



Niederlassungsfreiheit, Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung

Vorlesung vom 22. Dezember 2016

BGK § 33

Vorbereitung: Lektüre von Dokument 2 (EGMR, Udeh v. Schweiz, Urteil vom 16. April 2013)



Art. 24 BV Historische Entwicklung

Bis 1848 keine freie Niederlassung für Schweizerinnen und Schweizer ausserhalb ihres Heimatkantons

1848 freie Niederlassung für Schweizerinnen und Schweizer christlicher Religion

- Ziel: freier Personenverkehr in der Eidgenossenschaft
- im interkantonalen (nicht im innerkantonalen) Verhältnis

1866 freie Niederlassung für alle Schweizerinnen und Schweizer, unabhängig von der Religion

1874 freie Niederlassung auch im innerkantonalen Verhältnis

1975 letzter Schritt für die freie Niederlassung auch für (dauernd unterstützungs-)bedürftige Schweizerinnen und Schweizer

„Neues Eherecht“ vom 5. Oktober 1984:

Der Wohnsitz bestimmt sich für jeden Gatten nach Art. 23 ff. ZGB. Die Gatten bestimmen gemäss Art. 162 ZGB die eheliche Wohnung gemeinsam. Sie sind nicht verpflichtet, einen gemeinsamen Haushalt zu führen. Unter dem „alten Eherecht“ hatte der Ehemann den Wohnsitz bestimmt.



Gesetzliche Grundlage	Sachlicher Schutzbereich	Persönlicher Schutzbereich	Ansprüche	Einschränkungen	Kerngehalt
<p>Art. 24 BV Niederlassungsfreiheit</p>	<p>Aufenthalt und Niederlassung an jedem beliebigen Ort in der Schweiz.</p> <p>Jederzeitige Ausreise aus der Schweiz und Wiedereinreise in die Schweiz.</p>	<p>Schweizerinnen und Schweizer.</p> <p>Vorbehalt zu Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II.</p> <p>2. ZP zur EMRK nicht unterzeichnet.</p>	<p>Abwehranspruch.</p> <p>Anspruch auf Reisedokumente und Schriften.</p>	<p>Art. 36 BV.</p> <p>Elternteil ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz darf bleiben, wenn ansonsten das Kind mit Schweizer Bürgerrecht ins Ausland ziehen müsste: BGE 135 I 153.</p> <p>Wohnsitzpflicht für Staatsangestellte nur wenn dienstlich notwendig oder wenn hoheitliche Tätigkeit: BGE 128 I 280.</p>	<p>Bisher nicht entwickelt.</p>



Zum persönlichen Schutzbereich

Vorbehalt zu Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II:

«Das Recht, sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, steht unter dem Vorbehalt der Bundesgesetzgebung über die Ausländer, wonach Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen nur für den Kanton gelten, der sie ausgestellt hat.»

Siehe den Schluss des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

Für Ausländerinnen und Ausländer relevant:

- Ableitung eines Anspruches auf Aufenthalt aus der Garantie des Familienlebens (insbesondere aus Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK)
- Siehe z.B. EGMR Udeh v. Schweiz, no. 12020/09, Urteil vom 16. April 2013, § § 1-19, § § 38-55, Urteilsspruch und Opinion dissidente; Kritik an diesem Urteil: BGE 139 I 325.
- Ansprüche aus der Personenfreizügigkeit mit der EU.

Für juristische Personen: Ansprüche aus Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) und Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).



Anspruch auf Ausstellung der **Reisedokumente**, welche die Ausreise ins Ausland möglich machen

Entgegennahme der Abmeldung (respektive **Bestätigung der polizeilichen Abmeldung**) von «Steuersündern», die auswandern möchten:

- BGE 127 I 97: Frau mit ca. 20'000 Fr. Steuerschulden benötigt Abmeldebestätigung der Stadt Olten, damit ihr die Pensionskasse ihre Freizügigkeitsleistung in bar ausbezahlt.

Erw. 4.b: «Es ist unzulässig, das Ausstellen einer Abmeldebestätigung vom Begleichen bestehender Steuerschulden abhängig zu machen: Steuerausstände sind auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg einzutreiben, selbst wenn das (...) mit Schwierigkeiten verbunden sein sollte. Es geht nicht an, dass die kantonalen und kommunalen Behörden versuchen, säumige Steuerzahler mit zweckfremden Mitteln zum Tilgen ihrer Schulden zu zwingen. Dies umso weniger, wenn im konkreten Fall die Niederlassungsfreiheit des Betroffenen in Frage steht.»

- Auswanderung eines Mannes mit Steuerschulden aus der Gemeinde Freienstein-Teufen ZH
Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons ZH, Sitzung vom 18. September 2013 (KR-Nr. 195/2013): 1013.
Anfrage (Steuersünder, die ins Ausland ziehen), abrufbar unter: <http://www.zh.ch/internet/de/aktuell/rrb/suche.html#a-content>
und http://www.zh.ch/bin/ktzh/rrb/beschluss.pdf?rrbNr=1013&name=1013_A5&year=2013& charset =UTF-8

Medienberichte: http://www.vgbz.ch/wp-content/uploads/2016/07/160729_Gericht-macht-sich-nicht-zum-Adjutanten-eines-Steuers%C3%BCnders-Der-Arrest-f%C3%BCr-Steuers%C3%BCnder-im-Ausland-Landbote.pdf

<http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/gegen-auswanderer-hatte-der-steuerbeamte-keine-chance/story/28306012>

Anspruch auf **Niederlassung** am zivilrechtlichen Wohnsitz, Aufnahme in die entsprechenden Register:

- BGer 2P.49/2007, Urteil vom 3. August 2007



BGE 135 I 153 Türkin heiratet Türken in der Schweiz, der ein Jahr später eingebürgert wird. Kurz nach der Einbürgerung wird die gemeinsame Tochter geboren. Der Vater stirbt wenige Monate später.

Erw. 2.2.3 Falls der Mutter «keine Anwesenheitsbewilligung in der Schweiz erteilt wird, bedeutet dies, dass ihr Schweizer Kind gezwungen ist, in die Türkei auszureisen. Eine solche Konsequenz darf nicht leichthin in Kauf genommen werden. Zu berücksichtigen ist, dass es sich dabei letztlich um die Folge des Todes des schweizerischen Kindesvaters handelt; aus Pietätsgründen soll in einem solchen Fall die Ausreise des Kindes aus seiner Heimat nicht ohne besondere Gründe durch ausländerrechtliche Massnahmen erzwungen werden (...).

Vom Kind zu verlangen, die Schweiz zu verlassen, berührt seine aus der Staatsbürgerschaft fliessende Niederlassungsfreiheit sowie in gewissem Sinne auch das Verbot der Ausweisung von Schweizer Bürgern, selbst wenn es wohnsitzrechtlich an sich das Schicksal des Inhabers der elterlichen Gewalt bzw. des Sorgerechts teilen muss (..).

Die inzwischen dreieinhalbjährige Tochter der Beschwerdeführerin hat ein offenkundiges Interesse daran, in der Schweiz zu leben, um von den hiesigen Ausbildungsmöglichkeiten und Lebensbedingungen profitieren zu können. Als Schweizerin wäre sie spätestens bei Volljährigkeit befugt, selbständig in das Land zurückzukehren. Müsste sie dieses jetzt verlassen, wäre bei ihrer Wiedereinreise mit Integrationsschwierigkeiten zu rechnen, was mit dem Wertentscheid des Gesetzgebers im Ausländergesetz, selbst die Integration von ausländischen Staatsangehörigen zu fördern und für deren Aufenthalt im Land vorauszusetzen (...), kaum verträglich ist.»



Art. 301a ZGB **Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes**

«Abs. 1 Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen.

Abs. 2 Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und **will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln**, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn:

lit. a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder

lit. b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat.

Abs. 3 Übt ein Elternteil die elterliche Sorge allein aus und will er den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so muss er den anderen Elternteil rechtzeitig darüber informieren.

Abs. 4 Dieselbe **Informationspflicht** hat ein **Elternteil, der seinen eigenen Wohnsitz wechseln will**.

Abs. 5 Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrages. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde.»

BGE 142 III 481: Mutter betreut Kinder alleine. Möchte mit ihnen zurück in ihre Heimat nach Graz (A).

BGE 142 III 498: Mutter und Vater betreuen Kind je zur Hälfte. Mutter möchte mit dem Kind zu ihrer neuen Partnerin nach Spanien.



BGE 142 III 481

Erw. 2.5 «Aus dem gleichen Wertungsgedanken heraus hat der Gesetzgeber, was die **Niederlassungsfreiheit der Elternteile** anbelangt, den gegenüber dem Gesetzesentwurf geäußerten Bedenken durch eine bewusste Modifikation von Art. 301a Abs. 2 ZGB Rechnung getragen und dafür gesorgt, dass die Schweiz nicht aufgrund einer "faktischen Residenzpflicht" (...) zu einem "Müttergefängnis" (...) wird. Das bedeutet, **dass die (...) Motive des wegziehenden Elternteils grundsätzlich nicht zur Debatte stehen** können. Vielmehr ist von der Hypothese auszugehen, dass der eine Elternteil wegzieht (...), und es ist als Folge die Eltern-Kind-Beziehung soweit nötig anzupassen (Art. 301a Abs. 5 ZGB). (...).»

Erw. 2.6 «(...) Wie gesagt ist von der Prämisse auszugehen, dass der eine Elternteil in Ausübung seiner Freiheitsrechte wegziehen will. Es ist mithin nicht ein Vorzustand zu perpetuieren, sondern eine neue Situation zu regeln (...). Die hierbei aufkommende Frage, wo sich im Rahmen der neuen Begebenheiten der Aufenthaltsort des Kindes befinden soll, ist ausgerichtet am **Kindeswohl** zu beantworten (...). Dieser Grundsatz genießt Verfassungsrang (Art. 11 BV) und bildet für sämtliche Kindesbelange die oberste Richtschnur (...). (...).

Die (...) Frage lautet folglich nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile im Inland verbleiben würden. **Die entscheidende Fragestellung ist** vielmehr, **ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem auswanderungswilligen Elternteil wegzieht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält** (...), wobei diese Frage unter Berücksichtigung der auf Art. 301a Abs. 5 ZGB gestützten Anpassung der Kinderbelange (Betreuung, persönlicher Verkehr, Unterhalt) an die bevorstehende Situation zu beantworten ist. Zwischen der Anpassung der Kinderbelange und der unter dem Aspekt des Kindeswohls zu beantwortenden Frage, ob die Verlegung des Aufenthaltsortes zu bewilligen ist, besteht nämlich eine enge Interdependenz (...).»



Gesetzliche Grundlage	Sachlicher Schutzbereich	Persönlicher Schutzbereich	Ansprüche	Einschränkungen	Kerngehalt
Art. 25 Abs. 1 BV Schutz vor Ausweisung	Keine Ausweisung aus der Schweiz. Auslieferung an ausländische Behörde nur mit Zustimmung des Betroffenen.	Schweizerinnen und Schweizer. Für Ausländerinnen und Ausländer: Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV: Änderung von StGB und Militärstrafgesetz vom 20. März 2015: AS 2016 2329.	Abwehranspruch. Aufenthalt für Elternteil ohne Aufenthaltsrecht, wenn sonst das Schweizer Kind auswandern müsste: BGE 135 I 153.	Verbot gilt absolut. Umstritten, ob Überstellung an den Internationalen Strafgerichtshof zulässig.	
Art. 25 Abs. 2 BV Keine Ausschaffung/Auslieferung an Verfolgerstaat	Keine Ausschaffung oder Auslieferung in Staat, in dem Verfolgung erfolgt.	Flüchtlinge (unabhängig, ob Flüchtlingsstatus schon anerkannt).	Abwehranspruch.	Art. 33 Abs. 2 Flüchtlingskonvention und Art. 5 Abs. 2 AsylG. Siehe z.B. BGE 139 II 65 Erw. 5.4 und 6.4.	Bisher nicht entwickelt.
Art. 25 Abs. 3 BV Keine Ausschaffung in Folterstaat	Keine Ausschaffung, Auslieferung, Ausweisung in Staat, in dem Folter droht.	Alle Menschen.	Abwehranspruch.	Verbot gilt absolut. Darstellung: P. Schiess	



Kritisch zur Ausbürgerung von gefährlichen Personen mit Doppelbürgerrecht:

Rainer J. Schweizer, Entzug von Grundrechten durch Verwaltungsentscheide, ZBI 117 (2016), S. 397 f.

- Ausweisung: verbindliche Verpflichtung, den Staat zu verlassen (mit Rückkehrverbot verbunden)
 - Wegweisung (im Sinn von Art. 64 ff. AuG stellt eine spezielle Form der Ausweisung dar)
- Ausschaffung: zwangsweiser Vollzug der Ausweisung
- Auslieferung: Übergabe an einen fremden Staat auf dessen Begehren hin. Das Begehren wird im Rahmen von Strafverfolgung und -vollzug mittels Gesuch um Amtshilfe gestellt.

Non-Refoulement-Gebot i.e.S. ergibt sich schon aus Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK und Art. 7 UNO-Pakt II

Innerhalb der EU gilt der Schutz vor Ausweisung wegen des **Europäischen Haftbefehls** nicht mehr, Art. 25 Abs. 1 BV entsprechende Verfassungsbestimmungen mussten aufgehoben werden:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV%3A133167>:

«Eine Person, die in einem EU-Land ein schweres Verbrechen begangen hat, aber in einem anderen EU-Land wohnhaft ist, kann in das Land, in dem die Straftat begangen wurde, rücküberstellt werden, um sich dort schnell und ohne grossen Verwaltungsaufwand vor Gericht zu verantworten.»