

Änderung des ALG: Covid-19- Test bei der Ausschaffung

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen
Flüchtlingshilfe

Bern, 6. Juli 2021

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Das Wichtigste in Kürze	3
3	Recht auf körperliche Integrität	3
3.1	Schutzbereich	3
3.2	Einschränkung	4
3.2.1	Gesetzliche Grundlage	4
3.2.2	Öffentliches Interesse	5
3.2.3	Verhältnismässigkeit	6
3.2.4	Fazit: Eingriff ist unverhältnismässig	9
4	Ungleichbehandlung gegenüber übriger Bevölkerung	9

1 Einleitung

Die SFH bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussert sich im Folgenden zu den für sie wichtigsten Punkten. Wenn zu einem Punkt keine Stellung bezogen wird, ist dies nicht als Zustimmung zu werten.

2 Das Wichtigste in Kürze

- Die SFH lehnt den vorgeschlagenen nArt. 72 AIG ab, da er einen unverhältnismässigen Eingriff und damit eine Verletzung des Grundrechts auf körperliche Integrität als Teil der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) darstellt.
- Wenn sich eine Person körperlich gegen den Test wehrt und dieser zwangsweise vorgenommen wird, besteht immer eine erhebliche Verletzungsgefahr. Eine zwangsweise Vornahme ist daher sowohl aus rechtlicher als auch aus medizinischer Sicht nicht verantwortbar. Aus diesen Gründen wird der Test im Falle der Weigerung einer Person regelmässig nicht durchgeführt werden können (nArt. 72 Abs. 2 und 3 AIG, jeweils zweiter Satz). Die Massnahme ist daher nicht geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen.
- Das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug in einer beschränkten Anzahl Fälle während einer vorübergehenden Zeit vermag die Schwere des Grundrechtseingriffs nicht zu rechtfertigen.
- Die vorgeschlagene Gesetzesgrundlage lässt zu viele relevante Fragen offen und ist daher nicht genügend bestimmt.
- Ein Testzwang stellt eine Ungleichbehandlung mit dem Rest der Bevölkerung dar, da keine andere Bevölkerungsgruppe zu einem Covid-Test verpflichtet und gezwungen wird.

3 Recht auf körperliche Integrität

3.1 Schutzbereich

Das Recht auf physische und psychische Integrität gehört zum Schutzbereich der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV. Ebenfalls geschützt ist die physische und psychische Integrität durch Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II. In Bezug auf die EMRK stellen zwangsweise medizinische Interventionen einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK dar.¹

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) kann ein Eingriff in die körperliche Integrität auch vorliegen ohne eine eigentliche Schädigung oder die Verursachung von Schmerzen, also auch bei einer zahnmedizinischen Zwangsbehandlung², einer Blutentnahme³, einer obligatorischen Röntgenuntersuchung bezüglich Tuberkulose⁴ oder bei einer Impfung von Kindern gegen Diphtherie⁵ oder Pocken⁶. Die Extraktion einiger Haare in einem Strafverfahren

¹ EGMR, X. gg. Finnland, Beschwerde Nr. 34806/04, Urteil vom 3. Juli 2021, in Bezug auf Zwangsmedikation.

² BGE 118 Ia 427 E. 4b.

³ BGE 99 Ia 412 E. 4, BGE 91 I 34, BGE 90 I 35 und 110.

⁴ BGE 104 Ia 486 E. 4a.

⁵ BGE 99 Ia 749.

⁶ BGE 99 Ia 749, BGE 50 I 334.

zwecks Nachweis von Drogenkonsum wurde vom BGer ebenfalls als Eingriff in die persönliche Freiheit eingestuft.⁷ Medizinische Behandlungen stellen (sofern sie dem Staat zurechenbar sind) einen Eingriff in die persönliche Freiheit dar, weshalb der Patient/die Patientin nach Aufklärung frei über die Behandlung entscheiden können muss.⁸ Dies gilt auch für Personen, die sich in Haft befinden: So «darf der als Gutachter oder als Therapeut handelnde Arzt eine diagnostische oder therapeutische Massnahme nur durchführen, wenn die inhaftierte Person ihr freies Einverständnis nach Aufklärung (informed consent) dazu gibt».⁹ Nur in Notfallsituationen kann auf das Einverständnis verzichtet werden, sofern die Person nicht urteilsfähig ist und eine unmittelbare Gefahr selbst- oder fremdgefährdender Handlungen besteht.¹⁰

Ein PCR-Test auf Covid-19 mittels Nasen-Rachen-Abstrich, Rachen-Abstrich oder Speichelentnahme stellt einen instrumentellen Eingriff in den menschlichen Körper dar und tangiert somit das Recht auf körperliche Integrität (unabhängig von der Frage, ob/inwiefern der Test Schmerzen verursacht).

3.2 Einschränkung

Das Recht auf körperliche Integrität als Teil der persönlichen Freiheit gilt – wie Freiheitsrechte im Allgemeinen – nicht absolut und kann unter Umständen eingeschränkt werden. Damit die Einschränkung zulässig ist, muss sie sich auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein und der Kerngehalt des Grundrechts muss gewahrt werden (Art. 36 BV).

3.2.1 Gesetzliche Grundlage

Für eine Grundrechtseinschränkung braucht es eine ausreichende gesetzliche Grundlage – also eine genügend bestimmte generell-abstrakte Norm, bei schwerwiegenden Einschränkungen ein Gesetz im formellen Sinne. Eine gesetzliche Grundlage für den hier vorgesehenen Eingriff fehlt bisher und soll mit dem vorliegenden Entwurf von nArt. 72 AIG geschaffen werden. Die Formulierung im Entwurf lässt allerdings zahlreiche relevante Fragen offen mit Blick auf die praktische Umsetzung:

- Welches Mass an Gewalt darf 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.»¹¹ Diese Argumentation überzeugt nicht und scheint realitätsfern. Aus Sicht der

⁷ BGer, Entscheid vom 19.12.1995 in EuGRZ 1996 470f.

⁸ BGE 118 Ia 427 E. 4b; Art. 5 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, SR 0.810.2.

⁹ Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, 4. A. 2019, https://www.samw.ch/dam/jcr:1ad584ee-ad5f-4aa1-9f8b-96335d329a3e/richtlinien_samw_inhaftierte.pdf, Ziff. 7.

¹⁰ SAMW, Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, 4. A. 2019, https://www.samw.ch/dam/jcr:1ad584ee-ad5f-4aa1-9f8b-96335d329a3e/richtlinien_samw_inhaftierte.pdf, Ziff. 7.

¹¹ EJPD, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG): Covid-19-Test bei der Ausschaffung, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Juli 2021, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/67249.pdf>, S. 5.

SFH besteht **per se eine erhebliche Verletzungsgefahr, wenn sich eine Person gegen den Test wehrt**. Damit diese Verletzungsgefahr zumindest minimiert werden kann, wäre ein beträchtliches Mass an Gewaltanwendung – vermutlich unter Einsatz mehrerer Personen – nötig, um Körper und Kopf der Person für einen solchen Eingriff ausreichend zu fixieren. Das vom EJPD als Beispiel genannte Festhalten an den Händen wird mit Sicherheit regelmässig nicht ausreichen, wenn sich eine Person gegen den Test wehrt.

- Welche Akteure genau sollen einen zwangsweisen Test durchführen? Der Entwurf nennt «dafür spezifisch geschultes Personal» (nArt. 72 Abs. 3 AIG). Es wird jedoch nicht näher präzisiert, wer dies konkret sein soll. Insbesondere ist unklar, ob diese Akteure auch dazu berechtigt, bereit und qualifiziert sind, Zwangstests unter Gewaltanwendung durchzuführen. Medizinisches Personal darf nur Zwang anwenden bei Urteilsunfähigkeit und gleichzeitiger Selbst- oder Fremdgefährdung (siehe 3.1, FN 10). 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 Akteure sollen die zwangsweise Zuführung übernehmen oder begleiten – ist hier eine polizeiliche Begleitung vorgesehen?
- Ist ein unabhängiges Monitoring vorgesehen? Ein solches wäre wichtig sowohl bei der Zuführung zum Test als auch während der Durchführung des Tests.
- 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.

Vor dem Hintergrund dieser relevanten offenen Fragen erfüllt die geplante gesetzliche Grundlage das Erfordernis der ausreichenden Bestimmtheit aus Sicht der SFH nicht. Damit stellt der Entwurf **keine ausreichende gesetzliche Grundlage** für den vorgesehenen Grundrechtseingriff dar.

3.2.2 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 das Vorweisen eines negativen Testresultats verlangen für die Einreise der betroffenen Personen. 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.¹² Der Eingriff stand dort also in direktem Zusammenhang mit dem

¹² EGMR, Acamanne und andere gg. Belgien, Beschwerde Nr. 10435/83, Urteil vom 10.12.1984, S. 257.

Schutz der öffentlichen Gesundheit. Gemäss EGMR müssen medizinische Eingriffe gegen den Willen einer inhaftierten Person durch eine medizinische Notwendigkeit gerechtfertigt sein.¹³ Dies ist bei den vorgesehenen Covid-Zwangstests zwecks Wegweisungsvollzug nicht der Fall.

3.2.3 Verhältnismässigkeit

Damit ein Grundrechtseingriff verhältnismässig ist, muss die Massnahme geeignet und erforderlich sein, den angestrebten Zweck zu erreichen. Zudem müssen Eingriffszweck und Eingriffswirkung in einem vernünftigen Verhältnis stehen (Interessenabwägung).

a) Eignung

Aus Sicht der SFH ist die vorgeschlagene Gesetzesänderung **nicht geeignet**, den angestrebten Zweck (Wegweisungsvollzug) zu erreichen: Wenn eine Person freiwillig beim Test mitwirkt, kann sie auch schon heute (ohne Gesetzesänderung) auf Covid-19 getestet werden. Wenn eine Person nicht beim Test mitwirkt, ist es aus unserer Sicht **nicht möglich, sie zwangsweise zu testen, ohne dass erhebliche Verletzungsgefahr besteht** (siehe bereits oben 3.2.1). 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 nArt. 72 Abs. 2 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 (nArt. 72 Abs. 3 AIG).

Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) hält in ihren medizin-ethischen Richtlinien zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen in Bezug auf behördlich angeordnete Zwangsmassnahmen wie Ausschaffung fest: «Gelangt der Arzt zur Überzeugung, dass die zur Ausführung der Massnahme eingesetzten Mittel [...] für den Patienten eine unmittelbare und erhebliche gesundheitliche Gefahr darstellen, muss er unverzüglich die zuständigen Behörden darüber informieren, dass er, falls auf die vorgesehenen Mittel nicht verzichtet wird, keine medizinische Verantwortung übernimmt und dass er jede weitere Mitwirkung verweigert.»¹⁴ Da eine **zwangsweise Durchführung des Tests per se eine Verletzungsgefahr birgt** und damit die Gesundheit der betroffenen Person gefährdet, ist diese nicht mit der Sorgfaltspflicht des Medizinalpersonals vereinbar und **wird regelmässig dazu führen, dass der Test nicht durchgeführt werden kann** (Art. 72 Abs. 3 nAIG). In diesen Fällen wäre dann ein grosser Aufwand und eine grosse Belastung sowohl der Betroffenen als auch des involvierten Personals angefallen, ohne das angestrebte Ziel zu erreichen. Da dies bereits jetzt absehbar ist, ist es aus Sicht der SFH unverhältnismässig, die vorgeschlagene Regelung überhaupt einzuführen – umso mehr, als sie nicht geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen.

¹³ EGMR, Jalloh gg. Deutschland, Beschwerde Nr. 54810/00, Urteil vom 11.07.2006, Rz. 69.

¹⁴ SAMW, Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, 4. A. 2019, https://www.samw.ch/dam/jcr:1ad584ee-ad5f-4aa1-9f8b-96335d329a3e/richtlinien_samw_inhaftierte.pdf, Ziff. 6.

Das EJPD stützt sich im erläuternden Bericht unter anderem darauf, dass in Deutschland und Dänemark ebenfalls eine entsprechende Testpflicht bestehe, die in Deutschland auch zwangsweise durchgesetzt werden könne.¹⁵ In Deutschland stützt sich die Testpflicht offenbar auf die gesetzliche Grundlage zur Feststellung der Reisefähigkeit von abgewiesenen Asylsuchenden, in deren Rahmen sie erfolgt (§ 82 Absatz 4 Satz 1 und 2 AufenthG). Ob sich die zwangsweise Durchführung von Covid-Tests tatsächlich auf diese Bestimmung abstützen lässt, ist jedoch umstritten, da es dabei um Einreisebestimmungen geht, und nicht um eine Frage der Reisefähigkeit.¹⁶ In Sachsen-Anhalt ergab eine Anfrage an die Landesregierung in Bezug auf die Umsetzung, dass keine Testung vor Abschiebung mit körperlichem Zwang erfolgte, zumal die Verwertbarkeit der Testergebnisse fraglich wäre: «In keinem Fall erfolgte die Testung auf das Covid-19-Virus unter Anordnung und Anwendung körperlichen Zwangs oder unmittelbaren Zwangs. Die Einschätzung der Verwertbarkeit von Testergebnissen unter Anwendung körperlichen Zwangs oder unmittelbaren Zwangs obläge dem anwesenden medizinischen Fachpersonal.»¹⁷ Erfahrungswerte mit der Umsetzung in Deutschland oder in Dänemark fehlen im erläuternden Bericht des EJPD denn auch bezeichnenderweise, ebenso äussert es sich nicht zur Verwertbarkeit von Testergebnissen, die unter Zwang erlangt wurden. Solche Abklärungen wären aber notwendig im Rahmen der vorherigen Prüfung der Eignung der Massnahme. Die fragliche Verwertbarkeit der Testergebnisse bei Zwanganwendung sprechen aus Sicht der SFH zusätzlich gegen die Eignung der Massnahme.

b) Erforderlichkeit

Die Massnahme muss erforderlich sein mit Blick auf den angestrebten Zweck. Dies ist nur der Fall, wenn keine geeigneten **milderen Massnahmen** zur Verfügung stehen.

Als milderes Mittel zur Durchführung des Tests nennt das EJPD im erläuternden Bericht die Durchführung eines Ausreisegesprächs mit dem Ziel, dass die Person freiwillig am Test mitwirkt.¹⁸ Diese Massnahme kann bereits heute angewandt werden, ohne neue Gesetzesgrundlage.

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.¹⁹ 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. Anstelle des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs müssten sich die **Schweizer Behörden aus Sicht der SFH in Verhandlungen mit den betreffenden Staaten dafür einsetzen, mögliche mildere Alternativen wie eine Quarantänepflicht eingehend zu prüfen und zu vereinbaren.**

¹⁵ EJPD, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.

¹⁶ Siehe Flüchtlingsrat Niedersachsen, Flüchtlingsrat: Corona-Zwangstests zur Durchsetzung von Abschiebungen rechtswidrig, 25.11.2020, <https://www.nds-fluerat.org/47176/aktuelles/fluechtlingsrat-corona-zwangstests-zur-durchsetzung-von-abschiebungen-rechtswidrig/>; VG Köln, Beschluss 12 L 1926/20 vom 27.10.2020, https://www.fnrw.de/fileadmin/user_upload/12_L_1926_20_Beschluss_VG_Ko_In.pdf.

¹⁷ Landtag von Sachsen-Anhalt, Antwort der Landesregierung auf eine Kleine Anfrage zur schriftlichen Beantwortung, Abschiebungen während der Covid-19-Pandemie, KA 7/4339, Antwort auf Frage 17, <https://www.landtag.sachsen-anhalt.de/fileadmin/files/drs/wp7/drs/d7388dak.pdf>.

¹⁸ EJPD, Erläuternder Bericht, Ziff. 4.

¹⁹ EJPD, Erläuternder Bericht, Ziff. 6.

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.

Nach dem Gesagten wurde in der Vorlage unzureichend dargelegt, dass sämtliche milderen Massnahmen – insbesondere Quarantäne – von den Schweizer Behörden ausgeschöpft wurden, weshalb die **Erforderlichkeit** der Massnahme **nicht gegeben** ist.

c) Verhältnis Zweck-Wirkung (Interessenabwägung)

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. Gemäss EJPD waren es Ende Mai 2021 in den Bundesasylzentren rund 50 Personen, die den für die Ausreise notwendigen Covid-19-Test verweigerten (Ende April 2021: 22 Fälle). Hinzu kämen weitere Fälle von Testverweigerungen durch ausreisepflichtige Personen in den Kantonen, deren Anzahl schwer zu beziffern sei.²⁰ Demgegenüber wurden von Januar – Ende Mai 2021 insgesamt 3012 Abgänge und Vollzugsmeldungen aus dem Asylprozess verzeichnet.²¹ Im ausländerrechtlichen Bereich (AIG) waren es im gleichen Zeitraum 1032 Abgänge.²² Angesichts dieser Dimensionen scheint eine zweistellige Zahl von Personen, bei denen das EJPD eigens einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht, doch sehr gering. Angesichts dieser tiefen Anzahl betroffener Personen reicht das öffentliche Interesse aus Sicht der SFH 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.»²³ Diese Aussage bleibt jedoch vage und 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. Aus Sicht der SFH ist es 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

²⁰ EJPD, Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1, 5.

²¹ SEM, Asylstatistik Mai 2021, 7-30 Asylprozess und Rückkehrunterstützung Asyl: Ein- und Austritte nach Kanton vom 1.1.2021 bis am 31.5.2021, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/publiservice/statistik/asylstatistik/2021/05/7-30-Bew-Aufenthalte-Asyl-J-d-2021-05.xlsx.download.xlsx/7-30-Bew-Aufenthalte-Asyl-J-d-2021-05.xlsx>.

²² SEM, Asylstatistik Mai 2021, 7-31 Rückkehrunterstützung AIG: Ein- und Austritte nach Kanton vom 1.1.2021 bis am 31.5.2021, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/publiservice/statistik/asylstatistik/2021/05/7-31-Bew-Aufenthalte-AIG-J-d-2021-05.xlsx.download.xlsx/7-31-Bew-Aufenthalte-AIG-J-d-2021-05.xlsx>.

²³ EJPD, Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.

Integrität zu werten. Aus medizinischer Sicht ist eine zwangsweise Vornahme eines solchen Tests abzulehnen, da keine Urteilsunfähigkeit und Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt. So lehnt die SAMW denn auch beispielsweise eine zwangsweise radiologische Untersuchung mutmasslicher Bodypacker*innen als unverhältnismässig ab.²⁴

Wie bereits unter a) ausgeführt, ist die Massnahme nicht geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen. Das öffentliche Interesse vermag den schweren Eingriff in die körperliche Integrität nicht zu überwiegen. Zweck und Wirkung der vorgeschlagenen Massnahme stehen damit nicht in einem angemessenen Verhältnis, weshalb die Massnahme auch **unverhältnismässig** im engeren Sinne ist.

3.2.4 Fazit: Eingriff ist unverhältnismässig

Aus Sicht der SFH stellt die vorgeschlagene Gesetzesänderung einen **unverhältnismässigen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Integrität als Teil der persönlichen Freiheit** (Art. 10 Abs. 2 BV) dar. Die Massnahme ist nicht geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen; sie ist nicht erforderlich, da mögliche mildere Alternativen unzureichend geprüft und aufgezeigt wurden; und in der Abwägung von Zweck und Wirkung vermag das öffentliche Interesse die Schwere des Eingriffs nicht aufzuwiegen.

4 Ungleichbehandlung gegenüber übriger Bevölkerung

Die SFH hat sich seit Beginn der Pandemie dafür eingesetzt, dass für Personen aus dem Asylbereich grundsätzlich dieselben Bestimmungen und Massnahmen zur Umsetzung und Einhaltung der BAG-Richtlinien gelten wie für die übrige Bevölkerung in der Schweiz.

Bisher wird in keinem anderen Bereich eine Bevölkerungsgruppe zur Vornahme eines Covid-Tests verpflichtet oder gar gezwungen. Zwar wird auch in anderen Bereichen – z.B. bei touristischen Reisen – die Vorlage eines negativen Testresultats verlangt, jedoch erfolgt die Inanspruchnahme der entsprechenden Dienstleistungen durch die betreffenden Personen *freiwillig*. Somit kann dort nicht von Zwang gesprochen werden. Auch Arbeitgebende können Arbeitnehmende nicht zur Durchführung eines Tests verpflichten oder zwingen (eine mögliche Konsequenz des Nichttestens wäre höchstens, dass die Person im Homeoffice statt im Büro arbeiten muss). Anders ist es bei ausreisepflichtigen Ausländer*innen: sie sollen zum Test verpflichtet und sogar dazu gezwungen werden können. Darin liegt eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Rest der Bevölkerung.

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV («Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.») besteht ein Gleichbehandlungsgebot. Rechtliche Unterscheidungen dürfen nur gemacht werden, wenn diese sachlich und vernünftig begründet sind. Ausländische Staatsangehörige dürfen bei Vorliegen solcher Gründe grundsätzlich anders behandelt werden als schweizerische, aber Art. 8 Abs. 2 BV verbietet eine Diskriminierung aufgrund der Herkunft. Unterschiedliche Regelungen aufgrund eines Merkmals nach Art. 8 Abs. 2 BV sind nicht per se unzulässig, bedürfen aber einer

²⁴ SAMW, Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Anhang H: Medizinische Betreuung von Personen mit mutmasslichem Bodypacking, 2018, https://www.samw.ch/dam/jcr:6bc50554-1ac1-4178-a977-b6640d545d3c/richtlinien_samw_inhaftierte_anhang_h.pdf, Ziff.

qualifizierten Rechtfertigung.²⁵ Bei Zwangsausschaffungen liegen zwar sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung ausreisepflichtiger ausländischer Staatsangehöriger mit schweizerischen Staatsangehörigen vor, da erstere nicht mehr berechtigt sind, sich in der Schweiz aufzuhalten. Da jedoch in der hier vorliegenden Konstellation das öffentliche Interesse des Wegweisungsvollzugs nicht direkt mit der medizinischen Massnahme des zwangsweisen Covid-Tests zusammenhängt (siehe auch 3.2.2), ist zweifelhaft, dass hier ausreichende Gründe für eine Ungleichbehandlung vorliegen.

²⁵ BGE 140 I 201 E. 6.4.2.