

# Staatsrechtler sieht genügend Spielraum bei Ausschaffungsinitiative

**Bundesrat und Parlament tun sich schwer mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative – weil sie gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstosse. Beim «Raserartikel» quälten sie keine Zweifel – obwohl das Problem das gleiche ist.**

Das Wehklagen war gross, als sich der Nationalrat im März dazu durchrang, die Ausschaffungsinitiative im strengen Sinn umzusetzen. Das sei «rechtlich völlig unhaltbar», sagte Kurt Fluri (FDP, SO). Einen «Ausschaffungsmechanismus» im Gesetz zu verankern, verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, hiess es im Rat. Künftig müssten Richter die Ausschaffung ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls aussprechen.

## Das Parlament war selbst rasant unterwegs

Es war derselbe Rat, der nur zwei Jahre zuvor mit 132 zu 59 Stimmen einen lupenreinen Automatismus im Gesetz verankert hatte. Rechtsstaatliche Bedenken quälten National- und Ständerat nicht einmal ansatzweise, als sie sich für eine harte Bestrafung von Autorasern aussprachen. In Sachen Tempo war das Parlament selbst rasant unterwegs. Im Juni 2012 beschloss es die Änderungen im Strassenverkehrsgesetz, ein halbes Jahr später, Anfang 2013, traten sie in Kraft.

Seither wird mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bestraft, wer das Risiko eines Unfalls eingeht. Und dies automatisch ab einer gewissen Geschwindigkeitsüberschreitung, wie Artikel 90 des Strassenverkehrsgesetzes vorschreibt. Danach sind die Voraussetzungen für eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr «in jedem Fall» erfüllt, wenn «die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten wird um: a) mindestens 40 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 30 km/h beträgt; b) mindestens 50 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 50 km/h beträgt; c) mindestens 60 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 80 km/h beträgt; d) mindestens 80 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit mehr als 80 km/h beträgt.»

Mit anderen Worten: Auch wer mit einem Schwerverletzten morgens um drei Uhr mit 80 Stundenkilometern durch eine 30er-Zone auf den Notfall rast, muss dafür mindestens ein Jahr ins Gefängnis. So steht es zumindest im Gesetz. Kein Wort von Einzelfallprüfung, richterlichem Ermessen oder Prüfung der Verhältnismässigkeit.

Doch weit gefehlt: «Das Strafbuch kennt diverse Bestimmungen, die es dem Gericht erlauben, die Strafe zu mildern», antwortet das Bundesamt für Justiz auf Anfrage. Selbst gesetzlich vorgesehene Mindeststrafen dürften unterschritten werden, wenn ein Täter aus achtenswerten Beweggründen handle (Artikel 48) oder wenn es nur zu einem Deliktversuch komme (Artikel 22). Nicht weniger als fünf einschlägige Gesetzesartikel nennt das Bundesamt, die in einem solchen Fall zur Rechtfertigung einer Strafmilderung herangezogen werden könnten. Fazit: Der «Automatismus» im



Der Wahlkampf der SVP hat gewirkt: Die Ausschaffungsinitiative wurde vom Volk am 28. November 2010 mit 52,3 Prozent der Stimmen angenommen.

Susanne Keller

Strassenverkehrsgesetz verstösst nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Selbst die «in jedem Fall»-Regelung im Strassenverkehrsgesetz «erlaubt im konkreten Fall eine angepasste Bestrafung», sagt der an der Universität Bern lehrende Staatsrechtsprofessor Markus Müller, der zur selben Einschätzung wie das Bundesamt kommt.

## Verhältnismässigkeit ist ein Grundsatz

Wo also liegt der Unterschied, wenn das Parlament auch bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative strenge Regeln formuliert? Es gibt keinen. Im Gegenteil: Wenn das Parlament, wie es die Absicht des Nationalrats ist,

die Ausschaffungsregeln gleich im Strafgesetz verankert, existieren sogar konkrete Artikel für Strafmilderungen. Aber auch wenn es die Paragraphen ins Ausländergesetz schreibt, besteht nach Müllers Auffassung kein Grund zu rechtsstaatlicher Besorgnis.

Das Ausländergesetz ist zwar nicht Straf-, sondern Verwaltungsrecht. Aber der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt dort genauso, auch wenn es keine konkreten Bestimmungen zur Strafmilderung enthält.

«Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein», heisst es in Artikel 5, Absatz 2 der Bundesverfassung. Bis 1999 war das Ver-

hältnismässigkeitsprinzip nicht einmal ausdrücklich festgeschrieben, sondern galt als «ungeschriebener Grundsatz» generell. Das leuchtet ein: Müssten die Gerichte die Verhältnismässigkeit einer Strafe nicht mehr beurteilen, könnte man auf sie verzichten und die Staatsanwaltschaft das Strafmass automatisch festlegen lassen.

Die Frage ist nicht, ob der Einzelfall geprüft wird, sondern lediglich, wie gross der Spielraum der Gerichte bleibt: «Insoweit steht das Verhältnismässigkeitsgebot einem radikalen Volksbegehren nicht grundsätzlich entgegen. Was es verlangt, ist nur, aber immerhin, dass in der Umsetzung diese minimale prozedu-

rale Schranke beachtet wird», erläuterte Müller Mitte Juni in einem Gastbeitrag in der «Neuen Zürcher Zeitung».

## Verschärfen, aber nicht automatisieren

«Man kann zwar nahe an einen Automatismus gehen», erklärt Staatsrechtler Markus Müller, «aber nur wenn der Initiativtext ausdrücklich festhält, dass die Verhältnismässigkeit nicht gelten soll.»

So etwas stand bisher noch nie in einer Initiative. In der Aus-

«Man kann zwar nahe an einen Automatismus gehen. Nie aber ganz.»

Markus Müller, Staatsrechtler

## ZUR INITIATIVE

Mit 52,3 Prozent der Stimmen wurde am 28. November 2010 die Ausschaffungsinitiative angenommen. **Sie verlangt, dass kriminelle Ausländerinnen und Ausländer ihre Aufenthaltsbewilligung verlieren, wenn sie wegen eines von mehreren explizit genannten Delikten verurteilt wurden.** Problematisch sei dieser «Automatismus», der die Einzelfallprüfung nicht mehr zulasse, erklärte der Bundesrat vor und nach der Abstimmung. Seither ringen Mitte-links und Rechte um die Umsetzung der neuen Verfassungsvorgabe. Als die SVP schliesslich eine «Durchsetzungsinitiative» nachreichte, die den Delikt katalog exakt definiert, schwenkte der Nationalrat widerwillig ein und sprach sich für eine wortgetreue Umsetzung aus.

Doch damit ist das Thema noch nicht vom Tisch. Jetzt ist es der Ständerat, der sich querstellt: Dessen vorberatende Kommission will noch einmal nach einem neuen Weg suchen, weil die Initiative gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstosse. Zudem stützt

sich der Ständerat auf einen Aufsatz der Berner Professoren Walter Kälin und Jörg Künzli, die die umstrittene Auffassung vertreten, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip auch Teil des zwingenden Völkerrechtes ist. Folgt der Ständerat dieser Auffassung, wird er die Initiative für ungültig erklären, wie dies eine Minderheit seiner Staatspolitischen Kommission vorschlägt.

Ob dieser – politisch wie rechtlich – heikle Schritt intelligent wäre, ist eine andere Frage. Die kleine Kammer bewegt sich mit einem solchen Vorgehen auf sehr dünnem Eis. **Umstritten ist nicht nur, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip Teil des zwingenden Völkerrechtes ist.** Wie im nebenstehenden Artikel dargelegt, ist eine strenge Umsetzung auch ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips möglich. Dies, weil dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch völlig unabhängig vom Völkerrecht nachgelebt werden muss. Diese Auffassung vertritt zumindest der ebenfalls in Bern lehrende Staatsrechtlerprofessor Markus Müller. hu

schaftungsinitiative steht im Gegenteil: «Der Gesetzgeber umschreibt die Tatbestände näher.» Entnervt vom offensichtlichen Unwillen der Parlamentsmehrheit, den Volksentscheid in ihrem Sinn umzusetzen, hat die SVP inzwischen eine «Durchsetzungsinitiative» nachgereicht.

## Der Einzelfall muss betrachtet werden

Die Chancen stehen auch nach Ansicht der Initiativegegner gut, dass diese Initiative eine Mehrheit in der Bevölkerung finden würde. Schlimm wäre auch dies nicht: Die Durchsetzungsinitiative schreibt den Delikt katalog für eine Ausschaffung «unabhängig von der Höhe der Strafe» zwar di-

rekt in der Verfassung fest. Aber selbst dann gilt: Der Einzelfall muss betrachtet und in die Beurteilung des Gerichts mit einbezogen werden.

«Dieses prozedurale Minimum ist durch den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit gewährleistet», sagt Markus Müller. «Und weil grundsätzlich Bestimmungen in der Verfassung gleichwertig sind, beansprucht dieses Minimum auch gegenüber neuen Verfassungsbestimmungen Geltung.»

Der langen Rede kurzer Sinn: Die Ausschaffungsinitiative kann umgesetzt werden. Die Aufregung unter der Bundeshauskuppel scheint einermassen unnötig. Michael Hug



Staatsrechtler Markus Müller ubl