

Regierungsrat

*Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch*

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

22. Februar 2005

Vernehmlassung zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs im Bereich des Ausländerrechts und die Häftlingstransporte im Auftrag des Bundes / ZAG

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 30. November 2004 hat uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eingeladen, zum oben erwähnten Rechtssetzungsgeschäft Stellung zu nehmen. Wir danken für die Möglichkeit zur Meinungsäusserung. Wir gehören ja zu denjenigen Kantonen, die von Anfang an der Ansicht waren, der polizeiliche Zwang im Rahmen der Ausschaffungen von ausländischen Personen bedürfe einer gesetzlichen Grundlage auf Bundesstufe. Wir begrüssen deshalb die Ausarbeitung eines entsprechenden Entwurfes.

1. Grundsätzliches

Die Anwendung polizeilichen Zwangs stellt einen Eingriff in die persönliche Freiheit dar. Eingriffe in verfassungsmässige Rechte der Bürger und Bürgerinnen bedürfen grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage. Die von der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) ausgearbeiteten „Vorschriften betreffend zwangsweiser Rückführung auf dem Luftweg“ (nachfolgend: Vorschriften der KKJPD), welche seit dem 30. 11. 2002 als polizeiliche Dienstvorschriften in das kantonale Recht überführt wurden, dürften als gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff kaum genügen. Wir haben sie denn auch bloss als überbrückende Massnahme bis zum Vorliegen eines die Materie regelnden Bundesgesetzes betrachtet. Mit Erlass eines entsprechenden Bundesgesetzes wird nun der rechtsstaatlichen Anforderung Genüge getan. Artikel 121 Absatz 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) bildet die Grundlage einer umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländer- und Asylbereich.

Auch hinsichtlich Rechtssicherheit und -vereinheitlichung ist die vorgeschlagene Regelung angemessen, sind doch an den zwangsweisen Rückführungen in aller Regel Vollzugsbeamte der Kantone beteiligt. Summa summarum begrüßen wir daher den Entwurf. An der grundsätzlichen Zustimmung ändern auch unsere Bedenken nicht, die wir Ihnen unter Ziffer 2 darlegen. Zu Detailproblemen nehmen wir unter Ziffer 3 Stellung.

2. Mögliche Auswirkungen auf die kantonale Polizeihohheit

Das ZAG sowie insbesondere die konkretisierenden Vollzugsbestimmungen durch den Bundesrat werden die kantonale Polizeihohheit, zumindest im sachlichen Anwendungsbereich des ZAG, berühren. Art. 7 Abs. 3 des Entwurfs weist beispielsweise dem Bundesrat die Kompetenz zu, weitere Hilfsmittel zuzulassen oder zu verbieten. Wenn polizeiliche Zwangsmassnahmen in einem Bundesgesetz im Detail geregelt werden, wird dies nicht ohne Auswirkungen auf die Kantone bleiben. Das vorliegende Gesetz wird deshalb die kantonalen Normen und die Praxis beeinflussen. Faktisch werden die Bundesnormen die Anpassungen im Bereich der Polizeiinterventionen in der ausschliesslichen Hoheit der Kantone erzwingen. Der Grund liegt im Gebot der Rechtsgleichheit, die keine unterschiedliche Zwangsbehandlung von Häftlingen je nach Rechtsstatus zulässt. Es ist z.B. undenkbar, dass eine gegenüber Ausschaffungshäftlingen verbotene Zwangsmethode gegenüber einem Häftling, der nicht unter das Regime der Ausschaffungsregeln fällt, angewendet werden kann. Aus diesem Grund sind die weiteren Ausführungsbestimmungen unbedingt in enger Zusammenarbeit mit den kantonalen Polizeikörpern oder mit der KKJPD bzw. der KKPKS zu erarbeiten. Dabei könnte die KKPKS die Federführung übernehmen, da es doch primär Polizisten und Polizistinnen der kantonalen Körper sind, welche die entsprechenden Aufgaben ausführen.

3. Bemerkung zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

3.1 zu Artikel 1 ZAG

3.1.1 Allgemeines

Unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 ZAG stellt sich die Frage, ob ein Vollzugsbeamter bei Überschreitung der Eingriffsintensität und Einsatz von nicht erlaubten Hilfsmitteln bei Vorliegen einer (zivilen) Notwehr- oder Notstandssituation zur Rechtfertigung auf die zivilen Rechtfertigungstatbestände abstellen kann. Zudem stellt sich die Frage, ob das Handeln der Vollzugsbeamten in Notwehr und Notstand ausserhalb der ordentlichen Amts- und Berufspflicht zusätzlichen Regeln zu unterstellen sei.

Wird dies mit der Begründung verneint, dass es geradezu das Kennzeichen der Notwehr - und Notstandssituation - sei, dass sie im Rahmen des gesetzlich normierten polizeilichen Zwangs nicht bewältigt werden können, mag dies bereits die Antwort implizieren und zugleich weitere Fragen aufwerfen. Wird dadurch nicht die beabsichtigte Herbeiführung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit, insbesondere für die Vollzugsbeamten, erschwert? Wenn gleich das Bundesgericht eine Rechtfertigung auch für den hoheitlich Handelnden nach Art. 33 f. StGB bejaht, wird dies vor allem in der deutschen Lehre und Rechtsprechung - auch unter dem Gesichtspunkt einer einheitlichen Rechtsordnung - abgelehnt. Eine verwaltungsrechtliche Beschneidung der aus Art. 33 f. StGB ausfliessenden Reaktionsmöglichkeiten wäre abzulehnen. Die Verquickung von zivilem Notrecht und

öffentlich-rechtlicher Ermächtigungsnorm führt zu Unsicherheiten bei der Anwendung und ist unnötig. So widersprechen sich bereits Art. 3 i.V.m. Art. 8 und Art. 1 Abs. 2 ZAG. Die einsetzbaren Waffen werden – unter Vorbehalt von Regelungen durch den Bundesrat – in Art. 8 definiert. Was nun, wenn eine zivile Notwehrsituation vorliegt, der Vollzugsbeamte den Angriff unter Wahrung der in Art. 33 StGB statuierten Verhältnismässigkeit jedoch mit einer nach ZAG unerlaubten Waffe abwehrt?

Insbesondere stellt sich die in der Schweizer Lehre nicht gelöste Frage nach der Abgrenzung zwischen dem Angriff auf den Vollzugsbeamten als Privatperson oder hoheitlich Handelnder. Eine Berücksichtigung der zivilen Notrechte – unabhängig ob via Inkorporation oder Einbezug der Vollzugsbeamten – unter Verweis auf das Jedermannsrecht in Art. 33 f. StGB ist nicht notwendig und sollte zugunsten einer rechtssicheren Normstatuierung fallen gelassen werden. Bereits aus Art. 3 Abs. 1 ZAG und Art. 22a^{bis} ANAG erlauben die Ausübung von unmittelbarem Zwang (im Rahmen des ZAG) auch zur „Erfüllung seines Auftrages“, zum „Schutz seiner Rechtsgüter“ und zur „Abwehr einer Gefahr“.

3.1.2 Zu Artikel 1 Absatz 2 ZAG

Richtigerweise wird ausdrücklich festgehalten, dass Handlungen, welche in Notwehr oder Notstand gemäss Artikel 33 und 34 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) begangen wurden, nicht gestützt auf das ZAG, sondern einzig gestützt auf die erwähnten Bestimmungen des StGB zu beurteilen sind. Als verwirrend erachten wir allerdings die gewählte Formulierung, bei der es sich um einen eigentlichen Zirkelschluss handelt: Ob eine Handlung in Notwehr oder Notstand ausgeübt wurde, kann erst nach eingehender Prüfung des Sachverhalts und anschliessender Subsumption beurteilt werden. Sobald die Voraussetzungen des sachlichen Geltungsbereichs vorliegen (Art. 1 Abs. 1 lit. a. bis c. Entwurf), sind sämtliche Handlungen von Beginn an gemäss den Bestimmungen des ZAG vorzunehmen. Ob eine Handlung, welche gemäss ZAG nicht zulässig ist, im Nachhinein allenfalls gestützt auf die erwähnten Artikel des StGB gerechtfertigt ist, wird sich erst nachträglich als Folge einer juristischen Analyse erweisen.

Die Anwendung des ZAG von vornherein auszuschliessen, wie dies die Formulierung suggeriert, ist deshalb nicht zulässig.

Wir schlagen für den Artikel 1 Absatz 2 ZAG folgende Formulierung vor:

"Vorbehalten sind Handlungen in Notwehr und Notstand gemäss Artikeln 33 und 34 StGB."

3.2 Zu Artikel 3 ZAG

Obwohl weder im Entwurf noch im Erläuternden Bericht erwähnt, verstehen wir die gewählte Formulierung dahingehend, dass die Anwendung der festgelegten Grundsätze im Rahmen des Ermessens derjenigen Mitarbeitenden steht, welche die Rückführung oder den Transport zu vollziehen haben. Die Klarstellung, dass den Ausführenden bei Tätigkeiten im Rahmen des ZAG –entsprechend der übrigen polizeilichen Interventionen– ein gewisser Spielraum zur Verfügung steht, ist für uns unabdingbar. Wir fordern deshalb, nicht nur die Grenzen des zulässigen Zwangs zu regeln, sondern auch das dazu erforderliche Ermessen der Ausführenden zu erwähnen. Das Ermessen ist notwendige Voraussetzung dazu, im konkret vorliegenden Einzelfall auch die tatsächlich verhältnismässigen Mittel einzusetzen.

Eine praxistaugliche Umsetzung dieser Normen ist ohne die Zur-Verfügung-Stellung eines gewissen Spielraumes gar nicht möglich.

Aus diesen Gründen ist es wichtig, einen entsprechenden Hinweis explizit in den Gesetzestext aufzunehmen.

3.3 zu Artikel 7 Absatz 1 ZAG

Die in den Vorschriften der KKJPD unter Artikel 11 aufgezählte Liste zulässiger Hilfsmittel ist vollständig und umfassend. Wie verhält es sich beispielsweise mit der Fesselung an einen Rollstuhl? Wäre eine solche Rückführung unter dem ZAG unzulässig? Nach unserem Wissen hat sich gerade diese Transportart in gewissen Einzelfällen als notwendig und geeignet erwiesen. Es besteht für uns derzeit kein Grund, diese Möglichkeit gänzlich zu verbieten.

Zumindest in den ergänzenden Bestimmungen des Bundesrates fordern wir deshalb eine ausführlichere Liste zulässiger Hilfsmittel, welche sich an den Richtlinien der KKJPD zu orientiert.

3.4 Zu Artikel 7 Abs. 2 ZAG

a) Die Vorschriften der KKJPD lassen die Verwendung eines speziellen Helms zum Schutz vor Selbstverletzung unter Vorbehalt zu. Im Entwurf wird unseres Erachtens die Verwendung dieses Helms in unsachgemässer Weise verboten. Bei fachgerechter Anwendung kann der Helm, sofern notwendig, sehr wohl zum Schutz des Betroffenen und zum Gelingen des Auftrages beitragen. Das beinahe absolute Verbot des Integralhelms sollte deshalb aufgehoben werden. Demgegenüber stimmen wir dem Verbot des Mundnebels zu.

b) Wir vermissen das explizite Verbot weiterer Hilfsmittel, welche die Atmung beeinträchtigen könnten. Die Vorschriften der KKJPD erwähnen in diesem Zusammenhang insbesondere auch das Zudrücken der Nase sowie bestimmte Techniken der Fesselung, des Festhaltens und des Wegtragens von Personen. All diese Massnahmen sind gemäss Vorschriften übrigens verboten, selbst wenn sie bloss „vorübergehend“ angewandt werden.

Da die Gefahr von Körperverletzungen und Todesfällen vorwiegend im Zusammenhang mit Massnahmen des sogenannten hog-tieing besteht, regen wir an, diese Techniken in der zu_erlassenden Verordnung des Bundesrates explizit zu regeln bzw. zu verbieten. **Wiederum können die Richtlinien der KKJPD als Vorlage dienen.**

3.5 Zu Artikel 8 ZAG

Wir begrüessen ausdrücklich dem Bundesrat die Kompetenz einzuräumen, in der Verordnung die zulässigen Waffentypen festzulegen. Dies erlaubt – vor allem vor dem Hintergrund der steigenden Relevanz von nicht letalen Waffen – eine schnelle Reaktion auf neue Techniken.

3.6 Zu Artikel 9 ZAG

Im erläuternden Bericht wird angeführt, erlaubt seien einzig Durchsuchungen und körperliche Untersuchungen aus Sicherheitsgründen, sofern zu ‚vermuten‘ sei, dass eine Selbst- oder Drittgefährdung von ihnen ausgehe. Geht vom Begriff ‚vermuten‘ nicht die Gefahr einer Relativierung der Eingriffsvoraussetzungen einher? Falls die zivilen Notrechte als Rechtfertigungsnorm für die Vollzugsbeamten gelten, wäre Art. 9 Abs. 2 ZAG streng genommen überflüssig.

3.7 Zu Artikel 12 ZAG

Die Vorschriften der KKJPD regeln die für einen Transport erforderlichen Voraussetzungen sehr detailliert. Insbesondere wurden praktische Erfahrungen der kantonalen Vollzugsbeamten berücksichtigt. Es erscheint uns als richtig, wenn die bundesrätliche Verordnung vorwiegend auf diese fundierten und bewährten Regelungen zurückgreift.

3.8 Zu Artikel 13 ZAG

Unsere Vollzugsorgane stellen öfters fest, dass in klarer Missbrauchsabsicht argumentiert wird, die Erledigung privatrechtlicher Verpflichtungen gebiete einen Aufschub des Vollzugs. Wir unterstützen deshalb die Einschränkung für die in Haft genommene Person, die sich mit der Formulierung „erledigen oder erledigen lassen“ ergibt.

3.9 Zu Artikel 20 ZAG

Sollten die zivilen Rechtfertigungstatbestände (Art. 33 f. StGB) Anwendung finden, so wäre unter lit. f insbesondere „Notwehr- und Notwehrhilfe“ als Ausbildungsthema zu berücksichtigen.

3.10 Zu Artikel 12a ANAG

In den Erläuterungen wird angeführt, eine Festhaltung von maximal 72 Stunden sei denkbar, jedoch dürfe sie nur so lange dauern, als dies für die Amtshandlung erforderlich ist. Da auch die Gesetzesbestimmung für sich selber verhältnismässig sein muss, wurde diese Bestimmung ins Bundesgesetz integriert. Es ist davon auszugehen, dass die kantonalen und eidgenössischen Behörden bereits heute zwecks Verfügungseröffnung in keinem Falle die maximale 72-Stunden-Frist voll werden ausschöpfen müssen. Es ist zu überlegen, ob die beiden in Art. 12a ANAG Abs. 1 lit. a et b genannten Fälle nicht besser je in einzelnen Artikeln geregelt werden sollten.

3.11 Zu Artikel 22a^{bis} ANAG

Es stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung überhaupt nötig ist. Vor allem die Deutsche Lehre (vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr – Allgemeines Polizeirecht [Ordnungsrecht] des Bundes und der Länder, 9. Aufl, Köln/Berlin/Bonn/München 1986), weist auf eine Annexkompetenz der Verwaltung hin, im Rahmen ihres Aufgabenbereiches „Gefahren abzuwehren, die ihre Funktionsfähigkeit bedrohen“. Zudem wäre es unseres Erachtens sachlich gerechtfertigt, die Kosten für die Aus- und Weiterbildung der Kantonsangestellten, welche in den meisten Fällen über keine polizeiliche Grundausbildung verfügen dürften und neu auch polizeilichen Zwang anwenden dürfen, in vollem Umfang dem Bund aufzuerlegen.

Wir laden Sie ein, unsere Überlegungen im Rahmen der weiteren Behandlung dieses Geschäftes angemessen zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Walter Straumann
Landammann

sig.
Dr. Konrad Schwaller
Staatsschreiber