

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.sri-el.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.svir-sdri.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.sri-el.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Burzer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Grezberger, 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 Neter

SUBMISSIONS

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

PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich, www.schulthess.com
Managing Publisher: Eiras Kharrat
Product Management: Dr. Laura Diegel
Marketing: Marko-Pilip Ninkov
Sales: Christoph Blömer

CUSTOMER SERVICE

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28

Address: Schulthess Juristische Medien AG, Kundencenter, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

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 42).
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

Zürcherische Werbe AG, Marc Schmettin, Laubisriedstrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 17,
E-Mail: marc.schmettin@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 photocopy reproduction, copying, cyberspining, 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 31

CITATION

31 SRIEL (2021) p. 1

INTERNET

www.sri-el.ch
The Review is also available online at www.heinonline.org

ISSN 1019-0406

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Du droit de civilisation européen au droit international des civilisations :
instituer un monde des régions
(Samatha Besson) 373

An EU seat on the UN Security Council? The right moment has
yet to come ... (Ian Ingravallo) 401

La marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la
Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : entre effleurements
et remises en cause (Sà Benjamin Traoré & Patrick Ane-Ane Leta) 417

RECENT PRACTICE

Rechtsprechung zum internationalen Schuldrecht und zum internationalen
Zwangsvollstreckungsrecht (Ivo Schwander) 447

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille
(Andreas Bucher) 475

Schweizer Praxis zu den Menschenrechten (2020) (Nadja Braun Binder) 499

DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Switzerland and the European Union: The implications of the institutional
framework and the right of free movement for the mutual recognition
of professional qualifications (Joel Günthardt) 519

Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2020

Nadja Braun Binder*

Der Bericht zur Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2020 fasst die wichtigsten Entwicklungen im Bereich der Rechtsetzung und der offiziellen Berichterstattung zu menschenrechtsrelevanten Themen, zum Abschluss, zur Ratifikation und zur Umsetzung internationaler Konventionen sowie Empfehlungen zusammen und skizziert die relevante Rechtsprechung im Bereich des Schutzes der Menschenrechte durch das Bundesgericht.

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Rechtsetzung und politische Entwicklungen
 - A. Europarat
 - B. Vereinte Nationen
 - C. Schweiz
- III. Rechtsprechung
 - A. EMRK
 - B. Kinderrechtskonvention

I. Einleitung

Das Berichtsjahr 2020 steht unter dem Einfluss der Corona-Pandemie. Das Thema der Menschenrechte und ihrer Einschränkungen hat aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Krise in der Bevölkerung, in den Medien, in der Politik, in Wirtschaftskreisen und in der Wissenschaft erhöhte Aufmerksamkeit erfahren. Dies schlägt sich zwar in einzelnen hier referierten Geschäften nieder. So richtet sich zum Beispiel eine im Berichtsjahr lancierte Volksinitiative gegen Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit und ist damit als unmittelbare Reaktion auf die Diskussionen um eine Impfpflicht zu verstehen (vgl. II. C. 2. A). Des Weiteren betrafen verschiedene Urteile des Bundesgerichts die Thematik der Corona-Pandemie und der Ausschaffung beziehungsweise Landesverweisung (vgl. III. A. 7). Insgesamt haben aber die meisten hier angesprochenen Geschäfte und Urteile ihren Ursprung in einer Zeit vor der Pandemie. Das Thema COVID-19 ist in diesem Beitrag entspre-

* Professorin für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Die Autorin dankt Frau BLaw Eliane Kunz für die Unterstützung bei den Recherche- und Auswertungsarbeiten zu diesem Beitrag. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 31.05.2021 abgerufen.

chend weniger präsent, als es aufgrund der aktuellen Wahrnehmung in der medialen Berichterstattung vielleicht zu erwarten wäre.

Der vorliegende Bericht zur Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2020 ist wie schon der Bericht 2019¹ in zwei Teile gegliedert. In einem ersten Teil (II.) werden die wichtigsten Entwicklungen im Bereich der Rechtsetzung und der offiziellen 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 sich auch darüber hinaus fortsetzen. In diesem Beitrag wird deshalb zwar ein Schwerpunkt auf das Berichtsjahr gelegt, aber auch auf vorangehende beziehungsweise nachfolgende Entwicklungen hingewiesen. Auf Vorgänge, die bereits im letzten Bericht erwähnt wurden und zu denen sich im Berichtsjahr keine neuen Entwicklungen ergaben, wird nicht erneut hingewiesen. Ein zweiter Teil (III.) bezieht sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Menschenrechten im Jahr 2020. 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 Folgenden werden die Geschäfte in drei Kapiteln zusammengefasst. Im ersten Kapitel (A.) geht es um den Stand der Umsetzung von Übereinkommen des Europarates, das zweite Kapitel (B.) bezieht sich auf Geschäfte mit Bezug zu den Vereinten Nationen und im dritten Kapitel (C.) geht es um Vorgänge, die ihren Ausgangspunkt in der Schweiz haben.

A. Europarat

1. Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus

Im Laufe des Berichtsjahres haben National- und Ständerat die Vorlage zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus² und das Zusatzprotokoll³ beraten sowie am 25. September 2020 den entsprechenden

1 NADJA BRAUN BINDER, «Schweizer Praxis zu den Menschenrechten (2019)», 30 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2020), 577–601.

2 BBl 2018 6541.

3 BBl 2018 6559.

Bundesbeschluss verabschiedet.⁴ Die Vorlage umfasst neben der Aufhebung des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen⁵ verschiedene Änderungen des StGB⁶. Dazu zählt auch die Einführung von Art. 260^{ter} StGB, der das Anwerben, die Ausbildung sowie das Reisen für terroristische Zwecke und entsprechende Finanzierungshandlungen unter Strafe stellt. Ferner wird die bestehende Strafnorm (Art. 260^{ter} StGB) gegen kriminelle Organisationen verschärft und ausdrücklich auch auf die Verfolgung terroristischer Organisationen zugeschnitten. Zudem wird die internationale Zusammenarbeit zur Bekämpfung des Terrorismus verstärkt. So kann zum einen die Meldestelle für Geldwäscherei künftig Fragen ihrer ausländischen Partner auch dann beantworten, wenn keine Verdachtsmeldung eines Schweizer Finanzintermediärs eingegangen ist. Zum anderen werden Rechtshilfeverfahren vereinfacht und beschleunigt.

Der Bundesrat hat am 31. März 2021 beschlossen, die Vorlage auf den 1. Juli 2021 in Kraft zu setzen.⁷ Das befristete Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen gilt bis Ende 2022. Der Bundesrat wird die genannten Organisationen gestützt auf den ebenfalls revidierten Art. 74 NDG⁸ mittels Verfügung weiterhin verbieten.⁹

2. Änderung der Datenschutzkonvention des Europarates

Im Oktober 2019 hat der Bundesrat das Änderungsprotokoll 223 zur Datenschutzkonvention des Europarates¹⁰ unterzeichnet.¹¹ Damit will er sich 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 wer-

4 Bundesbeschluss vom 25. September 2020 über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie über die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2020 7891.

5 Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, SR 122.

6 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

7 Medienmitteilung vom 31.03.2021, abrufbar unter <www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-82906.html>.

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

9 Vgl. Medienmitteilung, supra Fn. 7.

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

den. 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 Die Referendumsfrist zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Protokolls zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten¹⁴ ist am 8. Oktober 2020 unbenutzt abgelaufen. Da die Bundesversammlung inzwischen auch die Totalrevision des Datenschutzgesetzes¹⁵ verabschiedet hat und kein Referendum gegen das totalrevidierte Datenschutzgesetz ergriffen wurde, steht einer Ratifikation der modernisierten Datenschutzkonvention des Europarates durch die Schweiz nichts mehr im Weg.

B. Vereinte Nationen

1. UNO-Sicherheitsrats-Kandidatur

Die Schweiz kandidiert für einen nichtständigen Sitz im UNO-Sicherheitsrat in den Jahren 2023–2024. Der Bundesrat hat die Kandidatur nach Konsultationen mit dem Parlament 2011 formell eingereicht. Die Wahl für die zweijährige Amtszeit findet im Juni 2022 in New York statt.¹⁶ Am 12. März 2020 lehnte der Nationalrat die Motion 18.4123¹⁷ ab, die den Rückzug der Kandidatur forderte. Damit bleibt die Kandidatur der Schweiz für den UNO-Sicherheitsrat im Zeitraum 2023–2024 eine Priorität.¹⁸ Am 11. September 2020 verabschiedete der Bundesrat in Beantwortung des Postulats 19.3967¹⁹ einen Bericht zu der Frage, wie das Parlament in den angestrebten Einsitz der Schweiz im Sicherheitsrat einbezogen werden kann.²⁰ Darin schlägt der Bundesrat vor, das Parlament via Aussenpolitische Kommissionen regelmässig mündlich oder schriftlich zu informieren, diesen die Grundsatzpositionen

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 BBl 2020 5725.

15 BBl 2020 7639.

16 Vgl. <www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/internationale-organisationen/vereinte-nationen/schweizer-engagement/UNO-Sicherheitsrat.html>.

17 Motion SVP-Fraktion 18.4123 «Verzicht auf eine Kandidatur für den UNO-Sicherheitsrat» vom 29.11.2018.

18 Aussenpolitischer Bericht 2020 des Bundesrates vom 3. Februar 2021, BBl 2021 230, S. 22.

19 Postular Aussenpolitische Kommission 19.3967 «Schweizer Sitz im Uno-Sicherheitsrat. Einbezug des Parlaments» vom 19. August 2019.

20 Bericht des Bundesrates «Schweizer Sitz im UNO-Sicherheitsrat. Einbezug des Parlaments» vom 11. September 2020, in Erfüllung des Postulats 19.3967, abrufbar unter <www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20193967/Bericht%20BR%20D.pdf>.

vor der Einsitznahme zuzustellen, die Kommissionen zu den Prioritäten der Schweiz im Sicherheitsrat zu konsultieren und das Kommissions-Präsidium bei klar definierten, wesentlichen und dringlichen Umständen (Schaffung eines neuen Sanktionsregimes und Autorisierung militärischer Durchsetzungsmassnahmen) umgehend zu konsultieren.²¹ Diese Massnahmen können auf Basis der bestehenden Rechtsgrundlagen getroffen werden.

2. Demokratisierung der Vereinten Nationen. Bericht in Erfüllung des Postulates 18.4111 Jositsch vom 27. November 2018

Am 4. Dezember 2020 hat der Bundesrat den Bericht «Demokratisierung der Vereinten Nationen» in Erfüllung des Postulates 18.4111 von Ständerat Daniel Jositsch verabschiedet.²² Der Bundesrat kommt darin zu dem Schluss, dass kein «Demokratiedefizit» der Vereinten Nationen erkennbar sei. Die Schaffung neuer Organe wie beispielsweise einer parlamentarischen Versammlung sei angesichts der aktuellen weltpolitischen Lage nicht realistisch und auch nicht notwendigerweise im Interesse der Schweiz. Gleichzeitig unterstreicht der Bundesrat die Bedeutung von Reformen und gibt Denkanstösse für weitere Beteiligungsmöglichkeiten des Schweizer Parlaments. Nach seiner Ansicht könnte insbesondere die Förderung der Zusammenarbeit zwischen der Interparlamentarischen Union (IPU) und der UNO interessante Möglichkeiten bieten.

C. Schweiz

1. Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus

Die Bundesversammlung verabschiedete am 25. September 2020 das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT).²³ Mit diesem Gesetz wird die Grundlage für zusätzliche Instrumente geschaffen, um präventiv gegen Personen vorzugehen, von denen eine terroristische Gefahr ausgeht. Gegen die Vorlage wurde das Referendum ergriffen. Die Gegner kritisierten dabei unter anderem, dass das PMT-Gesetz «terroristische Aktivität» umdefiniere, weil neu keine Straftat mehr geplant oder ausgeführt werden müsse. Zudem wird moniert, dass die Massnahmen gegen Kinder ab 12 Jahren und der Hausarrest von bis zu neun Monaten ab 15 Jahren verhängt werden könnten. Dies verstosse gegen die UNO-Kin-

21 Bericht des Bundesrates, supra Fn. 20, S. 17.

22 <www.news.admin.ch/news/mmessage/attachments/64262.pdf>.

23 BBl 2020 7741.

derrechtskonvention sowie die Europäische Menschenrechtskonvention.²⁴ Das PMT-Gesetz wurde am 13. Juni 2021 dennoch in der Volksabstimmung angenommen.²⁵

2. 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 beziehungsweise zur Durchführung der Volksabstimmung. Für das Berichtsjahr sind keine Einträge in den Kategorien «Zustandekommen» oder «Botschaft des Bundesrates» vorhanden.

a) Start zur Unterschriftensammlung

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

- Eidgenössische Volksinitiative «Für Freiheit und körperliche Unversehrtheit»²⁶: Das Initiativkomitee will mit einer Ergänzung von Art. 10 BV um einen Absatz 2^{bis} Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person von deren Zustimmung abhängig machen. Der betroffenen Person dürfen gemäss der vorgeschlagenen Ergänzung keine sozialen oder beruflichen Nachteile erwachsen, wenn sie nicht einwilligt, und sie darf für die Nicht-Zustimmung nicht bestraft werden. Diese Volksinitiative richtet sich insbesondere gegen eine allfällige Impfpflicht im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie.²⁷

b) Vom Parlament behandelt

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

- Eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot»²⁸: 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. Das Parlament empfahl, die Volksinitiative abzulehnen, und verabschiedete einen indirekten Gegenentwurf. Dieser verlangt, dass Personen den Behörden ihr Gesicht zeigen müssen, wenn es für die Identifizierung notwendig ist und sieht Massnahmen zur Stärkung der Rechte der Frauen vor.²⁹ Der Gegenentwurf kann nur in Kraft treten, wenn die Initiative abgelehnt wird. Die eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» wurde in der Volksabstimmung am 7. März 2021 angenommen.³⁰

c) Volksabstimmung

Über die folgenden eidgenössischen Volksinitiativen fand im Berichtszeitraum eine Volksabstimmung statt:

- Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)»³¹: Diese Initiative verlangte eine eigenständige Regelung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern in die Schweiz ohne Personenfreizügigkeit. Der Bundesrat hätte das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU (FZA) auf dem Verhandlungsweg ausser Kraft setzen beziehungsweise kündigen sollen. Die Initiative gelangte am 27. September 2020 zur Abstimmung, nachdem die ursprünglich für den 17. Mai 2020 angesetzte Volksabstimmung coronabedingt nicht durchgeführt worden war.³² Die Vorlage wurde abgelehnt.
- Eidgenössische Volksinitiative «Für ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten»³³: In einem neuen Art. 107a BV sollte ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten für die Schweizerische Nationalbank, Stiftungen sowie Einrichtungen der staatlichen und beruflichen Vorsorge verankert werden. Die Vorlage wurde am 29. November 2020 in der Volksabstimmung abgelehnt.
- Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt»³⁴: In einem neuen Art. 101a BV hätte der Bund verpflichtet werden sollen, Massnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft zu treffen. Die Unternehmen sollten dazu verpflichtet werden, auch im Ausland die international anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards zu respektieren. Sie hätten ferner dafür sorgen müssen, dass die international anerkannten Menschenrechte und die internationalen Umweltstandards auch

24 Vgl. Abstimmungserläuterungen zur Volksabstimmung vom 13. Juni 2021, Seite 110, abrufbar unter www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20210613/bundesgesetz-uber-polizeiliche-massnahmen-zur-bekampfung-von-terrorismus.html.

25 www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210613/index.html. Der Erwahrungsbeschluss des Bundesrates stand zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrages noch aus.

26 Vorprüfung vom 17. November 2020, BBl 2020 9103; Sammelbeginn am 1. Dezember 2020.

27 Vgl. <https://fbschweiz.ch/index.php/de/kampagnen-de>.

28 Beschluss des Parlaments am 19. Juni 2020, BBl 2020 5507.

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

30 BBl 2021 1185.

31 Abgestimmt am 27. September 2020, BBl 2020 8773.

32 BBl 2020 2461.

33 Abgestimmt am 29. November 2020, BBl 2021 891.

34 Abgestimmt am 29. November 2020, BBl 2021 891.

von den durch sie kontrollierten Unternehmen respektiert werden. Die Vorlage wurde am 29. November 2020 in der Volksabstimmung abgelehnt.

III. Rechtsprechung

Unter den Urteilen im Berichtszeitraum ist besonders auf dasjenige vom 29. April 2020 zum Berner Polizeigesetz hinzuweisen (vgl. III. A. 1.), weil das Bundesgericht darin die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen, die sich gegen Fahrende richten, konkretisiert. Zudem präzisiert das Bundesgericht in zwei Urteilen im Berichtszeitraum (vgl. III. A. 6.), dass die Parteien eines Disziplinarverfahrens nach dem BGFA spätestens im Rechtsmittelverfahren eine mündliche Verhandlung und andere Rechte aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK einfordern können. Schliesslich sei auf das Urteil vom 16. Juli 2020 hingewiesen (vgl. III. B. 2.), in dem das Bundesgericht ein auf Art. 12 KKR gestütztes Anhörungsrecht des Kindes in ausländerrechtlichen Verfahren grundsätzlich bejaht.

Die folgende Darstellung enthält zuerst (A.) jene Urteile, die sich auf Bestimmungen der EMRK beziehen, und behandelt sodann zwei Urteile (B.), die sich (auch) auf die Kinderrechtskonvention stützen.

A. EMRK

1. Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen im Berner Polizeigesetz, die gegen Fahrende gerichtet sind (BGer 1C_181/2019³⁵)

Im Berichtszeitraum hatte das Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle mehrere Aspekte des neuen Berner Polizeigesetzes zu beurteilen. Dazu zählten Bestimmungen zur Kostentragung bei Veranstaltungen mit Gewalttätigkeiten³⁶, zur Observation³⁷ sowie zur Wegweisung und Fernhaltung³⁸. Die Bestimmungen zur Wegweisung und Fernhaltung boten in zweierlei Hinsicht Anlass zu Kritik. Zum einen sah Art. 84 Abs. 1 PolG-BE vor, dass jede Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahme, die wegen unerlaubten Campierens ausgesprochen wird, «unter Strafdrohung gemäss Artikel 292 StGB» ergehen sollte. Die Bestimmung war nicht als Ermessensvorschrift ausgestaltet, was bedeutet hätte, dass die Polizei in allen Fällen einer Wegweisungs- beziehungsweise Fernhaltungsmassnahme auch eine Strafdrohung hätte aussprechen müssen. Nach dem Bundesgericht ist der Verzicht auf eine Ermes-

sensvorschrift nicht erforderlich, um die öffentliche Ordnung zu gewährleisten und mit Blick auf unproblematische Konstellationen – etwa dann, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Betroffene der polizeilichen Anordnung ohne Weiteres nachkommen werden – nicht verhältnismässig im engeren Sinn.³⁹ Das Bundesgericht hob die betreffende Bestimmung deshalb auf.⁴⁰

Zum anderen boten die Bestimmungen zur Wegweisung und Fernhaltung Anlass zur Rüge mit Blick auf Fahrende. Die Beschwerdeführer sahen in Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG-BE und Art. 84 Abs. 4 PolG-BE eine Verletzung des Anspruchs der Fahrenden auf Schutz der Privatsphäre und Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK), des Schutzes des kulturellen Lebens von ethnischen Minderheiten (Art. 27 UNO-Pakt II) und des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (RÜSNM)⁴¹. Bereits im vorangegangenen Berichtsjahr hatte sich das Bundesgericht anlässlich der abstrakten Normenkontrolle des Neuenburger Gesetzes über Lagerplätze fahrender Gemeinschaften⁴² mit dem Schutz der Fahrenden befasst.⁴³ Auf die Bestimmungen des Neuenburger Gesetzes nimmt das Gericht im vorliegenden Entscheid auch verschiedentlich Bezug.

Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG-BE bildet die Grundlage für Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen gegenüber Personen, die auf einem privaten Grundstück oder auf einem Grundstück eines Gemeinwesens ohne entsprechende Erlaubnis campieren. Gemäss Art. 84 Abs. 4 PolG-BE werden Wegweisungen nach Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG-BE schriftlich vor Ort verfügt und die Kantonspolizei kann das Gelände räumen, wenn die Betroffenen die Wegweisung nicht innerhalb von 24 Stunden befolgen und sofern ein Transitplatz zur Verfügung steht.

Nach Ansicht der Beschwerdeführer genügen die strittigen Bestimmungen des Berner Polizeigesetzes den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gemäss Art. 36 Abs. 1 BV nicht und sind auch nicht durch ein hinreichend legitimes und öffentliches Interesse gerechtfertigt. Zudem seien sie nicht verhältnismässig und schafften ein prozessuales Sonderrecht gegen Fahrende unter Missachtung des rechtlichen Gehörs und der aufschiebenden Wirkung.⁴⁴

Das Bundesgericht legte die strittigen Normen zunächst ausgehend vom Wortlaut aus. Während Art. 84 Abs. 4 PolG-BE durch die Voraussetzung des Vorhandenseins eines Transitplatzes bereits dem Wortlaut nach einen offensichtlichen Bezug zu

35 Zur Publikation in BGE vorgesehen.

36 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 3–9. Vgl. etwa PATRICE MARTIN ZUMSTEG, «Entscheidungsbesprechung zu BGer 1C_181/2019», 20 AJP (2020), 1193–1199.

37 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 15–17.

38 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 10–14.

39 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 10.4.

40 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 10.5.

41 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.

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

43 BGE 145 I 73; vgl. dazu BRAUN BINDER, supra Fn. 1, 598 f. Kritisch zur Heranziehung von BGE 145 I 73 als Referenz-Urteil MORGANE VENTURA, «Entscheidungsbesprechung zu BGer 1C_181/2019», 29 AJP (2020), 1061–1067, 1065.

44 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 12.1.

Fahrenden enthält, ist dies bei Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG-BE nicht eindeutig.⁴⁵ Aus der Entstehungsgeschichte der Norm und den Wortprotokollen des Grossen Rates ergibt sich allerdings, dass es auch bei Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG-BE ausschliesslich um die Wegweisung von Fahrenden geht.⁴⁶ Eine systematische und eine teleologische Betrachtungsweise bestätigen gemäss Bundesgericht, dass Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG-BE darauf abzielen, eine spezielle Regelung für Fahrende zu schaffen, die es der Polizei erlaubt, schnell gegen die unerlaubte Niederlassung an einem Standort vorzugehen.⁴⁷ Gestützt auf dieses Zwischenfazit prüfte das Bundesgericht anschliessend die Grundrechtskonformität der strittigen Bestimmungen. Zu diesem Zweck differenzierte es zwischen verschiedenen Gruppen von Fahrenden, die von der Bestimmung betroffen sein könnten. Für (in der Regel Schweizer) Fahrende, deren Verweildauer auf den verschiedenen Plätzen meist hoch sei, stelle eine Wegweisung in der Regel einen schweren Eingriff in das Privat- und Familienleben dar. Weniger schwer wiege der Eingriff in der Regel bei (meist ausländischen) Fahrenden, die eben erst an einem Standort angekommen seien und nicht beabsichtigten, dort lange zu verweilen.⁴⁸ Die Verhältnismässigkeit der Wegweisung beziehungsweise Räumung hängt gemäss Bundesgericht stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei Schweizer Fahrenden sowie ausländischen Fahrenden, die ebenfalls längere Zeit am selben Ort verweilen, einer Arbeit nachgehen und eventuell ihre Kinder einschulen, überwiegen grundsätzlich die Interessen der Fahrenden, den Platz nicht innert 24 Stunden verlassen zu müssen. Mit Blick auf diese beiden Fallgruppen verstossen die strittigen Bestimmungen des Berner Polizeigesetzes gemäss Bundesgericht gegen Art. 13 BV und Art. 8 EMRK und lassen sich nicht verfassungskonform auslegen.⁴⁹ Mit Blick auf (meist ausländische) Fahrende, die im Kanton Bern lediglich auf der Durchreise sind und deren Aufenthalt an einem Halteplatz entsprechend kürzer ist, könnte die Verhältnismässigkeit gemäss Bundesgericht dagegen unter Umständen dann gegeben sein, wenn der Aufenthalt von Anfang an rechtswidrig war. Allerdings hänge dies von den bestehenden formellen Garantien ab.⁵⁰ Diese – insbesondere das rechtliche Gehör und die Nennung der Gründe für die Räumung – seien im Vergleich zur Neuenburger Regelung⁵¹ nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen. Innerhalb der Frist von 24 Stunden sei es praktisch unmöglich, eine Beschwerde zu verfassen und einzureichen, zumal die Verfügung im Regelfall keine aufschiebende Wirkung habe (Art. 89 PolG-BE). Während das Neuenburger Gesetz mehrere Schutzmechanismen vorsehe, die eine Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips

45 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 13.2.

46 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 13.3.

47 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 13.4. f.

48 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 14.1.

49 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 14.4.3.1.

50 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 14.4.3.2.

51 Vgl. Fn. 49 f.

sicherstellen, biete die Berner Regelung nur einen sehr eingeschränkten Rechtsschutz. Der mangelhafte Rechtsschutz der Berner Regelung überwiegt in der Interessenabwägung, was zur Folge hat, dass Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG-BE und Art. 84 Abs. 4 PolG-BE auch für (meist ausländische) Fahrende auf der Durchreise als unzumutbar erachtet werden. Das Bundesgericht hob Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG-BE auf.⁵²

2. KlimaSeniorinnen – Recht auf Leben (BGE 146 I 145)

Der Verein KlimaSeniorinnen rügte verschiedene Unterlassungen im Bereich des Klimaschutzes und ersuchte den Bundesrat, das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation sowie das Bundesamt für Umwelt und das Bundesamt für Energie um Erlass einer Verfügung über Realakte gestützt auf Art. 25a VwVG («Klimaklage»),⁵³ Mit Verfügung vom 25. April 2017 trat das Departement für sämtliche angeschriebenen Behörden nicht auf das Gesuch ein. Dagegen riefen die Gesuchstellerinnen das Bundesverwaltungsgericht an, welches das Rechtsmittel mit Entscheid vom 27. November 2018 abwies. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gelangten die KlimaSeniorinnen schliesslich an das Bundesgericht.

Die Beschwerdeführerinnen argumentierten, dass die durch den Klimawandel verursachte Häufung intensiverer und länger andauernder Wärmeperioden Frauen ab 75 Jahren deutlich stärker als die Allgemeinheit in ihrer Gesundheit und in ihrem Wohlbefinden betreffe.⁵⁴ Aus dem Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK sowie dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK würden dem Staat Schutzpflichten jedenfalls gegenüber Frauen ab 75 Jahren erwachsen. Zumindest sei sicherzustellen, dass die Schweiz ihren Beitrag an das im Pariser Klimaübereinkommen vereinbarte Ziel leiste, den Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2 Grad Celsius über dem vorindustriellen Niveau zu halten.

Mit Blick auf das Rechtsschutzinteresse kam das Bundesgericht gestützt auf die im Entscheid referierten wissenschaftlichen Erkenntnisse⁵⁵ zu dem Schluss, dass die Beschwerdeführerinnen nicht hinreichend in eigenen Interessen berührt seien.⁵⁶ Das Recht auf Leben der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK erscheine durch die gerügten Unterlassungen im «heutigen Zeitpunkt nicht in einem Ausmass bedroht, dass von einem hinreichenden Berührtsein in eigenen

52 BGer 1C_181/2019 (29. April 2020), E. 14.5.

53 Vgl. auch MIRINA GROSZ, «Urteilsbesprechung 1C_27/2019», URP (2020), 397–415, 409 f.

54 BGE 146 I 145, E. 5.1.

55 Kritisch hierzu JOHANNES REICH, «Urteilsbesprechung 1C_37/2019», 121 ZBl (2020), 489–507, 497 ff.

56 BGE 146 I 145, E. 5.4.

Rechten im Sinne von Art. 25a VwVG gesprochen werden könnte».⁵⁷ Dasselbe gelte für das Privat- und Familienleben sowie ihre Wohnung nach Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV.

Im November 2020 reichten die KlimaSeniorinnen und vier Einzelklägerinnen Beschwerde beim EGMR ein. Im März 2021 gab der EGMR grünes Licht für die Beschwerde und verlieh dem Fall Priorität.⁵⁸

3. Mutterschaftsentschädigung selbstständig erwerbender Frauen – keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (BGE 146 V 378)

Im hier vorzustellenden Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob eine selbstständig erwerbende Mutter neben der Mutterschaftsentschädigung zusätzlich Anspruch auf eine Betriebszulage hat. Obwohl die Mutterschaftsentschädigung (Art. 16b ff. EOG⁵⁹) und die Betriebszulage (Art. 1a ff. EOG) im selben Gesetz geregelt seien, knüpfen sie gemäss Bundesgericht doch an fundamental unterschiedliche Sachverhalte an.⁶⁰ Die fundamentale Verschiedenheit komme auch in den separaten Kompetenznormen der Bundesverfassung (Art. 59 Abs. 4 beziehungsweise Art. 116 Abs. 3 BV) zum Ausdruck. Das Bundesgericht befand deshalb, dass die beiden Entschädigungsarten keine vergleichbaren Sachverhalte darstellen und insofern Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK von vornherein nicht zur Anwendung gelangt.⁶¹ Die geringere Absicherung selbstständig erwerbender Mütter für ihren Erwerbsausfall infolge Mutterschaft im Vergleich zu den selbstständig erwerbenden Dienst leistenden Männern und Frauen stellt gemäss Bundesgericht mithin keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

Erwähnenswert ist die nicht publizierte Erwägung 5 des Entscheids, in der das Bundesgericht mit Blick auf die Rüge der Verletzung von Art. 11 in Verbindung mit Art. 13 CEDAW⁶² festhält, dass die Beschwerdeführerin nicht darlege, inwiefern aus der CEDAW ein Recht fließen sollte, bei Mutterschaft die gleichen Sozialversicherungsleistungen wie bei Dienst zu erhalten. Im Übrigen liess das Bundesgericht offen, ob die CEDAW überhaupt unmittelbar anwendbare Bestimmungen enthält.

57 BGE 146 I 145, E. 5.4.

58 <<https://klimaseniorinnen.ch/unsere-klage-am-egmr>>.

59 Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft vom 25. September 1952, SR 834.1.

60 BGE 146 V 378, E. 4.2.1.

61 BGE 146 V 378, E. 4.4.

62 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.

4. Anspruch auf Familiennachzug bei gefestigtem Aufenthaltsrecht (BGE 146 I 185)

In BGE 144 I 266 hatte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Recht auf eine Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage von Art. 8 EMRK präzisiert und insbesondere festgehalten, dass dieses grundsätzlich von der Dauer des Aufenthalts des Ausländers beziehungsweise der Ausländerin in der Schweiz abhängt. Bei einem rechtmässigen Aufenthalt von mehr als zehn Jahren besteht die Vermutung, die sozialen Bindungen zur Schweiz seien so eng, dass die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder der Widerruf der Erlaubnis nur aus schwerwiegenden Gründen erfolgen kann. Gemäss BGE 144 I 266 gilt eine Ausländerin beziehungsweise ein Ausländer mithin nach zehn Jahren rechtmässigem Aufenthalt als gut integriert und verfügt damit grundsätzlich über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz auf Grundlage von Art. 8 EMRK.

Ausgehend von BGE 144 I 266 anerkannte das Bundesgericht nun mit dem hier anzuzeigenden Entscheid erstmals⁶³, dass Personen mit gefestigtem Aufenthaltsrecht im Sinne von BGE 144 I 266 einen auf Art. 13 BV beziehungsweise Art. 8 EMRK gestützten Anspruch auf Familiennachzug haben, sofern die entsprechenden Bestimmungen des AIG⁶⁴ (in casu Art. 44 und 47 AIG) erfüllt sind.⁶⁵

5. Sicherheitshaft im Nachverfahren gestützt auf Gewohnheitsrecht (BGE 146 I 115)

Im Dezember 2019 hatte der EGMR im Urteil I.L. gegen die Schweiz eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK durch die Schweiz festgestellt, da das Bundesgericht die Anordnung von Sicherheitshaft im Nachverfahren auf der Grundlage von Gewohnheitsrecht anerkannte.⁶⁶ Der EGMR befand, es fehle an der hierfür notwendigen konstanten und lang andauernden Rechtsprechung. Das Bundesgericht hielt seither in mehreren Entscheiden an seiner bisherigen Praxis fest und argumentierte, die Voraussetzungen für Sicherheitshaft im Nachverfahren seien erfüllt.⁶⁷ Im März

63 Grundsätzlich angedeutet bereits in BGE 137 I 284, E. 2.6.

64 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.

65 BGE 146 I 185, E. 5.2. f. Vgl. auch MARC SPESCHA & VALERIO PRIULI, «Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AIG/EMRK) ab November 2018 bis Ende August 2020 (1/2)», 22 FamPra.ch (2021), 49–70, 51 ff.

66 EGMR Nr. 72939/16 vom 3. Dezember 2019 – I.L. v. Switzerland. Das Urteil sorgte in der Schweiz tlw. für Kritik, vgl. etwa MARC FORSTER, «Strafrecht, Justiz und Menschenrechte in Zeiten von Covid-19», 116 SJZ (2020), 451–456, 455 f.

67 Vgl. nur etwa BGER 1B_24/2020 (3. Februar 2020), BGER 1B_51/2020 (25. Februar 2020). Siehe MARCUS HUSMANN, «Zur bundesgerichtlichen Mär vom Gewohnheitsrecht bei der vollzugsrechtlichen Sanktionshaft», 13 forumpenale (2020), 292–299, 294 m.w.N.

2020 fällte das Bundesgericht einen Leitentscheid, in welchem es darlegte, dass in der Schweiz eine entsprechende konstante und langjährige Praxis bestehe.⁶⁸ Im konkreten Fall ging es um eine Sicherheitshaft im Nachverfahren, die am 20. Dezember 2019 vom Walliser Zwangsmassnahmengericht gegen einen mehrfach verurteilten und weiterhin als gefährlich eingestuften Pädosexuellen angeordnet worden war. Das Bundesgericht nahm auf seine seit mehr als achteinhalb Jahre andauernde konstante Rechtsprechung. Ausserdem nahm es auf die Gesetzesentwürfe vom Dezember 2017 beziehungsweise August 2019 Bezug, die auf dieser Rechtsprechung aufbauten. Daher sei nicht ersichtlich, dass die anwendbaren Regeln für den anwaltlich verbeiständeten Beschwerdeführer am 20. Dezember 2019 nicht voraussehbar und nicht hinreichend klar gewesen seien.⁶⁹

Inzwischen hat der Gesetzgeber die StPO⁷⁰ angepasst und mit Art. 364a sowie Art. 364b StPO die gesetzlichen Grundlagen für die Sicherheitshaft im Hinblick auf einen selbstständigen nachträglichen Entscheid des Gerichts beziehungsweise für die Sicherheitshaft während des Gerichtsverfahrens geschaffen. Der Gesetzgeber hat damit die StPO im Sinne der Rechtsprechung nachgeführt.⁷¹

6. Disziplinarverfahren nach dem Anwaltsgesetz – Anspruch auf öffentliche Verhandlung (BGer 2C_204/2020⁷², 2C_205/2020)

Am 3. August 2020 fällte das Bundesgericht zwei Urteile, die sich mit derselben verfahrensrechtlichen Frage im Zusammenhang mit zwei unterschiedlichen Disziplinarverfahren nach dem BGFA⁷³ befassten. Im ersten Urteil⁷⁴ ging es um einen Rechtsanwalt, dem vorgeworfen wurde, ein Mandat für eine Klientin mit verpönten Mitteln geführt zu haben beziehungsweise um eine durch die Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern mit Verfügung ausgesprochene Verwarnung. Das zweite Urteil⁷⁵ hatte eine Busse nach Art. 17 Abs. 1 lit. c BGFA zum Gegenstand. In den darauf erfolgten Beschwerdeverfahren hatte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet, obwohl diese von den betroffenen Rechtsanwälten jeweils beantragt worden war. In beiden Fällen kam das Bundesgericht zu dem Schluss, dass die Nichtdurchführung einer mündlichen Verhandlung eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellte. Das Ver-

waltungsgericht habe es jeweils unterlassen, Gründe anzuführen, die den Verzicht auf die öffentliche Anhörung gerechtfertigt hätten.⁷⁶ Aus beiden Urteilen wird deutlich, dass die Parteien eines Disziplinarverfahrens nach dem BGFA spätestens im Rechtsmittelverfahren eine mündliche Verhandlung und andere Rechte aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK einfordern können, auch wenn es dabei nicht um ein Berufsverbot, sondern mildere Sanktionen geht.⁷⁷

7. Corona und Ausschaffung beziehungsweise Landesverweisung (insbesondere BGer 2C_408/2020⁷⁸)

Das Bundesgericht hatte sich im Berichtszeitraum verschiedentlich mit der Thematik Ausschaffung beziehungsweise Landesverweisung und Corona-Pandemie zu befassen. Die bisherige Praxis fasst das hier referierte Urteil in Erwägung 3.1. zusammen. Von zentraler Bedeutung ist für das Bundesgericht, jeden Einzelfall gestützt auf seine konkreten Umstände zu beurteilen.⁷⁹ Während der Pandemie dürfe nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass in allen Fällen keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung mehr bestehe. Der Vollzug der Wegweisung während der Corona-Pandemie lasse sich nur dann als innert absehbarer Frist möglich und damit durchführbar bezeichnen, wenn dem Haftrichter hierfür hinreichend konkrete Hinweise vorlägen, andernfalls fehle es an der ernsthaften Aussicht auf den Vollzug der Wegweisung beziehungsweise der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise nach der Kooperation des Betroffenen mit den Behörden, auf welche die Durchsetzungshaft ausgerichtet sei.⁸⁰ Die bloss vage Möglichkeit, ein Vollzugshindernis könne potenziell in absehbarer Zeit entfallen, genüge nicht, um die Ausschaffungs- beziehungsweise Durchsetzungshaft aufrechtzuerhalten.⁸¹

Im vorliegenden Fall ging es um einen Mann aus Mali, der 2002 in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt hatte, welches vom damaligen Bundesamt für Flüchtlinge abgelehnt worden war. Anschliessend befand sich der Mann in Vorbereitungshaft sowie in Ausschaffungshaft, bis sein Aufenthalt ab Juni 2004 unbekannt war. Nach eigenen Angaben habe sich der Mann von 2007 bis 2017 hauptsächlich im französischen Annemasse in der Nähe von Genf aufgehalten. Er wurde wegen mehrfacher Betäubungsmitteldelikte, wegen Hausfriedensbruchs und wegen geringfügigen

68 BGE 146 I 115, E. 2.6. und 2.7.

69 BGE 146 I 115, E. 2.7. und 2.8. Kritisch dazu HUSMANN, supra Fn. 37, 294 ff.

70 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

71 Vgl. auch NIKLAUS RÜCKSTUHL & KONRAD JEKER, «Revision StPO – wohin gehen wir?», 24 Anwaltsrevue (2021), 5–12, 6.

72 Zur Publikation in BGE vorgesehen.

73 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2020, SR 935.61.

74 BGer 2C_204/2020 (3. August 2020).

75 BGer 2C_205/2020 (3. August 2020).

76 BGer 2C_204/2020 (3. August 2020), E. 2.3.4.; BGer 2C_205/2020 (3. August 2020), E. 2.3.4.

77 LUKAS MÜLLER & MATTHIAS UFFER, «Entscheidbesprechung zu 2C_204/2020», 29 AJP (2020), 1614–1619, 1618.

78 Zur Publikation in BGE vorgesehen.

79 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 3.1. mit Verweis auf die Urteile 2C_510/2020 (7. Juli 2020), E. 3.2.1. und 2C_518/2020 (10. Juli 2020), E. 4.3.1.

80 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 3.2. mit Verweis auf die Urteile 2C_414/2020 (12. Juni 2020), E. 3.3.1.; 2C_386/2020 (9. Juni 2020), E. 4.2.2. und 2C_312/2020 (25. Mai 2020), E. 2.3.1.

81 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 3.2.

Diebstahls strafrechtlich belangt. Im September 2019 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich den Mann wiederum weg und nahm ihn erneut in Ausschaffungshaft, die bis März 2020 verlängert wurde. Am 14. Januar 2020 nahm das Migrationsamt ihn in Durchsetzungshaft, die wiederholt verlängert wurde, zuletzt bis am 14. August 2020. Gegen den letzten Verlängerungsentscheid gelangte der Mann an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, das die Beschwerde grösstenteils abwies. Dagegen wändte er sich an das Bundesgericht und beantragte unter anderem, ihn unverzüglich auf freien Fuss zu setzen. Der Beschwerdeführer machte geltend, der Vollzug seiner Wegweisung beziehungsweise die Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise seien wegen der Reisebeschränkungen im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie technisch nicht (mehr) in einem vernünftigerweise absehbaren Zeitraum möglich und verstiesse deshalb gegen Art. 78 Abs. 6 lit. a AIG.⁸²

Gemäss Bundesgericht ist Art. 78 Abs. 6 lit. a AIG im Lichte von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK so zu verstehen, dass das Ausschaffungsverfahren «schwebend» sein muss, was aber nur der Fall ist, wenn der Vollzug der Wegweisung beziehungsweise die Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise als hinreichend absehbar gelten können; hiervon kann nicht (mehr) ausgegangen werden, wenn diesen Alternativen ein objektives – vom Willen des Betroffenen unabhängiges – technisches Hindernis auf eine den konkreten Umständen des Falles angemessene Dauer hin entgegenstehe.⁸³ Entscheidend sei, ob die Ausreise «objektiv» möglich sei.⁸⁴ Es liege keine relevante Unmöglichkeit vor, wenn die betroffene Person freiwillig ausreisen könne oder die zwangsweise Ausschaffung ausgeschlossen, aber eine freiwillige Ausreise technisch möglich sei. Die Durchsetzungshaft sei also nur dann untauglich, wenn sowohl die Ausschaffung als auch die freiwillige Ausreise objektiv unmöglich seien.⁸⁵

Obwohl der Beschwerdeführer seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sei, könne seine Ausschaffung beziehungsweise «seine selbstständige und pflichtgemässe Ausreise» nicht als in absehbarer Zeit möglich gelten.⁸⁶ Seine Ausschaffung beziehungsweise die Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise scheitere an einer zeitlich (noch) nicht absehbaren, vorübergehenden technischen Unmöglichkeit, nach Mali zurückzukehren, da coronabedingt keine Flüge stattfinden beziehungsweise Ein- oder Ausreiseperrern bestehen.⁸⁷

Das Bundesgericht kommt zu dem Schluss, dass im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids keine ernsthaften Aussichten darauf bestanden, dass sich der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers beziehungsweise seine freiwillige Rückkehr in-

82 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 4.1.

83 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 4.1.

84 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 4.2.

85 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 4.2.

86 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 5.1.

87 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 5.1.

nert einer vernünftigerweise absehbaren Frist technisch realisieren liessen.⁸⁸ Die kantonalen Behörden hätten deshalb unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse die Durchsetzungshaft des Beschwerdeführers nicht verlängern dürfen. Ihr gegenteiliges Vorgehen verletzt gemäss Bundesgericht das Übermassverbot sowie Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK und Art. 78 Abs. 6 lit. a AIG.⁸⁹

Die Beschwerde wurde **gutgeheissen**, das Urteil des **Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2020 aufgehoben** und der **Beschwerdeführer umgehend aus der Haft entlassen**.

B. Kinderrechtskonvention

1. Strafvollzug und Kindeswohl (BGE 146 IV 267)

Eine alleinerziehende Mutter von zwei 6 beziehungsweise 13 Jahre alten Kindern wurde wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und **mehrfacher Geldwäscherei, jeweils begangen als schwerer Fall, zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Sie beantragte mit Beschwerde in Strafsachen unter anderem, den Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben, bis mit dem Kindeswohl vereinbare Haftbedingungen geschaffen seien; eventualiter ihr den offenen Vollzug mittels Fussfessel zwecks Wahrung des Kindeswohls zu gewähren** beziehungsweise sie in eine Haftanstalt in **der Nähe der Kinder einzuweisen, damit** tatsächlich ein regelmässiger Kontakt und regelmässige Besuche möglich seien.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die beantragten alternativen Vollzugsformen wie die Halbfangenschaft (Art. 77b StGB) oder die elektronische Überwachung (Art. 79b StGB) angesichts des hohen Strafmasses ausscheiden.⁹⁰ Eine Gesetzeslücke, welche durch die Rechtsprechung auszufüllen sei, liege nicht vor.

Die Beschwerdeführerin berief sich auf die UNO-Kinderrechtskonvention (KRK)⁹¹ und insbesondere das in Art. 3 KRK verankerte Kindeswohl. Dieses stellt **gemäss Bundesgericht einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der im Anwendungsfall von den rechtsanwendenden Behörden konkretisiert werden muss.⁹² Das Kindeswohl geniesse gemäss Art. 11 BV Verfassungsrang und gelte als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn. Hinsichtlich der konkreten Regelung der Kinderbetreuung und Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist gemäss Bundesgericht oft kein Idealzustand zu erreichen. Es sei in dieser Situation Sache der Gerichte, eine der neuen Situation angepasste Betreuungs- und Kontaktregelung zu**

88 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 5.4.3.

89 BGer 2C_408/2020 (21. Juli 2020), E. 5.4.3.

90 BGE 146 IV 367, E. 3.2.5.

91 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, abgeschlossen am 20. November 1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997, SR 0.107.

92 BGE 146 IV 367, E. 3.3.1.

treffen, welche Art. 9 Abs. 3 KRK genüge.⁹³ Dass der persönliche Verkehr weniger häufig stattfinden könne und für alle Beteiligten mit erhöhtem Aufwand verbunden sei, hindere die gesetzmässige Entscheidung nicht. Mit einem monatlichen Besuchsrecht könne eine tragfähige Beziehung aufrechterhalten werden.⁹⁴

Aus den angerufenen Normen des schweizerischen wie des internationalen Rechts liessen sich die behaupteten Ansprüche der Beschwerdeführerin nicht ableiten, hielt das Bundesgericht fest.⁹⁵ Weder die Bestimmungen der BV noch jene der KRK und der anderen menschenrechtlichen Übereinkommen hinderten den Vollzug der gesetzmässigen Freiheitsstrafe (Art. 5 Ziff. 1 EMRK). Die KRK gewährte insoweit Rechte der Kinder im Freiheitsentzug. Die Kinder der Beschwerdeführerin seien in casu aber nicht inhaftiert.

Die Beschwerdeführerin ist gemäss Bundesgericht auch nicht berechtigt, Rechte ihrer Kinder in eigenem Namen geltend zu machen, da ihr das dazu notwendige rechtlich geschützte Interesse (Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG) fehlt. Sie könne sich einzig im Sinne einer Reflexwirkung auf die KRK beziehen.⁹⁶

2. Anhörung des Kindes in ausländerrechtlichen Verfahren (2C_1026/2019⁹⁷)

Dem im Berichtszeitraum gefällten Urteil des Bundesgerichts, indem es unter anderem um das Anhörungsrecht des Kindes ging, kommt besondere Bedeutung zu, da es mit diesem Thema ein in der Literatur schon länger diskutiertes Postulat aufgreift.⁹⁸

Im zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um eine libanesische Staatsangehörige, die im September 2005 im Libanon einen Schweizer heiratete und 2006 mit diesem in die Schweiz einreiste, wo sie eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem Ehemann erhielt. Anfang Juli 2007 verliess sie ohne ihren Ehemann die Schweiz und gebar im März 2008 im Libanon den gemeinsamen Sohn, der auch die Schweizer Staatsangehörigkeit besitzt. Die Ehe wurde am 23. Oktober 2008 von einem Schariagericht geschieden. Nachdem der Sohn vorerst im Libanon geblieben war, reiste er mit fünf Jahren zu seinem Vater in die Schweiz, wo er seither mit diesem, seiner Stiefmutter und seinen beiden Stiefschwestern lebte. Im September 2017 wurde er unter die gemeinsame elterliche Sorge und die alleinige Obhut des Vaters

gestellt. Für den Fall, dass die Mutter in der Schweiz Wohnsitz begründen sollte, wurde eine paritätische Obhut vereinbart. Am 18. Juni 2018 ersuchte die Mutter um eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des umgekehrten Familiennachzugs zum Verbleib bei ihrem Sohn. Dieses wurde von den kantonalen Behörden abgewiesen, wogegen sie sich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht wandte und beantragte, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und das Verfahren zwecks rechtsgenügender Feststellung des Sachverhalts und Neubeurteilung an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen, eventualiter sei das Migrationsamt anzuweisen, ihr im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem Sohn auszustellen.

Die Beschwerdeführerin kritisierte insbesondere, dass das Kind zu Unrecht nicht angehört worden sei, und brachte vor, dieses hätte gemäss Art. 8 EMRK und Art. 3 sowie Art. 12 KRK erfolgen müssen, um die Kindesinteressen zu ergründen.⁹⁹ Das Bundesgericht hielt fest, dass aus Art. 8 EMRK in der Tat ein Anspruch beziehungsweise eine Verpflichtung der staatlichen Behörden folge, in allen Belangen, die das Familienleben und das Kindeswohl betreffen, diese Aspekte gebührend in die Beurteilung einzubeziehen.¹⁰⁰

Mit Blick auf Art. 12 KRK führte das Bundesgericht aus, dass die Vertragsstaaten gemäss Abs. 1 einem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zusichern, diese Meinung in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und diese Meinung angemessen sowie dem Alter des Kindes und seiner Reife entsprechend zu berücksichtigen. Gemäss Art. 12 Abs. 2 KRK werde dem Kind zu diesem Zweck insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen es berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren unmittelbar, durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.¹⁰¹ Art. 12 KRK stellt dabei gemäss Bundesgericht einen direkt anwendbaren Rechtssatz dar.¹⁰² Eine persönliche Anhörung sei allerdings nicht in jedem Fall unerlässlich; wenn die Kinder durch ihre Eltern vertreten werden und deren Interessen gleichläufig sind, könne die Ansicht der Kinder auch ohne persönliche Anhörung durch ihre Eltern eingebracht werden, sofern der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne diese Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden könne.¹⁰³

Vorliegend befand das Bundesgericht in Abweichung von der Vorinstanz, die davon ausgegangen war, dass die Interessen der Beschwerdeführerin sich mit denjenigen des Kindes deckten, dass die Interessenlage unklar sei. Der Sohn habe durch den Verzicht auf seine Anhörung gar keine Möglichkeit gehabt, seine «allenfalls differenzierten Standpunkte zum Verhältnis zu seinen Eltern einzubringen, die aber

93 BGE 146 IV 367, E. 3.3.1.

94 BGE 146 IV 367, E. 3.3.1.

95 BGE 146 IV 367, E. 3.3.3.

96 BGE 146 IV 367, E. 3.3.3. Vgl. auch BGer 6B_300/2020 (21. August 2020), E. 3.3.1. und E. 3.4.4., sowie BGE 145 IV 161, E. 3.3. – zu Letzterem auch die Hinweise bei BRAUN BINDER, supra Fn. 1, 589.

97 Zur Publikation in BGE vorgesehen.

98 MARC SPESCHA & VALERIO PRIULI, «Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AIG/EMRK) ab November 2018 bis Ende August 2020 (2/2)», 22 FamPra.ch (2021), 71–86, 71 m.w.N.

99 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.

100 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.1.

101 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.2.

102 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.2.

103 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.2.

entscheidend zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts hätten beitragen können».¹⁰⁴ Ein Gleichlauf der Interessen von Eltern und Kindern in ausländerrechtlichen Verfahren sei in der Regel (nur) dann anzunehmen, wenn der ausländerrechtliche Entscheid das Aufenthaltsrecht sowohl der Eltern als auch der Kinder betreffe.¹⁰⁵ Vorliegend sei insbesondere das Verhältnis zwischen Mutter und Sohn für einen Bewilligungsanspruch der Mutter ausschlaggebend, weshalb es sich aufdränge, den Sohn gestützt auf Art. 12 KKK persönlich anzuhören.¹⁰⁶

Auch aus einem anderen Grund hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut. Die Befragung des Sohnes wäre auch notwendig gewesen, um den faktisch bisher ausgeübten persönlichen Kontakt zwischen Mutter und Sohn abzuklären.¹⁰⁷

104 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.3.

105 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.3.

106 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 3.3.

107 BGer 2C_1026/2019 (16. Juli 2020), E. 4.