

Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Per Mail an: vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch

Bern, 7. Juli 2021

Vernehmlassung: Änderung AIG; Art. 72 Covid-19-Test bei der Ausschaffung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Dieffenbacher
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Jurist*innen Schweiz bedanken sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir empfehlen, die Vorlage zurückzunehmen und von der zwangsweisen Durchführung von Covid-19-Tests zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs abzusehen. Gerne begründen wir diese Position im Folgenden. Wird zu einem Aspekt der Vorlage nicht Stellung genommen bitten wir Sie, dies nicht als Zustimmung zu werten.

Formales: Dringlicherklärung

Die vorgeschlagene Dringlicherklärung (Art. 165 Abs. 1 BV) und die damit einhergehende Verkürzung der Vernehmlassungsfrist ist u.E. nicht gerechtfertigt. Die Fristverkürzung für die Vernehmlassung in Ausnahmefällen muss gegenüber den Vernehmlassungsadressat*innen sachlich begründet sein (vgl. Art. 7 Abs. 4 VIG, SR 172.061). Ein Bundesgesetz ist gemäss Verfassungswortlaut nur dann dringlich i.S.v. Art. 165 Abs. 1 BV, wenn dessen "Inkrafttreten keinen Aufschub duldet". Wäre ein rasches Handeln erforderlich, hätte diese Vorlage schon seit Beginn der Pandemie bzw. seit der umfassenden Einführung von Testmöglichkeiten vorgelegt werden müssen. Die angeführten 50 Fälle erfüllen diese Anforderungen nicht. Sie begründen weder die Fristverkürzung noch rechtfertigen sie eine Dringlicherklärung nach Art. 165 Abs. 1 BV. Eine hinreichende Gefährdung von Polizeigütern, welche Art. 165 Abs. 1 BV erfordert (vgl. Tschannen, SGK-BV, Art. 165 BV, N 6), ist nicht ersichtlich. Eine zweiwöchige Frist für eine Vernehmlassung zur gesetzlichen Grundlage eines schwerwiegenden

Grundrechtseingriffs ist vor dem Hintergrund der staatspolitischen Bedeutung von Art. 147 BV ungenügend.

Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage

Die Verpflichtung zur Durchführung eines Covid-19-Tests und dessen zwangsweise Umsetzung stellt einen ungerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit bzw. der körperlichen Unversehrtheit dar (Art. 10 BV). Ein PCR-Test auf Covid-19 mittels Nasen-Rachen-Abstrich, Rachen-Abstrich oder Speichelentnahme ist ein Eingriff in den menschlichen Körper und tangiert somit das Recht auf körperliche Integrität (unabhängig von der Frage, ob/inwiefern der Test Schmerzen verursacht). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Diese gesetzliche Grundlage muss *genügend bestimmt* sein. Diesem Erfordernis genügt Art. 72 E-AIG nicht. Insbesondere lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen, wie ein Covid-19-Test zwangsweise durchgeführt werden soll. Zwar hält Abs. 2 fest, dass kein Zwang angewendet werden darf, welcher die Gesundheit der betroffenen Person gefährden könnte. Mit einer derart ungenauen Formulierung ist es jedoch unmöglich, Missbrauch vorzubeugen.

- Welches Mass an Gewalt darf aber von wem genau ausgeübt werden? Das EJPD selber anerkennt im erläuternden Bericht, dass «das Einführen eines Gegenstandes in die Nase der betroffenen Person mit physischem Zwang als gesundheitsgefährdend zu erachten» sei. Es führt weiter aus: «Andere Formen leichteren physischen Zwangs, wie etwa das Festhalten der Person an den Händen, damit sie sich ruhig verhält und den Test machen lässt, wären demgegenüber je nach den konkreten Umständen denkbar. Diese Argumentation überzeugt nicht und scheint realitätsfern: Es besteht per se eine erhebliche Verletzungsgefahr, wenn sich eine Person gegen den Test wehrt.
- Welche Akteur*innen dürfen einen zwangsweisen Test durchführen? Der Entwurf nennt «dafür spezifisch geschultes Personal» (Art. 72 Abs. 3 E-AIG). Es wird jedoch nicht näher präzisiert, wer dies konkret sein soll. Insbesondere ist unklar, ob diese Akteur*innen auch dazu berechtigt, bereit und qualifiziert sind, Zwangstests unter Gewaltanwendung durchzuführen. Medizinisches Personal darf nur Zwang anwenden bei Urteilsunfähigkeit und gleichzeitiger Selbst- oder Fremdgefährdung. Diese Voraussetzungen sind bei einem Covid-Test zwecks Ausschaffung nicht erfüllt.
- Inwiefern ist vorgesehen, bereits bei der Zuführung zum Test-Zwang anzuwenden, wenn dieser nicht vor Ort (im Unterbringungszentrum oder der Hafteinrichtung) vorgenommen werden kann?
- Welche Akteur*innen sollen die zwangsweise Zuführung übernehmen oder begleiten – ist hier eine polizeiliche Begleitung vorgesehen?
- Inwiefern besteht die Möglichkeit einer wirksamen Beschwerde gegen die Testpflicht und deren zwangsweise Durchsetzung im Einzelfall, mit gerichtlicher Überprüfung? Eine solche wäre angesichts des Eingriffs in die körperliche Integrität erforderlich gemäss dem Recht auf eine

wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II sowie der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV.

Es ist bekannt, dass bei Zwangsausschaffungen immer wieder unverhältnismässige physische Gewalt angewendet wird. Indem die Arten von Zwang, mit welchen Covid-19-Tests erzwungen werden können, nicht klar festgelegt sind, entsteht ein hohes Risiko für Unklarheiten in der Rechtsanwendung und damit für unverhältnismässigen Zwang.

Öffentliches Interesse

Das öffentliche Interesse der schweizerischen Behörden liegt in der Durchsetzung der Ausreisepflicht bzw. des Wegweisungsvollzugs zwecks Umsetzung des Ausländer- und Asylrechts als Teil der öffentlichen Ordnung. Jedoch liegt das öffentliche Interesse der Schweizer Behörden in dieser Konstellation nicht in der Pandemiebekämpfung zwecks Schutz der öffentlichen Gesundheit – dieses besteht höchstens generell bzw. in der vorliegenden Konstellation auf Seiten der Behörden der Zielstaaten, die für die Einreise der betroffenen Personen ein negatives Testresultat verlangen. Ein öffentliches Interesse eines anderen Staates vermag eine behördliche Grundrechtseinschränkung bei Personen in der Schweiz jedoch nicht zu rechtfertigen. Das öffentliche Interesse der Schweizer Behörden steht damit nicht in direktem Zusammenhang mit dem Eingriff in die körperliche Integrität der betroffenen Person. Der EGMR hat eine Testpflicht auf Tuberkulose als einen Eingriff in Art. 8 EMRK angesehen, der durch das öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sei. Der Eingriff stand dort also in direktem Zusammenhang mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit. Gemäss EGMR müssen medizinische Eingriffe gegen den Willen einer inhaftierten Person durch eine medizinische Notwendigkeit gerechtfertigt sein. Dies ist bei den vorgesehenen Covid-Zwangstests zwecks Wegweisungsvollzug nicht der Fall. Zwangsmassnahmen im medizinischen Bereich sind z.B. in Art. 32 i.V.m. Art. 31 EpG vorgesehen, wo sie der Verhinderung der Übertragung von Krankheiten gelten oder in Art. 434 ZGB, wenn der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet sind. Die zwangsweise Durchführung von Covid-19-Tests ist weder medizinisch notwendig noch dient sie der Verhinderung der Übertragung von Covid-19. Sie dient einzig und allein der Sicherstellung des Wegweisungsvollzuges und ist damit in keiner Weise vergleichbar mit anderen Situationen, in denen medizinische Zwangsmassnahmen möglich sind.

Verhältnismässigkeit

Als schwerer Grundrechtseingriff (Art. 10 Abs. 2 BV) hat die zwangsweise Durchführung von Covid-19-Tests den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) zu wahren. Bereits die Eignung der Vorlage ist fraglich: Wenn eine Person freiwillig beim Test mitwirkt, kann sie auch schon heute (ohne Gesetzesänderung) auf Covid-19 getestet werden. Aufgrund der in der Regel bestehenden Verletzungsgefahr bei zwangsweiser Testung ist zu bezweifeln, dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung tatsächlich in einer relevanten Anzahl von Fällen zu einem Testresultat führen kann. Eher ist davon auszugehen, dass in der grossen Mehrzahl der Fälle aufgrund der

Verletzungsgefahr von der Zwangsanwendung und damit der Testung abgesehen werden muss. Es dürfte daher in der Praxis in praktisch allen Fällen zu einer Konstellation von Art. 72 Abs. 2 E-AIG zweiter Satz («Während der Durchführung des Covid-19-Tests darf kein Zwang ausgeübt werden, der die Gesundheit der betroffenen Person gefährden könnte.») kommen, womit der Test im Ergebnis nicht durchgeführt werden kann (Art. 72 Abs. 3 E-AIG).

Die Bestimmung ist zudem weder erforderlich noch zumutbar. Als mildere Massnahme wäre insbesondere mit den betreffenden Zielländern und Fluggesellschaften das Gespräch zu suchen und andere Lösungsansätze zu besprechen (beispielsweise Quarantäne im Zielland). Eine weitere mildere Massnahme wäre die Durchführung einer Quarantäne vor oder nach Ausreise aus der Schweiz. Das EJPD hält pauschal fest, dass eine Quarantänepflicht vor Ausreise aus der Schweiz von den Zielstaaten und den Fluggesellschaften grundsätzlich nicht akzeptiert werde. Ob und inwiefern mit Blick auf die Prüfung und Vereinbarung solch milderer Massnahmen Bemühungen im Sinne von Verhandlungen mit den Zielstaaten stattfanden, wird hingegen nicht ausgeführt. Falls die Pflicht zur Vorlage eines negativen Testresultats von Fluggesellschaften (und nicht vom Zielstaat) ausgeht, wäre als mildere Massnahme bei Überstellungen innerhalb Europas (Dublin-/sichere Drittstaaten-Überstellungen) die Möglichkeit einer Überstellung auf dem Landweg zu prüfen. Der Vernehmlassungsentwurf legt nur unzureichend dar, inwiefern sämtliche mildereren Massnahmen – insbesondere Quarantäne – von den Schweizer Behörden ausgeschöpft wurden.

Bei der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne muss eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des Wegweisungsvollzugs einerseits und dem Eingriff in die körperliche Integrität als Teil der persönlichen Freiheit andererseits stattfinden. Angesichts der tiefen Anzahl betroffener Personen reicht das öffentliche Interesse nicht aus, um den erheblichen Grundrechtseingriff aufzuwiegen. Zudem ist aktuell noch unklar, wie lange die Anforderung des negativen Testresultats seitens Zielstaaten und Fluggesellschaften noch bestehen bleiben wird. Das EJPD rechnet gemäss erläuterndem Bericht damit, «dass die Aufnahmeländer und die Transportunternehmen auch bei einem Rückgang der Covid-19-Epidemie noch während einer längeren Zeit solche Tests verlangen werden.» Diese Aussage wird weder belegt noch näher begründet. Angesichts der Impfkampagnen und der Abnahme der Covid-19-Fälle können mit grosser Wahrscheinlichkeit Lockerungen in absehbarer Zeit erwartet werden. Damit besteht die Möglichkeit, dass die Anforderungen auch für die Einreise in andere Staaten in absehbarer Zeit wieder gelockert werden könnten. Es ist daher unverhältnismässig, zum jetzigen Zeitpunkt für eine vorübergehende Situation und eine so überschaubare Anzahl betroffener Personen eigens eine neue Gesetzesgrundlage zu schaffen.

Auf der anderen Seite der Abwägung steht der Eingriff in die körperliche Integrität durch die zwangsweise Testung. Wie dargelegt besteht bei zwangsweiser Vornahme des Tests regelmässig ein erhebliches Verletzungsrisiko. Aufgrund des erheblichen Verletzungsrisikos ist die zwangsweise

Vornahme eines Covid-Tests als beträchtlicher Eingriff in die körperliche Integrität zu werten. Zweck und Wirkung der vorgeschlagenen Massnahme stehen damit nicht in einem angemessenen Verhältnis, weshalb die Massnahme auch unverhältnismässig im engeren Sinne ist.

Wir bedanken uns für die Kenntnisnahme und bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Hugentobler', followed by a long horizontal line extending to the right.

Manuela Hugentobler
Generalsekretärin DJS