten Rückführungen auf dem Luftweg, die in Art. 28 der Verordnung zum ZAG (ZAV)⁵² geregelt sind. Sowohl durch gewaltsame Vorkommnisse und Todesfälle wie auch den Film „vol spécial“⁵³ hat die Vollzugsstufe 4 – auch „Level 4“ genannt – in der Vergangenheit für öffentliches Aufsehen gesorgt. Diese wird gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. d ZAV wie folgt eingesetzt:

⁴⁶ Département fédéral de justice et police, Rapport sur les mesures d'accélération dans le domaine de l'asile. Berne 2011.

⁴⁷ Conseil fédéral, 2009.

⁴⁸ Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Evaluation der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Schlussbericht zuhanden Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats, Bern 2005.

⁴⁹ Siehe zum Thema Zwangsausschaffungen auch KÜNZLI JÖRG UND KIND ANDREAS, Menschenrechtliche Vorgaben bei der Zwangsausschaffung ausländischer Staatsangehöriger, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2010/2011, Bern 2011, S. 25-72.

⁵⁰ Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG) vom 20. März 2008, SR 364.

⁵¹ ZÜND UND ARQUINT HILL, 2009, S. 363.

⁵² Verordnung über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsverordnung, ZAV) vom 12. November 2008, SR 364.3.

⁵³ Fernand Melgar, 2011.

„Es ist zu erwarten, dass die rückzuführende Person starken körperlichen Widerstand leistet; für den Transport ist ein Sonderflug nötig. Jede rückzuführende Person wird von mindestens zwei Polizistinnen oder Polizisten begleitet.“

Als Zwangsmittel sind Handfesselung, andere Fesselungsmittel sowie körperliche Gewalt zulässig. Diese extreme Form der Ausschaffung betrifft in der Praxis verhältnismässig wenige Personen pro Jahr: 2009 waren es 360, 2010 136, bevor die Zwangsausschaffungen dieser Stufe infolge eines Todesfalls vorübergehend eingestellt wurden. 2011 waren es 165 Personen.⁵⁴ Der überaus grösste Teil der Ausschaffungen erfolgt hingegen auf Vollzugsstufe 1, bei der die Person der Rückkehr zugestimmt hat und von der Polizei bis zum Flugzeug begleitet wird. 2010 verliessen auf diese Weise 5'423 Personen die Schweiz, 2011 6'141. Ausschaffungen der Vollzugsstufe 2, bei welchen die Person keine Zustimmung zur Rückkehr gegeben hat und darum von PolizistInnen in Zivil begleitet wird und der Einsatz von Handschellen möglich ist, sind wiederum eher selten, d.h. es handelte sich 2010 um 183 Personen, 2011 um 133.⁵⁵

b) Fernhaltungsmassnahmen

Die Verfügung einer Wegweisung besagt als Entfernungsmassnahme einzig, dass die betreffende Person das schweizerische Territorium verlassen muss. Um zudem zu verhindern, dass sie dieses während einer bestimmten Dauer wieder betritt und um damit künftige Störungen vorzubeugen, kann zusätzlich ein Einreiseverbot verhängt werden. Dieses wird als Fernhaltungsmassnahme bezeichnet und ist in Art. 67 AuG geregelt. Zuständig für die Verhängung eines Einreiseverbots ist das BFM, gegebenenfalls auf Antrag eines Kantons (Art. 81 VZAE⁵⁶). Die Gründe für die Verhängung eines Einreiseverbots (Art. 67 Abs. 1 und 2 AuG) zeigen, dass es dabei primär darum geht, jene Personen von einer Wiedereinreise abzuhalten, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedrohen, Sozialkosten verursachen könnten oder bei denen der Vollzug

⁵⁴ Angaben für 2012 sind vom BFM nicht erhältlich.

⁵⁵ BFM; GUGGER BRUCKDORFER EVELINE, Vollzug der Wegweisung: Aktueller Stand und Perspektiven aus Sicht des BFM, Referat an den 7. Schweizerischen Migrationsrechtstagen, Bern 6.09.2011; Office fédérale des migrations, Questions fréquentes (FAQ) sur le film documentaire « Vol spécial », Berne 2011. Ausschaffungen auf Level 3 werden seit 2000 nicht mehr praktiziert (KÜNZLI UND KIND, 2011, S. 3).

⁵⁶ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007, SR 142.201.

der Wegweisung nicht reibungslos verlaufen war und einen zusätzlichen behördlichen Aufwand wie etwa Administrativhaft erforderte. Falls von der betreffenden Person keine „schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ ausgeht, gilt das Einreiseverbot für maximal fünf Jahre.⁵⁷

II. „Ausschaffungen“ nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative

Einige Bereiche der oben dargestellten Bestimmungen und Praxis im Bereich „Ausschaffungen“ sind derzeit von grösseren Umwälzungen betroffen. In diesem zweiten Teil des Artikels werden diese Veränderungen schrittweise nachgezeichnet und die wesentlichen Neuerungen ausgeführt.

1. Die Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer

Im Vorfeld zu den nationalen Wahlen im Herbst 2007 lancierte die SVP die sogenannte Ausschaffungsinitiative⁵⁸, für welche innerhalb von einem guten halben Jahr 210'919 gültige Unterschriften gesammelt wurden⁵⁹. Geworben wurde dafür mit dem Slogan „Für mehr Sicherheit“. Gemäss Initiativkomitee ist die Sicherheit in der Schweiz aufgrund des Anteils von AusländerInnen an allen Verurteilten sowie infolge der zu wenig konsequenten Wegweisungspraxis und der langen Dauer der entsprechenden Verfahren in Gefahr.⁶⁰ Am 28. November 2010 wurde die Initiative mit

⁵⁷ Siehe für ausführlichere Informationen SPESCHA ET AL., 2012; ZÜND UND ARQUINT HILL, 2009.

⁵⁸ Vgl. zur Initiative, zu einer Chronologie und zum Stand der Beratungen die Website des Parlamentes (<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/dossiers-archiv/ausschaffung/Seiten/default.aspx>, Zugriff am 25.01.2013) und zu den neueren Entwicklungen die Übersicht des Bundesamts für Justiz (<http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/ausschaffung.html>, Zugriff am 25.01.2013).

⁵⁹ <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1927.pdf> (Zugriff am 25.1.2013).

⁶⁰ Argumentarium des Initiativkomitees (<http://www.ausschaffungsinitiative.ch/de/downloads/kurzversion-zur-ausschaffungsinitiative.pdf>, Zugriff am 25.1.2013).

einer Mehrheit von 52.9% der Stimmen angenommen. Damit wurde der Art. 121 BV durch die folgenden Absätze 3 bis 6 ergänzt:

„³ Sie (= die Ausländerinnen und Ausländer) verlieren unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie:

- wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind; oder
- missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.

⁴ Der Gesetzgeber umschreibt die Tatbestände nach Absatz 3 näher. Er kann sie um weitere Tatbestände ergänzen.

⁵ Ausländerinnen und Ausländer, die nach den Absätzen 3 und 4 ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren, sind von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5 - 15 Jahren zu belegen. Im Wiederholungsfall ist das Einreiseverbot auf 20 Jahre anzusetzen.

⁶ Wer das Einreiseverbot missachtet oder sonstwie illegal in die Schweiz einreist, macht sich strafbar. Der Gesetzgeber erlässt die entsprechenden Bestimmungen.“

Der Gesetzgeber ist beauftragt, die Initiative innerhalb von fünf Jahren umzusetzen und die entsprechenden Tatbestände und Strafbestimmungen zu erlassen. Mit der Annahme dieser neuen Verfassungsbestimmungen steht die schweizerische Praxis gegenüber straffälligen AusländerInnen vor fundamentalen Veränderungen. Im Gegensatz zu den bisher geltenden und oben dargelegten Regelungen, wonach Wegweisungen Einzelfallentscheidungen im kantonalen Ermessen sind und das Verhältnismässigkeitsgebot sowie die EMRK und gegebenenfalls das FZA zu respektieren haben, sollen StraftäterInnen, die bestimmte Delikte verübt haben, künftig „automatisch“ aus der Schweiz weggeschickt werden.

Bereits vor der Abstimmung war über die rechtlichen Probleme, die bei einer allfälligen Annahme auf die Schweiz zukommen würden, politisch und wissenschaftlich diskutiert worden.⁶¹ Im Vordergrund steht die Frage nach der Vereinbarkeit mit anderen Verfassungsbestimmungen (insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgebot nach Art. 5 Abs. 2 BV) und mit dem Völkerrecht. Die Vereinbarkeit mit dem zwingenden Völkerrecht wurde von Bundesrat und Parlament bejaht, da die Initiative derart ausgelegt werden könne, dass insbesondere ein Verstoß gegen das Non-

⁶¹ Siehe etwa GÄCHTER UND KRADOLFER, 2008.

Refolement-Gebot vermeidbar sei.⁶² Auf Konflikte mit dem nicht zwingenden Völkerrecht, insbesondere der EMRK und dem FZA, wurde jedoch von verschiedener Seite sowohl vor als auch nach der Abstimmung hingewiesen.⁶³

2. Die Vorschläge der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

Im Wissen um diese Schwierigkeiten setzte die frisch gewählte Bundesrätin Sommaruga im Dezember 2010 eine Arbeitsgruppe ein und beauftragte diese, zuhanden des EJPD Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen auf Gesetzesstufe zu erarbeiten. Die Arbeitsgruppe unter der Leitung des ehemaligen Chefs des Eidgenössischen Justizdepartements, Prof. Heinrich Koller, setzte sich aus Vertretenden des Initiativkomitees, der Kantone sowie der Bundesbehörden zusammen.⁶⁴ Im Juni 2011 präsentierte die Arbeitsgruppe schliesslich ihre Ergebnisse.⁶⁵ Wie der Präsident im Vorwort zum entsprechenden Bericht deutlich macht, konnte sich die Arbeitsgruppe auf keine gemeinsame Lösung einigen, da die Vertreter des Initiativkomitees an ihrem Umsetzungsvorschlag festhielten (Variante 1), welcher „nach Auffassung der Mehrheit der Arbeitsgruppe die erwähnten Konflikte und Widersprüche nicht aufzulösen“ vermag und gegen verfassungsrechtliche Grundprinzipien und internationale Abkommen ebenso wie gegen die in Lehre und Praxis entwickelten Auffassungen verstösst.⁶⁶ Im Interesse an einer rechtskonformen Umsetzung der Initiative arbeitete die Arbeitsgruppe deshalb drei weitere Varianten aus, welche die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz res-

⁶² Botschaft des Bundesrates vom 24.06.2009 (BBl 2009 5097) und Medienmitteilung vom 24.06.09 <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2009/2009-06-24.html> (Zugriff am 25.01.2013). Diese voraussehbaren Konflikte waren denn auch der Grund dafür, dass der Bundesrat der Volksinitiative einen Gegenentwurf gegenübergestellt hatte. Dieser war in der Volksabstimmung vom 28.11.2010 jedoch mit 54.2% Nein-Stimmen abgelehnt worden.

⁶³ Siehe etwa: Botschaft des Bundesrates vom 24.06.2009 (BBl 2009 5097); EPINEY, 2010; GÄCHTER UND KRADOLFER, 2008; UEBERSAX PETER, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, Asyl, 2011 (4), S. 9-13; WEBER, 2012.

⁶⁴ Bericht AG Umsetzung, 2011, S. 14f.

⁶⁵ Bericht AG Umsetzung.

⁶⁶ Ibid, S. 8f.

pektieren, jedoch „nicht in allen Belangen dem Willen des Verfassungsgebers Rechnung“ tragen.⁶⁷

Die vier Varianten unterscheiden sich hinsichtlich folgender Punkte voneinander: Regelungsstandort (Ausländergesetz oder Strafgesetzbuch), Voraussetzung für die Aufenthaltsbeendigung (Deliktkatalog und/oder Definition einer Mindeststrafe ab sechs Monaten), Vollzugsregelung (welche Behörden, welche Verfahren, welche Entscheide).⁶⁸ Da diese Varianten inzwischen durch konkrete Umsetzungsvorschläge des Bundesrates überholt sind, die Gegenstand des nächsten Abschnitts sind, wird hier auf eine vertiefte Darstellung verzichtet.⁶⁹

3. Die Umsetzungsvarianten des Bundesrates

Ein knappes Jahr nach der Präsentation der Vorschläge der Arbeitsgruppe stellte der Bundesrat am 23. Mai 2012 zwei Umsetzungsvarianten der Ausschaffungsinitiative vor und startete dazu ein Vernehmlassungsverfahren.⁷⁰ Der Bundesrat stützte sich mit seinen beiden Vorentwürfen auf die beiden Varianten 1 und 2 der Arbeitsgruppe. Während die Variante 2 des Vorentwurfs des Bundesrates dem Umsetzungsvorschlag entspricht, den die Vertreter des Initiativkomitees in der Arbeitsgruppe eingebracht haben (und damit mit der Variante 1 der Arbeitsgruppe übereinstimmt), weicht die erste Vorentwurfsvariante in einigen Punkten von der von der Mehrheit unterstützten Variante 2 der Arbeitsgruppe ab. Sie „kommt [...] der Auslegung der neuen Verfassungsbestimmungen seitens der Initianten teilweise noch etwas entgegen“⁷¹ und ist damit gemäss Bundesrat eine Lösung, „welche zum einen den Volkswillen respektiert und zum anderen

⁶⁷ Ibid, S. 9 und 11.

⁶⁸ Ibid, S. 10f.

⁶⁹ Für eine eingehende Diskussion sei auf UEBERSAX, 2011 verwiesen.

⁷⁰ Vgl. die Medienmitteilung vom 23.05.2012 und den Erläuternden Bericht zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 14.05.2012 auf: http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/kriminalitaet/ref_gesetzgebung/ref_ausschaffung.html (Zugriff am 30.01.2013).

Ein zusammenfassender Bericht zu den Antworten auf das Vernehmlassungsverfahren ist zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Artikels noch nicht öffentlich zugänglich. Die einzelnen Stellungnahmen der Kantone, politischen Parteien und anderer Akteure finden sich ebenfalls auf der oben genannten Webseite.

⁷¹ Weber, 2012, S. 1437. Vgl. für eine eingehende Diskussion der beiden Vorschläge hinsichtlich Vereinbarkeit mit insbesondere dem FZA und Art. 8 EMRK WEBER, 2012.

eine Kollision mit dem Freizügigkeitsabkommen weitgehend vermeidet⁷².

Gemeinsam ist den beiden Varianten der Vernehmlassungsvorlagen, dass sie eine Regelung im StGB vorsehen und damit die strafrechtliche Landesverweisung wieder einführen wollen. Zudem beinhaltet die Landesverweisung in beiden Fällen sowohl den Entscheid über das Erlöschen einer allfälligen Bewilligung wie auch jenen über die Entfernung und die Fernhaltung. Der Bundesrat bevorzugt die erste Variante, welche sich durch folgende Bestimmungen auszeichnet: Die Landesverweisung wird in einem neu zu schaffenden Artikel 66a und wie von der Arbeitsgruppe vorgeschlagen als Massnahme eingeführt. Als Begründung für diese systematische Einordnung nennt der erläuternde Bericht, dass damit „dem Verhältnismässigkeitsprinzip [...] besonderes Gewicht“ zukomme, wobei er insbesondere auf Art. 56 Abs. 2 StGB verweist.⁷³ Als Voraussetzungen für eine Landesverweisung für fünf bis 15 Jahre bestimmt Variante 1 einerseits einen Delikt katalog (Art. 66a Abs. 1 VE1-StGB). Dieser umfasst vorsätzliche Tötung, Mord, Totschlag, Raub, Menschenhandel, Vergewaltigung, Diebstahl (in Verbindung mit Hausfriedensbruch), Betrug und missbräuchlicher Bezug im Bereich Sozialversicherungen und Sozialhilfe sowie Widerhandlungen gegen Art. 19 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes⁷⁴. Zudem nennt er andere mit einer Mindeststrafe von einem Jahr oder mit einer Höchststrafe von zehn oder mehr Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Verbrechen, die gemeingefährlich oder gegen Leib und Leben, Vermögen, Freiheit oder die sexuelle Integrität gerichtet sind. Eine fakultative Landesverweisung kann das Strafgericht verhängen, falls es für eines der oben genannten Verbrechen eine Strafe von sechs Monaten oder weniger Freiheitsstrafe, 180 Tagessätze Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit ausspricht und das öffentliche Interesse an der Landesverweisung überwiegt (Art. 66a Abs. 2 VE1-StGB). Variante 1 sieht vor, dass in Ausnahmefällen von einer Landesverweisung trotz erfüllter Voraussetzungen betreffend Delikt oder Strafmass abgesehen werden kann (Art. 66a Abs. 3 VE1-StGB). Dies trifft dann zu, wenn eine solche Massnahme unzumutbar wäre, weil dadurch in „schwerwiegender Weise“ gegen persönliche Rechte verstossen würde, die durch das Völkerrecht geschützt sind. Eine

⁷² Erläuternder Bericht, 2012, S. 2.

⁷³ Ibid, S. 22. Der Bericht weist zugleich darauf hin, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip im engeren Sinne nicht vollständig berücksichtigt werden kann.

⁷⁴ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, BetmG), SR 812.121.

weitere Berücksichtigung des Völkerrechts findet sich durch Art. 66d VE1-StGB, welcher einen Aufschub der Landesverweisung – d.h. eine Aussetzung ihres Vollzugs – für den Fall eines Verstosses gegen das absolute und relative Non-Refoulement-Gebot vorsieht. Variante 1 schlägt zudem diverse Änderungen anderer Gesetze vor. Erwähnenswert sind insbesondere die Ergänzungen der Artikel 62 und 63 AuG, welche eine Wiederherstellung des in der Vergangenheit kritisierten Dualismus von fremdenpolizeilichen und strafrechtlichen Entfernung- und Fernhalte-massnahmen verhindern sollen. Hierzu soll gemäss Variante 1 ein Widerruf einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung als unzulässig gelten, falls sich dieser „nur auf Delikte stützt, über die ein Strafgericht bereits geurteilt“ und dabei von einer Landesverweisung abgesehen hat.⁷⁵

Die Vernehmlassungsvariante 2 aus der Feder des Initiativkomitees lehnt sich eng an die neuen Verfassungsbestimmungen an. Dabei lässt sie Bedenken gegenüber einem Verstoß gegen bisheriges Verfassungsrecht oder internationale Menschenrechtsgarantien unberücksichtigt, da sie von einem absoluten Vorrang des jüngeren Rechts ausgeht.⁷⁶ In dieser Variante wird die Landesverweisung als neue Sanktionsform, die in einem eigenen Kapitel geregelt ist, eingeführt (Art. 73a VE2-StGB). Als Voraussetzungen für die Anordnung einer Landesverweisung nennt diese Variante einen abschliessenden Delikt-katalog, der gegenüber der Variante 1 deutlich umfassender ausfällt und die Höhe der Strafe explizit unberücksichtigt lässt. Hierzu zählt eine Palette von total 38 Delikten, die von Mord, vorsätzlicher Tötung und Sexualdelikten über Brandstiftung, Einbruch und Verstössen gegen das AuG bis hin zu Menschenhandel, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit reicht (Art. 73 a Abs. 1 VE2-StGB). Die Möglichkeit einer fakultativen Landesverweisung besteht in dieser Variante nicht. Ein vorübergehender Aufschub der Landesverweisung resp. ihres Vollzugs ist einzig im Fall eines Verstosses gegen das Non-Refoulement-Prinzip gemäss Art. 25 Abs. 2 und 3 BV vorgesehen (Art. 73c VE2-StGB). Schliesslich gehen die neuen Bestimmungen zur Landesverweisung dem nicht zwingenden Völkerrecht ausdrücklich vor (Art. 73d VE2-StGB).

Ohne an dieser Stelle eine vertiefte Diskussion der beiden Varianten vornehmen zu können, soll eine kurze Einschätzung betreffend Fragen gemacht werden, die sich daraus in Zukunft ergeben könnten.⁷⁷ Diese fin-

⁷⁵ Anhang zu Variante 1 VE-StGB, Erläuternder Bericht, 2012.

⁷⁶ Erläuternder Bericht, 2012, S. 2 und 30.

⁷⁷ Vgl. dazu WEBER, 2012.

den sich insbesondere im Bereich der von Beginn der Lancierung der Initiative weg diskutierten Fragen der Vereinbarkeit mit internationalem Recht. Einerseits bestehen bei beiden Varianten Kollisionspunkte mit dem FZA. Während Variante 2 das FZA gänzlich unbeachtet lässt und damit in allen Fällen von Landesverweisungen von EU- oder EFTA-BürgerInnen einen Verstoss gegen die entsprechenden Bestimmungen in Kauf nimmt, ist bei der Variante 2 eine Berücksichtigung im limitierten Rahmen möglich. Dieser beschränkt sich allerdings auf jene Aspekte, die mit menschenrechtlichen Garantien deckungsgleich sind.⁷⁸ Die Aspekte der Einzelfallprüfung ebenso wie etwa der Ausschluss von generalpräventiven Überlegungen hingegen werden durch die Variante 1 nicht vollständig erfasst. Auch dieser Vorschlag dürfte also zu Landesverweisungen führen, die gemäss FZA nicht statthaft sind. Andererseits besteht ein zweiter Konfliktpunkt mit Menschenrechtsgarantien, wobei insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK im Bereich von Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen eine wichtige Rolle spielt. Die Variante des Initiativkomitees schliesst eine Berücksichtigung dieser Bestimmungen und der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR aus und dürfte deshalb „regelmässig unverhältnismässige und deshalb ungerechtfertigte Eingriffe“⁷⁹ in die durch Art. 8 EMRK garantierten Rechte zur Folge haben. Variante 1 hingegen enthält eine Bestimmung, gemäss welcher von einer Landesverweisung abgesehen werden kann, wenn durch internationale Menschenrechtsgarantien geschützte persönliche Rechte verletzt würden. Diese Bestimmung soll allerdings nur „ausnahmsweise“ bei „schwerwiegenden“ Verletzungen gelten (Art. 66a Abs. 3 VE1-StGB).⁸⁰ Insofern ist eine konforme Auslegung und Anwendung grundsätzlich möglich. Ob diese auch in der Praxis stattfände, falls diese Variante umgesetzt würde, bleibt abzuwarten.

Bezüglich der zu erwartenden praktischen Auswirkungen hat das Bundesamt für Statistik berechnet, wie viele Personen von den zwei Varianten betroffen wären. Dabei ist zu beachten, dass es sich einzig um Berechnungen handelt, die alle AusländerInnen erfassen, welche Delikte verübt oder zu Strafmassen verurteilt wurden, die gemäss einer der beiden Varianten zu einer Landesverweisung führen würden. Nicht berücksichtigt werden konnte, wie die Praxis in jenen Bereichen, wo ein gewisser Er-

⁷⁸ Vgl. Referat von Daniel Wüger im Workshop IV der 8. Schweizerischen Migrationsrechtstage, 3./4. September 2012 in Bern.

⁷⁹ WEBER, 2012, S. 1448.

⁸⁰ Siehe dazu kritisch WEBER, 2012, Fussnote 130.

messensspielraum übrig bleibt, aussehen wird. In der Tendenz dürften die Zahlen also zu hoch liegen. Dennoch macht der Vergleich mit den Schätzungen zur bisherigen Praxis klar, dass eine deutliche Zunahme der Wegweisung von ausländischen StraftäterInnen mit früherem Aufenthaltsrecht zu erwarten ist. Wäre die Variante 1 im Jahr 2009 bereits geltendes Recht gewesen, wären davon total 3'400 Personen betroffen gewesen. 23% von ihnen unterliegen dem FZA. 1'300 Personen hatten eine Aufenthalts- oder eine Niederlassungsbewilligung und hätten grundsätzlich eine zwingende Landesverweisung zu erwarten gehabt. 380 Personen waren aus dem Asylbereich, wo der Entscheid über eine Wegweisung resp. ihren Vollzug von asylrechtlichen Bestimmungen abhängt. 1'770 hätten mangels eines gefestigten Aufenthaltsrechts die Schweiz auch bereits unter bisherigem Recht verlassen müssen.

Von Variante 2 wären 16'400 Personen betroffen gewesen, wobei nicht klar wäre, bei wie vielen aufgrund des Non-Refoulement-Prinzips die Landesverweisung hätte aufgeschoben werden müssen. 4'450 davon betreffen Personen mit einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, 2'800 aus dem Asylbereich. 9'500 hätten die Schweiz ohnehin verlassen müssen, da sie über kein Aufenthaltsrecht verfügten.⁸¹

4. Die Durchsetzungsinitiative

Als Antwort auf die Vernehmlassungsvorlagen des Bundesrates lancierten die InitiantInnen der Ausschaffungsinitiative zwei Monate später, d.h. im Juli 2012, erneut eine Volksinitiative mit dem Titel „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“. Bereits fünf Monate später wurde die Initiative mit über 150'000 Unterschriften eingereicht.⁸² Ihr Ziel ist gemäss Initiativkomitee, „den untätigen Bundesrat [zu] zwingen, den Volkswillen zu respektieren.“⁸³ Für die InitiantInnen ist also klar, dass einzig die von ihr vorgeschlagene Umsetzungsvariante dem „Volkswillen“ entspricht. Mit der Strategie einer erneuten Volksabstimmung wollen sie das Stimmvolk über die Umsetzung der bereits angenommenen Ausschaffungsinitiative entscheiden lassen. Der Initiativtext entspricht mit kleinen Abweichungen der vom Bundesrat

⁸¹ Erläuternder Bericht, 2012, S. 61ff.

⁸² www.durchsetzungsinitiative.ch (Zugriff am 01.02.2013).

⁸³ <http://www.durchsetzungsinitiative.ch/infos/medienmitteilungen/durchsetzungsinitiative-in-rekordzeit-ingereicht.html> (Zugriff am 01.02.2013).

als Variante 2 präsentierten Vernehmlassungsvorlage. Die Unterschiede der neuen Ziffer 9 des Art. 197 BV bestehen einerseits in einer Zweiteilung des abschliessenden Delikt-katalogs in schwerere Delikte, welche eine zwingende Landesverweisung zur Folge haben, und in etwas leichtere Delikte, bei denen eine Landesverweisung nur ausgesprochen werden soll, falls die betroffene Person in den zehn Jahren vor der Verurteilung bereits zu einer Freiheits- oder Geldstrafe verurteilt worden war. Der Delikt-katalog wurde damit gegenüber der Variante 2 der bundesrätlichen Vernehmlassungsvorlage einerseits abgestuft, andererseits aber hinsichtlich der zweiten Kategorie nochmals deutlich ausgeweitet.⁸⁴

5. Die nächsten Schritte

Zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Artikels erarbeitet das Bundesamt für Justiz die Botschaft zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative. Diese soll nach Möglichkeit in der ersten Hälfte 2013, spätestens jedoch bis Ende 2013 dem Bundesrat unterbreitet werden. Die Frist zur Umsetzung läuft im November 2015 ab. Die Durchsetzungsinitiative ist am 5. Februar 2013 als zustandegekommen erklärt worden.⁸⁵ Der Bundesrat muss dem Parlament hierzu bis Ende 2013 eine Botschaft vorlegen. Inwiefern die Arbeiten zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative mit jenen bezüglich der Durchsetzungsinitiative koordiniert werden, ist noch nicht entschieden.

Bereits vor dem Entscheid über die Umsetzungsvarianten hat sich das Bundesgericht in einem viel beachteten und stark kommentierten Urteil zum Verhältnis zwischen unterschiedlichen Verfassungsbestimmungen und zum Verhältnis des Völkerrechts zu der mit der Ausschaffungsinitiative aufgenommenen Verfassungsbestimmung geäussert.⁸⁶ Es stellt damit für den Fall der Ausschaffungsinitiative klar, was es bereits in früheren Urteilen entschieden hatte – wenn diese Praxis auch durch eine „gewisse Vagheit und sogar Inkonsistenz“⁸⁷ gekennzeichnet ist: „Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor.“ Und:

⁸⁴ In der ersten Kategorie sind 23 Tatbestände, in der zweiten 34 aufgelistet.

⁸⁵ BBl 2013 1143.

⁸⁶ Urteil 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012. Vgl. dazu etwa Der Bund vom 9.02.2013, S. 8; Die Wochenzeitung WOZ, Nr. 7/2013 vom 14.02.2013.

⁸⁷ WEBER 2012, S. 1450.

„Der dargelegte Vorrang besteht auch gegenüber späteren, d.h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen“.⁸⁸ Dies bedeutet etwa, dass die gemäss der Rechtsprechung des EGMR gebotene Interessenabwägung im Einzelfall bei einer möglichen Verletzung von Art. 8 EMRK dem in Art. 121 Abs. 3 BV stipulierten Wegweisungsautomatismus vorgeht. Im konkreten Fall wurde folglich der Widerruf der Niederlassungsbewilligung eines jungen Mazedoniers aufgehoben. Dieser lebte seit seinem siebten Lebensjahr in der Schweiz und verfügte über keine Bindungen an sein Herkunftsland mehr. Aus Sicht des Bundesgerichts erweist sich unter diesen Umständen der Bewilligungswiderruf angesichts der einmaligen Straffälligkeit (Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten aufgrund seiner Betätigung als Drogenkurier) „nicht als im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK geboten“.⁸⁹

Ausblick und abschliessende Bemerkungen

Wie in diesem Artikel gezeigt wurde, umfassen die mit „Ausschaffungspraxis“ zu bezeichnenden Verwaltungsakte und Praktiken zahlreiche unterschiedliche Schritte, die letztendlich dazu führen können resp. sollen, dass eine ausländische Person die Schweiz verlässt. In den letzten Jahren standen – ausgelöst durch die Ausschaffungsinitiative – die gesetzlichen Regelungen, die zu einer Wegweisung von straffälligen AusländerInnen führen, im Zentrum der öffentlichen Debatten. Abschliessend folgt ein kurzer Ausblick auf die anstehenden Veränderungen im Bereich „Ausschaffungspraxis“ und werden ein paar allgemeinere Fragen zum Umgang mit unerwünschten AusländerInnen aufgeworfen.

Grundsätzlich ist es angesichts der zahlreichen Unbekannten schwierig abzuschätzen, wie sich die durch die Ausschaffungsinitiative angenommenen sowie die durch die Durchsetzungsinitiative gewünschten Veränderungen im Umgang mit ausländischen StraftäterInnen auswirken werden. Mit grosser Wahrscheinlichkeit ist davon auszugehen, dass die Kantone einheitlicher entscheiden werden, da ihr Ermessen deutlich eingeschränkt wird. Zudem werden die Entscheide über einen Verbleib oder eine Wegweisung früher fallen, da sie künftig gleichzeitig mit dem rechtskräftigen Strafurteil feststehen. Dies ist insbesondere aus Sicht des Strafvollzugs ein Vorteil, da gegenüber heute früher feststeht, wo eine

⁸⁸ Urteil 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, E. 5.1.

⁸⁹ Urteil 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, E. 3.1.

Person nach ihrer Entlassung leben wird.⁹⁰ Je nach Umsetzungsvariante ist zudem klar, dass geringere oder grössere Verstösse gegen das FZA, die EMRK und die Verfassung erfolgen werden. Angesichts der jüngsten Entscheide des Bundesgerichts und des EGMR⁹¹ ist es jedoch wahrscheinlich, dass diese Instanzen entsprechende kantonale Wegweisungsentscheide rügen werden. Mittelfristig ist deshalb davon auszugehen, dass die Kantone eine Wegweisungspraxis annehmen werden, welche sowohl internationales wie (älteres) Verfassungsrecht respektiert. Aufgrund der Berechnungen des BFS ist weiter davon auszugehen, dass die Zahl der weggewiesenen AusländerInnen, die zuvor in der Schweiz aufenthaltsberechtigt waren, zunehmen wird. Welche finanziellen Auswirkungen dies hat, ob dadurch mehr Personen in Administrativhaft genommen werden müssen und ob mehr Ausschaffungen nötig werden, lässt sich nicht direkt abschätzen, scheint jedoch wahrscheinlich.⁹² Nicht vorherzusehen ist auch, wie viele der Weggewiesenen – insbesondere jene, die ein bestehendes Aufenthaltsrecht verloren haben – die Einreisesperre tatsächlich respektieren werden und wie viele von ihnen sich zu einer illegalen Wiedereinreise in die Schweiz entscheiden werden.

Die InitiantInnen der Ausschaffungsinitiative warben mit der Aussicht auf „mehr Sicherheit“ für ihr Anliegen. Dass die Kriminalität in der Schweiz durch die neuen Bestimmungen zur Wegweisung straffälliger AusländerInnen tatsächlich deutlich abnehmen wird, scheint unwahrscheinlich. Einerseits dürfte es eine naive Annahme sein, dass die tiefere Hürde für eine Wegweisung potentielle StraftäterInnen stärker von ihren Taten abschrecken wird als dies bisher der Fall war. Andererseits ist es auch für eine weggewiesene und mit einer Einreisesperre belegte Person ein leichtes, wieder in die Schweiz einzureisen und hier erneut ein Delikt zu begehen, wenn sie dies denn unbedingt will. Auf die Ausschaffung im engen Sinne des Ausländerrechts schliesslich, d.h. auf den zwangsweisen Vollzug einer Wegweisung, haben die neuen Wegweisungsbestimmungen keinen Einfluss. Die bereits heute existierenden Vollzugsschwierigkeiten bleiben auch mit den neuen Regelungen bestehen, und die grössere Zahl an Wegweisungen wird potentiell auch die Zahl der nicht oder schwierig vollziehbaren Wegweisungen erhöhen.

Im Rückblick erweisen sich die jüngeren Diskussionen um die Wegweisung verurteilter AusländerInnen über weite Strecken als technisch. Es

⁹⁰ Vgl. dazu ACHERMANN, 2008.

⁹¹ Udeh c. Switzerland (requête no. 12020/09), Entscheid vom 16.04.2013.

⁹² Vgl. dazu Erläuternder Bericht, 2012, S. 63ff.

geht um die Vereinbarkeit von Rechtsbestimmungen, um Kompetenzen und Deliktskataloge etc. Kaum gesprochen wird dabei über die betroffenen Menschen und ihre Wahrnehmung. Und ebenfalls selten gefragt wird, wie sich die Tatsache erklären oder gar rechtfertigen lässt, dass StraftäterInnen nach Verbüßung ihrer Strafe abhängig von ihrer Nationalität unterschiedlich behandelt werden und jenen ohne Schweizerpass in Form der Wegweisung und Einreisesperre eine zweite Sanktion droht. Dass diese Form einer „double peine“ selbst bei Menschen, die ihr ganzes Leben oder grosse Teile davon in unserem Land verbracht haben, unhinterfragt gefordert wird, wirft jedoch Fragen über das Verhältnis der „Einheimischen“ gegenüber den „Zugewanderten“ auf, die über das Kernthema des Umgangs mit Straffälligen hinausgehen. Welches Signal wird denn an die ganze ausländische Bevölkerung ausgesandt, wenn die für sie bereits bestehenden Sonderregelungen im Fall von abweichendem Verhalten noch verschärft werden? Auch wenn diese nur jene Personen betreffen, die sich nicht an das Strafgesetz halten, so wird damit dennoch die Trennung zwischen „uns“ und den „anderen“ hervorgehoben und verstärkt. Angesichts der wie erwähnt wohl geringen Auswirkungen der Verschärfungen auf die Kriminalität und Sicherheit in der Schweiz stellt sich damit die Frage, worum es den InitiantInnen dieser Verschärfung eigentlich geht: um die Bekräftigung eben dieser Grenzziehung und das Zeichen, dass AusländerInnen eben nicht „zu uns“ gehören? Oder schlicht um Symbolpolitik auf dem Buckel einer doppelt ausgegrenzten Gruppe (straffällig und ausländisch) ohne Lobby? Denn ginge es tatsächlich um „mehr Sicherheit“, wäre als erstes die Frage zu stellen, wie solche hergestellt werden kann. Ob hierfür Ausgrenzung gegenüber Einbindung zwingend vorzuziehen ist, wäre eine vertiefte Diskussion wert.