

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406 www.sriel.ch

The Review is published five times a year by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für Internationales Recht / Société suisse de droit international – www.sri-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Prof. Dr. Lorenz Langer, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Christina Neier

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor (christina.neier@sriel.ch). Authors are requested to follow the Review's style sheet available at www.sriel.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: www.schulthess.com
Managing Publisher: Firas Kharrat
Product Manager: Dr. des. Laura Diegel

CUSTOMER SERVICE

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
Address: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 258
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 248, for students CHF 128
Single issue: CHF 78, plus postage
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).
Preferential subscription on presentation of a valid document. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.
For further information see www.schulthess.com.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Marc Schättin, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 17,
E-Mail: marc.schaettin@fachmedien.ch

COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photos; reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

FREQUENCY

The Review is published five times a year, volume 30

CITATION

30 SRIEL (2020) p. 1

INTERNET

www.sriel.ch
The Review is also available online at www.heinonline.org

ISSN 1019-0406

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Gibt es einen «unechten» Auslandsbezug? Zur Frage ausschliesslich rechtswahlbegründeter Internationalität und ihrer Beurteilung nach dem IPRG (Leander D. Loacker & Gian Andri Capaul) 453

Der Schiedsgerichtsbarkeitsausschluss der EuGVVO und des Lugano Übereinkommens (Alexander R. E. Kistler & Michael Daphinoff) 477

Asset Recovery in the Context of International Criminal Court Proceedings in Light of FATF Standards (Georges Pavlidis)..... 521

RECENT PRACTICE

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2019) Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2019) (Ursula Cassani, Sabine Gless, Maria Ludwiczak Glassey & Thomas Wahl)..... 535

Schweizer Praxis zu den Menschenrechten (2019) (Nadja Braun Binder) 577

Rechtsprechung zum internationalen Schuldrecht und zum internationalen Zwangsvollstreckungsrecht (Ivo Schwander) 603

Schweizer Praxis zu den Menschenrechten (2019)

Nadja Braun Binder*

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Rechtsetzung und politische Entwicklungen
 - A. Europarat
 - B. Vereinte Nationen
 - C. Schweiz
- III. Rechtsprechung
 - A. EMRK
 - B. Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung für die Dauer eines Strafverfahrens zur Verfolgung von Menschenhandel (BGE 145 I 308)
 - C. Konventionsrechtlicher Rahmen zum Schutz der Fahrenden (BGE 145 I 73)
 - D. *Ne bis in idem* – Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine stationäre therapeutische Massnahme nur wenn Massnahmenvoraussetzungen bereits im Zeitpunkt des Urteils vorlagen (BGE 145 IV 383)
 - E. Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 24 UNO-Behindertenrechtskonvention – mit Ausnahme des Diskriminierungsverbots (BGE 145 I 142)
 - F. Hinweis auf das noch nicht in Kraft getretene Übereinkommen des Europarates zur Verhütung von Terrorismus (BGE 145 I 142)

I. Einleitung

Der folgende Bericht zur Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2019 ist in zwei Teile gegliedert. In einem ersten Teil (II.) werden die wichtigsten Entwicklungen im Bereich der Rechtsetzung und der Berichterstattung zu menschenrechtsrelevanten Themen sowie zum Abschluss, zur Ratifikation und zur Umsetzung internationaler Konventionen und Empfehlungen im Bereich der Menschenrechte skizziert. Vielfach handelt es sich dabei um Vorgänge, die sich nicht genau auf das Berichtsjahr beschränken, sondern bereits davor begonnen haben und auch darüber hinaus stattfinden. In diesem Beitrag wird deshalb zwar ein Schwerpunkt auf das Berichtsjahr 2019 gelegt, aber auch auf vorangehende bzw. nachfolgende Entwicklungen hinge-

* Professorin für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Die Autorin dankt ihren Mitarbeiterinnen, Frau Eliane Kunz und Frau Barbara Schaub, MLAW, für die tatkräftige und effiziente Unterstützung bei den Recherche- und Auswertungsarbeiten zu diesem Beitrag. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 29.06.2020 abgerufen.

wiesen. Ein zweiter Teil (III.) bezieht sich auf die Rechtsprechung zu den Menschenrechten im Jahr 2019. Es wird in erster Linie die bundesgerichtliche Rechtsprechung dargestellt; relevante bundesverwaltungsgerichtliche Urteile werden ebenfalls berücksichtigt. Bei der Zusammenstellung der Entwicklungen in II. und III. handelt es sich um eine Auswahl der nach Ansicht der Autorin relevantesten Geschäfte und Urteile – ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

II. Rechtsetzung und politische Entwicklungen

Im Berichtsjahr 2019 lassen sich zwei thematische Schwerpunkte besonders hervorheben. Das erste Thema stellen die Rechtsetzungsarbeiten im Bereich der Terrorismusbekämpfung dar. Ins Berichtsjahr fällt die Verabschiedung der Botschaft des Bundesrates zur Umsetzung des Übereinkommens und Zusatzprotokolls zur Verhütung des Terrorismus (II.A.1.). Die Bedeutung dieser Arbeiten zeigt sich auch darin, dass das Bundesgericht in einem im Berichtsjahr gefällten Urteil bereits auf die geplanten Regelungen hinweist.¹ Der zweite Themenbereich betrifft das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative im Bereich der Aussenpolitik. Ins Berichtsjahr fällt etwa die Auswertung der Vernehmlassung zum Verfassungsrevisionsentwurf des Bundesrates, mit dem völkerrechtliche Verträge, die aufgrund ihrer Bedeutung auf der gleichen Stufe wie die Bundesverfassung stehen, dem obligatorischen Referendum unterstellt werden sollen (II.C.2.), aber auch der Bericht des Bundesrates zur Konsultation und Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law (II.C.3).

Im Folgenden werden diese und weitere Geschäfte in drei Kapitel zusammengefasst. In einem ersten Kapitel (A.) geht es um den Stand der Umsetzung von Übereinkommen des Europarates, ein zweites Kapitel (B.) bezieht sich auf Geschäfte mit Bezug zu den Vereinten Nationen und im letzten Kapitel (C.) geht es um Vorgänge, die ihren Ausgangspunkt in der Schweiz haben.

A. Europarat

1. Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus

Der Bundesrat will das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus² und dessen Zusatzprotokoll³ umsetzen sowie das strafrechtliche Instrumen-

1 BGE 145 I 142; vgl. dazu infra III.F.

2 BBl 2018 6541.

3 BBl 2018 6559.

tarium gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität verstärken. Am 14. September 2018 verabschiedete er deshalb die Botschaft zu deren Umsetzung.⁴

Die Vorlage des Bundesrates sieht unter anderem vor, dass einzelne strafgesetzliche Kriterien für das Vorliegen einer kriminellen oder terroristischen Organisation angepasst⁵ und die Strafandrohung für Personen, die innerhalb einer kriminellen oder terroristischen Organisation Einfluss ausüben, sowie für Personen, die eine terroristische Organisation unterstützen oder sich an ihr beteiligen, erhöht werden sollen. Darüber hinaus schlägt der Bundesrat Anpassungen des Organisationsverbots nach Art. 74 des Nachrichtendienstgesetzes⁶ und die Aufnahme neuer Bestimmungen im Bundesgesetz über die Rechtshilfe in Strafsachen⁷ zur vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln und zum Einsatz von gemeinsamen Ermittlungsgruppen vor. Ausserdem soll die internationale Zusammenarbeit zwischen den Meldestellen für Verdachtsmeldungen im Kampf gegen die Terrorismusfinanzierung gestärkt werden. Zu diesem Zweck schlägt der Bundesrat eine Erweiterung der Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei vor.

Am 9. Dezember 2019 ist der Ständerat als Erstrat auf die Vorlage eingetreten, hat sie aber umgehend an die vorberatenden Kommissionen zurückgewiesen. Hauptgrund dafür ist, dass sich neben der Sicherheitspolitischen Kommission auch die Rechtskommission damit befassen sollte, da es nicht nur um Terrorismusbekämpfung gehe, sondern insbesondere auch um den Bereich der Rechtshilfe.⁸ Am 9. März 2020 hat der Ständerat über die Vorlage erneut beraten und die Massnahmen des Bundesrates grundsätzlich gutgeheissen, allerdings hat er das Strafmass verschiedentlich verschärft.⁹

4 Botschaft des Bundesrates vom 14. September 2018 zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018 6427.

5 Darauf bezieht sich das Bundesgericht in einem seiner Urteile aus dem Berichtsjahr, vgl. BGE 145 I 142 sowie infra III.F.

6 Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015, SR 121.

7 Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981, SR 351.1.

8 Amtl. Bull. 2019 StR 1103–1106. Das Schicksal teilt die Vorlage mit einem weiteren Entwurf des Bundesrates im Bereich der Terrorismusbekämpfung, vgl. Botschaft des Bundesrates vom 22. Mai 2019 zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, BBl 2019 4751 sowie Amtl. Bull. 2019 StR 1106–1109.

9 Amtl. Bull. 2020 StR 71–83.

2. Datenschutzkonvention des Europarates (Änderung)

Im Oktober 2019 hat der Bundesrat das Änderungsprotokoll 223 zur Datenschutzkonvention des Europarates¹⁰ unterzeichnet.¹¹ Damit will sich der Bundesrat zu einem international anerkannten Datenschutzstandard bekennen und den Schutz von Personendaten in den Vertragsländern stärken. Ausserdem soll der grenzüberschreitende Datenverkehr im öffentlichen Sektor sowie in der Privatwirtschaft erleichtert werden. Am 6. Dezember 2019 hat der Bundesrat die Botschaft über die Genehmigung des Änderungsprotokolls 223 verabschiedet.¹² Das Geschäft wurde in der ersten Jahreshälfte 2020 in beiden Räten behandelt; sowohl der National- als auch der Ständerat haben der Vorlage zugestimmt.¹³ Sobald die Totalrevision des Datenschutzgesetzes beschlossen ist, kann die modernisierte Datenschutzkonvention des Europarates von der Schweiz ratifiziert werden.

B. Vereinte Nationen

1. Nationaler Aktionsplan zur Umsetzung der Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte

Im Berichtsjahr haben das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) betroffene Akteure (Unternehmen, NGO, Gewerkschaften, Hochschulen) sowie die Departemente des Bundes konsultiert, um den Aktionsplan zur Umsetzung der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte für den Zeitraum 2020–2023 zu aktualisieren.¹⁴ Am 15. Januar 2020 hat der Bundesrat den revidierten Aktionsplan gutgeheissen.¹⁵ Der Aktionsplan sieht namentlich die Schaffung von Fördermassnahmen zur Umsetzung der menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung (Tools, Leitfäden etc.) und die Zusammenarbeit mit Multi-Stakeholder-Initiativen vor, die insbesondere KMU unterstützen können.

10 Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, SEV Nr. 223, aufgelegt zur Unterzeichnung am 10. Oktober 2018.

11 Vgl. <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76861.html>>.

12 Botschaft zur Genehmigung des Protokolls vom 10. Oktober 2018 zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 6. Dezember 2019, BBl 2019 565.

13 Amtl. Bull. 2020 NR 279; Amtl. Bull. 2020 StR 295.

14 Geschäftsbericht 2019 des Bundesrates – Band II, 11, <<https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/fuehrungsunterstuetzung/geschaeftsbericht.html>>.

15 Vgl. <<https://www.nap-bhr.admin.ch/napbhr/de/home.html>>.

2. Änderungen des Römer Statuts

Am 29. Mai 2019 hat der Bundesrat die Botschaft zur Genehmigung der Änderungen vom 14. Dezember 2017 des Römer Statuts verabschiedet.¹⁶ Damit soll die Gerichtsbarkeit des Strafgerichtshofs erweitert werden. Er soll neu die Verwendung von biologischen Waffen, blindmachenden Laserwaffen und Waffen, die durch Splitter verletzt, die durch Röntgenstrahlen nicht entdeckt werden können, als Kriegsverbrechen ahnden können. Das Parlament hat die Vorlage im Herbst und Winter 2019 beraten, und in der Schlussabstimmung vom 20. Dezember 2019 haben beide Räte der Vorlage zugestimmt.¹⁷ Damit kann der Bundesrat die Änderungen ratifizieren.

Am 6. Dezember 2019 hat die Versammlung der Vertragsstaaten eine weitere von der Schweiz eingebrachte Änderung am Römer Statut verabschiedet.¹⁸ Diese macht das Aushungern von Zivilisten in Bürgerkriegen zum Kriegsverbrechen.

3. Achter periodischer Bericht der Schweiz zuhanden des UNO-Ausschusses gegen Folter

Am 21. Juni 2019 hat der Bundesrat den achten periodischen Bericht der Schweiz zuhanden des UNO-Ausschusses gegen Folter (CAT)¹⁹ verabschiedet. Der Ausschuss gegen Folter hatte der Schweiz anlässlich seiner 62. Sitzung (6. November bis 6. Dezember 2017) eine Liste von Punkten übermittelt, welche die Schweiz im achten Bericht nun klärt. So stellt der Bundesrat zum Beispiel klar, dass Folter in der Schweiz strafbar ist, und skizziert die entsprechenden nationalen Rechtsnormen. Nach Ansicht des Bundesrates ist deshalb die Einführung einer weiteren Strafbestimmung nicht notwendig.²⁰ Er erörtert ferner die Bestimmungen und Praxis zur Auslieferung, zur Beachtung des Rückschiebungsverbots, zum Asylverfahren sowie zu Einreiseverweigerungen und Wegweisungen.

16 Botschaft des Bundesrates vom 29. Mai 2019 zur Genehmigung der Änderungen vom 14. Dezember 2017 des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, BBl 2019 3909.

17 Vgl. <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48219>>.

18 Vgl. <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77442.html>>.

19 Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.254444/414/2018/00002. Vgl. auch <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/57401.pdf>>.

20 Ziff. 9 des Berichts, supra Fn. 19.

C. Schweiz

1. Verordnung gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt

Der Bundesrat hat am 13. November 2019 die Verordnung über Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt²¹ verabschiedet. Diese trat am 1. Januar 2020 in Kraft. Damit wurde die rechtliche Grundlage für Massnahmen zur Verhütung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt geschaffen. Gefördert werden zum Beispiel nationale Informations- und Sensibilisierungskampagnen, Bildungsmassnahmen für Fachpersonen und Präventionsprojekte für gewaltbetroffene oder für Gewalt ausübende Personen. Für die Vergabe der Gelder ist das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) zuständig.

Der Erlass der Verordnung ist im Kontext der Istanbul-Konvention²² zu sehen.²³ Darin hat sich die Schweiz zu einem umfassenden Engagement gegen physische, psychische und sexuelle Gewalt gegen Frauen sowie gegen Stalking, Zwangsheirat, weibliche Genitalverstümmelung und Zwangsabtreibung verpflichtet. Im Bereich der häuslichen Gewalt gilt der Schutz allen betroffenen Personen, unabhängig vom Geschlecht. Übergeordnetes Ziel der Istanbul-Konvention ist es, Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt europaweit auf vergleichbarem Niveau zu verhüten und zu verfolgen. Im Sinne einer allgemeinen Sorgfaltspflicht sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Massnahmen zu treffen, um alle in den Geltungsbereich der Konvention fallenden Formen von Gewalt durch natürliche oder juristische Personen zu verhüten.²⁴

2. Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter (Mo. Caroni 15.3557)

Am 16. August 2018 wurde das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung der Bundesverfassung eröffnet, mit der völkerrechtliche Verträge, die aufgrund ihrer Bedeutung auf der gleichen Stufe wie die Bundesverfassung stehen, dem obligatorischen Referendum unterstellt werden sollen. Die Vernehmlassungsvorlage geht auf die Mo-

tion 15.3557²⁵ des damaligen Nationalrates und späteren Ständerates Andrea Caroni zurück und verlangt die Verankerung eines obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter. Die Vernehmlassung wurde Ende 2019 ausgewertet. Am 15. Januar 2020 hat der Bundesrat die Ergebnisse zur Kenntnis genommen und die entsprechende Botschaft verabschiedet.²⁶

Mit der Vorlage soll kein neues Referendumsrecht geschaffen werden, sondern im Wesentlichen ins geschriebene Verfassungsrecht überführt werden, was heute als Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts anerkannt ist. Nach verbreiteter Auffassung ist das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter bereits heute Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts (obligatorisches Referendum sui generis).²⁷ Nach dem vorgeschlagenen Art. 140 Abs. 1 lit. b^{bis} BV unterstehen völkerrechtliche Verträge dann dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum, wenn sie Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten. Gemeint sind namentlich Bestimmungen, die in den Bestand der Grundrechte eingreifen, zu einer Verschiebung von Bundes- und Kantonskompetenzen führen oder die Grundzüge der Organisation oder des Verfahrens der Bundesbehörden verändern. Ferner werden Volk und Ständen Verträge auch dann obligatorisch zur Abstimmung unterbreitet, wenn deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert.

3. Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law

Am 26. Juni 2019 hat der Bundesrat in Erfüllung des Postulats 18.4104²⁸ einen Bericht verabschiedet.²⁹ Darin hält er fest, dass sich Soft Law zu einem Gestaltungsinstrument der internationalen Beziehungen entwickelt hat. Er erachtet es als vordringlich, die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, damit das Parlament Soft-Law-Instrumente besser einordnen und seine Mitwirkungsrechte gezielter wahrnehmen kann. Der Bundesrat will keine neuen Rechtsgrundlagen schaffen, dafür aber insbesondere die Information der Legislative verbessern, damit das Parlament bestehende Mitwirkungsinstrumente tatsächlich nutzen kann. Insbesondere

21 SR 311.039.7.

22 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, abgeschlossen in Istanbul am 11. Mai 2011, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2018, SR 0.311.35. Vgl. auch MICHEL HOTTELLIER & VINCENT MARTENET, «La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2016», 27 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2017), 363–399, 366.

23 Vgl. Erläuternder Bericht zur Verordnung über Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, Januar 2020, <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/haeusliche-gewalt/Verordnung_gegen_Gewalt.html>.

24 Ibid., 3.

25 Motion Caroni vom 15. Juni 2015 «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter», <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153557>>.

26 Botschaft zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung) vom 15. Januar 2020, BBl 2020 1243.

27 BBl 2020 1247.

28 Postulat der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates vom 12. November 2018 «Konsultation und Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20184104>>.

29 Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 18.4104, Aussenpolitische Kommission SR, 12. November 2018, Konsultation und Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/57588.pdf>>.

beabsichtigt der Bundesrat, Parlamentarierinnen und Parlamentarier verstärkt zu konsultieren, ihnen verbesserte Informationsunterlagen zur Verfügung zu stellen und ihnen regelmässig über relevante Soft-Law-Vorhaben Bericht zu erstatten.³⁰

Ob das Parlament sich mit diesen Massnahmen zufriedengibt, wird sich zeigen. Am 20. Januar 2020 hat die Aussenpolitische Kommission des Ständerates entschieden, einer parlamentarischen Initiative der SVP-Fraktion, «Soft Law durch die Bundesversammlung genehmigen lassen»³¹, Folge zu gegeben. Am 13. Januar 2020 hat die Kommission ausserdem eine Subkommission eingesetzt, die prüfen soll, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die parlamentarischen Mitwirkungsrechte in der Aussenpolitik auch im Zusammenhang mit Soft Law zu gewährleisten.³²

Klar ist, dass die Entwicklungen im Bereich des Soft Law auch aus Sicht des Schutzes der Menschenrechte von zentralem Interesse sind. So verweist der Bundesrat in seinem Bericht etwa auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Präzisierung der für die Haftbedingungen im Gefängnis relevanten Grund- und Menschenrechte, die sich verschiedentlich auf die Europaratsempfehlung über Europäische Strafvollzugsgrundsätze sowie auf den einschlägigen Kommentar des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter stützen.³³

4. Eidgenössische Volksinitiativen

Die folgende Auflistung ausgewählter eidgenössischer Volksinitiativen folgt dem Stand der Bearbeitung der Initiative, ausgehend vom Start zur Unterschriftensammlung bis zur Behandlung durch das Parlament bzw. zur Durchführung der Volksabstimmung.³⁴ Im Berichtsjahr fand keine Volksabstimmung über eine Volksinitiative mit Relevanz für den Schutz von Menschenrechten statt.

a) Start zur Unterschriftensammlung

Im Berichtsjahr ist folgende Volksinitiative mit Relevanz für den Schutz von Menschenrechten zur Unterschriftensammlung gestartet:

- Eidgenössische Volksinitiative «Hilfe vor Ort im Asylbereich»³⁵: Die Initianten wollen in einem neuen Art. 121b BV unter anderem eine Verpflichtung für die

30 Siehe auch <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-75590.html>>.

31 Parlamentarische Initiative 18.466 der Fraktion der SVP vom 29. November 2018, «Soft Law durch die Bundesversammlung genehmigen lassen», <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180466>>.

32 Vgl. <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-apk-s-2020-01-14.aspx?lang=1031>>.

33 Bericht, supra Fn. 29, 6 mit Verweis auf BGE 141 I 125, E. 3.2.

34 Eine chronologische Auflistung sämtlicher eidgenössischen Volksinitiativen findet sich unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_1.html>.

35 Vorprüfung vom 24. September 2019, BBl 2019 662; Sammelbeginn am 8. Oktober 2019.

Schweiz vorsehen, in Zusammenarbeit mit anderen Ländern Schutzgebiete im Ausland zu schaffen, in denen Personen aus dem Asylbereich im oder möglichst nahe am Herkunftsland untergebracht, betreut und geschützt werden können.

b) Zustande gekommen

Die folgende eidgenössische Volksinitiative ist im Jahr 2019 zustande gekommen:

- Eidgenössische Volksinitiative «Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)»³⁶: Mit der Initiative soll der Bund verpflichtet werden, die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kriegsmaterial sowie dessen Herstellung, Beschaffung und Vertrieb gesetzlich zu regeln. Auslandsgeschäfte mit Kriegsmaterial sind unter anderem dann verboten, wenn das Bestimmungsland Menschenrechte systematisch und schwerwiegend verletzt.

c) Botschaft des Bundesrates

Zu den folgenden eidgenössischen Volksinitiativen hat der Bundesrat im Berichtszeitraum eine Botschaft verabschiedet:

- Eidgenössische Volksinitiative «Für ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten»³⁷: In einem neuen Art. 107a BV soll ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten für die Schweizerische Nationalbank, Stiftungen sowie Einrichtungen der staatlichen und beruflichen Vorsorge verankert werden.

Der Bundesrat beantragt den eidgenössischen Räten in seiner Botschaft, die Initiative dem Volk und den Ständen ohne direkten Gegenentwurf oder indirekten Gegenvorschlag zur Ablehnung zu empfehlen.³⁸

- Eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot»³⁹: Die Initiative fordert die Formulierung des neuen Art. 10a BV. Die Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum und an Orten, die öffentlich zugänglich sind, soll verboten werden. Ausnahmen sollen aus Gründen der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums möglich sein. Die Initiative enthält überdies das Verbot, eine Person aufgrund ihres Geschlechts zu zwingen, ihr Gesicht zu verhüllen.

Der Bundesrat beantragt dem Parlament, die Volksinitiative dem Volk und den Ständen zur Ablehnung zu empfehlen. Er unterbreitet dem Parlament ferner

36 Zustande gekommen am 16. Juli 2019, BBl 2019 5147.

37 Botschaft des Bundesrates vom 14. Juni 2019 zur Volksinitiative «Für ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten», BBl 2019 5115.

38 BBl 2019 5117.

39 Botschaft des Bundesrates vom 15. März 2019 zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», BBl 2019 2913.

einen indirekten Gegenvorschlag in Form eines Bundesgesetzes⁴⁰, in dem er dem Umstand Rechnung tragen will, dass es Fälle gibt, in denen das Tragen gesichtsverhüllender Kleidungsstücke problematisch sein kann, z. B. wenn es darum geht, dass eine Behörde eine Person identifizieren muss.⁴¹

d) Vom Parlament behandelt

Über die folgende eidgenössische Volksinitiative hat das Parlament im Berichtszeitraum beschlossen:

- Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)»⁴²: Diese Initiative verlangt eine eigenständige Regelung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern in die Schweiz ohne Personenfreizügigkeit; auch neue völkerrechtliche Verträge dürfen keine Personenfreizügigkeit gewähren. Der Bundesrat soll das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU (FZA) auf dem Verhandlungsweg ausser Kraft setzen. Dies hat innerhalb von zwölf Monaten nach Annahme der Initiative zu erfolgen. Falls dies nicht gelingt, hat der Bundesrat das FZA innert weiteren 30 Tagen zu kündigen.

Die Bundesversammlung empfiehlt dem Volk und den Ständen, die Initiative abzulehnen.⁴³ Der Bundesrat hat in seiner Botschaft ebenfalls beantragt, die Initiative abzulehnen und ihr keinen direkten Gegenentwurf oder indirekten Gegenvorschlag entgegenzustellen.⁴⁴ Die Initiative soll am 27. September 2020 zur Abstimmung kommen,⁴⁵ nachdem die ursprünglich für den 17. Mai 2020 ange setzte Volksabstimmung coronabedingt nicht durchgeführt wurde.⁴⁶

III. Rechtsprechung

Von den Urteilen im Berichtszeitraum fällt insbesondere das Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2019⁴⁷ ins Auge, das sich mit dem zulässigen Alter bei Geltendmachung des Anspruchs auf Familiennachzug aus Art. 8 EMRK auseinandersetzt. Es hält daran fest, dass Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eines volljährigen Kindes zur Anerkennung eines Anspruchs auf Familiennachzug allein aufgrund dieser Bestimmung grundsätzlich für unzulässig zu erklären seien. Gleichzeitig anerkennt das Bundesgericht, eine diesbezügliche Praxisänderung des Bundes-

40 Entwurf vom 15. März 2019 eines Bundesgesetzes über die Gesichtsverhüllung, BBl 2019 2953.

41 BBl 2019 2915 f.

42 Beschluss des Parlaments am 20. Dezember 2019, BBl 2019 8651.

43 BBl 2019 8652.

44 BBl 2019 5030.

45 Vgl. <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78939.html>>.

46 BBl 2020 2461.

47 BGE 145 I 227.

verwaltungsgerichts für Beschwerden vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. III.A.3).

Die folgende Darstellung enthält zuerst (A.) jene Urteile, die sich auf Bestimmungen der EMRK beziehen, und behandelt sodann einzelne Urteile (B.–F.), die sich (auch) auf andere internationale Konventionen stützen, namentlich das Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels (B.), EMRK und UNO-Pakt II (C.), UNO-Pakt II (D.), die **Behindertenrechtskonvention** (E.) sowie das Übereinkommen des Europarates zur **Verhütung von Terrorismus** (F.).

A. EMRK

1. Keine Revision eines Bundesgerichtsentscheids nach EGMR-Urteil (BGE 145 III 165)

Im hier anzuzeigenden Urteil⁴⁸ ging es um die Revision eines Bundesgerichtsentscheids aus dem Jahr 2012.⁴⁹ Damals hatte das Bundesgericht der GRA-Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus verboten, einen Bericht über die Äusserungen eines SVP-Jungpolitikers im Vorfeld der Abstimmung über die Eidgenössische Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten»⁵⁰ auf ihrer Internetseite oder in anderen Publikationsmitteln unter dem Titel «verbaler Rassismus» zu publizieren. Für den Fall der Missachtung dieses Publikationsverbots wurde der Stiftung eine Strafe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) angedroht. Am 13. März 2013 reichte die Stiftung eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit ein. Der EGMR stellte am 9. Januar 2018 einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK⁵¹ fest.⁵²

Trotz des EGMR-Urteils lehnte das Bundesgericht eine Revision von BGE 138 III 641 ab bzw. trat auf das Revisionsgesuch nicht ein. Es hielt die Revision nicht für notwendig (Art. 122 lit. c BGG), da sich der konventionskonforme Zustand auf dem ordentlichen Rechtsweg herstellen lasse.⁵³ Die Stiftung könne nämlich unter Vorlage des EGMR-Urteils beim Vollstreckungsgericht um Einstellung der Vollstreckung ersuchen.⁵⁴ Das Publikationsverbot als solches müsse nicht aufgehoben werden, um die Folgen der Verletzung von Art. 10 EMRK zu beseitigen. Dies setze auch der EGMR nicht voraus. Vielmehr seien für die Umsetzung der Urteile die Vertragsstaa-

48 BGE 145 III 165.

49 BGE 138 III 641.

50 Abgestimmt am 29. November 2009, vgl. BBl 2010 3437.

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

52 EGMR Nr. 18597/13 vom 9. Januar 2018 – GRA-Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland.

53 BGE 145 III 165, E. 3.3.5.

54 Ibid., E. 3.3.3.

ten im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens zuständig. Ein gerichtliches Publikationsverbot, dessen Vollstreckbarkeit im Vollstreckungsverfahren beseitigt werde, habe keinen Nachteil.⁵⁵ Kommentare zu diesem Urteil merken allerdings kritisch an, dass die Stiftung aufgrund der Ablehnung der Revision Kostenfolgen zu tragen habe.⁵⁶

2. Strafrechtliche Landesverweisung und Art. 8 EMRK

Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und – als kumulative Voraussetzung⁵⁷ – wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Härtefallklausel). Ein solcher Härtefall lässt sich bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das Privat- und Familienleben (Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK) annehmen. Mehrere Urteile im Berichtszeitraum befassen sich mit der Frage, ob ein Eingriff in den aus Art. 8 EMRK gewährleisteten Anspruch als Härtefall i. S. v. Art. 66a Abs. 2 StGB zu qualifizieren ist.⁵⁸

a) Kein Härtefall, da keine nähere Beziehung zum Sohn (BGer 6B_131/2019)

Diese Frage hat das Bundesgericht im Falle eines türkischen Staatsangehörigen verneint, der im Alter von 16 Jahren in die Schweiz kam, sich seit 32 Jahren in der Schweiz aufhielt, ein zehnjähriges Kind hatte und mit einer Serbin verheiratet war, die ein Kind von ihm erwartete. Die Berufung auf die Achtung seines Privatlebens (Art. 8 Ziff. 1 EMRK) entbehre einer rechtlich tragfähigen tatsächlichen Basis, da der Beschwerdeführer zu seinem zehnjährigen Sohn keine nähere Beziehung habe. Er kenne dessen Geburtsdatum nicht, leiste keine Unterhaltszahlungen und behaupte lediglich, das Kind sporadisch zu besuchen.⁵⁹

55 BGE 145 III 165, E. 3.3.4.

56 ANDREAS STÖCKLI, «Wege zur Umsetzung der Menschenrechtskonvention in der Schweiz», Plädoyer (2019), 20–23; PIERRE TSCHANNEN, ANDREAS LIENHARD, FRANZISKA SPRECHER, AXEL TSCHENTSCHER & FRANZ ZELLER, «Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019» (1/2), Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (2019), 663–703, 694.

57 Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, «Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung», Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (2020), 227–248, 234 f.

58 In diesem Beitrag werden nicht alle Urteile aufgeführt. Weitere Urteile im Berichtszeitraum betreffen ferner den Widerruf oder die Nichtverlängerung von Aufenthaltsbewilligungen und Art. 8 EMRK. Vgl. z.B. BGer 2C_493/2018 (9. Dezember 2019), BGer 2C_511/2019 (28. November 2019), oder BGer 2C_818/2018 (25. November 2019).

59 BGer 6B_131/2019 (27. September 2019), E. 2.5.5.

b) Keine Beschwerdebefugnis für Familienmitglieder (BGE 145 IV 161)

Den Familienmitgliedern der beschuldigten Person, gegen die eine Landesverweisung ausgesprochen wurde, steht keine Beschwerdebefugnis zu, auch wenn sie sich aufgrund ihrer engen Bindung auf Art. 8 EMRK berufen könnten. Im konkreten Fall ging es um die Lebensgefährtin und das Kind eines Mannes, gegen den eine Landesverweisung aus der Schweiz für eine Dauer von drei Jahren angeordnet worden war. Das Bundesgericht führte aus, dass der EGMR zwar darauf hinweise, dass Art. 8 und 13 EMRK dem Ausländer die tatsächliche Möglichkeit verleihen müsse, einen Entscheid anzufechten, der sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzen könnte, aber nie einen Staat dazu verpflichte, Personen an einem Strafverfahren zur Anfechtung der Landesverweisung ihres Familienangehörigen teilnehmen zu lassen.⁶⁰ Im Gegensatz zum Ausländer, der das Gebiet der Schweiz verlassen und seine Familie darin zurücklassen müsse, erlitten die Mitglieder der Familie des Ausgewiesenen wegen des Ausweisungsentscheides keine Verletzung ihres Rechts auf Achtung des Familienlebens, sondern allenfalls aus Reflexwirkung, wenn sie – in der Annahme, dass sie berechtigt seien, in der Schweiz zu bleiben – die Wahl treffen, dem Ausgewiesenen nicht in sein Ursprungsland zu folgen.⁶¹

c) Verzicht auf Landesverweisung wegen Härtefall erfordert stringente Begründung (BGer 6B_48/2019)

Wird von einer Landesverweisung aufgrund eines Härtefalls abgesehen, dann ist dies gut zu begründen. In einem Urteil vom 9. August 2019⁶² hatte sich das Bundesgericht mit einer Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zu befassen, die u. a. die Anordnung der Landesverweisung gegen eine Staatsangehörige der Dominikanischen Republik verlangte, die wegen qualifizierter Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g i. V. m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu 20 Monaten Freiheitsstrafe, unter Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe mit einer Probezeit von 4 Jahren, verurteilt worden war. Die Vorinstanz hatte von einer Landesverweisung i. S. von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB abgesehen.

Die Frau hatte drei Kinder (geb. 1996, 1998 und 2002), wobei das jüngste Kind bei der Mutter lebte und 2018 eine Lehre begonnen hatte.⁶³ Die Vorinstanz kam zwar zum Schluss, dass ein schwerer persönlicher Härtefall nicht vorliege.⁶⁴ Allerdings hielt sie auch fest, dass eine Landesverweisung nur bei einer Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK zulässig sei. Wegen der drei Kinder würde die Landesverweisung im vorliegenden Fall Art. 8 EMRK tangieren. Für den jüngsten Sohn zeichne sich keine

60 BGE 145 IV 161 (= Pra 2019 Nr. 128), E. 3.2.

61 Ibid., E. 3.3. Vgl. auch OBERHOLZER, supra Fn. 57, 247.

62 BGer 6B_48/2019 (9. August 2019).

63 Ibid., E. 2.3.2.

64 Ibid., E. 2.3.3.

tragbare Alternative ab, um seine Lehre erfolgreich weiterzuführen. Die Vorinstanz kam deshalb zum Schluss, dass das öffentliche Interesse den Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens nicht zu rechtfertigen vermöge.⁶⁵

Das Bundesgericht hielt dagegen fest, dass die Vorinstanz keine effektive bundesrechtskonforme Prüfung der Voraussetzungen sowohl von Art. 66a StGB als auch jener unter dem Titel von Art. 8 EMRK durchgeführt habe.⁶⁶ Das Bundesgericht verwies auf das EGMR-Urteil in Sachen *I.M. v. Switzerland* vom 9. April 2019⁶⁷, in dem der EGMR den nationalen Behörden bei der Beurteilung einer Ausweisung zwar ein gewisses Ermessen einräumt, Art. 8 EMRK jedoch wegen oberflächlicher Prüfung als verletzt erkennt.⁶⁸ Falls eine Landesverweisung Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK berühre, sei der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen. Das Bundesgericht listete sodann die bereits im Urteil *Üner v. The Netherlands* vom 18. Oktober 2006⁶⁹ resümierten Kriterien auf, von denen sich die nationalen Instanzen leiten lassen sollen:⁷⁰

1. die Natur und Schwere der Straftat;
2. die Dauer des Aufenthalts im ausweisenden Staat;
3. die seit der Straftat abgelaufene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit;
4. die Nationalität der betroffenen Personen;
5. die familiäre Situation, die Dauer der Ehe und andere Umstände, die ein tatsächliches Familienleben des Paares bezeugen;
6. ob der Ehepartner/die Ehepartnerin bei der Familiengründung von der Straftat Kenntnis hatte;
7. ob in der Ehe Kinder geboren wurden und deren Alter;
8. die Schwere der vom Ehepartner/von der Ehepartnerin im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten;
9. das Interesse und das Wohl der Kinder, insbesondere die Schwere der von den Kindern im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten;
10. die Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen mit dem Gastland und mit dem Zielland.
11. In Rechnung gestellt werden müssen ebenfalls die besonderen Umstände des Einzelfalls, beispielsweise die medizinischen Umstände oder die temporäre oder definitive Natur des Landesverbots.
12. Die Gerichte müssen ihre Entscheide in hinreichend genauer Weise begründen.

65 BGer 6B_48/2019 (9. August 2019), E. 2.3.3.

66 Ibid., E. 2.6.

67 EGMR Nr. 23887/16 vom 9. April 2019 – *I.M. v. Switzerland*.

68 BGer 6B_48/2019 (9. August 2019), E. 2.5.

69 EGMR Nr. 46410/99 vom 18. Oktober 2006 – *Üner v. The Netherlands*.

70 BGer 6B_48/2019 (9. August 2019), E. 2.5.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gut, hob das Urteil auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.⁷¹

3. Geltendmachung des Anspruchs auf Familiennachzug aus Art. 8 EMRK
 - a) Praxisänderung des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich des Eintritts der Volljährigkeit im Laufe des Verfahrens (BVGer F-3045/2016)

Am 25. Juli 2018 fällte das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil, mit dem es von seiner bisherigen Praxis abwich.⁷² Bis dahin wurde für die Anwendbarkeit des Rechts auf Achtung des Familienlebens i. S. v. Art. 8 EMRK darauf abgestellt, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Urteils der Beschwerdeinstanz noch minderjährig war. Das während des Verfahrens volljährig gewordene Kind konnte in der Regel sein auf Art. 8 EMRK beruhendes Recht nicht mehr geltend machen. In seinem Urteil vom 25. Juli 2018 kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass ein Recht auf Familiennachzug auch dann noch aus Art. 8 EMRK abgeleitet werden könne, wenn das Kind im Laufe des Verfahrens volljährig wird.⁷³ Zur Begründung stellte das Bundesverwaltungsgericht auf die jüngste Rechtsprechung des EGMR ab.⁷⁴

- b) Keine Praxisänderung des Bundesgerichts (BGE 145 I 227)

Im Berichtszeitraum befasste sich das Bundesgericht mit derselben Fragestellung, wenn auch anlässlich eines anderen Sachverhalts.⁷⁵ Eine madagassische Staatsangehörige hatte am 19. September 2012 eine Aufenthaltsbewilligung und am 22. Januar 2018 eine Niederlassungsbewilligung erhalten. Ihre beiden Kinder in Madagaskar (geb. am 30.12.1998 und 31.12.2002) stellten am 16. März 2015 einen Antrag auf Familiennachzug. Zu diesem Zeitpunkt war das ältere Kind 16 Jahre alt. Das jüngere Kind erhielt aufgrund des Familiennachzugs zu seiner Mutter eine Aufenthaltsbewilligung. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) lehnte mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 die Einreise des älteren Kindes und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab. Die Begründung stützte sich im Wesentlichen auf den Umstand, dass das Familiennachzugsgesuch verspätet eingereicht worden sei und dass es keine wichtigen familiären Gründe gebe, um einen nachträglichen Familiennachzug

71 BGer 6B_48/2019 (9. August 2019), E. 3.

72 BVGer F-3045/2016 (25. Juli 2018). Vgl. auch CONSTANTIN HRUSCHKA, «Familiennachzug für Minderjährige», *Asyl* (2018), 19–21.

73 BVGer F-3045/2016 (25. Juli 2018), E. 10.

74 Ibid., E. 5 ff.

75 BGE 145 I 227.

zuzulassen. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 4. September 2018 ab.⁷⁶

Das Bundesgericht trat auf die gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht ein. In seinen Erwägungen prüfte es u. a., ob die Beschwerdeführerinnen (die Mutter und das ältere Kind) sich auf Art. 8 EMRK berufen konnten, der das Recht auf Achtung des Familienlebens und unter bestimmten Umständen das Recht auf Familiennachzug garantiert.⁷⁷ Dazu führte es aus, dass anerkannt sei, dass Art. 8 EMRK minderjährigen ausländischen Kindern von Eltern mit gefestigtem Aufenthaltsrecht in der Schweiz ein Anwesenheitsrecht verleihen könne. Nach ständiger Praxis stütze sich das Bundesgericht, wenn es um ein aus Art. 8 EMRK abgeleitetes potenzielles Aufenthaltsrecht gehe, auf das Alter des Kindes im Zeitpunkt seiner Entscheidungsfindung.⁷⁸

Sodann ging das Bundesgericht auf das oben erwähnte praxisändernde Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juli 2018 (F-3045/2016) ein und befasste sich mit der Frage, ob eine Änderung seiner Rechtsprechung notwendig ist.⁷⁹ Dafür wären ernsthafte und objektive Gründe notwendig. Das Bundesgericht anerkannte, dass es grundsätzlich störend wäre, wenn jemand des Anspruchs, seine Rechtssache dem höchsten Gericht des Landes vorlegen zu können, nur deshalb verlustig ginge, weil das vorangegangene Verfahren nicht genügend beförderlich durchgeführt worden war.⁸⁰ Das Bundesgericht sei sich dessen bewusst gewesen, als es die Praxis etablierte, wonach ein ausländisches Kind noch minderjährig sein müsse, um sich für einen Familiennachzug in die Schweiz auf Art. 8 EMRK berufen zu können. Dies führe allerdings nicht zu einer Beeinträchtigung der Gleichbehandlung oder der Vorhersehbarkeit des Rechts, weil im jeweiligen Einzelfall die Besonderheiten, insbesondere der Zeitablauf, berücksichtigt würden («was auch immer die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts dazu ist»⁸¹). Ausserdem bleibe eine Beschwerde oder Klage wegen Rechtsverweigerung insofern denkbar, als eine Verzögerung bei der Bearbeitung eines Familiennachzugsgesuchs zu einer Missachtung der durch Art. 8 EMRK geschützten Rechte führe.⁸²

Das Bundesgericht betonte weiter, dass der EGMR nie den Grundsatz aufgestellt habe, dass ein Kind weiterhin das Recht auf Achtung seines Familienlebens vor den nationalen Behörden, die ihm eine Aufenthaltsbewilligung für den Familiennachzug verweigern, geltend machen können sollte, selbst wenn es während des Verfah-

76 BVGer F-384/2017 (4. September 2018).

77 BGE 145 I 227, E. 3.

78 Ibid., E. 3.1. Den Ursprung dieser Rechtsprechung erörtert das Bundesgericht in Erwägung 5.

79 Ibid., E. 3.3 f.; E. 4 und 6.

80 Ibid., E. 6.2.

81 Ibid., E. 6.2.

82 Ibid., E. 6.2.

rens volljährig geworden ist.⁸³ Zwar sei es vorgekommen, dass der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt hatte, wenn ein Staat die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Familiennachzug eines Kindes verweigerte, auch wenn dieses im Verfahren der nationalen Behörden volljährig geworden war.⁸⁴ In der Folge habe das Bundesgericht seine Praxis aber beibehalten, nicht auf Beschwerden betreffend Familiennachzüge einzutreten, die möglicherweise mit Art. 8 EMRK begründet werden können, wenn die davon berührten Kinder das Alter von 18 Jahren erreicht hatten.⁸⁵ Mit Blick auf das Urteil des EGMR in der Rechtssache *El Ghatet v. Switzerland* vom 8. November 2016,⁸⁶ wonach die Schweiz Art. 8 EMRK verletzt hatte, als sie ein Familiennachzugsgesuch eines Doppelbürgers der Schweiz und Ägyptens für seinen Sohn abwies, der ursprünglich 15 Jahre alt, aber während des Rechtsmittelverfahrens volljährig geworden war, hielt das Bundesgericht fest, dass der EGMR den Umstand, ob Art. 8 EMRK auf das während des Verfahrens volljährig gewordene Kind anzuwenden gewesen wäre, gar nicht geprüft hatte. Vielmehr habe der EGMR darauf abgestellt, dass das vorrangige Interesse des Kindes bei diesem Familiennachzugsgesuch nicht ausreichend berücksichtigt worden sei.⁸⁷

Aus alledem ergebe sich kein objektiv neues Element, das eine Änderung der Rechtsprechung rechtfertige. Aus diesem Grund sei die Praxis zu bestätigen, die darin bestehe, Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eines volljährigen Kindes oder dessen Eltern zur Anerkennung eines Anspruchs auf Familiennachzug allein aufgrund dieser Bestimmung für unzulässig zu erklären, sofern diese Personen nicht in besonderem Mass voneinander abhängig sind.⁸⁸

Abschliessend hielt das Bundesgericht fest, dass seine Praxis auf den Verfahrensvorschriften des Bundesgerichtsgesetzes beruhe. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erfülle demgegenüber andere Funktionen. Das vorliegende Urteil hindere das Bundesverwaltungsgericht deshalb nicht daran, «sich an seine neue Praxis zu halten und weiterhin zu prüfen, ob das SEM in ungerechtfertigter Weise den Anspruch auf Schutz des Familienlebens verletzt, indem dieses Familiennachzugsgesuche für Kinder ablehnt, selbst wenn diese im Verlauf des Verfahrens volljährig geworden sind.»⁸⁹ Die neue Praxis des Bundesverwaltungsgerichts wird damit also nicht infrage gestellt.

83 BGE 145 I 227, E. 6.3.

84 Ibid., E. 6.5.

85 Ibid., E. 6.5.

86 EGMR Nr. 56971/10 vom 8. November 2016 – *El Ghatet v. Switzerland*.

87 BGE 145 I 227, E. 6.6.

88 Ibid., E. 6.7.

89 Ibid., E. 8.

4. Erniedrigende Behandlung, Art. 3 EMRK (BGer 6B_15/2019)

Ein wegen vorsätzlicher Tötung und zahlreicher weiterer Straftaten zu einer langen Freiheitsstrafe verurteilter und verwahrter Mann wurde in eine psychiatrische Klinik verlegt. Bei Eintritt in die Klinik wurden ihm unter Zwang die Kleider gewechselt. Das Bundesgericht prüfte u. a. die Frage, ob eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung i. S. v. Art. 3 EMRK vorlag. Nach dem Bundesgericht kann eine Leibesvisitation mit vollständiger Entkleidung je nach Umständen gegen die Menschenwürde verstossen und eine erniedrigende Behandlung darstellen.⁹⁰ Bei Eintritten zur Behandlung in ärztliche Institutionen sei ein Kleiderwechsel die hygienische Regel und keine Schikane. Bei Einweisung eines gefährlichen, selbst- und fremdgefährdenden Massnahmenpatienten kämen ausserdem Sicherheitsgesichtspunkte hinzu.⁹¹ Entsprechend betrachtete das Bundesgericht das zwangsweise Entkleiden unter den i. c. vorliegenden Umständen nicht als erniedrigende Behandlung.⁹²

5. Leugnung des Holocaust und Meinungsäusserungsfreiheit, Art. 10 EMRK (BGer 6B_350/2019)

Der Beschwerdeführer hatte in antisemitischen Veröffentlichungen u. a. den Holocaust bagatellisiert und den verurteilten Gaskammer-Leugner Robert Faurisson unterstützt. Gegen die Verurteilung wegen Verstosses gegen das strafrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 261bis Abs. 4 StGB) durch das Kantonsgericht Waadt legte der Beschwerdeführer Rekurs beim Bundesgericht ein. Er argumentierte, dass seine Verurteilung sein Grundrecht auf freie Meinungsäusserung (Art. 19 UNO-Pakt II⁹³, Art. 10 EMRK und Art. 16 BV) verletze.⁹⁴ Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch. Es fasste in seinen Erwägungen die EGMR-Rechtsprechung zur Leugnung des Holocaust und Art. 10 EMRK zusammen.⁹⁵ So habe sich der EGMR in verschiedenen Rechtssachen mit der Leugnung von Gaskammern oder dem Bestreiten der Zahl der getöteten Personen befasst. Beispielsweise im Fall *Garaudy*⁹⁶, in dem es um das Buch gegangen sei, das die an der jüdischen Gemeinschaft begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit systematisch infrage stellt. Die Aussagen des Autors seien nicht unter dem Schutz von Art. 10 EMRK gestanden.⁹⁷ Die Infragestellung der Realität eindeutig festgestellter historischer Tatsachen wie den Holo-

90 BGer 6B_15/2019 (15. Mai 2019), E. 2.8., mit Verweis auf BGE 141 I 141, E. 6.3.5.

91 Ibid., E. 2.8.

92 Vgl. auch BGer 6B_15/2019 (15. Mai 2019), E. 2.11.

93 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.2.

94 BGer 6B_350/2019 (29. Mai 2019), E. 2.

95 Ibid., E. 2.1.2.

96 EGMR Nr. 65831/01 vom 24. Juni 2003 – *Garaudy v. France*.

97 BGer 6B_350/2019 (29. Mai 2019), E. 2.1.2.

caust sei nach dem EGMR keineswegs Teil einer historischen Forschungsarbeit, die einer Wahrheitssuche gleiche, sondern stelle eine der schärfsten Formen der rassistischen Diffamierung von und Aufstachelung zum Hass gegen Juden dar.⁹⁸

Zu keinem anderen Ergebnis sei der EGMR im Fall *Dieudonné M'Bala M'Bala* gekommen.⁹⁹ Der Komiker Dieudonné habe Robert Faurisson auf die Bühne eingeladen und ihm damit unter dem Deckmantel einer humoristischen *Darbietung* eine Plattform für die Verbreitung seiner negationistischen Thesen gegeben. Gemäss EGMR könne der Komiker unter den besonderen Umständen des Falles und im Lichte des Gesamtkontextes nicht behaupten, als Künstler mit dem Recht, sich durch Satire, Humor und Provokation auszudrücken, aufgetreten zu sein. Auch hier sei der EGMR zum Schluss gekommen, dass der Ausdruck einer Ideologie, die den Grundwerten der Konvention zuwiderlaufe, nicht unter den Schutz von Art. 10 EMRK falle.¹⁰⁰

Das Bundesgericht stellte fest, dass der zu beurteilende Fall auf der gleichen Linie wie die Rs. *Dieudonné* liege.¹⁰¹ Der Beschwerdeführer habe bei zahlreichen Gelegenheiten seine Unterstützung für die negationistischen Theorien von Robert Faurisson zum Ausdruck gebracht. Die Verurteilung stelle einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit des Beschwerdeführers dar, die zur Wahrung des öffentlichen Interesses (Art. 16, Art. 36 BV) notwendig gewesen sei bzw. eine zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes des guten Rufs oder der Rechte anderer notwendige Massnahme (Art. 10 Ziff. 2 EMRK; Art. 19 Abs. 3 lit. b UNO-Pakt II) darstelle.¹⁰²

B. Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung für die Dauer eines Strafverfahrens zur Verfolgung von Menschenhandel (BGE 145 I 308)

Gemäss Art. 14 Abs. 1 ÜBM¹⁰³ erteilen die Vertragsparteien einem Menschenhandelsopfer einen verlängerbaren Aufenthaltstitel, wenn die zuständige Behörde der Auffassung ist, dass der Aufenthalt des Opfers aufgrund seiner persönlichen Situation (lit. a) oder für die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden bei den Ermittlungen oder beim Strafverfahren (lit. b) erforderlich ist. Das Bundesgericht bestätigt die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung.

98 BGer 6B_350/2019 (29. Mai 2019), E. 2.1.2. mit Bezug auf die Rs. *Garaudy*.

99 EGMR Nr. 25239/13 vom 20. Oktober 2015 – *Dieudonné M'Bala M'Bala v. France*.

100 BGer 6B_350/2019 (29. Mai 2019), E. 2.1.2. mit Bezug auf die Rs. *Dieudonné*.

101 Ibid., E. 2.2.

102 Ibid., E. 2.2.

103 Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels, abgeschlossen in Warschau am 16. Mai 2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2013, SR 0.311.543.

In dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall ging es um eine kenianische Staatsangehörige, die mit der Begründung, Opfer von Menschenhandel geworden zu sein, am 3. Januar 2017 u. a. ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung für die Dauer des polizeilichen Ermittlungs- und Strafverfahrens gestellt hatte.¹⁰⁴ Die Stadtpolizei Zürich teilte der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin am 15. März 2017 mit, dass die Durchführung eines polizeilichen Vorermittlungsverfahrens die Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin erfordere. Die Vorinstanz war der Ansicht, dass die Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin für das Strafverfahren auch dann sichergestellt werden könne, wenn sie im Rahmen des Dublin-Abkommens nach Italien weggeschickt werde.¹⁰⁵ Italien hatte der Beschwerdeführerin vom 14. Juli bis 7. August 2016 ein gültiges Visum ausgestellt.

Den Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung stützte die Beschwerdeführerin auf Art. 14 Abs. 1 lit. b ÜBM, ausgelegt im Lichte von Art. 4 EMRK sowie Art. 6 CEDAW¹⁰⁶. In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht als Erstes fest, dass Art. 14 Abs. 1 lit. a und lit. b ÜBM zwar unterschiedliche Ziele verfolgten – den Schutz des Opfers einerseits (lit. a), die Sicherstellung der Verfügbarkeit des Opfers für die Strafuntersuchung andererseits (lit. b) –, dass die beiden Anliegen aber Hand in Hand gehen, da die Kooperationswilligkeit mit den Strafverfolgungsbehörden das Vertrauen des Opfers in die Behörden voraussetze. Letzteres sei aber nur denkbar, wenn die Schutzbedürfnisse des Opfers von den Behörden angemessen berücksichtigt werden.¹⁰⁷ Unter Bezugnahme auf diesen Normzweck und angesichts des klaren Wortlauts sei der Gehalt von Art. 14 Abs. 1 lit. b ÜBM eindeutig: Ist die für die Abwicklung des Strafverfahrens zuständige Behörde der Auffassung, dass ein weiterer Aufenthalt des Opfers in der Schweiz für die Zwecke des Strafverfahrens erforderlich ist, müssten die Migrationsbehörden eine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilen. Insofern bestehe kein Ermessensspielraum der zuständigen nationalen Migrationsbehörden. Damit bestätigt das Bundesgericht die zuvor bereits in der Literatur geäusserte Einschätzung, wonach Art. 14 Abs. 1 ÜBM *self-executing*, also inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können.¹⁰⁸

In einem nächsten Schritt befasste sich das Bundesgericht mit Art. 4 EMRK. Zu dessen operativer Schutzdimension zähle, dass im Einzelfall der effektive Schutz des

Opfers sichergestellt ist, und in prozeduraler Hinsicht sei es erforderlich, dass das Strafverfahren zeitnah an die Hand genommen und zu Ende geführt wird.¹⁰⁹ Zwar habe sich der EGMR bislang nicht explizit mit der Gewährung eines temporären Aufenthaltstitels als Teilaspekt der operativen oder der prozeduralen Schutzposition befasst, dennoch dränge sich auch im Lichte von Art. 4 EMRK eine Auslegung von Art. 14 Abs. 1 lit. b ÜBM auf, wonach die Migrationsbehörden eine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilen müssen, wenn die Strafverfolgungsbehörden den weiteren Aufenthalt eines Menschenhandelsopfers für die Zwecke des Strafverfahrens als erforderlich betrachten. Denn die Konventionsbestimmungen müssten den ihnen zugedachten Schutzzweck nicht bloss theoretisch, sondern auch praktisch erfüllen. Ausserdem habe der EGMR in einzelnen Urteilen die einschlägigen Bestimmungen des ÜBM erwähnt bzw. wiederholt hervorgehoben, dass Art. 4 EMRK nicht losgelöst von anderen einschlägigen internationalen Abkommen, die ein spezifisches Thema regeln, ausgelegt werden dürfe.

Den von der Beschwerdeführerin ebenfalls ins Feld geführte Art. 6 CEDAW untersuchte das Bundesgericht nicht näher, sondern liess offen, wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält, da (vermeintliche) Opfer von Menschenhandel bereits aufgrund von Art. 14 Abs. 1 lit. b ÜBM einen offensichtlichen Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung hätten, wenn die zuständige Strafverfolgungsbehörde der Auffassung ist, dass ein weiterer Aufenthalt in der Schweiz für die Zwecke des Strafverfahrens erforderlich ist.¹¹⁰

Mit Blick auf den zu beurteilenden Fall sah das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung nach Art. 14 Abs. 1 lit. b ÜBM erfüllt.¹¹¹ Die Stadtpolizei Zürich hat mit Schreiben vom 15. März 2017 zum Ausdruck gebracht, dass die Durchführung eines polizeilichen Vorermittlungsverfahrens die Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin erfordere. Für die Migrationsbehörden bleibt kein Raum, von der Einschätzung der Strafbehörden abzuweichen. Die zeitnahe Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin für das Strafverfahren in der Schweiz kann bei einer Wegweisung im Rahmen des Dublin-Abkommens nach Italien nicht gewährleistet werden.

104 BGE 145 I 308. Auf weitere Aspekte, insbesondere die Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG, wird in diesem Bericht nicht eingegangen.

105 BGE 145 I 308, E. 4.1.

106 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, abgeschlossen am 18. Dezember 1979, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997, SR 0.108.

107 BGE 145 I 308, E. 3.4.2.

108 Vgl. NULA FREI, Menschenhandel und Asyl, Baden-Baden 2018, 209 f., 475; CHARLOTTE ZIHLMANN, «Asile: Lacunes dans la protection des victimes de traite d'être humains», Plaidoyer (2018), 22–27, 26.

109 BGE 145 I 308, E. 3.4.3.

110 Ibid., E. 3.4.4.

111 Ibid., E. 4.1. und 4.2.

C. Konventionsrechtlicher Rahmen zum Schutz der Fahrenden (BGE 145 I 73)

Für einige Aufmerksamkeit hat der Entscheid des Bundesgerichts¹¹² zum Neuenburger Gesetz über Lagerplätze fahrender Gemeinschaften¹¹³ gesorgt.¹¹⁴ Das Gericht hatte sich im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle mit dem erwähnten Gesetz zu befassen. Es prüfte die gerügten Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Bundesverfassung (insbes. Art. 8, 9, 13, 24, 26, 27 BV) bzw. mit dem freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund der Nationalität (Art. 2 FZA) und kam zum Schluss, dass sämtliche Regelungen verfassungskonform sind.¹¹⁵

Erwähnenswert ist für diese Berichterstattung, dass das Bundesgericht vor der Befassung mit den vorgebrachten Rügen den konventionsrechtlichen Rahmen zum Schutz der Fahrenden in allgemeiner Weise darlegte.¹¹⁶ Diesen sah es, *erstens*, in Art. 27 UNO-Pakt II, wonach in Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten den Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden darf, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen. Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 27 UNO-Pakt II ein vor den schweizerischen Gerichten direkt einklagbares Individualrecht verschaffe, nicht aber kollektive Rechte. Ausserdem gewähre Art. 27 UNO-Pakt II keine weitergehenden Garantien als der Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, soweit diese Bestimmung die Lebensweise der Fahrenden schütze.¹¹⁷

Zweitens verwies das Gericht auf das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten¹¹⁸ und die mit dem Beitritt der Schweiz eingegangene Verpflichtung, jeder Person, die einer nationalen Minderheit angehöre, das Recht auf

Gleichheit vor dem Gesetz und auf gleichen Schutz durch das Gesetz zu gewährleisten und jede Diskriminierung aus Gründen der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu verbieten (Art. 4 Abs. 1). Aus der Botschaft des Bundesrates anlässlich der Ratifizierung gehe klar hervor, dass das Rahmenübereinkommen in der Schweiz neben den nationalen sprachlichen Minderheiten auch auf andere schweizerische Bevölkerungsgruppen wie etwa auf die Mitglieder der Fahrenden angewendet werden könne.¹¹⁹ Das Rahmenübereinkommen enthalte allerdings keine direkt anwendbaren Bestimmungen, sondern verpflichte die Mitgliedstaaten, insbesondere auf dem Weg der Gesetzgebung, Massnahmen zum Schutz der Existenz nationaler Minderheiten zu erlassen.¹²⁰

Das Gericht erwähnte, *drittens*, die Praxis des EGMR, wonach es den Behörden obliege, die Zugehörigkeit zu einer ethnischen Minderheit oder zu einer Gruppe mit einer von der Mehrheit der Bevölkerung abweichenden Lebensweise zu berücksichtigen. Das Bundesgericht stellte einen internationalen Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarates fest, dass die besonderen Bedürfnisse der Minderheiten anzuerkennen seien und eine Verpflichtung bestehe, deren Sicherheit, Identität und Lebensweise zu schützen.¹²¹ Art. 8 EMRK vermittele den Mitgliedern einer Minderheit zudem einen Anspruch, dass die Behörden ihre besonderen Bedürfnisse sowohl im Rahmen der Gesetzgebung als auch beim Entscheid im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen hätten, weil sie als Mitglieder dieser Minderheit besonders verletzlich seien.¹²²

D. *Ne bis in idem* – Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine stationäre therapeutische Massnahme nur wenn Massnahmenvoraussetzungen bereits im Zeitpunkt des Urteils vorlagen (BGE 145 IV 383)

Nach dem Grundsatz *ne bis in idem* kann niemand wegen einer Straftat, wegen der er in einem Staat bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Der Grundsatz ist in Art. 4 Abs. 1 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK¹²³, Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II garantiert und ergibt sich implizit aus der Bundesverfassung.¹²⁴

112 BGE 145 I 73 (= Pra 2020 Nr. 1).

113 Loi sur le stationnement des communautés nomades du 20.02.2018 (LSCN), RSN 727.2.

114 Vgl. etwa NULA FREI, «Das Diskriminierungsverbot in Europa und in der Schweiz: Rechtsentwicklungen und ausgewählte Entscheide», in: Astrid Epiney, Lena Hehemann & Petru Emanuel Zlătescu (Hg.) Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2018/2019, Zürich/Basel/Genf 2017, 47–67, 65 f.; Morgane Ventura, «Entscheidbesprechung», 28 Aktuelle Juristische Praxis (2019), 563–571.

115 Dies im Gegensatz zu einem von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus beauftragten Gutachten, vgl. RAINER J. SCHWEIZER & MAX DE BROUWER, Gutachten betreffend die Verfassungs- und Völkerrechtsprobleme der *Loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 20 février 2018, du Canton de Neuchâtel*, <https://www.ekr.admin.ch/pdf/Gutachten_zum_LSCN_Rainer_J._Schweizer_DE.pdf>.

116 BGE 145 I 73, E. 4.

117 Ibid., E. 4.1 mit Verweis auf BGE 138 I 205, E. 5.1 (= Pra 2012 Nr. 117).

118 Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, abgeschlossen in Strassburg am 1. Februar 1995, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Februar 1999, SR 0.441.1.

119 BGE 145 I 73, E. 4.1 mit Verweis auf BBl 1998 1309 f.

120 Ibid., E. 4.1 mit Verweis auf BGE 138 I 205, E. 5.3 (= Pra 2012 Nr. 117).

121 Ibid., E. 4.2.

122 Ibid., E. 4.2 mit Verweis auf BGE 138 I 205, E. 5.3 (= Pra 2012 Nr. 117).

123 Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Strassburg am 22. November 1984, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 1988, SR 0.101.07.

124 Vgl. BGE 145 IV 383 (= Pra 2020 Nr. 52), E. 2.2. mit Verweis auf BGE 137 I 363 (= Pra 2012 Nr. 46), E. 2.1.

Das Bundesgericht hatte sich im hier behandelten Urteil mit der Frage der Änderung einer Sanktion, einer Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine stationäre therapeutische Massnahme, zu befassen.¹²⁵ Es hielt fest, dass die nachträgliche Änderung einer Strafe in eine stationäre therapeutische Massnahme einen Eingriff in die Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache darstelle, weshalb zu prüfen sei, ob sie im Hinblick auf den Grundsatz *ne bis in idem* staatsvertragskonform sei.¹²⁶ Während es sich hierbei um keine neue Feststellung handelt, hat das Bundesgericht in BGE 142 IV 307 allerdings nicht geprüft, ob die Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme i. S. v. Art. 65 Abs. 1 StGB, wie es für die Anordnung einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB der Fall ist, schon zum Zeitpunkt erfüllt sein müssen, zu dem das Gericht die Strafe fällt.¹²⁷

Diese Prüfung führte das Bundesgericht nunmehr durch. Es stellte fest, dass die Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine stationäre therapeutische Massnahme als Änderung des Urteils zuungunsten des Verurteilten betrachtet werden müsse, weil die Dauer der Freiheitsstrafe beschränkt, die Dauer einer stationären therapeutischen Massnahme dagegen verlängerbar sei bzw. in der Folge in eine Verwahrung umgewandelt werden könne.¹²⁸ Die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme vor oder während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe, gestützt auf Tatsachen aus der Zeit nach dem ursprünglichen Urteil, würde deshalb den Grundsatz *ne bis in idem* verletzen.¹²⁹ Eine stationäre therapeutische Massnahme dürfe demnach nur vor oder während des Vollzugs und gestützt auf Art. 65 Abs. 1 StGB angeordnet werden, wenn die Massnahmenvoraussetzungen bereits zum Zeitpunkt des Urteils vorgelegen haben.¹³⁰ Aus den gegebenen Umständen könne das Bundesgericht diese Frage im vorliegenden Fall nicht prüfen; es sei daher Sache der kantonalen Behörde, ihren Sachverhalt entsprechend zu vervollständigen.¹³¹

E. Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 24 UNO-Behindertenrechtskonvention – mit Ausnahme des Diskriminierungsverbots (BGE 145 I 142)

Im zu beurteilenden Fall geht es um eine schwerbehinderte junge Frau mit einer genetisch bedingten Cerebralparese. Bis zu ihrem 18. Lebensjahr besuchte sie eine Sonderschule. Ein Antrag auf Verlängerung der Schulzeit bis zum 20. Lebensjahr wurde abgelehnt. Stattdessen bot der Kanton Genf an, die Frau in einer Einrichtung für

125 BGE 145 IV 383 (= Pra 2020 Nr. 52).

126 Ibid., E. 2.1. Vgl. auch schon BGE 142 IV 307, E. 2.3.

127 BGE 145 IV 383 (= Pra 2020 Nr. 52), E. 2.3.

128 Ibid., E. 2.3.

129 Ibid., E. 2.3.

130 Ibid., E. 2.3.

131 Ibid., E. 2.4.3.

Erwachsene unterzubringen.¹³² Gerügt wurde u. a. die Verletzung des Art. 5 und bezüglich der Bildung insbesondere des Art. 24 der UNO-Behindertenrechtskonvention.¹³³ Das Bundesgericht befassete sich u. a. mit der Frage, welche Rechte für jugendliche Behinderte zwischen 18 und 20 Jahren im Bereich der Sonderschulung oder der Sonderpädagogik anerkannt werden.¹³⁴ In diesem Zusammenhang prüfte es Art. 24 der UNO-Behindertenrechtskonvention. Nach dieser Bestimmung anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Das Bundesgericht hielt allerdings fest, dass diese Bestimmung grundsätzlich programmatischer Natur sei.¹³⁵ Nur das Verbot der Diskriminierung bei der Ausübung des Rechts auf Bildung sei direkt anwendbar. Demnach müsse der Staat, wenn er Angebote im Bildungsbereich mache, einen diskriminierungsfreien Zugang vorsehen und dürfe niemanden aus diskriminierenden Gründen von der Teilhabe ausschliessen.¹³⁶

F. Hinweis auf das noch nicht in Kraft getretene Übereinkommen des Europarates zur Verhütung von Terrorismus (BGE 145 I 142)

Zum Zeitpunkt des Urteils (8. November 2019) hatte der Bundesrat die Botschaft zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus und dessen Zusatzprotokoll verabschiedet; die Behandlung im Ständerat als Erstrat stand noch bevor.¹³⁷ Das Bundesgericht hatte sich u. a. mit der Frage zu befassen, ob die Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) als kriminelle Organisation i. S. v. Art. 260^{ter} StGB einzustufen ist.¹³⁸ Im Ergebnis wurde dies – u. a. mit Blick auf das Legalitätsprinzip – verneint.¹³⁹ Erwähnenswert ist an dieser Stelle, dass das Bundesgericht auf das in der Schweiz noch nicht in Kraft getretene Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus¹⁴⁰ hinweist. Im Zuge von dessen Umsetzung solle Art. 260^{ter} StGB künftig neu auch terroristische Organisationen erfassen.¹⁴¹

132 BGE 145 I 142 (= Pra 2019 Nr. 121).

133 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, abgeschlossen in New York am 13. Dezember 2006, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. Mai 2014, SR 0.109.

134 BGE 145 I 142 (= Pra 2019 Nr. 121), E. 5.

135 Ibid., E. 5.1.

136 Ibid., E. 5.1.

137 Vgl. supra II.A.1.

138 BGE 145 IV 470, E. 4.

139 Ibid., E. 4.8.

140 BBl 2018 6541.

141 BGE 145 IV 470, E. 4.7.1.