

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Zeitschrift:</b> | Widerspruch : Beiträge zu sozialistischer Politik  |
| <b>Herausgeber:</b> | Widerspruch  |
| <b>Band:</b>        | 28 (2008)  |
| <b>Heft:</b>        | 55   |
| <b>Artikel:</b>     | Mobilmachung gegen den Rechtsstaat : wie die Ausländerpolitik der SVP Grund- und Menschenrechte verletzt |
| <b>Autor:</b>       | Spescha, Marc  |
| <b>DOI:</b>         | <a href="https://doi.org/10.5169/seals-652567">https://doi.org/10.5169/seals-652567</a>                  |

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 16.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## Mobilmachung gegen den Rechtsstaat

### Wie die Ausländerpolitik der SVP Grund- und Menschenrechte verletzt

Demokratie und Rechtsstaat stehen in der westlichen Parteien- und parlamentarischen Demokratie seit jeher in einem Spannungsverhältnis zueinander. Dieses war bereits in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts Gegenstand insbesondere staatsrechtlicher Debatten und rechtsphilosophischer Reflexionen. Realpolitischer Hintergrund war und ist weiterhin Hitlers „legale“ Machtergreifung<sup>1</sup> in den 1930er Jahren, die Zerstörung der Weimarer Republik und die Errichtung des nationalsozialistischen Unrechtsstaates. Während nach dem ungeheuerlichen und traumatischen Zivilisationsbruch 1949 das „notstandsfeste“ Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Kraft gesetzt wurde,<sup>2</sup> wurden in der Schweiz entsprechende formelle Schutzmechanismen zur Abwehr rechtsstaatswidriger Tendenzen nie verfassungsrechtlich verankert.

In der staatsrechtlichen Literatur hierzulande wurde die Frage nach den *Schranken der Verfassungsrevision* gleichwohl immer wieder thematisiert. Der spätere Präsident des Schweizerischen Roten Kreuzes und in St. Gallen lehrende Staats- und Völkerrechtler Hans Haug bejahte etwa in seiner 1947 verfassten Dissertation *dort „absolute Schranken der Verfassungsrevision“*, wo „die Gerechtigkeit (...) im Wege der Setzung von gerichtigkeitswidrigem zwingendem Verfassungsrecht verletzt“ werde.<sup>3</sup> Auch der konservative, in Zürich lehrende und weiterum angesehene Staatsrechtler Werner Kägi hatte sich in seiner 1945 erschienenen Habilitation unter dem Titel „Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates“ ebenfalls klar zu den Grenzen der Mehrheitsdemokratie bekannt: „Wo die 51% glauben, kraft dieser 51% alles tun zu dürfen, ist die Demokratie unrettbar im Niedergang“.<sup>4</sup> Trotz fehlender formeller Verankerung von Revisionsschranken in der Verfassung stand in der Schweiz bereits damals ausser Frage, dass solche Schranken vom Gesetzgeber und vom Volk zu beachten seien. Auch die Wortmeldungen späterer Generationen von Staatsrechtlern schlossen sich praktisch einhellig dieser Auffassung an.<sup>5</sup>

Auch für die Politik war die Anerkennung verfassungsmässiger Schranken eine Selbstverständlichkeit. In der neuen Bundesverfassung wurde denn auch der weiterum bestehende Konsens in Art. 35 BV ausdrücklich verankert. So müssen die Grundrechte gemäss Abs. 1 „in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung“ kommen. Art. 35 Abs. 2 BV bindet sämtliche staatliche Verantwortungsträger explizit an die Grundrechte: „Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.“

Seit der Entdeckung der Asyl- und Ausländerpolitik als thematisch herausragendes Aktionsfeld<sup>6</sup> populistischer Politik versucht allen voran die SVP, teilweise sekundiert von rechtsfreisinnigen Kreisen um den Aargauer Nationalrat Philipp Müller, direktdemokratische Instrumente gegen den Rechtsstaat in Stellung zu bringen. Mit Volksinitiativen und Gesetzesverstößen wird der Gesetzgebungsprozess unablässig in Gang und meist auch die Öffentlichkeit in Atem gehalten. Parallel zum propagandistisch gezielt bewirtschafteten Unbehagen bieten die Agendasetter der Asyl- und Ausländerpolitik vermeintliche Lösungen an, während die übrigen Parteien und vor allem Linke als realitätsfremde Verharmloser denunziert werden. Wie wirksam der rechtspopulistische Druck ist, zeigt sich daran, dass die Gesetzgebungsmaschinerie im Bereich der Asyl-, Ausländer- und Bürgerrechtspolitik laufend neue Gesetzesverschärfungen produziert, die in der Bevölkerung kaum mehr auf breiten und fundamentalen Widerstand stossen.

### **Gesetzgebungsmaschinerie mit fremdenfeindlichem Fokus**

Der Auftakt zur unvergleichlichen Dauerpropaganda im populistischen SVP-Lehrstück gegen ImmigrantInnen im allgemeinen und die Asylsuchenden im besonderen war die 1992 lancierte Initiative gegen „illegale“ Einwanderung, die zunehmend vom Diskurs des Asylrechtsmissbrauchs begleitet wurde. Dass die Initiative im Dezember 1996 den Zuspruch von 46,4 Prozent der aktiven Stimmberechtigten fand, war für die SVP Ermutigung, ihren Kampf gegen die allenthalben georteten Missbräuche zu intensivieren. Obwohl der Bundesrat als Antwort auf die Abstimmungsniederlage der SVP 1998 das Asylgesetz verschärfte, legte die SVP mit einer zweiten Initiative nach, die mit der darin vorgesehenen Drittstaatenregelung faktisch auf die Abschaffung des Asylrechts zielte. Die hauchdünne Abstimmungsniederlage im November 2002 (50,1 Prozent Neinstimmen) führte unter Mitwirkung der damaligen Justizministerin Ruth Metzler und hernach unter dem Diktat von Bundesrat Christoph Blocher zu einer weiteren Verschärfung des Asylgesetzes. Durch eine Erweiterung des Katalogs von Nichteintretensgründen, nimmt das partiell seit 2007 bzw. 2008 in Kraft getretene revidierte Gesetz in Kauf nimmt, tatsächlich politisch Verfolgte vom Asylverfahren auszuschliessen und abgewiesene Asylbewerber durch eine Strategie der Pauperisierung mittels rigidem Sozialhilfeausschluss zur Ausreise aus der Schweiz zu zwingen. Der so ausgeübte Druck, der bereits zentral die Menschenwürde tangiert, erhält Beugecharakter. Dieser wird im Falle der Durchsetzungshaft insbesondere dann menschenunwürdig, wenn die Haft gemäss einem neueren Bundesgerichtsentscheid auch dann als verhältnismässig gelten soll, wenn das Ziel der Ausreise nicht erreichbar ist.<sup>7</sup>

Obwohl das verschärfte Gesetz eben erst in Kraft getreten ist, bastelt das Justizdepartement weiter daran. Angesichts einer Zunahme asylsuchender Deserteure und Militärverweigerer aus Eritrea soll die Flüchtlingsanerkennung – auch als Gegenreaktion auf ein fundiertes Urteil der Asylrekurskommission vom 20.12.2005 – für diese Gruppe erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen werden. Gleichzeitig sollen auch die sogenannte subjektiven Nachfluchtgründe bei politisch aktiven Asylsuchenden restriktiver bejaht bzw. die Setzung subjektiver Nachfluchtgründe sogar strafrechtlich sanktioniert werden können und neu sollen Personen, deren Asylgesuch abgewiesen wurde, die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs beweisen müssen (Umkehr der Beweislast).<sup>8</sup>

### **SVP- Einbürgerungspolitik ist rechtsstaatswidrig**

Gleichsam als Strafaktion gegen die bundesgerichtliche Verfassungsauffassung lancierte die SVP im Frühjahr 2004 ihre antideokratische und antirechtsstaatliche Volksinitiative „Für demokratische Einbürgerungen“. In der Wahrnehmung der Initianten hatte das Bundesgericht in anmassender Weise „Politik betrieben und sich über den Souverän gestellt“<sup>9</sup>, als es am 9.Juli 2003 in zwei Urteilen Willkür und Diskriminierung von Einbürgerungskandidaten einen Riegel schob.<sup>10</sup> Die Volksinitiative war nichts anderes als der Versuch, den Einbürgerungsentscheid der Willkür einer Abstimmungsmehrheit zu überlassen, diese verfassungsrechtlich zu adeln und dabei gleich noch die Einbürgerungskandidaten jeglichen Rechtsschutzes zu berauben. Ein abgewiesenes Einbürgerungsgesuch wäre jeder richterlichen Überprüfung entzogen gewesen. Dass der SVP-Angriff gegen Fundamente unseres Rechtsstaates (Willkür- und Diskriminierungsverbot sowie Gewährung elementarer Verfahrensgarantien) in der Volksabstimmung vom 1. Juni 2008 mit 63,7 Prozent Nein-Stimmen eindrücklich scheiterte, dürfte verschiedene Ursachen haben.

Bemerkenswert ist aber, dass ein Abstimmungserfolg auch dann nicht (mehr) garantiert ist, wenn mit sehr viel Geld mittels flächendeckender Plakat- und Inseratemarkagnen verbreitete Negativ-Stereotype „krimineller Ausländer“ oder bedrohlicher (kultur-fremder) „Massen“ aktiviert werden. Die Allianz zwischen linken und zivilgesellschaftlichen Kräften sowie dem Rechtsstaat verpflichtete Liberale zugunsten eines zivilisierten und rechtsstaatlich korrekten Umgangs mit ImmigrantInnen erwies sich als erstaunlich widerstandsfähig. Diese Ad hoc-Allianz wird freilich in bevorstehenden Auseinandersetzungen härteren Zerreissproben ausgesetzt werden, vorwiegend dort, wo ausländerspezifische „Missbräuche“ und „kriminelle Ausländer“ gezielt ins Fadenkreuz der in der Bevölkerung weitverbreiteten Ausländerfeindlichkeit gerückt werden.

## **Verschärfungen im Ausländergesetz: Überbietungswettbewerb gegen Grund- und Menschenrechte**

Im Zuge der Totalrevision des Ausländergesetzes hatte ein Artikel im Zivilgesetzbuch Aufnahme gefunden, der Zivilstandsbeamte ermächtigte, die Eheschliessung zu verweigern, „wenn die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländer umgehen will.“ SVP-Nationalrat Toni Brunner war dies nicht genug. Zwecks Bekämpfung von Scheinehen hatte er bereits am Tag der Verabschiedung des totalrevidierten Ausländergesetzes eine parlamentarische Initiative eingereicht unter dem Titel „Scheinehen unterbinden“.<sup>11</sup> Sie verlangt für ausländische Ehewillige zwingend eine gültige Aufenthaltserlaubnis oder ein gültiges Visum. Folge davon wäre, dass abgewiesenen Asylsuchenden oder „Sans papiers“ die Eheschliessung auch dann verwehrt wäre, wenn keinerlei Zweifel an deren Ehewillen bestehen.

Der erzwungenen Ausreise von Personen ohne Aufenthaltsrecht würde damit gegenüber dem Grund- und Menschenrecht auf Eheschliessung der Vorrang eingeräumt. Trotz des massiven grundrechtlichen Eingriffs ist der Vorschlag in den vorberatenden Parlamentskommissionen und in der Vernehmlassung weitgehend auf Zustimmung gestossen und auch vom Bundesrat begrüsst worden. Die parlamentarische Beratung der gesetzlichen Neuerungen steht aber noch aus. Wie die Beteuerungen einer verfassungs- und EMRK-konformen Umsetzung im Einzelfall eingelöst werden und bei der praktischen Umsetzung namentlich „keine unüberwindbaren Hindernisse für das Eingehen einer Ehe eingeführt werden“ – wie der Bundesrat verlauten liess –, bleibt rätselhaft. Offenkundig ist, dass die Initiative ein zusätzliches Instrument wäre im asyl- und ausländerrechtlichen Abwehrdispositiv der Schweiz.

Ein weiteres aktuelles ausländerrechtliches Thema ist die (bessere) Bekämpfung von „Zwangsheiraten und arrangierten Ehen“. Ferner will FDP-Nationalrat Philipp Müller den Familiennachzug IV-Rentnern, die auf Ergänzungsleistungen angewiesen sind, verwehren. Noch weitergehend regte CVP-Nationalrat Pius Segmüller mit einer vom Bundesrat immerhin zur Ablehnung empfohlenen Motion Gesetzesänderungen an, „damit ausländische Ehegatten nur dann nachgezogen werden können, wenn sie und der in der Schweiz lebende Ehegatte mindestens 24 Jahre alt sind“.

Obwohl das weitestgehend von der Rechten geprägte Ausländergesetz erst am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, hat Nationalrat Philipp Müller eine Reihe weiterer Vorstösse eingereicht, die die Rechtsstellung von ImmigrantInnen schwächen sollen: Hängig sind eine parlamentarische Initiative zur „Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter“<sup>12</sup> und eine parlamentarische Initiative „Mehr Handlungsspielraum für die Behörden“, damit eine Wegweisung

wegen Sozialhilfeabhängigkeit des betroffenen Ausländers auch nach einem fünfzehnjährigen Aufenthalt möglich ist.

Noch drastischer richten sich die aktuellen Volksinitiativen im Ausländerbereich gegen Grund- und Menschenrechte. Während die Minarettverbotsinitiative antiislamische Ressentiments zu instrumentalisieren versucht und sich dabei u.a. über Religionsfreiheit und Diskriminierungsverbot hinwegsetzt,<sup>13</sup> geriert sich die SVP mit dem Fokus auf „kriminelle Ausländer“ einmal mehr als vermeintliche Tabubrecherin. Noch vor Inkrafttreten des AuG hatte die SVP ihre Volksinitiative „Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ lanciert. Die FDP folgte ihr mit einem eigenen Vorstoss<sup>14</sup> und der Bundesrat signalisierte jüngst in seiner ablehnenden Stellungnahme zur Initiative ebenfalls Handlungsbedarf. Gemäss dem neu vorgeschlagenen Art. 121 Abs. 3 BV soll das Aufenthaltsrecht Straffälliger bei Verurteilung wegen bestimmter Straftaten *unabhängig vom ausländerrechtlichen Status* hinfällig werden. Nach Abs. 5 des Initiativtextes ist die Ausweisung automatische Rechtsfolge des verlorenen Aufenthaltsrechts, wobei *Ausweisung* gemäss Konzeption der *Ausschaffungsinitiative* gleichbedeutend ist mit *Ausschaffung*.

Die Initianten verstossen damit *vorsätzlich* gegen zahlreiche völkerrechtliche Verpflichtungen (sogar *zwingendes* Völkerrecht) und elementare verfassungsrechtliche Grundrechte und Grundsätze. Anerkannte Flüchtlinge, vorläufig aufgenommene Personen und/oder sonst von Folter bedrohte Täter müssten aufgrund des *Ausschaffungsautomatismus* ausschafft werden, auch wenn dies einen *Verstoss gegen das völkerrechtliche Rückschiebungsverbot* bedeutete. Damit setzt sich die Initiative in offenen Widerspruch zu Art. 2 und 3 EMRK (Europäischen Menschenrechtskonvention), zu Art. 6 und 7 UNO-Pakte II, Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention sowie Art. 25 Abs. 3 BV. Einen Vorbehalt zu Gunsten dieser völker- bzw. verfassungsrechtlichen Bestimmungen enthält die Initiative nicht.

Der Ausschaffungsautomatismus der Initiative setzte sich auch über das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) hinweg, das für die Wegweisung von EU-BürgerInnen und deren Familienangehörige massgeblich ist.<sup>15</sup> Da die Initiative auch für eine Interessenabwägung im Rahmen des verfassungs- und menschenrechtlich geschützten Privat- und Familienlebens keinen Raum lässt, werden Verletzungen von Art. 5 und 36 BV sowie Art. 8 EMRK in Kauf genommen. Schliesslich kennt die Initiative auch bei Einheimischen ohne Schweizer Pass, d.h. niedergelassenen Personen, die zehn, zwanzig oder dreissig Jahre in der Schweiz leben, kein Pardon, da der verfassungsrechtliche Verhältnismässigkeitsgrundsatz durch den Ausschaffungsautomatismus ausser Kraft gesetzt ist. Auch für elementare Verfahrensgarantien bleibt kein Raum.

Mit der Initiative würden Willkür und Unverhältnismässigkeit in der Verfassung verankert. Der von den Initianten aufgestellte Katalog von Straftaten, die zwingend zur Ausschaffung führten, abstrahiert gänzlich

von der Tatschwere. So gilt die Ausschaffung als Rechtsfolge bei Drogenhandel oder Einbruchsdelikten unabhängig vom Schweregrad, vom Verschulden und vom Strafmaß beim begangenen Delikt. Indem auch der sogenannte missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherung automatisch die Ausschaffung zur Folge hat, führte beispielsweise die Nichtangabe von Zwischenverdienst durch den Bezüger einer Arbeitslosenentschädigung zur Ausschaffung. Sozialhilfemissbrauch, der etwa in der zweckwidrigen Verwendung von Geld für die Krankenkassenprämie liegt, hätte ebenfalls den Verlust des Aufenthaltsrechts und die Ausschaffung zur Folge.

Die Initiative richtet sich frontal gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Völkerrechtsbindung, die in Art. 5 BV als Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns definiert sind: Der elementare rechtsstaatliche Grundsatz für Augenmaß wird ausser Kraft gesetzt und die Völkerrechtsbindung von Bund und Kanton missachtet. Die Initiative ist *pauschal-absolut* statt *individuell-relativ*: sie bewegt sich ausserhalb des Rahmens der elementaren Prinzipien. Zu diesen Prinzipien gehört das Urteilen, das In-Beziehung-Setzen und damit das Abwägen: die Verhältnismässigkeit.

Gemäss Art. 121 Abs. 6 BV soll sich nach Meinung der Initianten strafbar machen, wer das Einreiseverbot missachtet oder sonstwie illegal in die Schweiz einreist. Nur: Wer so handelt, macht sich bereits nach geltendem Ausländergesetz (AuG) strafbar. Dessen Art. 115 bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe, wer Einreisevorschriften verletzt. Eine solche Verletzung stellen die Missachtung eines Einreiseverbots und die illegale Einreise dar. Art. 121 Abs. 6 BV (gemäss Initiativtext) erweist sich somit als rechtlich völlig überflüssig. Der Zweck ist also augenscheinlich die populistische Absicht, zuerst eine Gesetzeslücke zu suggerieren und dann die „vermeintliche“ Entschlossenheit der Initianten zu demonstrieren, um eine „unerträgliche“ Lücke schliessen zu müssen.

### **Totalitäre contra rechtsstaatliche Demokratie**

Mit den von den aktuellsten SVP-Initiativen vorsätzlich begangenen Verletzungen von Grund- und Menschenrechten, die nicht mehr gleichsam als „Kollateralschaden“ ihrer ausländerfeindlichen Vorstösse in Kauf genommen wird, wird das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie in einem bisher nicht gekanntem Masse zugespitzt: Dem Rechtsstaat wird im Namen der Demokratie die Loyalität aufgekündigt, der *offene Verfassungsbruch* als rechtspopulistisches Stimulans eingesetzt und dies zum Handlungsprinzip in der ausländerpolitischen Dauerpropaganda gegen „Andere“ erhoben. Im Falle der Minarettverbotsinitiative sind es islamische Glaubensangehörige, im Falle der Ausschaffungsinitiative straffällige Ausländer, denen elementare Grundrechte im vorneherein abgesprochen werden.

Die rechtsstaatliche Demokratie der Schweiz räumt dem Demokratieprinzip gegenüber dem Rechtsstaatsprinzip insofern einen Vorrang ein, als die Anwendung von Bundesgesetzen für das Bundesgericht gemäss Art. 190 BV auch dann verbindlich ist, wenn sie gegen die Verfassung verstossen. Trotz der insofern eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit, lässt sich die Gewaltenteilung nicht zur Disposition stellen: Der wirksame Grund- und Menschenrechtsschutz ist Domäne der Judikative und insbesondere des Bundesgerichts. Das Bundesgericht muss deshalb in die Lage versetzt werden, nicht nur die Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen festzustellen, sondern denselben auch die Anwendung zu versagen.<sup>16</sup> Dies gilt umso mehr, wenn, wie dies die SVP seit Jahren praktiziert, im Namen der Demokratie und zugleich des „Volkes“ Grund- und Menschenrechte gezielt ins Visier genommen werden.

Wer angesichts der rechtsstaatlich notwendigen Machtbalancen den „Richterstaat“ beschwört, entwertet Demokratie zum *Demokratismus*, spielt mit Plebisitäreem und tendiert – anstelle der rechtsstaatlichen Demokratie – zu einer *totalitären Demokratie*. Dieses Demokratieverständnis hat Philipp Reemtsma in seiner Studie zum Phänomen der Gewalt in der Moderne sehr anschaulich beschrieben: „In der ideologischen Orientierung auf das ‚Volk‘ anstelle des Staates (...) werden die Machtverhältnisse (...) nicht rechtsförmig, sondern nach Zweckmässigkeitsgesichtspunkten geregelt, wobei Letztere dann dazu führen, dass die Macht sich personalisiert und die begründungslose Entscheidung fetischisiert wird. Der Fluchtpunkt ist der Führerstaat, dessen Oberhaupt nicht mehr durch Verfassungsähnliches legitimiert ist, sondern nur Gefolgschaften kennt“ (Reemtsma 2008).

In diesem Licht ist die Rede von der totalitären Demokratie keine polemische Zuspitzung, sondern erfahrungsgesättigte Folge des von rechtlichen Bindungen entledigten Demokratieprinzips: „Es gibt die totalitäre Demokratie, und just die unüberbietbare Legitimität des Volkswillens ist es, die hier der Diktatur erst ihren totalitären Charakter verschafft. Das ist es, was man sich vergegenwärtigen muss, um zu erkennen, dass die liberale Demokratie der totalitären Demokratie gerade nicht durch die überbietende Inanspruchnahme des Demokratieprinzips entgegengesetzt ist, vielmehr durch rigorose Begrenzung der Reichweite des Prinzips.“<sup>17</sup> Dies läuft nun keineswegs auf den pejorativ beschworenen „Richterstaat“ hinaus. Solche Polemik verkennt vielmehr, dass Souveränität im gewaltenteiligen Rechtsstaat funktionsabhängig wahrgenommen wird. Einzelfallentscheidungen sind dabei der Domäne der „Souveränität des Richters“ zugeordnet, während Stimmvolk, formeller Gesetzgeber und Verwaltung hier zurückzustehen haben.<sup>18</sup>

Dass der richterliche Schutz im Falle eigener Betroffenheit von denselben PolitikerInnen beansprucht wird, die permanent gegen Justiz und angeblichen Richterstaat ins Feld ziehen, zeigt etwa die Klage Christoph

Blochers in eigener Sache: So beschritt er wegen des Vorgehens von Parlamentariern und Mitarbeitern der Bundesanwaltschaft in der Affäre Blocher-Roschacher mit einer Zivilklage und mit einer Klage an das Finanzdepartement den Rechtsweg und erhob zusammen mit SVP-Nationalrat Mörgeli wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses und Nötigungsversuch gleichzeitig Strafanzeige gegen Parlamentarier.<sup>19</sup> Seine Vorstösse begründete der von der Parlamentsmehrheit abgewählte Justizminister Blocher damit, es gehe ihm um besseren Schutz der Bürger vor amtlicher Willkür. Dass von dieser zur Schau getragenen Sorge für den kleinen „Bürger“ ImmigrantInnen ohne Schweizer Pass ausgenommen sind, zeigt die gesamte asyl- und ausländerpolitische Zielrichtung der SVP-Vorstösse, die im Wesentlichen gerade die Verweigerung oder den Abbau (gerichtlichen) Rechtsschutzes für ImmigrantInnen bezuwecken.<sup>20</sup> Auch in den Beratungen des Ausländergesetzes war es das vordringliche Bestreben der SVP, vom Bundesrat vorgeschlagene Rechtsansprüche auf Erteilung einer Bewilligung in Kann-Bestimmungen umzuwandeln und so die Machtfülle der Migrationsämter zu stärken und deren Willkürpraxis Vorschub zu leisten. Umgekehrt soll jetzt bei Entscheiden, mit denen ImmigrantInnen Rechte entzogen werden, anstelle des Verwaltungsermessens und insbesondere der gerichtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung ein willkürlicher Rechtsfolgeautomatismus treten.

### **Rechtsstaatlicher Widerstand gegen verfassungs- und völkerrechtswidrige Volksinitiativen und Gesetze**

Die Initianten der Minarettverbots- und Ausschaffungsinitiative beim Wort genommen, würde zur Verletzung von Völkerrecht und Missachtung elementarer verfassungsrechtlicher Grundsätze und Grundrechte verpflichten. Bei völkerrechtskonformer und verhältnismässiger Umsetzung der Ausschaffungsinitiative käme eine Ausschaffung bei Straftaten gemäss Initiativtext dagegen vermutlich in weniger als 10 Prozent der Fälle in Frage. Da dies aber auch mit dem geltenden Ausländergesetz (Art. 62/63) erreicht wird, besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Demgegenüber werden die StimmbürgerInnen durch die Initiative in die Irre geführt. Wenn sie dem Volk zur Abstimmung unterbreitet wird, dann wird auch die Garantie der politischen Rechte gemäss Art. 34 BV verletzt. Die darin garantierte unverfälschte Stimmabgabe bewahrt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Initiativen die Stimmberechtigten davor, zu Initiativen Stellung beziehen zu müssen, die wegen Verstosses gegen höherrangiges Recht undurchführbar wären.<sup>21</sup> Wird die Initiative unter Berufung auf eine völkerrechtskonforme Umsetzung der Volksabstimmung unterbreitet, wird die Stimmbürgerschaft verschaukelt: Der Wille derjenigen, die die Initiative im Sinne der Initianten befürworten, müsste durch deren allfällige verfassungs- und völkerrechts-

konforme Umsetzung übergeangen werden. Und diejenigen, die lediglich einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Wegweisung krimineller Ausländer zustimmen wollten, können ihren Willen – trotz den bundesrätlichen Zusicherungen hinsichtlich der Umsetzung der Initiative – nicht adäquat ausdrücken.

Mangels Vorbehalts zugunsten des Völkerrechts und da die Initianten dieses und die Bundesverfassung auch vorsätzlich verletzen wollen, ist das Fazit klar: Die Initiative ist für die Demokratie eine Zumutung und dem völkerrechtsverpflichteten Rechtsstaat unzumutbar. Sie ist daher ungültig zu erklären, aus Respekt vor Rechtsstaat und Demokratie.<sup>22</sup> Not tut in Zukunft eine gerichtliche oder gerichtsähnliche Prüfung der Gültigkeit von Volksinitiativen. Dies nicht nur zur Verhinderung von Abstimmungskämpfen über undurchführbare Initiativen, sondern auch um den Tendenzen zum Missbrauch der Volksinitiative als rechtspopulistische Propagandaschlager Einhalt zu gebieten.<sup>23</sup>

Dass sich die SVP mit ihrer Ausschaffungsinitiative gleichwohl bestätigt fühlen kann, zeigen die Reaktionen der anderen politischen Parteien und des Bundesrates. So hat die FDP-Fraktion eine eigene parlamentarische Initiative eingereicht, die die Anliegen der SVP in beachtlichem Umfang aufgreift. Selbst die SPS fühlte sich im herrschenden Klima veranlasst, an ihrem Parteitag vom 25. Oktober 2008 eine längere Debatte über „Ausländerkriminalität“ zu führen, um am Ende eine Selbstverständlichkeit zu verkünden, die längst geltendes Recht ist: Ausländer, die in schwerer Weise kriminell werden, sollen – unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – ausgeschafft werden können.<sup>24</sup> Aber auch der Bundesrat hat die SVP-Initiative nicht mit der Tatsachenfeststellung gekontert, das geltende Ausländergesetz liefere eine hinreichende gesetzliche Grundlage zur Wegweisung und Ausschaffung krimineller Ausländer. Stattdessen stellte er einen indirekten Gegenvorschlag in Aussicht. Unerfindlich bleibt, was das heißen soll, wenn man das unerlässliche richterliche Abwägen nicht einem Schematismus opfern will.<sup>25</sup> So bleibt ernsthaft zu fragen: Schreiben fortan auch solche menschenrechtswidrige Volksinitiativen Rechtsgeschichte?<sup>26</sup>

### **Populistische Angstpolitik und migrationsbedingte Normativität**

Die unaufhörlichen Angriffe gegen die Rechtsstellung von ImmigrantInnen wirken als Teil einer rechtspopulistischen Angst- und Einschüchterungsstrategie. Sie kontrastiert augenscheinlich mit der gesetzlichen Integrationsrhetorik, die das „Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung und gegenseitiger Achtung und Toleranz“ beschwört (vgl. Art. 4 Abs. 1 AuG). Angesichts der vorsätzlichen Missachtung elementarer Grund- und Menschenrechte durch die Rechtspopulisten wirkt die in Gesetz

und Verordnung an die Adresse der ImmigrantInnen gerichtete Forderung zur „Respektierung der rechtsstaatlichen Ordnung und der Werte der Bundesverfassung“ besonders paradox. Mehr noch gilt dies für die nämliche Aufforderung seitens der Rechtspopulisten, die selbst gegen die Grundregel jedweder Integration verstossen: „Die Eingesessenen dürfen von den Neuankömmlingen nur das verlangen, was zu leisten sie selbst bereit sind. Wer nach Integration strebt, muss deutlich machen, was die Grundlagen der eigenen Gesellschaft sind; wer den Respekt vor der Rechtsordnung fördern will, muss selbst wissen, was diese Regeln beinhalten.“<sup>27</sup> Als „Einladung zur Selbstreflexion“ (Paul Scheffer) wird die Anwesenheit von Immigranten sichtlich dort nicht interpretiert, wo deren Anwesenheit nur Gegenstand eines politischen Kalküls ist. Gar unerträglich ist diesem rechtsnationalen Denken die Frage, ob Integrationsprobleme (auch) mit der fehlenden Offenheit der Einwanderungs- bzw. Aufnahmegergesellschaft zu tun haben könnten; sprich der Tatsache, dass „wir unser Haus (nicht) in Ordnung haben“.<sup>28</sup>

Straffällige ImmigrantInnen sind – wie SchweizerInnen auch – primär strafrechtlich angemessen zu sanktionieren. Sie gefährden den Rechtsstaat nicht, sondern provozieren eine normative Reaktion, die die Geltung des Gesetzes zu bekräftigen erlaubt. Indirekt tragen die Straffälligen insofern zur Bewährung und Festigung der demokratischen Rechtsordnung bei. Rechtssociologisch gesprochen: Das Recht lebt vom gehndeten Rechtsbruch. Die Fundamente der Rechtsordnung werden dagegen dort erschüttert, wo die Demokratie aus seinen rechtsstaatlichen Verankerungen gerissen werden soll. Im Klartext: Der rechtspopulistische Aktivismus der SVP und weiterer bürgerlicher Kreise in ihrem Schlepptau ist der wirkliche Feind von Demokratie und von freiheitlicher Rechtsordnung. Dieser „Feindbekämpfung“ gebührt unter Integrationsgesichtspunkten und im Hinblick auf ein friedliches Zusammenleben die oberste Priorität. Dass die wählerstärkste Partei der Schweiz offensichtlich erhebliche *Integrationsdefizite* aufweist, ruft nach einer Offensive politischer Bildung für die „autochthone“ Bevölkerung, die staatskundliches Basiswissen und das praktische Einüben in das Denken und in die Praxis der Grund- und Menschenrechte und deren Verhältnis zur demokratischen Mehrheitsregel zum Inhalt hat. Für das friedliche Zusammenleben in einer plurikulturellen Gesellschaft ist dies noch dringlicher als die ebenfalls sinnvollen, zielgerichteten Sprach- und Integrationsangebote für ImmigrantInnen.

Das Faktum einer kulturell pluralen Gesellschaft wird sich auch unter weiter verschärftem globalisierten Wettbewerb nicht aus der Welt schaffen lassen, sondern sich mehr und mehr auch normativ niederschlagen. Aller ausländerfeindlichen Rhetorik und Politikpraxis zum Trotz sind die nationalen Grenzen mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen für nahezu 500 Millionen Menschen geöffnet worden. Wenngleich dieser Schritt mit Schliessungstendenzen gegenüber Drittstaaten einherging, kommt die

Öffnung in historischer Perspektive einer kosmopolitischen Sprengung nationalstaatlicher Mauern gleich.<sup>29</sup> Mit diesem demografischen Wandel geht eine völkerrechtliche Einschränkung nationalstaatlicher Souveränität im Ausländerrecht einher: Gemeint ist die „menschenrechtliche Subjektivierung des Ausländerrechts“, wie sie sich in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte niederschlägt und rigiden nationalstaatlichen Abwehrpolitiken gegen ImmigrantInnen zumindest Grenzen setzt.<sup>30</sup> Die richterlichen Signale aus Strassburg (Gerichtshof für menschenrechte) und Luxemburg (Europäischer Gerichtshof) werden zwar von Politik und Justiz in der Schweiz vorerst meist widerwillig zur Kenntnis genommen. Für die SVP sind sie auch immer wieder Anlass dafür, die Kündigung internationaler Verträge, einschliesslich der EMRK zu fordern, ganz auf der Linie ihres totalitären, nationalstaatlich bornierten Demokratieverständnisses, das sich grund- und menschenrechtlicher Verpflichtungen entledigt hat.

Ein solches Verständnis von Demokratie findet selbst in jenen Schichten und politischen Kreisen keinen Rückhalt, die für immigrationspolitische Defensivstrategien empfänglich wären. Ein Schulterschluss zwischen immigrationspolitisch liberalen Kräften und verfassungspatriotisch gestimmt DemokratInnen könnte daher auch anlässlich der bevorstehenden ausländerpolitischen Initiativen und Gesetzesvorstösse zu einer erfolgreichen Allianz gegen rechtspopulistische Angriffe auf den Rechtsstaat werden. Bedeutsam bleiben aber auch jene zivilgesellschaftlichen Solidaritätsnetze,<sup>31</sup> die sich von rigiden legalistischen Drohungen nicht schwächen lassen und die Verrohung der Verhältnisse in der öffentlichen politischen Kultur durch die SVP denunzieren.

## Anmerkungen

- 1 Die These von der Legalität der Machtergreifung ist mit plausiblen Argumenten stark relativiert worden. Namentlich die Umstände, unter denen die Regierung Hitler ermächtigt wurde, Gesetze mit verfassungsänderndem Inhalt zu erlassen (Ermächtigungsgesetz), lassen sich kaum mit einer demokratischen Rechtskultur vereinbaren (vgl. etwa Claus Leggewie/ Horst Meier, Republikschutz. Massstäbe für die Verteidigung der Demokratie, Hamburg 1995, 178ff; ausführlich: Gotthard Jasper, Die gescheiterte Zähmung. Wege zur Machtergreifung Hitlers, 1930-1934, Frankfurt am Main 1986).
- 2 Gemäss Art. 79 Abs. 3 GG sind die im Grundgesetz verankerten Grundrechte unabänderbar und damit der Disposition und Relativierung durch den Gesetzgeber bzw. demokratische Mehrheiten entzogen.
- 3 Hans Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, Zürich 1947, 235f.
- 4 Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945, 184.
- 5 Detaillierter hierzu Marc Spescha, Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat, in: Ders., Migrationsabwehr im Fokus der Menschenrechte, Zürich/St. Gallen 2007, 163ff.
- 6 Skenderovic/D'Amato, Mit Fremden politisieren. Rechtspopulismus und Migrationspolitik

- in der Schweiz seit den 1960er Jahren, Zürich 2008. Ihres Erachtens bildet das besondere Interesse für Migration und Migrationspolitik „ein zentrales Element im Rechtspopulismus“. Für viele Autoren sei die „Anti-Immigrationsagenda (...) eigentliche raison d’être rechtspopulistischer Parteien“ (S.25).
- 7 Vgl. Urteil BGr, 21.1.2008, 2C\_556/2007. Zur Kritik des früheren Bundesgerichtspräsidenten Giusep Nay an der entsprechenden Rechtsprechung vgl.: Schranken gegen härtere Asylpolitik. Kritiker der Gesetzesrevision kämpfen weiter. In: NZZ vom 1.11. 2008.
  - 8 Vgl. die ausführliche und kritische Kommentierung der Revisionsvorhaben durch Martina Caroni/ Sandro Hofstetter, Flüchtlingsrechtliche und rechtsstaatliche Überlegungen zur geplanten Teilrevision des Asylgesetzes betreffend Desertion und Dienstverweigerung, in: Asyl 3/2008, 3ff.
  - 9 So etwa die Meinung von Ständerat Jenny in der NZZ vom 10.12.2003.
  - 10 Ausführlich hierzu Spescha, Anmerkung 5, 164ff./171f.
  - 11 05.463 – Parlamentarische Initiative Toni Brunner; sehr besorgt und pointiert ablehnend äusserte sich jüngst auch Thomas Geiser aus der Sicht des Zivilrechters zu den aktuellen Debatten und Tendenzen rund um Schein- und Zwangsehen; siehe: Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, in: ZBJV 2008 817ff, insbes. 821/828ff.
  - 12 Fast zeitgleich reichte auch Nationalrat Gerhard Pfister (CVP) eine Initiative mit ähnlicher Stossrichtung ein: Unter dem Titel „Integration gesetzlich konkretisieren“ (08.420) sollen die Zulassungshürden für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung erhöht und von genehmten Gesinnungen abhängig gemacht werden. Ausserdem sollen die Kriterien für den Entzug der Niederlassungsbewilligung erweitert werden.
  - 13 Auch gemäss Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“ verstösst diese „klar gegen eine Reihe international garantierter Menschenrechte“ und steht im Widerspruch zu zahlreichen in der Bundesverfassung verankerten Grundwerten unseres Staates, so zum Prinzip der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) und dem Gebot der Beachtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4 BV). Dass dies immer noch nicht genügen soll, um die Initiative ungültig zu erklären, offenbart die diesbezügliche rechtsstaatliche Lücke (s. hinten II. 3).
  - 14 Unter Federführung von NR Müller verlangt die FDP-Fraktion mit einer parlamentarischen Initiative vom 18.9.2008 unter dem Titel „Kein Missbrauch des Gastrechts“ auf Kosten der richterlichen Güterabwägung und zulasten des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes neue, schärfere Bestimmungen zwecks Wegweisung und Ausschaffung straffälliger Ausländer.
  - 15 Vgl. Art. 5 Abs. Anh. I FZA in Verbindung mit Richtlinie 64/221/EWG
  - 16 Vgl. hierzu etwa Giusep Nay, Unhaltbare Lücken im Grundrechtsschutz, plädoyer 5/08, 28f. (s. auch nachfolgend 3.)
  - 17 Jan Philipp Reemtsma, Vertrauen und Gewalt. Versuch über eine besondere Konstellation der Moderne, Hamburg 2008, 179.
  - 18 Hermann Lübbe, Mehrheit statt Wahrheit. Über Demokratisierungswänge. In: Ders. Modernisierungsgewinner – Religion, Geschichtssinn, Direkte Demokratie und Moral, München 2004, 155.
  - 19 Vgl. David Dürr, Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber. In: Festschrift für Hans Walter, Bern 2005, 63/69f.
  - 20 Vgl. Nachwehen eines Politik-Debakels, Blocher reicht Klagen ein und hat vage Ideen für eine Volksinitiative, NZZ vom 6.7.2008, 15.
  - 21 Wie oben gezeigt, sollte bei der Anti-Einbürgerungsinitiative explizit der Rechtsweg gegen Einbürgerungsentscheide der Gemeinden verwehrt sein. Auch bei der Ausschaffungsinitiative wäre der ausländische Straffällige wegen des in der Initiative verankerten Ausschaffungsautomatismus gegen die Rechtsfolge der Ausweisung faktisch schutzlos.
  - 22 Vgl. Nay, Anmerkung 16, 29.
  - 23 Für eine extensivere Praxis der Ungültigerklärung und Verbesserung des Rechtsschutzes vgl. das engagierte Vorwort der Herausgeber der Zeitschrift für Schweizerisches Recht

(ZSR) unter dem Titel „Volksinitiativen: Gefahren des Missbrauchs“, ZSR 2007 I, 429ff.; ferner Nay, Fn. 16; zu den Auslegungsvarianten des Begriffs des zwingenden Völkerrechts bzw. der völkerrechtswidrigen Volksinitiative vgl. Anne Peters, Völkerrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2008, Kap. 8, Rn. 41ff. Für ein nicht nur auf Volksinitiativen beschränktes, sondern auch Bundesgesetze umfassendes verfassungsrechtliches Prüfungsrecht plädiert Andreas Auer, Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates, in: NZZ 10.9.2008, 15.

- 24 Nachdrücklich in diesem Sinne äusserten sich die sechs Herausgeber der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR; Fn. 22): Sie sprechen von einem Problem, das „langfristig gefährlich und besonders gravierend“ sei, sehen die Schwellen des Respekts vor dem Anderen durch Missachtung bedroht und damit das friedliche Zusammenleben in einer freien Gemeinschaft gefährdet und halten im Kontext des hier interessierenden Themas zutreffend und mit erfreulicher Klarheit fest: „Die Gewähr der Rechtsstaatlichkeit obliegt indessen genuin der Justiz und nicht der Politik. Eine Justizkontrolle über die Gültigkeit von Volksinitiativen ist daher geboten, um ein weiteres Reservat staatlicher Willkür zum Verschwinden zu bringen.“ (433).
- 25 Auf der Titelseite des Tages-Anzeigers vom 27.10.2008 war dies die fragwürdige Schlagzeile wert: „SP entscheidet sich für mehr Repression“.
- 26 NZZ-Redaktor Christoph Wehrli hielt mit Blick auf den FDP-Vorschlag zutreffend fest: „Auch dieses Konzept krankt an Schematismus. Für Entscheide über das Aufenthaltsrecht nach schweren Delikten braucht es andere Instrumente als eine Art Ordnungsbussentarif, wie er für Übertretungen im Strassenverkehr möglich ist. (...) Von den nationalen rechtsstaatlichen Prinzipien her gesehen wird man wohl vor allem daran festhalten, dass der Einzelfall mit allen seinen Umständen zu würdigen ist.“ („Kein Bussentarif“, NZZ vom 16.10.2008, 13).
- 27 Vgl. Heribert Rausch, Volksinitiativen als Motor der Gesetzgebung, ZSR 2008 I 425ff., 444.
- 28 Paul Scheffer, Die Eingewanderten. Toleranz in einer grenzenlosen Welt, München 2008, 49.
- 29 Scheffer, a.a.O., 50f.
- 30 Zu Begriff und Konzept des Kosmopolitischen als „reflektiertes Eigeninteresse von Transnationalstaaten“ vgl. etwa U. Beck, Der kosmopolitische Blick, oder: Krieg ist Frieden, Frankfurt am Main 2004; Ders., Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, Frankfurt am Main 2007, 94ff. Stärker ethisch denn soziologisch motiviert die Parteinahme für eine kosmopolitische Ethik von Kwame Anthony Appiah, Der Kosmopolit. Philosophie des Weltbürgertums, München 2007. Augenfällig wird die Befreiung von Staatsverständnis und Patriotismus aus einem kurzsichtig nationalstaatlichen Blick in Titeln wie „Kosmopolitischer Patriotismus“ (Appiah) oder beim Zürcher Staats- und Völkerrechtler Daniel Thürer, „Kosmopolitisches Staatsrecht“, Zürich 2005.
- 31 Daniel Thym, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, in: EuGRZ 2006 541ff.
- 32 Mit einem Wort von Judith Giovanelli-Blocher: „die kostbare Substanz des Sozialen in unserem Land!“, so anlässlich eines Podiumsgesprächs im Vorfeld der Abstimmung über das verschärfte Asyl- und neue Ausländergesetz.