

## Bricht der Schutzdamm des Rechtsstaates?

### *Die Bundesversammlung missachtet Verfassung und Völkerrecht*

In der Frühjahressession 2019 haben National- und Ständerat eine **Motion** gutgeheissen, die möchte, dass die Schweiz verurteilte ausländische **Terroristen**, die ihre Strafe abgesessen haben und sich in der Schweiz befinden, **auch dann in ihr Heimatland ausschaffe, wenn ihnen dort Todesstrafe, Folter oder andere unmenschliche Behandlung droht**. Um zum Ziel der Motion zu gelangen, müsste ein entsprechendes Bundesgesetz in Kraft gesetzt werden. Der Bundesrat hat nun das weitere Vorgehen zu prüfen.

Die Motion ist unmittelbar nach schweren Terrorakten in Europa gutgeheissen worden. Manche werden das begrüssen; Terroristen hätten nichts Bessres verdient: „Wie du mir, so ich dir. Aug um Auge, Zahn um Zahn, kurzen Prozess und fort mit ihnen.“ Verschiedene Politiker haben betont, Terroristen wüssten, welche Risiken sie eingingen. Deshalb müssten sie die Konsequenzen auf sich nehmen. Um Weiteres brauchten wir uns nicht zu kümmern. Die Sicherheit der Schweizer Bevölkerung gehe allem anderen vor. Auch das haushälterische Argument war zu hören, eine sichere und dauernde Verwahrung würde uns sonst Millionen kosten.

## Ein Widerspruch zu fundamentalen Rechtsregeln

Mögen diese Überlegungen einem auch durch den Kopf gehen, so steht ihre Umsetzung in die Tat doch in massivem Widerspruch zu fundamentalsten Grundsätzen unseres Staates und der Rechtsgemeinschaft, in der wir leben. Das ist keine Bagatelle, auch wenn dies offenbar weder allgemein verinnerlichtes Gut noch sofort erkannte Tatsache ist. Daher ist es angezeigt, auf die in Frage stehenden Grundlagen unserer Gesellschaft und auf die staatstragende Rechtsordnung hinzuweisen.

Allerdings finden Befürworter der Motion, Terroristen stellten sich ausserhalb der Rechtsordnung und hätten keinen Anspruch mehr auf Schutz durch dieselbe. Derartigen Ideen ist zu entgegen, dass zumindest das gesamteuropäische Rechtsverständnis dahin lautet, dass jeder Mensch, auch der verworfenste, auf Grund seines Menschseins eine unentziehbare Mitgliedschaft der Rechtsgemeinschaft und **unentziehbare minimale Grundrechte** besitzt. Deshalb bestimmt die Bundesverfassung (BV) in Artikel 7: „Die **Würde des Menschen** ist zu achten und zu schützen.“ Unwürdiges Verhalten eines Individuums kann – unter Umständen scharfen – Sanktionen rufen. Diese müssen aber die Schranken von Art. 7 BV respektieren.

### Die Missachtung des verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalogs

Art. 10 BV präzisiert deshalb in Absatz 2: „**Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.**“ Abs. 2 garantiert die körperliche und geistige Unversehrtheit. Abs. 3 besagt: „**Folter und jede Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.**“ Der Meinung, die Schweiz würde ja selber keine Terroristen töten, foltern oder sonst wie menschenunwürdig behandeln, wenn sie diese heimschaffen würde, muss entgegenet werden: Diese Überzeugung greift zu kurz. Die Schweiz würde sich nämlich mit der Heimschaffung in einen Unrechtsstaat zur Gehilfin, ja zur Mittäte-

rin eines solchen Staates machen. Nun gibt es aber Parlamentarier, die trotzdem noch einen „Spielraum“ für die Verwirklichung ihrer Rechtsvorstellungen zu sehen glauben.

Dieser „Spielraum“ könnte in Art. 36 BV gesucht werden. Er erlaubt **Einschränkungen von Grundrechten**, sofern diese Einschränkungen auf einer gesetzlichen Grundlage, im (überwiegenden) öffentlichen Interesse oder zum Schutze von Grundrechten anderer erfolgen sowie sich in einem den Verhältnissen entsprechenden Rahmen halten. Allerdings hält Abs. 5 fest, dass „der **Kerngehalt der Grundrechte unantastbar** bleibt.“ Allzu restriktiver Umgang mit den Grundrechten wie die Überantwortung eines Menschen an einen Scharfrichter oder an einen Folterknecht ist aber ohne Zweifel eine Beschädigung des Kerngehaltes der hier bereits erwähnten Grundrechte jedes Menschen und ist damit ausgeschlossen. Dasselbe gilt nur schon, wenn lediglich ein Risiko einer Überantwortung an Exekutoren unzulässiger Gewalttätigkeiten besteht.

Das sollte auf die Verfassung eingeschworenen Parlamentariern eigentlich klar sein. Der Sinn und Geist der Bundesverfassung, dem entsprechend diese zu verstehen ist, wird ausserdem in deren Präambel verdeutlicht. Diese besagt, dass die Verfassung „im Bewusstsein der gemeinsamen Errungenschaften“ erlassen worden ist. **Die Unverbrüchlichkeit von Rechtsstaat und Grundrechten** ist denn auch eine der bedeutendsten, im Verlaufe von mehr als zweihundert Jahren erkämpften und entwickelten Errungenschaften unseres Staates, eine der Obrigkeit mühsam abgerungene Sicherung gegen staatliche Willkür und Grausamkeit.

Der von gewissen Parlamentariern behauptete „Spielraum“ für die Absichten ihrer Motion lässt sich auch nicht rechtmässig aus Art. 190 BV ableiten. Dieser erklärt: „**Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die andren**

**rechtsanwendenden Behörden massgebend.**“ Die Motionäre könnten versucht sein zu behaupten, sie dürften ja mit der Bundesverfassung nicht in Einklang stehende Gesetze verbindlich erlassen. Das ist in der Tat die von der Bundesverfassung vorgesehene Wirkung ihr widersprechender Bundesgesetze – eine Besonderheit (oder Sonderbarkeit) des tiefen Respekts der Schweizer vor der demokratisch ausgeübten Staatsgewalt. Zugleich ist dies aber ein logischer Widerspruch zum Sinn der Bundesverfassung, über dem Gesetz zu stehen. Deshalb beruht sie ja auch auf einer stärkeren Legitimationsbasis als Bundesgesetze. Letztere sind Parlamentsbeschlüsse oder, falls mit dem Referendum attackiert, einfache Volksbeschlüsse. Die Bundesverfassung dagegen kommt auf qualifizierte Weise, durch Beschluss von Volk und Ständen, zustande. Ein Bundesgesetz, das den Kerngehalt von Grundrechten antastet, bleibt infolgedessen verfassungs- und rechtswidrig, wenngleich aus jener Besonderheit heraus für die rechtsanwendenden rechtsverbindlich. Das rein interne Landesrecht will den Bundesgesetzgeber keiner richterlichen Kontrolle unterstellen. Genau dies hat aber dieser Gesetzgeber getan, indem er sich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) angeschlossen hat. Er hat dadurch nicht nur eine an sich schon geltende vertragliche Bindung an Grundrechte geschaffen. Vielmehr hat er jenen Teil von Art. 190 BV aktiviert, der neben den Bundesgesetzen auch das Völkerrecht für behördenverbindlich erklärt. Da Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte von der Schweiz vollstreckt werden müssen, erlangt die EMRK gegenüber konkurrierenden Bundesgesetzen grundsätzlich den Vorrang.

### **Die völkerrechtswidrige Zielsetzung der Motion**

Damit sind wir bei der Beurteilung der genannten Motion bei deren Verhältnis zum Völkerrecht angelangt. Diese Motion ist denn auch nicht nur mit dem Bundesverfassungsrecht unvereinbar. Sie ist auch vor dem Völkerrecht unhaltbar. So ist das Verbot der Aus- oder Rückschaffung eines Ausländers in ein Land, in dem er an Leib und Leben gefährdet oder sonst wie menschenun-

würdig behandelt werden könnte, allgemein **zwingendes Völkerrecht**. Darüber hinaus gibt es Völkervertragsrecht, das den Zielen der Motion entgegensteht. So der **Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (sog. Uno-Pakt II)**. Er sichert zum Beispiel das Recht auf Leben und persönliche Sicherheit. Zudem gibt es das **Internationale Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe**. Es legt unter anderem die Pflichten des Staates fest, dafür zu sorgen, dass Folter auf ihrem Gebiet verhindert bzw. bestraft wird.

Im Vordergrund steht aber namentlich die **Europäische Menschenrechtskonvention, die EMRK**, der die Schweiz beigetreten ist. Diese bestimmt in Art. 3 lapidar und klar: „Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung ausgesetzt werden.“ Würde die Schweiz jemanden in einen Staat ausschaffen, in dem Derartiges droht, so würde sie diese Person eben gerade solcher Unbill aussetzen. Sie hat sich aber verpflichtet, solches nicht zu tun, indem sie sich der EMRK angeschlossen hat. Würde sie anders handeln, würde sie vertragsbrüchig. Das widerspricht dem allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts, dass Verträge zu halten sind. Setzt man sich über das von Art. 3 EMRK Gebotene hinweg, so setzt man sich zudem, wie bereits angedeutet, zu zwingendem allgemeinem Völkerrecht in Gegensatz, was auf keinen Fall zulässig ist.

Bei einer Situation, in der die ausgeschaffte Person in die Gefahr geriete, getötet zu werden, fällt Art. 1 Abs. 1 EMRK in Betracht. Er statuiert einmal mehr das „Recht jedes Menschen auf Leben“. Die genannte EMRK-Bestimmung nimmt zwar vom Recht auf Leben den Fall aus, da auf gesetzlicher Grundlage die Todesstrafe ausgesprochen wird. Angesichts des Rückschaffungsverbots bei Gefahr für Leib und Leben kann diese Ausnahme sich nicht auf das zwischenstaatliche Verhältnis beziehen, sondern nur für den Vollzug im EMRK-Mitgliedstaat selber gelten. Nachdem

die Schweiz indes, wie es in Westeuropa die Regel ist, die Todesstrafe abgeschafft (präziser: verboten) hat und das Lebensrecht in der Bundesverfassung verbrieft worden ist, fällt die Ausnahmebestimmung, die in der EMRK zugunsten der Todesstrafe zu finden ist, für unser Land ausser Betracht und Gebrauch. Man darf davon ausgehen, dass der Verzicht auf die Todesstrafe in unserem Land zum Bestandteil des schweizerischen „ordre public“ geworden ist. Unter diesem versteht man die unverzichtbaren Elemente der nationalen Rechtsordnung.

In einem Auslieferungsverfahren, das in der Schweiz zugunsten eines fremden Staates stattfindet, sieht die Schweiz infolgedessen von einer Auslieferung ab, wenn Todesstrafe droht, oder liefert nur aus, wenn der die Auslieferung eines Angeschuldigten begehrende Staat verlässlich (und kontrollierbar) zusichert, von der Todesstrafe keinen Gebrauch zu machen. Analog verhält sich die Schweiz, wenn dem Auszuliefernden im begehrenden Staat unzumutbare Haftbedingungen in Aussicht stehen. Diese ausschaffungsrechtlichen Regeln müssten analogieweise auf vergleichbare Situationen angewendet werden, in denen eine Terrorismusgefahr darstellende Person auf Initiative der Schweiz in deren Heimatstaat abgeschoben werden soll. Diese Folgerung ist ein Ergebnis der Rechtslogik und konsequenten Umgangs mit den in Frage stehenden Wertvorstellungen der Rechtsordnung.

### **Bei der bundesrätlichen Behandlung der Motion zu Bedenkendes**

**Die Motion setzt sich** also auch unter dem Gesichtspunkt des Völkervertragsrechts **ein unzulässiges Ziel**. Daraus ergibt sich, dass der Bundesrat ihr nur insofern Folge leisten darf, als er der Bundesversammlung die wirkliche Rechtslage und deren Konsequenzen darlegt und allenfalls auf die – heikle – Frage zulässiger Ersatzmassnahmen für die Heimschaffung eintritt. (Darauf wird hier später, in einem Anhang, eingegangen.)

Der Versuch von Parlamentariern, in terroristische Aktivitäten Involvierten die Menschenrechte abzusprechen, ist abwegig, weil es zum Wesen dieser Rechte gehört, dass sie eben allen ohne Ausnahme zustehen. Professionelle Beobachter des Parlamentsbetriebes sind angesichts dieser ausserordentlichen Rechtsblindheit der Volksvertretung zur Auffassung gelangt, besagte Motion sei als Symptom des auf den Herbst 2019 einsetzenden Wahlkampf fiebers zu werten. Dabei wurde die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass das Parlament sich nach den Wahlen bei kühlerer Überlegung eines Besseren besinne. Der Bundesrat könnte mit seiner Reaktion auf die Motion das Seinige dazu beitragen. Dass die Parlamentarier überhaupt auf die Idee kommen konnten, sich derart über die auf der Hand liegende Rechtslage hinwegzusetzen, dürfte mit der wahlkampfbedingten Hoffnung zu erklären sein, mit „kurzem Prozess“ und ohne weitere Umstände versprochenem Abschieben unerwünschter Gäste unseres Landes Populäres zu vertreten und damit punkten zu können. Dass solches populär sein kann, erklärt sich wohl mit der Erfahrung, dass noch vor Generationen geltende Massstäbe (aus den Zeiten, da man Unerwünschte einfach an die Landesgrenze stellte) bisweilen noch im Volksbewusstsein nachwirken und als bequemer Ausweg erscheinen können. Erfahrungsgemäss sickern differenziertere Rechtsüberzeugungen des Öfteren nur langsam als Standard in die allgemeingültigen Vorstellungen ein. Dabei sind in belastenden Situationen überraschende Rückfälle in überwunden Geglaubtes nicht ausgeschlossen. Eine geltende Rechtsordnung und deren Weiterentwicklung bedürfen deshalb fortgesetzter Aufklärungsarbeit. Die vorliegende Studie ist als Beitrag dazu zu verstehen.

### *Anhang*

**Die Frage nach zulässigen Ersatzmassnahmen**, die, wie oben angedeutet, an die Stelle einer unzulässigen Heimschaffung treten könnten, kann an dieser Stelle nicht voll ergründet werden. Motiviert ist sie durch das Bedürfnis, als gefährlich eingestufte Personen als öffentliches Risiko auszuschalten. Mit anderen Wor-

ten: Es ist abzuwägen, ob und mit welchen Mitteln bei Verbleib im Inland die öffentliche Sicherheit durch besondere Vorkehren gewährleistet werden könnte. Das bedeutet zugleich zu evaluieren, ob und in welchem Umfang die Freiheitsrechte solcher in Freiheit befindlicher Personen eingeschränkt werden dürften bzw. müssten. Das grosse Problem liegt darin, dass jemand, dem man ein Schwerverbrechen zutraut, der aber keiner entsprechenden Anfangshandlung verdächtigt werden kann, nicht gewissermassen für etwas, das er noch nicht begangen hat, eingesperrt werden kann. In einem Rechtsstaat ist zwar Sicherheitshaft im Falle akuter Ausführungs- oder Rückfallsgefahr denkbar. Doch auch diese kommt nur befristet in Frage, und Fristverlängerungen müssen richterlicher Kontrolle unterstehen. Was auf jeden Fall vermieden werden muss, ist die Schaffung von Gesinnungsdelikts-Tatbeständen. Das ist ein Strafbarmachen nicht einer Handlung, Unterlassung oder Duldung, sondern einer Denkweise, einer Mentalität. Gerade das will die freiheitliche Demokratie auf keinen Fall, und diese Ablehnung ist ein Grundbestandteil derselben.

Es müsste also davon ausgegangen werden, dass nur hochgefährliche, aktuell jederzeit zu einer Tat bereit scheinende Ausländer Restriktionen ihrer Freiheit unterworfen werden könnten. Dieser Eindruck stützt sich nicht zuletzt darauf, dass es bei der eigentlichen Heimschaffung, die sie erleiden müssten, wenn ihr Heimatstaat sie nicht inakzeptabel bedrohen würde, ja ebenfalls um einen Freiheitsentzug, um eine Zwangsmassnahme ginge. Eine Ersatzmassnahme mit Zwangscharakter erschiene aus dieser Sicht als etwas gleich zu gewichtiges Analoges.

Die Schwierigkeit, zu einer Sicherheitsmassnahme zu gelangen, die mit einer freiheitlichen, das Individuum hoch wertenden und schützenden Staatsform vereinbar ist, bleibt indessen offensichtlich. Sie kann wegen ihrer Komplexität in diesen kurzen Ausführungen nicht beseitigt werden.

Wenn schon Einschränkungen sicherheitshalber real verwirklicht werden dürften, so kämen wohl etwa die Folgenden in Frage: Akute Gefährder müssten besser überwacht werden. Eine Überwachung rund um die Uhr übersteigt aber die personellen Ressourcen der Polizeikorps. Periodische Pflichten, sich bei der Polizei zu melden oder Rayonverbote wären denkbar, hätten aber nur sehr begrenzte Wirkung. Eher nützlich wären elektronische Fussfesseln oder gleichwertige Gerätschaften, welche Wege und Aufenthalte der Verdächtigen jederzeit feststellen liessen.

Es ist natürlich, wenn gegenüber höchst riskanten Personen der Gedanke auftaucht, eine spezielle Rechtsgrundlage zu schaffen, um ihnen einen Zwangsaufenthalt aufzuerlegen oder sie gar in Verwahrung zu nehmen. Das wäre allerdings rechtlich extrem heikel und am ehesten in einer Notrechtssituation denkbar. Jedenfalls müsste auch hier mit einer Befristung und regelmässigen richterlichen Kontrollen gerechnet werden, ob dafür noch eine Rechtfertigung bestehe.

Nicht einfach wäre die Frage, wie ein Verwahrter, der ja kein Strafgefangener wäre, gehalten werden sollte, namentlich bezüglich seiner Beschäftigung. **Auf keinen Fall dürfte ein schweizerisches Guantànamo entstehen!** Dagegen wäre ein allfälliger, zeitlich begrenzter Zwangsaufenthalt zu einem intensiven Deradikalisierungskurs zu benützen, mag auch ein solcher Aufenthalt nicht unbedingt einen Gesinnungswandel fördern.

Als Fazit dieser kurzen Übersicht ergibt sich, dass weiteres Nachdenken und Ausdiskutieren zum Thema der Sicherheit der Einwohnerschaft erforderlich bleibt. Im Hintergrund bleibt indessen **die Einsicht, dass Freiheit und ein freiheitlicher Staat nicht ohne Risiken erhältlich ist**, und dass Terroristen keine Gelegenheit geboten werden sollte, mit Ängsten, die sie erzeugen, die Freiheit und Offenheit unserer gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung zum Einsturz zu bringen.

*Hinweis:* Das vormalige Institut Libertas, dem die hier weiter unten genannte Vereinigung Libertas Winterthur nahegestanden hat, hat 2009 einen das Thema der vorliegenden Studie berührenden Sammelband von Aufsätzen prominenter Sachkenner unter der Herausgeberschaft von Daniel Brühlmeier und Hervé de Weck veröffentlicht: „*Freiheit in Gefahr? Terrorismusbekämpfung im Spannungsfeld von Sicherheit und Menschenrechten/ Liberté en péril? Combat contre le terrorisme, sûreté et droits de l’homme*“ (Editions Libertas Suisse, Biel/Bienne 2009, ISBN3-9521-464-6-3), 272 Seiten umfassend, mit jedem Text in einer deutschen und einer französischen Version. Das Buch ist nicht mehr im Buchhandel, es sei denn im antiquarischen, ist aber in grösseren Leihbibliotheken vorhanden. Der Mitherausgeber Daniel Brühlmeier war Präsident der NHG Zürich und ist Vorstandsmitglied der NHG Winterthur.

*Winterthur, im Frühsommer 2019*

*Die Arbeitsgruppe „Demokratie und Rechtsstaat“:*

*RA Dr. iur. Dr. iur. h.c. Roberto Bernhard, Winterthur*

*RA Dr. iur. Ulrich Weiss, Winterthur*

*Dr. oec. publ. Hansrudolf Kübler, Wallisellen.*

Die Arbeitsgruppe ist aus eigener Initiative von Mitgliedern der Neuen Helvetischen Gesellschaft Winterthur entstanden. Die Arbeitsgruppe gibt ihre Meinung wieder, welche für die Neue Helvetische Gesellschaft (NHG) nicht verbindlich ist. Die Arbeitsgruppe steht in der Nachfolge der „Nordostschweizerischen NHG-Arbeitsgruppe ‚Direkte Demokratie‘“ (1994/95), „Demokratiereform“ (2004/05) und „Demokratie und Rechtsstaat“ (2010).

Die vorliegende Studie wurde finanziell unterstützt durch die Vereinigung Libertas Winterthur.

Druck: Rohner Spiller AG, Winterthur.