

TEIL I: VÖLKER- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN

Im vorliegenden Kapitel werden die völkerrechtlichen Vorgaben erarbeitet und damit die Grundlage für die in den nachfolgenden Kapiteln vorgenommene Analyse gelegt. Der Fokus liegt auf dem Opferschutz. Andere Bereiche der Menschenhandelsbekämpfung wie Prävention, Strafverfolgung oder Internationale Kooperation werden nicht vertieft dargestellt.

§ 3 steckt den völker- und verfassungsrechtlichen Rahmen ab, bevor dann § 4 auf den materiellen Gehalt der einzelnen Rechtsquellen eingeht. Nach einer kurzen historischen Übersicht (I.) gliedert sich die Darstellung in § 3 thematisch nach denjenigen Rechtsgrundlagen, die dem allgemeinen Schutz vor schwerer Ausbeutung dienen (II.), sowie solchen, die diesen Schutz für jeweils besondere Gruppen, namentlich Frauen, Kinder und Menschen mit einer Behinderung, konkretisieren und verstärken (III.). Zudem werden die rechtlichen Grundlagen für den Schutz von Flüchtlingen und vor Refoulement dargestellt (IV.). Ergänzt werden die Abschnitte jeweils durch die Darstellung des Schweizer Rechtsrahmens auf verfassungsrechtlicher Ebene, mit Hinweisen auf die gesetzliche Umsetzung. Wie bereits am Umfang dieses ersten Teils ersichtlich wird, bestehen umfassende rechtliche Grundlagen für den Umgang mit Menschenhandelsopfern. Dieser erste Teil dient denn auch nicht nur dazu, den Rahmen für den zweiten Teil abzustecken, sondern illustriert gleichzeitig den sehr starken Konsens in der Staatengemeinschaft, dass der Schutz und die Unterstützung der Menschenhandelsopfer eine hohe Priorität haben.

§ 3 Der rechtliche Rahmen

I. Die Entwicklung eines Menschenhandelsbekämpfungsrechts

Die Bekämpfung des Handels mit Menschen sowie der schwersten Formen der Arbeitsausbeutung lässt sich bis in das achtzehnte Jahrhundert zurückverfolgen. Davor war die Sklaverei während Jahrtausenden eine sozial und rechtlich weitgehend anerkannte Praxis gewesen,¹²¹ die in der Neuzeit durch die Kolonialisierung und den damit einhergehenden transatlantischen Handel mit Waren und mit Menschen (Sklaven) einen Höhepunkt erfuhr. Im achtzehnten Jahrhundert entstand eine von philanthropischen Kreisen in England ausgehende Verbotsbewegung zur Abschaffung der Sklaverei, die sich bald auch nach Übersee ausbreitete. Diese Verbotsbemühungen gelten nicht nur als die erste Menschenrechtsbewegung und als Fundament des Sklavereiverbots, sondern werden auch als Wegbereiter des Rassendiskriminierungsverbots und des Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betrachtet.¹²² Vor allem aber wurde dadurch der Grundstein gelegt für die bis heute geltende rechtliche und moralische Norm der Verwerflichkeit der Ausbeutung des Menschen, die sich aus der Menschenwürde und dem damit einhergehenden (moralischen) Instrumentalisierungsverbot ableitet.¹²³

Die rechtliche Ächtung der Sklaverei hat auf internationaler Ebene erst im zwanzigsten Jahrhundert mit dem *Sklavereiabkommen* von 1926 stattgefunden. Das unter dem Völkerbund abgeschlossene Abkommen ist der erste und auch der einzige multilaterale Vertrag, welcher eine Legaldefinition von Sklaverei und Sklavenhandel enthält. Die heutige Bedeutung des

121 Allain, *Slavery in International Law*, S. 10 ff., S. 105. In allen Hochkulturen ist Sklaverei dokumentiert. Bereits im Römischen Rechtssystem war die Sklavenhaltung geregelt. Zwar gab es bereits in der griechischen und römischen Antike Versuche, die Sklaverei rechtlich zu beschränken, diese bezogen sich jedoch eher auf den Schutz des wirtschaftlichen Werts des Sklaven und nicht der versklavten Person selber, siehe Marauhn, *Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit*, Rz. 2.

122 So Ermacora, Rz. 94; siehe auch Allain, *Slavery in International Law*, S. 57; Marauhn, *Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit*, Rz. 2.

123 Siehe die Hinweise bei Hathaway, *Quagmire of Trafficking*, S. 45, der auf Kants Instrumentalisierungsverbot Bezug nimmt.

Sklavereiabkommens liegt denn auch zum grössten Teil in ihrer nach wie vor anerkannten Definition von Sklaverei¹²⁴, die auch in späteren Abkommen praktisch unverändert übernommen wurde¹²⁵ und die für die Auslegung des Sklavereibegriffs in den menschenrechtlichen Abkommen herangezogen wird. Das Sklavereiabkommen wird als einer der ersten universellen Menschenrechtsverträge bezeichnet.¹²⁶ Es enthält vor allem Verpflichtungen zur Abschaffung, Verhinderung und Unterstrafstellung der Sklaverei sowie der Verhinderung des Sklavenhandels, u.a. durch das Verbot des Ein- und Ausschiffens von Sklaven. Daneben verpflichten sich die Staaten zur Kooperation bei der Abschaffung der Sklaverei. Das Abkommen wurde von 101 Staaten ratifiziert.¹²⁷

Als nach dem zweiten Weltkrieg festgestellt wurde, dass Praktiken, die der Sklaverei ähnelten, in den Arbeitslagern der Nationalsozialisten und in den sowjetischen Gulags nach wie vor praktiziert worden waren, beschloss die nunmehr unter den Vereinten Nationen organisierte Völkergemeinschaft, ein weiteres Abkommen zu erarbeiten, welches schliesslich in Form des *Sklavereizusatzübereinkommens* von 1956 angenommen wurde. Das Zusatzübereinkommen soll das Sklavereiabkommen ergänzen und übernimmt deshalb dessen Definition von Sklaverei, ergänzt diese aber um eine Definition von „sklavereiähnlichen Praktiken“. Darunter fallen Schuldknechtschaft, Leibeigenschaft, gewisse Formen familiärer Verfügungsrechte über Frauen sowie die Ausbeutung von Kindern.¹²⁸ Nebst diesen Definitionen enthält das Zusatzübereinkommen vor allem Bestimmungen zur Unterstrafstellung verschiedener Begleiterscheinungen des Sklavenhandels und der sklavereiähnlichen Praktiken. Das Abkommen wurde von 130 Staaten ratifiziert.¹²⁹

Da das Sklavereiabkommen von 1926 die Zwangs- oder Pflichtarbeit nicht vollständig regelt,¹³⁰ wurde diese Angelegenheit bereits sehr früh an die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) übergeben, welche sich 1929

124 Siehe oben, Fn. 31.

125 So im Sklavereizusatzübereinkommen von 1956 und im Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofes von 1998.

126 Allain, *Slavery in International Law*, S. 77; Nowak, *Menschenrechtssystem*, S. 31.

127 Quelle: United Nations Treaty Series, Stand 16.2.2017.

128 Siehe dazu oben, Fn. 32.

129 Quelle: United Nations Treaty Series, Stand 16.2.2017.

130 Zwar hatte die Temporary Slavery Commission, welche das Sklavereiabkommen vorbereitete, auch ein Mandat für Zwangs- und Pflichtarbeit, jedoch scheiterte

in ihrer Generalversammlung damit befasste und das *Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit* ausarbeitete, welches 1957 durch das *Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit* ergänzt wurde. Die beiden ILO-Übereinkommen Nr. 29 und Nr. 105 gehören nun zu den acht sogenannten Kernarbeitsnormen, das heisst denjenigen arbeitsrechtlichen Standards, die als fundamental für die Verwirklichung der Menschenrechte in der Arbeitswelt angesehen werden¹³¹ und an die sämtliche Mitgliedstaaten der ILO gebunden sind, unabhängig davon ob sie die entsprechenden Konventionen ratifiziert haben oder nicht. Die Konventionen enthalten die Pflicht, die (staatliche) Zwangsarbeit in allen ihren Formen zu beseitigen und private Zwangsarbeit weder aufzuerlegen noch zuzulassen. Die heutige Bedeutung liegt – ähnlich dem Sklavereiabkommen – vor allem in der im Übereinkommen Nr. 29 enthaltenen Definition¹³² von Zwangs- oder Pflichtarbeit, welche gemeinhin zur Auslegung des menschenrechtlichen Verbots der Zwangsarbeit herangezogen wird.

Diese Entwicklungen führten auch dazu, dass das Verbot der Sklaverei, des Sklavenhandels, der Leibeigenschaft und der Zwangsarbeit in alle *Menschenrechtskataloge* der Nachkriegszeit aufgenommen wurde.¹³³ Das Verbot der Sklaverei gilt zudem als *zwingendes Völkerrecht*.¹³⁴

eine umfassende Regelung dieser Praktik am Widerstand europäischer Länder, welche die Zwangsarbeit als wichtig für die „Zivilisierung“ der Bevölkerung in den Kolonien erachteten, siehe Allain, *Slavery in International Law*, S. 214 f.

- 131 International Labour Office, *Fundamental Conventions*, S. 7. Die weiteren sieben Kernarbeitsnormen sind die Übereinkommen Nr. 87 über Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes (9.7.1948, SR 0.822.719.7), Nr. 98 über Vereinigungsrecht und das Recht zu Kollektivverhandlungen (1.7.1949, SR 0.822.719.9), Nr. 100 über Gleichheit des Entgelts (29.6.1951, SR 0.822.720.0), Nr. 111 über Diskriminierung (25.6.1958, SR 0.822.721.1), Nr. 138 über das Mindestalter (26.6.1973, SR 0.822.723.8) sowie Nr. 182 über das Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (17.6.1999, SR 0.822.728.2).
- 132 Das Übereinkommen Nr. 29 definiert *Zwangs- oder Pflichtarbeit* in Art. 2 Abs. 1 als „jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat“. Siehe dazu ausführlich Ritter, S. 190 ff.
- 133 So Art. 4 AEMR und Art. 8 UNO-Pakt II (zu UNO-Pakt II siehe unten, S. 98 ff.); ebenso in zahlreichen regionalen Konventionen: Art. 4 EMRK (siehe dazu unten, S. 102 ff.); Art. 6 der Interamerikanischen Menschenrechtskonvention von 1969 (O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123), Art. 2 lit. b der Interamerikanischen Konvention zur Prävention, Bestrafung und Beseitigung von Gewalt gegen Frauen (33 I.L.M. 1534 (1994)); Art. 5 der Afrikanischen Charta

Zwischen Anfang und Mitte des 20. Jahrhunderts hat die Staatengemeinschaft zudem mehrere *Konventionen zur Bekämpfung des Handels mit Frauen und Mädchen zum Zweck der Prostitution* verabschiedet. Diese entstanden vor dem Hintergrund einer Bewegung ab dem Ende des 19. Jahrhunderts, die sich der Abschaffung der „weissen Sklaverei“ verschrieben hatte. Die „weisse Sklaverei“ (white slavery) bezeichnete, in Abgrenzung zum Handel mit „schwarzen“ Sklavinnen und Sklaven aus Afrika, das Phänomen der Entführung von jungen europäischen Frauen nach Übersee, wo sie in Bordelle gesperrt und ausgebeutet wurden. Die damaligen Diskussionen werden im Rückblick als „moralische Panik“ bezeichnet, da das damals dargestellte Ausmass des Problems von neuerer Forschung stark relativiert wird.¹³⁵ Die Bewegung mündete zwischen 1904 und 1949 in fünf „Frauenhandelsbekämpfungsabkommen“¹³⁶, die zwar immer noch in Kraft sind, aber in der Praxis massiv an Bedeutung

der Menschenrechte und Rechte der Völker (OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)); Art. 4 Abs. 2 lit. g des Zusatzprotokolls zur Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker über die Rechte der Frauen in Afrika (OAU Doc. CAB/LEG/66.6 (2000)); die Afrikanische Charta über die Rechte und das Wohlergehen des Kindes (OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990) von 1990 enthält mehrere Garantien gegen Kinderhandel; Art. 10 der League of Arab States Charter on Human Rights vom 22.5.2004; Art. 11 der Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam vom 5.8.1990 (UN Doc. A/45/421/5/21797, S. 199 ff.); die SAARC Convention on Regional Arrangements for the Promotion of Child Welfare in South Asia vom 5.1.2002 sowie die SAARC Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution vom 5.1.2002; Ziff. 13 der ASEAN Human Rights Declaration vom 19.11.2012.

134 Siehe, anstelle vieler, das Urteil des IGH, *Barcelona Traction*, Ziff. 34; aus der Schweiz BGE 133 II 450 E. 7.3. Ob auch Menschenhandel völkerrechtlich zwingend verboten ist, ist hingegen umstritten, siehe Rassam, *Contemporary Forms of Slavery*, S. 303 ff.; Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 132 ff.; Ritter, S. 341 ff.

135 Siehe die Darstellung bei Doezema, S. 26.

136 Übereinkommen von 1904 zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes gegen das unter dem Namen «Mädchenhandel» bekannte verbrecherische Treiben (SR 0.311.31), Übereinkommen von 1910 zur Bekämpfung des Mädchenhandels (SR 0.311.32), Abkommen von 1921 zur Unterdrückung des Frauen- und Kinderhandels (SR 0.311.33), Übereinkommen von 1933 über die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen (SR 0.311.34) sowie Konvention zur Unterdrückung des Menschenhandels und der Ausbeutung von Prostituierten von 1949 (96 UNTS 271; die Schweiz hat dieses Übereinkommen nicht ratifiziert).

verloren haben,¹³⁷ wohl auch wegen ihres stark moralischen Hintergrunds und der rechtlich wenig verbindenden Bestimmungen. Sämtliche Abkommen verpflichten die Staaten, administrative Massnahmen zu treffen um den Handel zu verhindern, wobei sich der betroffene Personenkreis je nach Abkommen nur auf (weisse, europäische) Frauen, Mädchen, Kinder oder Prostituierte bezieht. Die Staaten verpflichten sich beispielsweise, Bahnhöfe und Schiffshäfen zu überwachen um die Ausreise von solchen Opfern zu verhindern. Auch Arbeitsvermittlungsbüros sollen staatlich reguliert werden. Die späteren Abkommen dieser Reihe sehen zudem eine Bestrafungspflicht des Mädchen-, respektive Frauen- oder Kinderhandels vor. Die in den Abkommen vorgesehenen strafrechtlichen Tatbestände machen deutlich, dass lediglich der Handel in die Prostitution verboten werden sollte.¹³⁸ Als besonders umstritten hat sich die Konvention von 1949 erwiesen, die klar auf die generelle Unterdrückung von Prostitution abzielt, etwa indem sie Bestrafungspflichten nicht nur für den Handel mit Prostituierten, sondern auch für das Betreiben oder Finanzieren eines Bordells vorsieht.¹³⁹

In den Jahren danach wurde der Schutz vor schwerer Ausbeutung vor allem in gruppenspezifischen, zumeist menschenrechtlichen Abkommen vorangetrieben. Unter dem Dach der ILO wurde der Schutz von Kindern vor Arbeitsausbeutung verankert, zunächst mit dem *Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung* von 1973, später mit der heute als Standard geltenden *Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit* von 1999. Der Schutz von Kindern vor Ausbeutung wurde auch in mehreren Artikeln des 1989 verabschiedeten *Übereinkommens über die Rechte des Kindes* sowie in deren *Fakulta-*

137 Gemäss Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 62 ff., liegt hier ein Fall von *desuetudo* vor, d.h. das Verschwinden einer völkerrechtlichen Norm durch Nichtanwendung oder Nichtbeachtung über längere Zeit. Krieg, S. 71, vertritt demgegenüber die Ansicht, dass die alten Menschenrechtsabkommen durch die neueren völkerrechtlichen Verträge in diesem Bereich, insbesondere das Palermo-Protokoll, aufgrund der *lex posterior* Regel verdrängt werden.

138 So sieht etwa das Abkommen von 1910 folgenden Tatbestand vor: „(...) wer, um der Unzucht eines andern Vorschub zu leisten, eine minderjährige Frau oder ein minderjähriges Mädchen, selbst mit deren Einwilligung, zu unsittlichem Zwecke anwirbt, verschleppt oder entführt (...)“

139 Siehe etwa Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 59; Markard, *Prostitution im internationalen Recht*, S. 131 f.; Pati, *Positive Obligations*, S. 110.

tivprotokoll Nr. 2 aus dem Jahr 2000 betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie verankert. Ebenfalls in diese Periode fällt das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), welches einen eigenen Artikel zum Schutz vor Ausbeutung der Prostitution und dem Handel mit Frauen und Mädchen enthält.

Der allgemeine Schutz vor schwerer Ausbeutung gelangte in den späten Neunzigerjahren wieder auf die internationale Agenda und mündete im Jahr 2000 in das sogenannte *Palermo-Protokoll*, das sich als erstes multilaterale Abkommen explizit und ausschliesslich der Bekämpfung des Menschenhandels widmet. Angesichts seines Ratifikationsstandes von 172 Staaten¹⁴⁰ stellt es den internationalen Referenzpunkt für die Menschenhandelsbekämpfung dar. Auf europäisch-regionaler Ebene folgte im Jahr 2005 die *Konvention des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels*, welches einen höheren Schutzstandard vorgibt und deshalb das Palermo-Protokoll in Europa weitgehend in den Hintergrund drängt.

Die Bekämpfung von Menschenhandel mittels Erlass völkerrechtlicher Normen hat aber damit keinen Abschluss gefunden, sondern findet ihre Fortsetzung in gruppenspezifischen Abkommen, so etwa der *UNO-Behindertenrechtskonvention* von 2006, welche Bestimmungen zum Schutz von Menschen mit einer Behinderung vor schwerer Ausbeutung enthält oder der sogenannten *Lanzarote-Konvention des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch* von 2007 sowie der *Istanbul-Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt* von 2011.

II. Allgemeiner Schutz vor schwerer Ausbeutung

Im Folgenden werden die völkerrechtlichen Verträge und Normen dargestellt, die einen generellen Schutz vor Ausbeutung bieten sollen. Dies im Gegensatz zu denjenigen Verträgen und Normen, die einzelne Gruppen vor Ausbeutung schützen und die weiter unten¹⁴¹ dargestellt werden sollen.

140 Quelle: United Nations Treaty Series, Stand 14.12.2017.

141 Unten, S. 121 ff.

1. Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität („Palermo-Protokoll“⁶)

Das sogenannte *Palermo-Protokoll* entstand im Jahr 2000 als eines von zwei¹⁴² Zusatzprotokollen zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (*OK-Übereinkommen*). Das Protokoll verfolgt gemäss seinem Art. 2 das Ziel, Menschenhandel vorzubeugen und zu bekämpfen, die Opfer von Menschenhandel zu schützen sowie die zwischenstaatliche Zusammenarbeit zu fördern und zu erleichtern. Dabei enthält es in erster Linie Bestimmungen zur Strafverfolgung und zur internationalen Kooperation bei der Bekämpfung der transnationalen organisierten Kriminalität,¹⁴³ aber auch Präventivmassnahmen¹⁴⁴ und gewisse Schutz- und Unterstützungsverpflichtungen gegenüber Menschenhandelsopfern, u.a. die Hilfe und den Schutz für die Opfer (Art. 6 Palermo-Protokoll), die aufenthaltsrechtliche Rechtsstellung (Art. 7) und die Rückführung der Opfer in ihren Herkunfts- oder bisherigen Aufenthaltsstaat (Art. 8). Schliesslich enthält das Palermo-Protokoll in Art. 14 eine Vorbehaltsklausel, welche bestimmt, dass die Rechte von Individuen aus dem Völkerrecht, namentlich nach dem humanitären Völkerrecht und der Menschenrechte, der Genfer Flüchtlingskonvention und dem Refoulement-Verbot, durch das Protokoll nicht beeinträchtigt werden. Die Massnahmen aus dem Protokoll sollen zudem in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden. Das Palermo-Protokoll sieht im Vertragstext keinen Überwachungsmechanismus vor. Im Rahmen der Konferenz der Vertragsparteien, welche die Umsetzung der Mutterkonvention, des OK-Übereinkommens, überwachen soll (Art. 32 OK-Übereinkommen), wurde

142 Nebst dem Menschenhandelsprotokoll wurde gleichentags das Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, verabschiedet (dazu oben, S. 50).

143 Dazu gehört beispielsweise die Verpflichtung der Staaten, Menschenhandel im innerstaatlichen Recht zu kriminalisieren (Art. 5 Palermo-Protokoll), die Grenzkontrollen zu verstärken (Art. 11 Abs. 2 Palermo-Protokoll) oder Beförderungsunternehmen zu bestrafen, die Personen ohne gültige Reisedokumente transportieren (Art. 11 Abs. 4 Palermo-Protokoll) sowie Identitätsdokumente fälschungssicher zu machen (Art. 12 Palermo-Protokoll).

144 So unter anderem die Ausbildung von Behördenmitarbeitenden (Art. 10 Abs. 2 Palermo-Protokoll).

aber eine Arbeitsgruppe etabliert, welche unverbindliche Empfehlungen über die Umsetzung des Palermo-Protokolls abgeben kann.¹⁴⁵

Zwar sieht das Palermo-Protokoll im Vergleich zu früheren Abkommen wie den Sklaverei-, Sklavereizusatz- oder ILO-Übereinkommen erstmals ausdrücklich Gewährleistungspflichten gegenüber den Opfern von Menschenhandel vor. Sämtliche Bereiche, welche grundsätzlich dazu geeignet wären, subjektive Rechte von Opfern zu begründen, sind allerdings sehr offen formuliert.¹⁴⁶ So sollen beispielsweise die Opferhilfemassnahmen „in Erwägung“ gezogen werden oder soll Unterstützung „in geeigneten Fällen“ gewährt werden (Art. 6 Abs. 3 Palermo-Protokoll). Die meisten dieser Bestimmungen richten sich an den innerstaatlichen Gesetzgeber, indem sie den Staaten die Umsetzung mittels „gesetzgeberischer oder anderer Massnahmen“ überlassen. Für die Schweiz bedeutet dies, dass die meisten Bestimmungen des Palermo-Protokolls nicht self-executing sind¹⁴⁷ und sich Betroffene somit auch vor Gericht nicht darauf berufen können.¹⁴⁸

Das Palermo-Protokoll stellte einen bedeutenden Fortschritt in der Internationalisierung der Menschenhandelsbekämpfung dar¹⁴⁹ und legte den

145 Die Arbeitsgruppe trifft sich einmal jährlich und hat bisher insbesondere versucht, die einzelnen Definitionselemente näher zu konkretisieren und den Austausch von Expertise und Erfahrungen zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern, siehe z.B. den Bericht der Arbeitsgruppe aus dem Jahr 2011: Working Group on Trafficking in Human Beings, Ziff. 8 ff.

146 Vgl. Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 20; Ritter, S. 178; Gauci, S. 182 m.w.N.

147 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss eine Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sein, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden; die Norm muss folglich justizierbar sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein, siehe BGE 124 III 90 E. 3 a.

148 Die Botschaft des Bundesrats über die Genehmigung des OK-Übereinkommens und seiner Zusatzprotokolle (Bundesrat, Botschaft Palermo-Protokolle) äussert sich nicht zur Frage der direkten Anwendbarkeit dieser Bestimmungen und soweit ersichtlich existiert bislang keine Rechtsprechung schweizerischer Gerichte, in welcher diese Frage behandelt worden wäre. Meines Erachtens ist lediglich Art. 8 Abs. 2 1. HS self-executing, wonach die Rückführung eines Opfers unter gebührender Berücksichtigung der Sicherheit dieser Person und des Standes jeglichen Gerichtsverfahrens im Zusammenhang damit, dass die Person ein Opfer des Menschenhandels ist, zu erfolgen hat. Siehe dazu näher unten, S. 215.

149 Siehe stellvertretend für viele andere: Gallagher, *Quagmire or firm ground?*, S. 793.

Grundstein für spätere, stärker menschenrechtlich orientierte Pflichten in anderen Abkommen. Insbesondere die sogleich noch darzustellende Europaratskonvention¹⁵⁰ ist unübersehbar vom Palermo-Protokoll beeinflusst und übernimmt einige Bestimmungen gar wörtlich, erweitert die Opferrechte aber darauf aufbauend in substanzieller Weise. Daneben wurde das Palermo-Protokoll von der Doktrin aber auch hart kritisiert: Durch seinen starken Fokus auf die Kriminalitätsbekämpfung ignoriere das Protokoll die menschenrechtlichen Aspekte des Menschenhandels;¹⁵¹ es bekämpfe nicht die zugrundeliegenden Ursachen in den Zielstaaten wie Profitstreben und der entsprechende Bedarf der Wirtschaft nach schlecht bezahlten Arbeitskräften oder die Nachfrage nach preisgünstigen Erotikdienstleistungen;¹⁵² es ignoriere die Tatsache, dass sich Menschen mangels legaler Migrationsmöglichkeiten mehr oder weniger freiwillig in solche Abhängigkeitsverhältnisse begeben¹⁵³ und es zementiere Geschlechterstereotypen, indem es den Handel mit Frauen und Kindern in den Vordergrund stelle¹⁵⁴ und damit von deren grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit ausgehe, was sie zum Objekt patronisierender Beschützung mache.¹⁵⁵

2. Konvention des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels

Im Gegensatz zum Palermo-Protokoll verfolgt die Konvention zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005 (*Europaratskonvention*, EKM) explizit einen menschenrechtlichen Ansatz.¹⁵⁶ Die politischen

150 Unten, S. 92 ff.

151 Vgl. Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 44; Egan, *Victims*, S. 110; Planitzer, S. 33; Noll, S. 355; Obokata S. 164; Scarpa, S. 63 ff. Ähnlich auch Jordan, S. 33; Gallagher, *UN Protocols*, S. 976; Gallagher, *Quagmire or firm ground?*, S. 791; Stoyanova, *Complementary Protection*, S. 784 ; Ritter, S. 182 f.

152 Markard, *Prostitution im internationalen Recht*, S. 136; siehe auch Noll, S. 352 und Hathaway, *Quagmire of Trafficking*, S. 10.

153 Markard, *Prostitution im internationalen Recht*, S. 136.

154 Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 14.

155 Noll, S. 345.

156 Siehe die Präambeln zur Konvention: „(...) in der Erwägung, dass Menschenhandel eine Verletzung der Menschenrechte und einen Verstoss gegen die Würde und die Unversehrtheit des Menschen darstellt; (...), dass die Achtung der Rechte der Opfer, der Schutz der Opfer und die Bekämpfung des Menschenhandels die obersten Ziele sein müssen; (...) unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Ausarbeitung einer umfassenden völkerrechtlichen Übereinkunft, welche die

Organe des Europarats, also die Parlamentarische Versammlung und das Ministerkomitee, hatten sich bereits seit den frühen 1990er Jahren in zahlreichen Empfehlungen und Resolutionen mit Menschenhandel¹⁵⁷, insbesondere dem Handel von Frauen und Kindern zur sexuellen Ausbeutung,¹⁵⁸ befasst. Dabei wurde auch immer wieder die Schaffung einer bindenden Konvention gefordert. Im Jahr 2003 wurde deshalb ein *ad hoc* Komitee, bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern der Mitgliedstaaten, ins Leben gerufen und ihm der Auftrag erteilt, eine Konvention zu entwerfen, welche die bestehenden Abkommen ergänzt und deren Schutzstandard insbesondere gegenüber den Opfern weiterentwickelt.¹⁵⁹

Die so entstandene Konvention wiederholt diese Ziele in der Präambel und in Art. 1: Es soll der Vorbeugung und der Bekämpfung des Menschenhandels unter Wahrung der Geschlechtergleichstellung dienen; die Menschenrechte der Opfer schützen und einen umfassenden Rahmen für den Schutz und die Unterstützung der Opfer schaffen, zudem soll es die internationale Kooperation zur Bekämpfung des Menschenhandels fördern.

Menschenrechte der Opfer des Menschenhandels zum Schwerpunkt hat und einen besonderen Überwachungsmechanismus einführt (...)

- 157 Siehe die Empfehlungen des *Ministerkomitees*: Recommendation No. R (91) 11 concerning sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults; Recommendation No. R (2000) 11 on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation; Recommendation Rec(2001)11 of the Committee of Ministers to member states concerning guiding principles on the fight against organised crime; Recommendation Rec(2001)16 on the protection of children against sexual exploitation und Recommendation Rec(2002)5 on the protection of women against violence. Siehe ebenso die Empfehlungen der *Parlamentarischen Versammlung*: Recommendation 1325 (1997) – Traffic in women and forced prostitution in Council of Europe member states; Recommendation 1450 (2000) – Violence against women in Europe; Recommendation 1467 (2000) – Clandestine immigration and the fight against traffickers; Recommendation 1523 (2001) – Domestic slavery; Resolution 1307 (2002) – Sexual exploitation of children: zero tolerance; Recommendation 1545 (2002) – Campaign against trafficking in women; Recommendation 1610 (2003) – Migration connected with trafficking in women and prostitution; Recommendation 1611 (2003)1 – Trafficking in organs in Europe.
- 158 Von den in der vorherigen Fussnote genannten Empfehlungen befassen sich nur deren zwei der parlamentarischen Versammlung mit Phänomenen, die *nicht* sexuelle Ausbeutung darstellen: Recommendation 1523 (2001) – Domestic slavery und Recommendation 1611 (2003)1 – Trafficking in organs in Europe. Siehe auch den Hinweis bei Gallagher, *European Convention*, S. 171.
- 159 Siehe die Hinweise zur Entstehungsgeschichte bei Europarat, *Explanatory Report*, Ziff. 24 ff.; Tschigg, S. 46 und Gallagher, *European Convention*, S. 164.

Auf Bestimmungen zur Definition von Menschenhandel (Art. 4 lit. a-d EKM) und von Menschenhandelsopfern (Art. 4 lit. e),¹⁶⁰ sowie zur Prävention von Menschenhandel (Art. 5-9) folgt an prominenter Stelle das Kapitel zum Opferschutz („Massnahmen zum Schutz und zur Förderung der Rechte der Opfer unter Gewährleistung der Gleichstellung von Mann und Frau“, Art. 10 ff. EKM).

Der Opferschutz lässt sich in drei Bereiche unterteilen: Identifizierung, Schutz und Unterstützung. Konkret vorgeschrieben sind die Identifizierung als Opfer, Schutz des Privatlebens und der Identität, Unterstützung der Opfer, Erholungs- und Bedenkzeit, Aufenthaltstitel, Entschädigung und Rechtsschutz sowie Repatriierung und Rückführung der Opfer (Art. 10-16 EKM). Weitere opferrelevante Bestimmungen betreffen die Verpflichtungen, für den Schutz von Zeuginnen und Zeugen sowie deren Familienangehörigen zu sorgen (Art. 28) oder von einer Bestrafung von Menschenhandelsopfern für Straftaten, die sie im Zusammenhang mit dem Menschenhandel begehen mussten, abzusehen (Art. 26). Als Querschnittsthemen werden an mehreren Stellen der besondere Schutz von Kindern und die Gleichstellung von Frau und Mann erwähnt.

Wie das Palermo-Protokoll enthält auch die Europaratskonvention eine Vorbehaltsklausel zugunsten der Rechte, Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten von Staaten und Einzelpersonen nach dem Völkerrecht, namentlich dem humanitären Völkerrecht, den Menschenrechten und der Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 40 Abs. 4). Lediglich für die Mitgliedstaaten der EU von Relevanz ist eine weitere Vorbehaltsklausel, wonach in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der EU das entsprechende EU-Recht Vorrang genießt (Art. 40 Abs. 3).¹⁶¹

Daneben finden sich in der Europaratskonvention Bestimmungen zum materiellen Strafrecht (Kriminalisierungspflichten, Art. 18 ff.), zu Ermittlungen, Strafverfolgung und Verfahrensrecht (Art. 27 ff.), zur internationalen Kooperation und Zusammenarbeit mit der Zivilgesellschaft (Art. 32 ff.) und zum Überwachungsmechanismus (Art. 36 ff.).

Viele der Schutzbestimmungen der Europaratskonvention lassen den Staaten einen grossen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung oder fordern die Vertragsparteien auf, Umsetzungsbestimmungen zu erlassen. Nach Schweizerischer Praxis deutet dies darauf hin, dass diese Bestim-

160 Zu den Definitionen oben, S. 45 ff. (Menschenhandel) und S. 52 ff. (Menschenhandelsopfer).

161 Zum Menschenhandelsbekämpfungsrecht der EU siehe unten, S. 105 ff.

mungen nicht self-executing sind.¹⁶² Im Gegensatz zum Palermo-Protokoll sind meines Erachtens aber eine grosse Anzahl Schutzbestimmungen self-executing, d.h. sie können ohne Umsetzung ins nationale Recht von den Behörden angewendet und von Individuen direkt vor Gericht geltend gemacht werden.¹⁶³

Der von der Konvention geschaffene Überwachungsmechanismus ist unter sämtlichen Menschenhandelsabkommen einzigartig. Zwei Organe sind für das Monitoring der Umsetzung der Konvention zuständig: Die Expertengruppe GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings) sowie der Ausschuss der Vertragsparteien. Während GRETA die Umsetzung der Konvention in den Vertragsstaaten evaluiert und seine Erkenntnisse in Form von Staatenberichten veröffentlicht, ist der Ausschuss der Vertragsparteien ein an das Ministerkomitee des Europarats angegliedertes politisches Organ, das den Schlussfolgerungen von GRETA politisches Gewicht geben soll, indem es Empfehlungen über die Umsetzung der Berichte zuhanden der Vertragsstaaten abgeben kann.¹⁶⁴ GRETA besteht aus 15 Experten aus den verschiedenen Mitgliedstaaten der Konvention. Seit 2009 ist GRETA operativ und hat seither alle Vertragsstaaten mindestens einmal evaluiert, die zweite Evaluierungsrunde läuft bereits seit 2015. Zur Evaluierung der Umsetzung der Konvention stehen GRETA drei Arbeitsmittel zur Verfügung: Erstens ein Fragebogen, der an die Vertragsstaaten geschickt wird, zweitens Informationen aus der

162 Vgl. oben, Fn. 147. Vgl. auch Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, S. 12 f.

163 Diese sind u.a. (siehe dazu auch unten bei den einzelnen Garantien, S. 155 ff.): Die Pflicht, eine Person nicht aus dem Hoheitsgebiet zu entfernen, solange ihre Identifizierung als Opfer nicht abgeschlossen ist (Art. 10 Abs. 2 EMK), die Altersvermutung bei Kindern, d.h. die Behandlung einer Person als Kind, sofern Anlass zu der Annahme besteht, dass es sich bei dem Opfer als Kind handelt und so lange bis das Alter zweifelsfrei festgestellt ist (Art. 10 Abs. 3), die Pflicht, einem unbegleiteten Kind einen Vormund oder eine andere Vertretung zur Seite zu stellen, sobald es als Opfer identifiziert wurde (Art. 10 Abs. 4 lit a), das Verbot, eine aufenthaltsbeendende Massnahme während der Dauer der Erholungs- und Bedenkzeit zu vollziehen und die Pflicht, den Opfern während dieser Zeit den Aufenthalt im Hoheitsgebiet zu gestatten (Art. 13 Abs. 1), die Pflicht, während der Erholungs- und Bedenkzeit den Opfern Unterstützung nach Massgabe von Art. 12 Abs. 1 und 2 zu gewähren (Art. 13 Abs. 2), die Pflicht, einen Aufenthaltstitel auszustellen wenn eine der Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 gegeben sind sowie das Verbot, Kinder in einen Staat zurückzuführen, wenn es dem Kindeswohl widersprechen würde (Art. 16 Abs. 7).

164 Gallagher, European Convention, S. 186.

Zivilgesellschaft und von anderen nichtstaatlichen Akteuren und drittens, sofern nötig, ein Besuch vor Ort. Die staatlichen Behörden sind GRETA gegenüber auskunftspflichtig (Art. 38 Abs. 2). GRETA erarbeitet einen Bericht mit Empfehlungen zuhanden der nationalen Regierungen; diese können vor der Veröffentlichung dazu Stellung nehmen. GRETA bedient sich in seinen Berichten einer einheitlichen Terminologie, um die Dringlichkeit der Empfehlungen auszudrücken: „Urge“ („GRETA urges the Swiss Government to adopt measures...“) bedeutet, dass die aktuelle Situation nicht mit der Konvention vereinbar ist. „Consider“ bedeutet, dass noch Verbesserungen notwendig sind, um die volle Vereinbarkeit mit der Konvention zu erreichen, und „invites“ bedeutet, dass GRETA anerkennt, dass die Vertragspartei auf dem richtigen Weg ist.¹⁶⁵ Die Evaluierungsberichte haben, zusammen mit den Jahresberichten, in denen GRETA seine Praxis zusammenfasst, grosse Bedeutung für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen der Konvention. GRETA hat das Potential, zu einem ähnlich bedeutsamen Akteur in der Menschenhandelsbekämpfung in Europa zu werden, wie es im Bereich der europäischen Folterprävention das CPT ist, welches mit seinen „CPT-Standards“¹⁶⁶ weit verbreitete und akzeptierte Vorgaben im Hinblick auf den Freiheitsentzug geschaffen hat.

Bisher haben 47 Staaten die Europaratskonvention ratifiziert.¹⁶⁷ Die Europaratskonvention wurde in der Wissenschaft und unter NGOs geradezu euphorisch aufgenommen und als „revolutionär“ oder „wegweisend“ gelobt.¹⁶⁸ Kritische Stimmen finden sich nur selten.¹⁶⁹ Diese Schlussfolgerung ist jedenfalls im internationalen Vergleich sicherlich zutreffend, denn die Europaratskonvention auferlegt den Staaten bedeutend weitergehende

165 Siehe GRETA, *4th General Report (2015)*, S. 31.

166 CPT, CPT Standards, online unter <http://www.cpt.coe.int/en/docsstandards.htm> (zuletzt besucht am 3.12.2017).

167 Quelle: Council of Europe Treaty Office, Stand am 3.12.2017. Von den Mitgliedstaaten des Europarats hat lediglich Russland die Konvention nicht ratifiziert. Die Konvention steht auch Nichtmitgliedstaaten des Europarats oder Internationalen Organisationen zur Ratifikation offen. Dadurch soll eine Verbreitung der hohen Standards der Konvention über Europa hinaus ermöglicht werden. Bislang hat erst Weissrussland von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

168 Amiel, S. 56; Gekht, S. 46; Rijken/De Volder, S. 58; Gallagher, *European Convention*, S. 164; Egan, *Victims*, S. 113; Gauci, S. 177; Ritter, S. 269.

169 Markard, *Prostitution im internationalen Recht*, S. 140, kritisiert z.B., dass die Bekämpfung illegaler Einwanderung auch in der Europaratskonvention ein dominantes Thema ist.

Verpflichtungen als frühere Menschenhandelsabkommen, einerseits durch die verbindlichere Formulierung und andererseits durch das Errichten eines unabhängigen Monitoringsystems in Form der Expertengruppe GRE-TA.¹⁷⁰

3. Menschenrechtliche Garantien

Das „klassische“ menschenrechtliche Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit ist in mehreren Konventionen verankert, davon sind für die Schweiz insbesondere der Art. 8 von UNO-Pakt II sowie Art. 4 der EMRK massgeblich. In der Praxis wird häufig auch das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung¹⁷¹ auf Menschenhandelssachverhalte angewendet.¹⁷²

Daneben ist bei Menschenhandel auch noch eine Vielzahl anderer Garantien betroffen oder verletzt, so beispielsweise das Recht auf Leben,¹⁷³ auf Freiheit und Sicherheit,¹⁷⁴ das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts,¹⁷⁵ verschiedene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte wie das Recht auf freie Wahl der Arbeit und auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen oder das Recht auf Gesundheit,¹⁷⁶ Kinderrechte wie das Recht von Kindern auf Ausbildung¹⁷⁷ oder das Recht auf Privat- und Familienleben¹⁷⁸. In der Literatur wird Menschenhandel denn auch manchmal als eine Verletzung „nahezu aller Menschenrechte“ be-

170 Amiel, S. 53;

171 Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 3 FoK, Art. 3 EMRK.

172 Dazu unten, S. 100 ff.

173 Planitzer, S. 53; siehe auch das Urteil des EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 214 ff.

174 Rijken, S. 215; siehe auch EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 317.

175 Siehe etwa Dairiam, S. 164 ff.; Hainfurther, S. 862; Planitzer, S. 54; Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 191 ff.

176 Rassam, *Economic and Social Rights*, S. 843 ff. Auch der WSK-Ausschuss der UNO befasst sich in seinen Abschliessenden Bemerkungen zu den Staatenberichten häufig mit Menschenhandel, nimmt dabei aber nur selten auf eine spezifische Paktgarantie Bezug. Siehe näher dazu Scarpa, S. 92 ff.

177 Dazu VAN BUEREN, *The international law on the rights of the child*, S. 262 sowie Schmahl, S. 253 Rz. 2.

178 U.a. Egan, *Victims*, S. 117.

zeichnet.¹⁷⁹ Eine Untersuchung sämtlicher möglicherweise betroffener Menschenrechte oder des Konkurrenzverhältnisses zwischen diesen ist aber nicht das Ziel vorliegender Arbeit; vielmehr konzentriert sich die Untersuchung auf die für die Schweiz als Aufenthaltsort von Menschenhandelsopfern verbindlichen Menschenrechtspakte, die Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangsarbeit und/oder Menschenhandel spezifisch verbieten. Im Folgenden werden die Grundlagen des UNO-Pakts II, der UN-Antifolterkonvention und der EMRK in Bezug auf Menschenhandel dargestellt.

3.1. UNO-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (Pakt II) kodifiziert die klassisch-liberalen Menschenrechte, im Gegensatz zum Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I). Er wurde von 169 Staaten ratifiziert;¹⁸⁰ insofern kann von einer universellen Geltung und Akzeptanz der in Pakt II verankerten Rechte ausgegangen werden.¹⁸¹

Der Pakt II verbietet in Artikel 8 die Sklaverei, den Sklavenhandel, die Leibeigenschaft sowie die Zwangs- oder Pflichtarbeit („slavery, slave-trade, servitude and forced or compulsory labour“ / „esclavage, traite des esclaves, servitude et travail forcé“). Die Verbote der Sklaverei, des Sklavenhandels und der Leibeigenschaft (nicht jedoch das Verbot der Zwangs- oder Pflichtarbeit) sind gemäss Art. 4 Abs. 2 Pakt II auch in Notstandszeiten nicht derogierbar. Da der Wortlaut von Art. 8 Pakt II keine nähere Umschreibung der verbotenen Handlungen enthält, greifen Doktrin und Praxis zur Definition des Schutzbereichs, gleich wie der EGMR bei Art. 4 EMRK,¹⁸² auf das Sklavereiabkommen von 1926 (Sklaverei), das Sklaver-

179 So etwa Inglis, S. 59; der erste Bericht der UN-Sonderbotschafterin zu Menschenhandel, Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Report 2004, Ziff. 9, oder der erste Erwägungsgrund der EU-MenschenhandelsRL. Der gemeinsame UN-Kommentar zur MenschenhandelsRL führt insgesamt siebzehn Menschenrechte auf, die bei Menschenhandel berührt oder verletzt sein können, siehe OHCHR/UNHCR/UNDOC/UN Women/ILO, Kommentar zur EU Richtlinie 2011/36, S. 23.

180 Quelle: United Nations Treaty Series, Stand 14.12.2017.

181 Kälin/Künzli, Rz. 105.

182 Dazu oben, S. 47 ff.

eizusatzübereinkommen von 1956 (Leibeigenschaft) und das ILO-Übereinkommen Nr. 29 (Zwangs- oder Pflichtarbeit) zurück.¹⁸³

Der Wortlaut von Pakt II schweigt – wie alle Menschenrechtsübereinkommen aus dieser Epoche – zu Menschenhandel. Während den Verhandlungen zu Art. 8 Abs. 1 wurde der Vorschlag des französischen Delegierten, „Skavlenhandel“ durch „Menschenhandel“ zu ersetzen, mit der Begründung abgelehnt, in Abs. 1 sollen allein die Sklaverei und der Skavlenhandel in ihrem „wahren“ Sinn verboten werden.¹⁸⁴ Eine historische und grammatikalische Auslegung spricht also gegen einen Einbezug von Menschenhandel in den Schutzbereich des Sklavereiverbots.¹⁸⁵ Die Praxis des Menschenrechtsausschusses (MRA), das Überwachungsorgan des Pakts II, bietet allerdings ein anderes Bild: Dieser fokussiert in den Staatenberichtsverfahren¹⁸⁶ in seinen Bemerkungen zu Art. 8 Pakt II praktisch ausschliesslich auf Menschenhandel¹⁸⁷ und lässt damit erkennen, dass er Menschenhandel geltungszeitlich als von Art. 8 erfasst betrachtet.¹⁸⁸ In seiner Monitoringpraxis empfiehlt der Ausschuss den Staaten dabei regelmässig Massnahmen zum Schutz von Menschenhandelsopfern, die sich stark an die Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte¹⁸⁹ anlehnen.

In einem Individualbeschwerdeverfahren hat der Ausschuss eine Menschenhandelssituation auch unter Art. 7 Pakt II, dem Verbot der Folter, grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe,

183 Anstelle vieler: Nowak, ICCPR Commentary, Art. 8 Rz. 9 ff.

184 ECOSOC Commission on Human Rights, Ziff. 101-103; siehe auch Gallagher, Slavery, S. 411 f.; Nowak, ICCPR Commentary, Article 8 Rz. 10.

185 Gallagher, Slavery, S. 411 f.

186 Gemäss Art. 40 UNO-Pakt II sind alle Vertragsstaaten verpflichtet, über die Massnahmen, die sie zur Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte getroffen haben, und über die dabei erzielten Fortschritte Berichte vorzulegen. Diese Berichte werden vom Menschenrechtsausschuss geprüft und kommentiert.

187 So unter anderem MRA, *CO Albania* (2013); MRA, *CO Angola* (2013); MRA, *CO Armenia* (2012); MRA, *CO Australia* (2009); MRA, *CO Belgium* (2010); MRA, *CO Belize* (2013); MRA, *CO Bosnia and Herzegovina* (2012); MRA, *CO Macao* (2013); MRA, *CO Finland* (2013); MRA, *CO Germany* (2012); MRA, *CO Greece* (2005); MRA, *CO Philippines* (2012); MRA, *CO Poland* (2010); MRA, *CO Sudan* (2007); MRA, *CO Uruguay* (2013).

188 So auch Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 26.

189 Siehe dazu unten, S. 109 ff.

behandelt.¹⁹⁰ Die Praxis aus den Individualbeschwerdeverfahren zu Art. 8 ist ihrerseits meist älteren Datums und beschränkt sich auf Fälle von staatlich angeordneter Arbeit, u.a. im Strafvollzug¹⁹¹, beim Militärdienst¹⁹², als Bedingung für den Erhalt von Arbeitslosengeld¹⁹³ oder von Studienabgängen¹⁹⁴, d.h. auf Fälle von Zwangsarbeit i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Pakt II.

Zuweilen nennt der Ausschuss im Zusammenhang mit Menschenhandel auch Art. 3 (Gleichberechtigung von Mann und Frau) i.V.m. Art. 8, wenn es um Frauen- oder Kinderhandel geht oder Art. 24 (Rechte von Kindern auf Schutzmassnahmen).¹⁹⁵

3.2. Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1987 (Antifolterkonvention, FoK) konkretisiert die staatlichen Verpflichtungen zur Verhütung und Bekämpfung der Folter sowie der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung. Gemäss Art. 1 Abs. 1 FoK bezeichnet der Ausdruck „Folter“ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmasslich begangene Tat zu bestrafen, um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund. Voraussetzung

190 MRA, *Osayi Omo-Amenaghawon v. Denmark*. In diesem Fall war die Anordnung der Rückführung einer Frau, die Opfer von Menschenhandel geworden war, zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin hatte aber lediglich die Verletzung von Art. 7 und nicht von Art. 8 Pakt II gerügt.

191 MRA, *Radosevic v. Germany*; MRA, *Mahabir v. Austria*.

192 MRA, *L.T.K. v. Finland*; MRA, *Venier and Nicolas v. France*; MRA, *Foin v. France*.

193 MRA, *Faure v. Australia*.

194 MRA, *I.S. v. Belarus*.

195 MRA, *General Comment No. 28: Equality of rights between men and women*, Ziff. 12. Siehe auch MRA, *CO Greece (2005)*, Ziff. 10(a): „trafficking in human beings (...) constitutes a violation of several Covenant rights, including articles 3 and 24.“

ist, dass diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Diese Voraussetzung gilt auch für die grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.¹⁹⁶

Die Umsetzung der Antifolterkonvention durch die Staaten wird vom UN-Antifolterausschuss (Committee against Torture, CAT) überwacht. In den Staatenberichtsverfahren behandelt der Ausschuss Menschenhandel in der Regel als eine Form der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung (Art. 16 FoK),¹⁹⁷ in einigen Fällen hat er Menschenhandel auch unter Art. 2, d.h. unter Folter selber, subsumiert.¹⁹⁸ Dabei empfiehlt er den Staaten immer wieder Massnahmen zum Schutz von Menschenhandelsopfern, die sich, wie beim Menschenrechtsausschuss, auf die Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking¹⁹⁹ des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte stützen.

Auch die Sonderberichterstatter des UN-Menschenrechtsrats zu Folter haben mehrmals darauf hingewiesen, dass Menschenhandel eine Form von Folter und/oder anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ist und betonten dabei auch den geschlechterspezifischen Charakter von Menschenhandel.²⁰⁰

196 Art. 16 Abs. 1 FoK.

197 So u.a. CAT, *CO Switzerland (2000)*, Ziff. 22; CAT, *CO Austria (2016)*, Ziff. 42.; Gekht, S. 40; OSZE, *Trafficking as Torture, passim*; Planitzer, S. 53; Ritter, S. 143 u.v.m.

198 CAT, *CO Austria (2016)*, Ziff. 42; CAT, *CO Germany (2011)*, Ziff. 15; CAT, *CO Bulgaria (2011)*, Ziff. 27. Allerdings ist Art. 2 FoK nur anwendbar auf Handlungen von Personen im Dienste des Staates. Der Anwendungsbereich auf Menschenhandel ist also beschränkt, da dieser in der Regel durch Private begangen wird.

199 Dazu unten, S. 109 ff.

200 Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Report 2008, Ziff. 58. Zuletzt auch Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Report 2016, Ziff. 41 f.

3.3. Europäische Menschenrechtskonvention

Der Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung ist in der EMRK in Art. 4 verankert. Dieser verbietet in Abs. 1 die Sklaverei und Leibeigenschaft sowie in Abs. 2 die Zwangs- oder Pflichtarbeit. Von der systematischen Stellung und vom Wortlaut her ist Art. 4 EMRK ein Abwehrrecht von Privaten gegenüber dem Staat.²⁰¹ Dies widerspiegelt sich in der älteren Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Kommission zu Art. 4 EMRK, welche stets Sachverhalte betraf, in denen sich Private gegen staatlich angeordnete Arbeit wehrten, was unter Art. 4 Abs. 2 behandelt wurde.²⁰² Insgesamt war die praktische Relevanz von Art. 4 EMRK lange Zeit gering²⁰³ und wird teilweise auch heute noch in der Kommentarliteratur als „marginal“ bezeichnet.²⁰⁴ Diese Einschätzung trifft aber angesichts der jüngeren Rechtsprechung schon länger nicht mehr zu und bezieht sich noch auf den Charakter der Garantie als Abwehrrecht. In den letzten Jahren wurde der EGMR zunehmend mit Fällen von Beeinträchtigungen durch Private konfrontiert und hat daraus seit dem Urteil *Siliadin gegen Frankreich* von 2005 positive Verpflichtungen der Staaten unter Art. 4 EMRK formuliert und beständig ausgebaut. Mit dem Urteil *Rantsev gegen Zypern und Russland* aus dem Jahre 2010 hat er sodann Menschenhandel im Sinne der Definition des Palermo-Protokolls²⁰⁵ ausdrücklich unter Art. 4 EMRK gefasst.²⁰⁶ Art. 4 gehört zusammen mit Art. 2 und Art. 3 EMRK zu den absolut geltenden Bestimmungen, die keine Eingriffe tolerieren und nicht gerechtfertigt werden können. Ein Eingriff in Art. 4 stellt immer auch eine Verletzung dieses Rechts dar.²⁰⁷

201 Birk, Rz. 6.

202 So z.B. unbezahlte Pflichtverteidigungsmandate von Anwälten vor der endgültigen Anwaltszulassung (EGMR, *Van der Musselle v. Belgium*) oder die Verpflichtung eines Zahnarztes, einen Beitrag zur öffentlichen zahnärztlichen Versorgung zu leisten (EKMR, *Iversen*).

203 LINDNER bezeichnet die Norm eher als Verbürgung dafür, dass solche „Übel der Vergangenheit“ keinen Platz in der Gegenwart und Zukunft Europas haben würden: Lindner, Effektivität, S. 224; siehe auch Birk, Rz. 3.

204 Siehe Schilling, S. 81 Rz. 182; Meyer-Ladewig, N 1 zu Art. 4 EMRK; so etwa auch Karpenstein/Mayer, S. 82 Rz. 1: „Die theoretische und praktische Bedeutung des durch Art. 4 garantierten Schutzes vor Sklaverei, Leibeigenschaft sowie Zwangs- und Pflichtarbeit im innerstaatlichen Bereich ist eher gering“.

205 Dazu oben, S. 45 ff.

206 Dazu oben, S. 47 ff.

207 Marauhn, Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit, Rz. 27.

Seit dem Urteil *Rantsev* war der EGMR mit einer Vielzahl von Beschwerden in Menschenhandelsfällen konfrontiert.²⁰⁸ Seine Rechtsprechung präsentiert sich deshalb mittlerweile als sehr weitgehend und ausdifferenziert und enthält sowohl negative wie auch positive Verpflichtungen. Als negative Pflicht im Sinne eines Unterlassens sind die Staaten gehalten, nicht selber aktiv Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangsarbeit oder Menschenhandel zu betreiben sowie diese Praktiken nicht indirekt, beispielsweise durch Lücken in der Gesetzgebung, zu fördern.²⁰⁹

In positiver Hinsicht stützt sich der EGMR stark auf die staatlichen Pflichten aus dem Palermo-Protokoll und der EKM. Unter Art. 4 EMRK sind die Staaten deshalb insbesondere verpflichtet, einen ganzheitlichen Ansatz zur Bekämpfung des Menschenhandels zu verfolgen.²¹⁰ Als positive Verpflichtungen unter Art. 4 EMRK lassen sich vier Dimensionen²¹¹ unterscheiden: In der *prozeduralen Dimension* sind die Staaten verpflichtet, bei Verdacht auf Menschenhandel effektive Ermittlungen einzuleiten.²¹² In der *operativen Dimension* müssen die Staaten konkrete Mass-

208 So EGMR, *C.N. and V. v. France*; EGMR, *C.N. v. UK*; EGMR, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*; EGMR *L.E. v. Greece*; EGMR, *J. and Others v. Austria* sowie zuletzt EGMR, *Chowdury and Others v. Greece*; für unzulässig erklärt wurden die Beschwerden EGMR, *XD v. France*; EGMR, *V.F. v. France*; EGMR, *Idemugia v. France*; EGMR, *F.A. v. UK*; EGMR, *J.A. v. France*; EGMR, *L.O. v. France* sowie EGMR, *D.O.R. and S.E. v. Spain*; aus der Liste des Gerichtshofs gestrichen (meist weil den Beschwerdeführerinnen nachträglich subsidiärer Schutz gewährt worden ist) wurden die Beschwerden EGMR, *M. v. UK*; EGMR, *B.L. v. France*; EGMR, *L.R. v. UK*; EGMR, *Asuquo v. UK*; EGMR, *Kawogo v. UK*; EGMR, *O.G.O. v. UK* sowie EGMR, *Y.K. v. UK*.

209 So muss etwa das Einwanderungsrecht eines Staates so ausgestaltet sein, dass es für Menschenhandel weder Anreize bietet noch diesen ermöglicht oder tolerieren soll: EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 284.

210 EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 285; EGMR, *J. and Others v. Austria*, Ziff. 106. Zu den Verpflichtungen aus Art. 4 EMRK siehe auch: Lindner, Effektivität; Lindner, Umfassender Schutz vor Menschenhandel; Stoyanova, *Rantsev case*; Stoyanova, Positive Obligations; Piotrowicz, States' Obligations towards Victims of Trafficking; Farrior; Allain, *Rantsev*; Cullen, Siliadin; Scott; Frenz; Pati, Positive Obligations; Pati, Schutz der EMRK gegen Menschenhandel; Timmer; Egan, Child Labour; Ritter. Die Kommentarliteratur zu Art. 4 EMRK geht – mit Ausnahme von Grabenwarter/Pabel, § 20 Rz. 100 – nicht vertieft auf die Schutzpflichten bei Menschenhandel ein.

211 Dimensionen nach Lindner, Umfassender Schutz vor Menschenhandel, S. 140.

212 EGMR, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, Ziff. 156; EGMR, *C.N. v. UK*, Ziff. 69; EGMR, *C.N. and V. v. France*, Ziff. 109 und EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 288.

nahmen treffen, um gefährdete Personen zu schützen.²¹³ In der *transnationalen Dimension* verlangt der EGMR angesichts der häufig grenzüberschreitenden Natur von Menschenhandel, dass die Herkunfts- und Zielstaaten bei der Strafverfolgung, den Ermittlungen und dem Opferschutz miteinander kooperieren.²¹⁴ Und in der *normativen Dimension* sollen die Staaten schliesslich einen adäquaten, ganzheitlichen rechtlichen und administrativen Rahmen aufstellen,²¹⁵ welcher sowohl die Kriminalisierung und Bestrafung des Menschenhandels als auch den Schutz seiner Opfer sicherstellt.²¹⁶ In seiner jüngsten Rechtsprechung verortet der EGMR in der normativen Dimension die „duty to identify, protect and support (potential) victims“²¹⁷ und stützt sich damit implizit auf die drei Bereiche des Opferschutzes gemäss der EKM²¹⁸ ab.

In einem Wechselspiel mit den Entwicklungen rund um die Europaratskonvention ²¹⁹ ist somit in Europa eine beispiellose Ausdifferenzierung der menschenrechtlichen Ansprüche von Menschenhandelsopfern zu beobachten. Für die Betroffenen ist diese Entwicklung deshalb von grosser Bedeutung, weil die Garantien der EMRK im Gegensatz zu vielen Bestimmungen der Europaratskonvention und des Palermo-Protokolls vor innerstaatlichen Gerichtsverfahren und in letzter Instanz auch mittels Individualbeschwerde vor dem EGMR direkt geltend gemacht werden können.²²⁰ Letzteres wird allerdings nicht rundherum positiv gesehen: GRABENWARTER und PABEL kritisieren etwa, dass die Vorgehensweise des EGMR, mit welcher er Verpflichtungen der Staaten aus der Europaratskonvention und des Palermo-Protokolls in Art. 4 EMRK „hineingelesen“ habe, jenseits der Grenzen der Auslegung eines Grundrechts gelegen sei, denn dadurch werde dem Palermo-Protokoll bzw. der Europaratskonvention eine Durchsetzungsmöglichkeit durch Inanspruchnahme des Rechtsschutzsystems der EMRK gegeben, die diese Verträge gerade nicht enthalten. Meines Erachtens trifft diese Kritik ins Leere, denn der EGMR hat

213 EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 286.

214 EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 289 und 307.

215 EGMR, *Siliadin v. France*, Ziff. 112; EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 284.

216 EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 285; EGMR, *J. and Others v. Austria*, Ziff. 106.

217 EGMR, *J. and Others v. Austria*, Ziff. 110 f.

218 Siehe oben, S. 94.

219 Dazu oben, S. 92 ff.

220 Grabenwarter/Pabel, § 20 Rz. 100.

keine neuen Rechte geschaffen, sondern er hat – im Rahmen einer zulässigen systematischen Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK – die zwischen den Vertragsstaaten der EMRK geltenden weiteren völkerrechtlichen Normen herangezogen, um den Schutzgehalt von Art. 4 zu bestimmen. Dies ist auch darum sinnvoll, weil damit eine Fragmentierung des Schutzes von Menschenhandelsopfern in Europa vermieden werden kann.

4. Exkurs: Menschenhandelsbekämpfungsrecht der EU

Für die Menschenhandelsbekämpfung in Europa ist das EU-Recht von Bedeutung, weil es, wie noch gezeigt werden wird, mit dem Europarechtsübereinkommen in einer Wechselbeziehung steht und sich die beiden Rechtsquellen gegenseitig beeinflusst haben. Auch wenn das EU-Recht für die Schweiz nicht bindend ist, d.h. von den Behörden nicht umgesetzt werden muss und von Individuen nicht vor Gericht geltend gemacht werden kann, spielt es rechtlich insofern eine grosse Rolle, als allgemein Konsens besteht, dass ein allzu starkes Abweichen des innerstaatlichen Rechts vom EU-Recht vermieden werden sollte. Deshalb wird auch im Gesetzgebungsverfahren jeweils vergleichend auf die entsprechende Rechtslage in der EU hingewiesen.²²¹

An der hier relevanten Schnittstelle zwischen Opferschutz für Menschenhandelsopfer und dem Asylbereich spielt diese Parallelität der Rechtsentwicklung aufgrund der Assoziation der Schweiz an das Dublin-System eine besonders wichtige Rolle, denn das Dublin-System kann nur funktionieren, wenn in allen beteiligten Staaten ähnliche Standards gelten.²²² Für die vorliegende Untersuchung spielen deshalb insbesondere auch die Rechtsakte der EU zum Asylverfahren und diejenigen zum Schutz von Menschenhandelsopfern eine Rolle. Im Folgenden wird auf den Rechtsrahmen für den Schutz von Menschenhandelsopfern Bezug genommen, während die asylrechtlichen Vorgaben des Europarechts im Kapitel zur Flüchtlingseigenschaft und zur Schutzgewährung in der Schweiz behandelt werden.²²³

221 Vgl. anstelle vieler: Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, S. 61.

222 Siehe etwa Maiani, *Fitting EU asylum standards in the Dublin equation*, S. 16.

223 Unten, S. 144 ff.

In der EU wird bereits seit Ende der 1980er-Jahre über die Bekämpfung des Menschenhandels diskutiert.²²⁴ Das erste rechtsverbindliche Dokument der EU zur Menschenhandelsbekämpfung war der Rahmenbeschluss 2002/629/JI zur Bekämpfung des Menschenhandels von 2002²²⁵. Dieser befasste sich praktisch ausschliesslich mit straf- und strafverfolgungsrechtlichen Fragen. Nebst den Rechtsakten, die nachfolgend kurz dargestellt werden, hat die EU auch als Institution das Palermo-Protokoll ratifiziert.²²⁶

Im Jahr 2004 wurde die Richtlinie 2004/81/EG über die Erteilung von Aufenthaltstiteln an Opfer des Menschenhandels (AufenthaltstitelsRL) verabschiedet, welche die Strafverfolgung mittels Schaffung von Anreizen für die Opfer verbessern will. Dazu gehören die Gewährung einer Erholungs- und Bedenkzeit, eines Aufenthaltstitels sowie materieller Unterstützung mit dem Zweck, die Opfer zu einer Kooperation im Strafverfahren zu bewegen. Die Opferschutzmassnahmen in dieser Richtlinie richten sich klar nach den Bedürfnissen der Strafverfolgung.²²⁷ Unschwer zu erkennen ist die gegenseitige Beeinflussung der AufenthaltstitelsRL und der gleichzeitig verhandelten Europaratskonvention: Das Konzept der Bedenkzeit mit Gewährung von Unterstützungsleistungen sowie das Ausstellen eines Aufenthaltstitels, welcher weitergehende Unterstützungsansprüche nach sich zieht, findet sich teils wortgleich in beiden Rechtsakten.²²⁸

Mit der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer (MenschenhandelsRL) wurde sodann der Rahmenbeschluss von 2002 abgelöst. Im Gegensatz zum Rahmenbeschluss und zur AufenthaltstitelsRL statuiert diese Richtlinie bereits in Erwägungsgrund 7 ein integriertes, ganzheitliches und men-

224 Siehe zur Entwicklung in der EU: Lindner, Effektivität, S. 54 ff.

225 Rahmenbeschluss des Rates vom 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, 2002/629/JI, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1 ff.

226 Beschlüsse 2006/618/EG und 2006/619/EG des Rates vom 24.7.2006 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Zusatzprotokolls zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, ABl. L 262 vom 22.9.2006, S. 1 ff.

227 Diese Fokussierung auf die Strafverfolgung wurde in der Literatur kritisiert, siehe die Zusammenfassung der Kritik bei Kau, Rz. 7.

228 Vgl. Art. 13 EMK und Art. 6 AufenthaltstitelsRL bzw. Art. 14 EMK und Art. 8 AufenthaltstitelsRL.

schenrechtsbasiertes Vorgehen und bezeichnet den Schutz der Rechte der Opfer, zusammen mit einer rigoroseren Prävention und Strafverfolgung, als vorrangige Ziele der Richtlinie. Ähnlich wie das Palermo-Protokoll und die Europaratskonvention enthält die Richtlinie zudem in Erwägungsgrund 10 einen ausdrücklichen Verweis auf das Refoulement-Verbot gemäss der Flüchtlingskonvention. Die Richtlinie gibt Vorgaben zum Strafmass, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, zur Strafverfolgung und zur gerichtlichen Zuständigkeit. Sie enthält zudem im Vergleich zum Rahmenbeschluss beträchtlich erweiterte Opferschutzbestimmungen. So werden der Verzicht auf eine Strafverfolgung der Opfer (Art. 8 MenschenhandelsRL) sowie das Recht der Opfer auf Entschädigung (Art. 17) postuliert und die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, den Opfern Unterstützung und Betreuung zu gewähren (Art. 11). Um die Identifizierung von Opfern zu gewährleisten, müssen laut der Richtlinie geeignete Verfahren für die frühzeitige Erkennung, Unterstützung und Betreuung von Opfern geschaffen werden (Art. 11 Abs. 4). Die Richtlinie enthält ferner in mehreren Bestimmungen Vorgaben zum Schutz von resp. Umgang mit minderjährigen Opfern (Art. 14 ff.).

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 besteht in der EU nunmehr auch auf grundrechtlicher Ebene Schutz vor Menschenhandel (Art. 6 EUV). Art. 5 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRC) verbietet unter der Überschrift „Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit“ auch den Menschenhandel (Art. 5 Abs. 3 GRC). Der Art. 5 GRC gilt absolut; es sind keine Einschränkungen möglich. Die explizite Erwähnung von Menschenhandel hebt die Grundrechtecharta unter den anderen Menschenrechtsinstrumenten hervor. Sie lässt sich aber aufgrund des „jungen“ Alters der Grundrechtecharta erklären, wurde diese doch im Jahr 2000 verabschiedet, als die Diskussion um Menschenhandel nach Jahrzehnten des „Dornröschenschlafs“ wieder stärker in den Vordergrund der Öffentlichkeit gerutscht ist.²²⁹ Die Charta gilt gemäss Art. 51 Abs. 1 für die Organe der Union; für die Mitgliedstaaten gilt sie ausschliesslich bei der Durchführung des Rechts der Union, d.h. beispielsweise bei der Anwendung der innerstaatlichen Bestimmungen, die auf der Umsetzung der Aufenthaltstitels- und der MenschenhandelsRL beruhen. Sind die Bestimmungen nicht oder nicht korrekt umgesetzt, können sich betroffene

229 Siehe die Erläuterungen des Präsidiums des Konvents, der die Grundrechtecharta ausgearbeitet hat, zu Art. 5 Abs. 3, in: ABl. 2007 C 303/19.

Personen unter bestimmten Bedingungen direkt auf die Richtlinien berufen.²³⁰ Die Bedeutung der Charta liegt nicht zuletzt auch darin, dass sie eine menschenrechtliche Auslegung dieser Richtlinien vorgibt.²³¹

Die Bekämpfung des Menschenhandels ist auch auf politischer und institutioneller Ebene innerhalb der EU ein Thema mit gewisser Priorität und wird sowohl in der Europäischen Migrationsagenda²³² wie in der Europäischen Sicherheitsagenda²³³, beide von 2015, erwähnt. Auch existiert eine Strategie der EU zur Beseitigung des Menschenhandels 2012-2016.²³⁴ Mit dem Stockholmer Programm 2009²³⁵ wurde das Amt einer EU-Anti-Menschenhandels-Koordinatorin²³⁶ geschaffen und mit Art. 20 MenschenhandelsRL formalisiert. Die Koordinatorin soll für die Kohärenz der Aktionen der verschiedenen EU-Institutionen im Bereich Menschenhandel sorgen sowie bestehende und neue EU-Politiken zur Menschenhandelsbekämpfung (weiter-) entwickeln.²³⁷ Über die Fortschritte bei der Menschenhandelsbekämpfung führt die Kommission unter Mitarbeit der Koordinatorin gemäss Art. 20 MenschenhandelsRL alle zwei Jahre eine Berichterstattung durch.²³⁸

230 Dies gilt einerseits, wenn die Richtlinie nicht fristgemäss umgesetzt wurde und die Bestimmung inhaltlich unbeding und hinreichend genau ist und andererseits, wenn die innerstaatliche Bestimmung von der Richtlinie abweicht oder abzuweichen scheint (Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, vgl. dazu Bieber u. a., S. 200 ff.).

231 Jarass, Rz. 2; Janetzek/Lindner, S. 107; Lindner, Effektivität, S. 178.

232 COM(2015) 240 final vom 13.5.2015.

233 COM(2015) 185 final vom 28.4.2015.

234 COM(2012) 286 final vom 19.6.2012.

235 Abl. C. 115 vom 4.5.2010, S. 1 ff. (S. 21 f.).

236 http://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-anti-trafficking-coordinator_en (zuletzt besucht am 3.12.2017).

237 Ibid.

238 Siehe Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016), COM(2016) 267 final vom 19.5.2016, und Commission Staff Working Document accompanying the Report, SWD(2016) 159 final vom 19.5.2016; Mid-term report on the implementation of the EU strategy towards the eradication of trafficking in human beings, SWD(2014) 318 final vom 17.10.2014; Communication on the application of Directive 2004/81 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities, COM(2014) 635 final vom 17.10.2014.

5. „Soft Law“

Von Bedeutung für den völkerrechtlichen Schutz und die Unterstützung der Opfer sind auch verschiedene Instrumente des Soft Law, also Resolutionen, Erklärungen oder andere Dokumente von internationalen Organisationen, denen ein hoher normativer Gehalt zukommt, ohne dass sie aber völkerrechtlich bindend wären. Ihre rechtliche Bedeutung liegt darin, dass sie einen (entstehenden) Konsens der Staatengemeinschaft zu einer bestimmten Frage wiedergeben und damit sowohl Auslegungshilfe für bestehende völkerrechtliche Instrumente wie auch Vorläufer von späteren Verträgen oder von Gewohnheitsrecht sein können.²³⁹

An erster Stelle stehen im vorliegenden Zusammenhang die „Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking“ des Menschenrechts-Hochkommissariats der Vereinten Nationen von 2002.²⁴⁰ Diese Richtlinien gelten als der „Goldstandard“²⁴¹ und stellen zusammen mit dem 2010 nachgereichten Kommentar zu den Richtlinien²⁴² den aktuell höchsten Schutzstandard für Menschenhandelsopfer dar. Die Richtlinien, die in Konsultation mit Experten und Praktikerinnen von innerhalb und ausserhalb der Vereinten Nationen erarbeitet wurden, gehen ausdrücklich von einem menschenrechtlichen Ansatz aus und wenden diesen auf alle Dimensionen der Menschenhandelsbekämpfung (Prävention, Opferschutz, Strafverfolgung und Kooperation) an. Sie dienen einerseits dem Hochkommissariat als Grundlage für sein eigenes Handeln, sollen aber auch den Staaten, Nichtregierungs- und internationalen Organisationen als Leitlinie bei der Umsetzung eines menschenrechtlichen Ansatzes dienen. Der Einfluss der Richtlinien ist trotz ihres nicht-bindenden Charakters nicht zu unterschätzen. So wurden sie im Begleitdokument zur Europaratskonvention²⁴³ zitiert, die meisten UN-Agenturen sowie die Sonderberichterstatteerin für Menschenhandel verwenden die Richtlinien als

239 Siehe im Menschenhandelskontext Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 139.

240 OHCHR, *Recommended Principles and Guidelines*.

241 Gallagher, *European Convention*, S. 187.

242 OHCHR, *Commentary to the Recommended Principles and Guidelines*.

243 Europarat, *Explanatory Report*, Ziff. 125.

Grundlage für ihre Arbeit²⁴⁴ und die UN-Menschenrechtsorgane stützen ihre Empfehlungen in den Staatenberichtsverfahren darauf ab.²⁴⁵

Weitere UN-Agenturen haben zudem Leitlinien für den Umgang mit Menschenhandelsopfern in ihrem Tätigkeitsbereich herausgegeben. Deren Anzahl ist mittlerweile schier unübersichtlich, deshalb soll hier nur auf einige der wichtigsten hingewiesen werden:²⁴⁶

- Die *WHO Ethical and Safety Recommendations for Interviewing Trafficked Women*²⁴⁷ der Weltgesundheitsorganisation (WHO) von 2003 beziehen sich zwar nur auf Frauen, sind aber weitgehend generalisierbar auf alle Opfer von Menschenhandel. Es finden sich darin Empfehlungen zur Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der Befragung von Menschenhandelsopfern.
- Die *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking*²⁴⁸ des United Nations Children Fund (UNICEF) von 2006 konkretisieren die Rechte von Kindern in Bezug auf ihren Schutz vor resp. nach dem Menschenhandel. Die Guidelines enthalten Empfehlungen zur Identifizierung, der Ernennung eines Vormunds, der Registrierung und Befragung von Kindern, Betreuung und Schutz, dem „Case Assessment“, insbesondere der „Best Interest Determination“ und dem Finden einer dauerhaften Lösung.
- Die *Richtlinien zur Anwendung des Artikels 1 A (2) GFK auf die Opfer von Menschenhandel und entsprechend gefährdete Personen*²⁴⁹ des Flüchtlingshochkommissariats der Vereinten Nationen (UNHCR) von 2006 stellen eine Verbindung zwischen dem internationalen Flüchtlingsrecht sowie dem Recht der Menschenhandelsbekämpfung her und

244 Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the latest developments in the United Nations relating to combating trafficking in persons as well as on the activities of the Office on this issue, A/HRC/10/64, 6.2.2009, Ziff. 83.

245 Siehe zu den UN-Menschenrechtsorganen oben, S. 98 f. zum Menschenrechtsausschuss und S. 100 f. zum Antifolterausschuss.

246 Eine vollständige Übersicht (Stand 2010) findet sich z.B. bei Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 140 ff.

247 World Health Organization, *WHO ethical and safety recommendations for interviewing trafficked women*.

248 UNICEF, *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking*.

249 UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*.

geben insbesondere Anregungen, wie die Flüchtlingseigenschaft bei Menschenhandelsopfern ausgelegt werden sollte. Zudem werden Empfehlungen zur Durchführung des Asylverfahrens bei Menschenhandelsopfern gemacht.

Ebenfalls auf UNO-Ebene bewegt sich die Sonderberichterstatterin des Menschenrechtsrats zu Menschenhandel. Sie kann u.a. Staaten besuchen und Empfehlungen aussprechen. In den Jahresberichten der Sonderberichterstatterin finden sich häufig menschenrechtlich begründete Empfehlungen zum Umgang mit Menschenhandelsopfern.²⁵⁰ Auch der Sonderberichterstatter zu Folter²⁵¹ oder die Sonderberichterstatterin zu Gewalt gegen Frauen²⁵² haben sich im Rahmen ihres Mandats mit Menschenhandel

-
- 250 *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 31.3.2015, A/HRC/29/38; *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 1.4.2014, A/HRC/26/37; *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 18.3.2013 (Fokus: "Integration of a human rights-based approach in measures to discourage demand"); *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Joy Ngozi Ezeilo*, 6.6.2012, A/HRC/20/18 (Fokus: "Human rights-based approach to the administration of criminal justice in cases of trafficking in persons, including the non-criminalization of trafficked persons, the provision of protection and support for victim witnesses"); *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, 13.4.2011, A/HRC/17/35 (Fokus: "The right to an effective remedy for trafficked persons"); *Report submitted by the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 4.5.2010, A/HRC/14/32 (Fokus: "regional cooperation mechanisms"); *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in persons, especially women and children*, 12.8.2009, A/64/290; *Report submitted by the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Joy Ngozi Ezeilo*, 20.2.2009, A/HRC/10/16; *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights Aspects of the Victims of Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, 24.1.2007, A/HRC/4/23 (Fokus: "Forced Marriage").
- 251 Siehe jüngst der *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez*, A/HRC/31/57, 5.1.2016, Ziff. 41 f.; siehe auch den Bericht seines Vorgängers, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak*, A/HRC/7/3, 15.1.2008, Ziff. 56 ff.
- 252 *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women's migration and violence against women*, E/CN.4/2000/68, 29.2.2000.

befasst. Der Menschenrechtsrat selber hat ebenfalls einige Resolutionen zur Bekämpfung des Menschenhandels verabschiedet.²⁵³

Im Europäischen Kontext ist es – nebst dem Europarat, dessen politische Organisationen verschiedene Resolutionen und Empfehlungen verabschiedet haben²⁵⁴ – vor allem die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE), die sich intensiv mit Menschenhandel, sowohl aus einer strafverfolgungsrechtlichen wie auch aus einer menschenrechtlichen Perspektive befasst und zahlreiche Empfehlungen und Studien zu dem Thema veröffentlicht hat.²⁵⁵

6. Schweizerisches Verfassungs- und Gesetzesrecht

Auch auf innerstaatlicher Ebene haben sich in der Schweiz Ansätze eines Menschenhandelsbekämpfungsrechts herausgebildet. Im Folgenden werden zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen dargelegt, danach wird übersichtsartig die Umsetzung der verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben im Gesetzesrecht dargestellt.

6.1. Verankerung in der Bundesverfassung

Der verfassungsrechtliche Schutz vor Menschenhandel, Sklaverei, Leibeigenschaft oder Zwangsarbeit ist in der Schweiz fragmentiert und findet

253 UN Human Rights Council, *Trafficking in persons, especially women and children: regional and subregional cooperation in promoting a human rights-based approach to combating trafficking in persons*, 23.6.2010, A/HRC/RES/14/2; UN Human Rights Council, *Trafficking in persons, especially women and children: efforts to combat human trafficking in supply chains of businesses*, 19.6.2013, A/HRC/RES/23/5; UN Human Rights Council, *Trafficking in persons, especially women and children: access to effective remedies for trafficked persons and their right to an effective remedy for human rights violations*, 18.7.2012, A/HRC/RES/20/1; UN Human Rights Council, *Summary of the consultations held on the draft basic principles on the right to effective remedy for victims of trafficking in persons: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 2 May 2014, A/HRC/26/18.

254 Dazu oben, Fn. 157.

255 So u.a. OSCE, *Declaration on Trafficking in Human Beings*, 7.12.2002, MC.DEC/2/03; OSCE, *Decision No.557 - OSCE Action Plan to Combat Trafficking In Human Beings*, 24.7.2003, PC.DEC/577.

sich als Teilgehalt verschiedener Verfassungsgarantien. Aus dem Grundrechtekatalog bieten die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 und 3 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) Schutz vor Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangsarbeit und Menschenhandel. Mit dem Verbot des Organhandels (Art. 119a Abs. 3 BV), welches sich systematisch bei den Kompetenznormen verortet, ist eine spezifische Art des Menschenhandels verfassungsrechtlich verpönt.

6.1.1. Persönliche Freiheit (Art. 10 BV)

Art. 10 Abs. 2 BV garantiert das Recht jedes Menschen auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit. Der sachliche Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 und 3 BV umfasst die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung und die grundlegenden Aspekte der menschlichen Existenz, namentlich die Bewegungsfreiheit, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und das Recht auf Sterben.²⁵⁶ Art. 10 Abs. 3 dieses Artikels konkretisiert den Kerngehalt²⁵⁷ und verbietet die Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung. In den persönlichen Schutzbereich fallen alle natürlichen Personen.²⁵⁸

Es scheint unumstritten zu sein, dass der sachliche Schutzbereich von Art. 10 BV auch Menschenhandel, Sklaverei und andere Formen schwerer Ausbeutung umfasst. Während eine Lehrmeinung diese Ausbeutungsformen unter Abs. 3 subsumiert und sie damit als vom Kerngehalt der persönlichen Freiheit erfasst betrachtet,²⁵⁹ fasst eine andere Lehrmeinung diese unter Abs. 2 BV, welcher als ein Auffanggrundrecht für alle Fälle betrachtet wird, in denen die Entfaltung elementarster Lebensbedürfnisse betroffen ist.²⁶⁰ Letztere Ansicht findet in der Praxis Unterstützung: Das

256 Biagini, Art. 10 BV, N 19 ff; Kiener/Kälin, S. 145.

257 Tschentscher, Art. 10 BV, N 58; Schweizer, N 29 zu Art. 10 BV. Der Kerngehalt eines Grundrechts stellt den unantastbaren Gehalt dieses Rechts dar, siehe Art. 36 Abs. 4 BV. Im Gegensatz zu den anderen Teilgehalten eines Rechts kann eine Einschränkung des Kerngehalts also nicht nach den Vorgaben von Art. 36 Abs. 1-3 BV gerechtfertigt werden und stellt in jedem Fall eine Verletzung dieses Rechts dar.

258 Kiener/Kälin, S. 145.

259 Schweizer, N 49 ff. zu Art. 10 BV; Hausammann, Umsetzung Schweiz, Rz. 9.

260 Kiener/Kälin, S. 145; Müller/Schefer, S. 1047.

Bundesgericht prüft den Arbeitszwang von Inhaftierten, also eine mögliche Form der Zwangsarbeit, unter Art. 10 Abs. 2 BV und nicht unter Abs. 3.²⁶¹ Nach Ansicht des Bundesrates wäre auch eine unfreiwillige Organentnahme vom Teilgehalt der körperlichen Unversehrtheit in Art. 10 Abs. 2 BV erfasst.²⁶² Meines Erachtens ist erstere Ansicht allerdings überzeugender, da sie dem Menschenhandel innewohnenden Unrechtsgehalt besser Rechnung trägt und ihn nicht ins „Sammelbecken“ der persönlichen Freiheit wirft. Dies entspricht auch eher der Rechtsprechung des EGMR, welcher Art. 4 EMRK regelmässig auf die gleiche Wertungsstufe stellt wie Art. 2 und Art. 3 EMRK.²⁶³

Die persönliche Freiheit wird zwar als ein typisches Freiheitsrecht, im Sinne eines Abwehrrechts gegenüber dem Staat, bezeichnet.²⁶⁴ Gleichwohl ergeben sich aus dem Grundrecht auch Schutzpflichten, die in erster Linie den Gesetzgeber verpflichten, beispielsweise durch gesetzliche und andere geeignete Massnahmen in Bereichen wie dem Straf-, Zivil- oder Verwaltungsrecht dafür zu sorgen, dass das Recht auf persönliche Freiheit auch unter Privaten respektiert wird.²⁶⁵

6.1.2. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

Art. 27 BV beinhaltet die umfassende Gewährleistung der freien wirtschaftlichen Betätigung.²⁶⁶ Schutzobjekt des individualrechtlichen²⁶⁷ Teilgehalts ist jede privatwirtschaftliche Tätigkeit.²⁶⁸ Geschützt sind nach dem

261 So u.a. BGE 139 I 180, 186 f.; weitere Urteile erwähnt bei Müller/Schefer, S. 123.

262 Siehe Bundesrat, Botschaft Biomedizinkonvention, S. 320.

263 Siehe dazu oben, S. 102 ff.

264 Kiener/Kälin, S. 145; Tschentscher, Art. 10 BV, N 32.

265 Biaggini, Art. 10 BV, N 9. Gemäss Art. 35 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zum Zuge kommen. Die Behörden müssen dafür sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV). Diese Bestimmung stellt die Grundlage für positive staatliche Schutzpflichten dar, das heisst für aktive Vorkehrungen die im Einzelfall zur Grundrechtsverwirklichung erforderlich erscheinen.

266 Vallender, N 9 zu Art. 27 BV.

267 Daneben gibt es auch einen institutionellen, einen bundesstaatlichen und einen demokratischen Gehalt, siehe u.a. Vallender, N 4 zu Art. 27 BV.

268 Vallender, N 10; Kiener/Kälin, S. 362; Uhlmann, N. 3 zu Art. 27 BV, BGE 101 Ia 473, 475; BGE 137 I 167, 172.

Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 BV die freie Wahl des Berufes, der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit sowie deren freie Ausübung. Der persönliche Schutzbereich erstreckt sich auf alle Personen schweizerischer Staatsangehörigkeit sowie auf die inländischen juristischen Personen des Privatrechts. Ausländische natürliche Personen können sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, wenn sie über eine Niederlassungsbewilligung verfügen oder gestützt auf das AuG oder einen Staatsvertrag einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben.²⁶⁹

Dem individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit wird in der Lehre ein starker menschenrechtlicher Bezug attestiert, da er die persönliche wirtschaftliche und insbesondere auch die berufliche Entfaltung der Einzelnen schützt.²⁷⁰ Menschenhandel, Sklaverei, Leibeigenschaft oder Zwangsarbeit beeinträchtigen klarerweise die persönliche wirtschaftliche und berufliche Entfaltung der Einzelnen und stehen damit im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit. In der Lehre wird das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit dem unantastbaren Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit zugeordnet.²⁷¹

Gemäss der dominierenden Auffassung ist die Wirtschaftsfreiheit ein Freiheitsrecht, welches vor staatlichen Eingriffen in die freie Berufswahl oder in den freien Zugang zu oder Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit schützen soll.²⁷² Ob die Wirtschaftsfreiheit aber Schutz vor Menschenhandel, Sklaverei, Leibeigenschaft oder Zwangsarbeit unter Privaten bietet, ist fraglich und wurde in der Doktrin – trotz der Einstufung als Kerngehalt – bislang nicht diskutiert. Positive Schutzpflichten werden von Lehre und Rechtsprechung nur mit äusserster Zurückhaltung angenommen: Das Bundesgericht hält regelmässig fest, die Wirtschaftsfreiheit verleihe, mit Ausnahme eines gewissen Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes, keinen Anspruch auf staatlichen Schutz.²⁷³ In der Lehre werden zwar einige staatliche Gesetzgebungs-

269 Vallender, N 47 zu Art. 27 BV; Kiener/Kälin, S. 360; BGE 129 II 401, 408; 123 I 212, 214 ff.

270 Müller/Schefer, S. 1047; Biaggini, Art. 10 BV, N 9; Vallender, N 15 zu Art. 27 BV.

271 Müller/Schefer, S. 1078; Schefer, S. 467 ff.; Kiener/Kälin, S. 370 f.

272 Schefer, S. 467; Kiener/Kälin, S. 363; Uhlmann, N 69 zu Art. 27 BV; Vallender, N 7 zu Art. 27 BV.

273 So u.a. BGE 130 I 26 E. 4.1; 124 I 107 E. 3 c; 118 Ib 356 E. 4 b; 117 Ib 387 E. 6c/aa.

pflichten genannt, welche Schutz vor wettbewerbsverzerrendem Wirtschaftsverhalten bieten sollen.²⁷⁴ Die bisher vom Bundesgericht entschiedenen Fälle liegen allerdings ausschliesslich im Bereich der Ermöglichung eines Marktzugangs oder der Gewährleistung eines freien Wettbewerbs (so wie Zusprechung von Subventionen, Vergabe eines öffentlichen Auftrags, Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung²⁷⁵). Diese Konstellationen tangieren aber nicht den Kernbereich der Wirtschaftsfreiheit. Aus diesem Grund ist die Argumentation zur Ablehnung einer staatlichen Schutzpflicht aus Art. 27 BV m.E. nicht übertragbar auf Menschenhandel oder Sklaverei. Es muss also von einer staatlichen Verpflichtung, aktiv zum Schutz der Einzelnen tätig zu werden, ausgegangen werden.²⁷⁶ Die Wirtschaftsfreiheit bietet damit jedenfalls für Schweizerinnen und Schweizer sowie für ausländische Staatsangehörige mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht eine bislang noch wenig präsenste verfassungsrechtliche Grundlage für den Schutz vor Menschenhandel.

6.1.3. Verbot des Organhandels (Art. 119 a Abs. 3 BV)

Ebenfalls relevant aus der Sicht der Menschenhandelsbekämpfung ist das verfassungsrechtliche Verbot des Handels mit Organen. Dieses findet sich im Artikel zur Transplantationsmedizin, welcher systematisch bei den Kompetenznormen verortet ist. Demnach ist der Bund zuständig für die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Art. 119a Abs. 1 BV). Trotz dieser systematischen Stellung wird dem Verbot des Organhandels in der Lehre auch eine grundrechtliche Bedeutung zugemessen, welche insbesondere mit dem Schutz der Persönlichkeit sowie der Menschenwürde begründet wird.²⁷⁷ Mit dem Verbot des Organhandels sollen nicht nur die organspendende und die organempfangende Person geschützt werden, sondern auch das Transplantationssystem

274 Damit ist beispielsweise das Kartellrecht gemeint: Vallender, N 7 zu Art. 27 BV; a.A. aber Biaggini, N 6 zu Art. 27 BV, welcher in der Wirtschaftsfreiheit keine positive Wettbewerbsgarantie sieht.

275 Siehe die Beispiele bei Biaggini, N 17 zu Art. 27 BV.

276 Schefer, S. 236, postuliert überall dort, wo es um den Schutz der Menschenwürde, konkret um den Schutz grundrechtlicher Kerngehalte geht, eine positive staatliche Schutzpflicht.

277 Schweizer/Schott, N 34 zu Art. 119 a BV; Bundesrat, Botschaft Biomedizinkonvention, S. 323.

als Ganzes, indem es unerwünschte Anreize, insbesondere finanzieller Natur, ausschliesst.²⁷⁸

Verboten ist einerseits die Spende von menschlichen Körperteilen für eine geldwerte Gegenleistung, was damit begründet wird, dass der menschliche Körper zu den Persönlichkeitsgütern nach Art. 28 ZGB gehört und nicht als Vermögenswert gilt, d.h. ein entgeltliches Rechtsgeschäft wäre sittenwidrig.²⁷⁹ Andererseits ist auch der Handel mit menschlichen Organen untersagt, d.h. Kauf-, Verkaufs- und Tauschgeschäfte sowie Werbe- und Vermittlungsgeschäfte die gegen Entgelt erfolgen.²⁸⁰ Nicht erfasst ist die Entschädigung für Kosten, die für den Transport, die Verarbeitung oder die Transplantation selbst entstehen.²⁸¹

6.2. Übersicht über die bundesgesetzliche Umsetzung

Die gesetzlichen Regelungen zum Schutz vor schwerer Ausbeutung stützen sich sowohl auf die verfassungsrechtlichen wie auch die völkerrechtlichen Vorgaben. Die Regelungen finden sich in verschiedenen Rechtsgebieten des Bundes- und kantonalen Rechts. Die bereits auf verfassungsrechtlicher Stufe festgestellte Fragmentierung setzt sich also im Gesetzesrecht fort. Dies muss jedoch nicht (nur) negativ zu bewerten sein, denn die Bekämpfung von Menschenhandel muss auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Foren erfolgen. An vorliegender Stelle wird ein Überblick über diese Rechtsquellen gegeben, ohne diese im Einzelnen ausführlich darzustellen.

Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit werden im schweizerischen Gesetzesrecht nirgends ausdrücklich erwähnt. Anders als bei Menschenhandel existiert auch kein Straftatbestand, der diese Ausbeutungsformen explizit umfassen würde.²⁸²

278 Belser/Molinari, N 30 zu Art. 119 a BV; siehe auch Schweizer/Schott, N 34 zu Art. 119 a BV: Der Spendeentscheid soll vollkommen freiwillig und unabhängig von Reziprozitätsüberlegungen erfolgen.

279 Schweizer/Schott, N 34 zu Art. 119 a BV.

280 Schweizer/Schott, N 32 zu Art. 119 a BV.

281 Belser/Molinari, N 30 zu Art. 119 a BV; Schweizer/Schott, N 32 zu Art. 119 a BV; Biaggini, N 10 zu Art. 119 a BV.

282 Gemäss der bundesrätlichen Botschaft sind diese Handlungen jedoch von „Ausbeutung der Arbeitskraft“, also dem Tatzweck-Element von Menschenhandel (Art. 182 StGB), erfasst, siehe Bundesrat, Botschaft FP Kinderrechtskonvention,

Ausführlicher ist der Rahmen zur Bekämpfung von *Menschenhandel*:²⁸³

- Menschenhandel ist als Verbrechen unter Art. 182 Strafgesetzbuch (StGB) mit nach oben unbeschränkter Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedroht. Die Förderung der Prostitution („Zuhälterei“), ein im Zusammenhang mit Menschenhandel häufiges Delikt, wird in Art. 195 StGB pönalisiert. Hingegen existiert kein eigener Straftatbestand der Arbeitsausbeutung.
- Die Regelung der Prostitution selber fällt in die Kompetenz der Kantone. Viele Kantone haben in den letzten Jahren Prostitutionsgesetze erlassen, welche die Ausübung dieses Gewerbes regulieren.²⁸⁴
- Spezifische Schutzmassnahmen für Menschenhandelsopfer (neben den allgemein auf alle Opfer und Zeugen anwendbaren Massnahmen der Strafprozessordnung) sind insbesondere die Gewährung einer Erholungs- und Bedenkzeit für Opfer von Menschenhandel (Art. 35 VZAE), die ausländerrechtliche Kurzaufenthaltsbewilligung für Opfer und Zeuginnen und Zeugen von Menschenhandel, die im Strafverfahren mitwirken (Art. 36 VZAE) sowie die Aufenthaltsgenehmigung im Rahmen der Teilnahme an einem Zeugenschutzprogramm nach dem Zeugenschutzgesetz (Art. 36a VZAE). Dabei handelt es sich um Ausnahmen von den ausländerrechtlichen Zulassungsbestimmungen für Drittstaatsangehörige (Art. 31 Abs. 1 lit. 3 AuG).
- Das Gesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG) wurde im Zuge der Umsetzung der Europaratskonvention gegen Men-

S. 2835. Damit sind Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit allerdings nicht selbständig strafbar, sondern nur dann, wenn zusätzlich die weiteren Tatbestandselemente von Menschenhandel erfüllt sind, namentlich eine Tathandlung (anbieten, vermitteln, abnehmen oder anwerben) sowie die fehlende Einwilligung des Opfers. GRETA hat der Schweiz empfohlen, diese ungeschriebenen Ausbeutungsformen ausdrücklich in den Gesetzestext aufzunehmen, siehe GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 36. Die EMRK-Konformität des aktuellen Zustandes ist fraglich. Die Situation ist vergleichbar mit jener im Urteil des EGMR, *C.N. v. UK*, wo eine Verletzung von Art. 4 angenommen wurde, weil der lediglich Menschenhandel umfassende Straftatbestand in Grossbritannien dazu geführt hatte, dass die Behörden sich in einem Verdachtsfall lediglich auf Menschenhandel fokussiert hatten und damit andere Formen der Ausbeutung wie beispielsweise Zwangsarbeit ausser Acht liessen, was letztlich den adäquaten Schutz der Beschwerdeführerin verhindert hatte.

283 Ausführlich dazu Hausammann, Umsetzung Schweiz, Rz. 9 ff.

284 BFM, Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe, S. 11 ff., m.w.H.

schenhandel geschaffen, ist aber anwendbar auf alle Personen, die aufgrund ihrer Mitwirkung in einem Strafverfahren einer erheblichen Gefahr ausgesetzt sind und ohne deren Mitwirkung die Strafverfolgung unverhältnismässig erschwert wäre.

- Schliesslich ist mit der Menschenhandelsverordnung eine Rechtsgrundlage für die Durchführung und Finanzierung von Präventionsmassnahmen sowie für die Tätigkeit der beim fedpol angesiedelten Koordinationsstelle Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM) geschaffen worden.

Weitere Schutz- und Unterstützungsverpflichtungen sind abgedeckt durch Normen, die sich nicht speziell auf Menschenhandelsopfer beziehen. So besteht im Rahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr die Pflicht zum Treffen von *Schutzmassnahmen*, um Grundrechtsverletzungen abzuwehren.²⁸⁵ Dies kann gestützt auf die polizeiliche Generalklausel²⁸⁶ oder auf spezifische Bestimmungen in den kantonalen Polizeigesetzen²⁸⁷ erfolgen.

Unterstützung erhalten Menschenhandelsopfer, bei denen ein Tatbezug zur Schweiz besteht, im Rahmen des Opferhilfegesetzes (OHG). Bedürftige Personen können zudem Sozialhilfe erhalten, welche, wie die Nothilfe nach Art. 12 BV, allgemein und nicht menschenhandelsspezifisch geregelt ist und sich nach den Vorgaben der kantonalen Sozialhilfegesetze sowie (für Personen aus dem Asylbereich) nach dem Asylgesetz richtet.

285 Siehe auch die kurze Zusammenfassung von GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 204.

286 Die polizeiliche Generalklausel erlaubt es dem Staat (und damit u.a. der Polizei), zur Abwendung einer schweren und unmittelbaren Gefahr ohne gesetzliche Grundlage zu handeln, vorausgesetzt es handelt sich um ein fundamentales Rechtsgut, die Gefahr ist schwer und unmittelbar, es ist zeitliche Dringlichkeit gefordert, es stehen keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr zur Verfügung und die Gefahrenlage war für den Gesetzgeber atypisch oder unvorhersehbar; Mohler, S. 247 ff.; Tschannen u. a., S. 538 ff.

287 Vgl. z.B. der entsprechende Passus im Polizeigesetz des Kantons Zürich (Polizeigesetz vom 23.4.2007, LS 550.1), § 3 Abs. 2 lit. c: „Sie [die Polizei] trifft insbesondere Massnahmen zur (...) Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren für Menschen, Tiere, Umwelt und Gegenstände sowie zur Beseitigung entsprechender Störungen.“ Siehe auch Polizeigesetz Kanton Bern (Polizeigesetz vom 8.6.1997, BSG 551.1): Art. 1 Abs. 1 lit. a: „Sie [die Polizeiorgane des Kantons und der Gemeinden] treffen Massnahmen, um konkrete Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie für die Umwelt abzuwehren und eingetretene Störungen zu beseitigen“.

Im Bereich des *Verbots des Organhandels* sind insbesondere das Transplantationsgesetz²⁸⁸ und die dazugehörigen Verordnungen²⁸⁹ einschlägig. Zudem finden sich im Recht der meisten Kantone Bestimmungen über die Organentnahme bei Verstorbenen und/oder bei lebenden Personen.²⁹⁰

Verschiedene Gesetze enthalten zudem Bestimmungen für den Schutz vor *Arbeitsausbeutung*, so etwa das Arbeitsgesetz²⁹¹ und seine Verordnungen²⁹², das sog. Entsendegesetz über die flankierenden Massnahmen bei ausländischen Arbeitnehmenden über die Kontrolle der Mindestlöhne²⁹³ und Verordnung²⁹⁴, die Verordnung über private Hausangestellte von Diplomaten²⁹⁵, das Schwarzarbeitsgesetz²⁹⁶ und die dazugehörige Verordnung²⁹⁷.

288 Bundesgesetz vom 8.10.2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, SR 810.21.

289 Verordnung vom 16.3.2007 über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen, SR 810.211; Verordnung vom 16.3.2007 über die Zuteilung von Organen zur Transplantation, SR 810.212.4.

290 Siehe dazu näher Bundesrat, Botschaft Biomedizinkonvention, S. 320.

291 Bundesgesetz vom 13.3.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11.

292 So insb. Verordnung 1 vom 10.5.2000 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111; Verordnung des WBF vom 20.3.2001 über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft, SR 822.111.52 (Mutterschutzverordnung); Verordnung 2 vom 10.5.2000 zum Arbeitsgesetz, SR 822.112; Verordnung 3 vom 18.8.1993 zum Arbeitsgesetz, SR 822.113 (Gesundheitsschutz); Verordnung 4 vom 18.8.1993 zum Arbeitsgesetz, SR 822.114 (ArGV 4); Verordnung 5 vom 28.9.2007 zum Arbeitsgesetz, SR 822.115 (Jugendarbeitsschutzverordnung); Verordnung des WBF vom 4.12.2007 über gefährliche Arbeiten für Jugendliche, SR 822.115.2; Verordnung des WBF vom 21.4.2011 über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung, SR 822.115.4.

293 Bundesgesetz vom 8.10.1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

294 Verordnung vom 21.5.2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.201.

295 Verordnung vom 6.6.2011 über die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen, SR 192.126.

296 Bundesgesetz vom 17.6.2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, SR 822.41. Dieses Gesetz enthält aber praktisch keine Schutzvorgaben zu-

III. Schutz besonderer Gruppen vor Ausbeutung

Neben dem universellen Schutz vor schwerer Ausbeutung, wie er auf den vorangehenden Seiten dargelegt wurde, finden sich völkerrechtlich auch verschiedene gruppenspezifische Schutzbestimmungen. Diese bieten bestimmten, in der Regel als vulnerabel geltenden Gruppen einen eigenen, auch diskriminierungsrechtlich motivierten, Schutz vor Ausbeutung und gewähren ihnen deshalb besonderen rechtlichen Schutz. Hintergrund ist regelmässig eine rechtlich wie sozial schlechtere Stellung dieser Personengruppen. In erster Linie sind dies das weibliche Geschlecht (Frauen und Mädchen), Minderjährige sowie Personen mit einer Behinderung, zu deren Schutz eigene multilaterale Abkommen verabschiedet wurden, die auch Bestimmungen zum Schutz vor Ausbeutung enthalten. Diese Gruppen erfahren durch diese Rechtsquellen einen verstärkten Schutz und es gelten teilweise erhöhte staatliche Pflichten. Bei Frauen und Mädchen sind dies in erster Linie das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention); bei Kindern sind dies nebst den ILO-Übereinkommen betreffend Kinderarbeit die Kinderrechtskonvention (KRK) und ihr Fakultativprotokoll Nr. 2; bei Menschen mit einer Behinderung ist es in erster Linie das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK). Gleichzeitig sind diese Ausbeutungsverbote in jeweils eigene Rechtskontexte mit eigenen übergeordneten Grundsätzen eingebunden. Beim Schutz von Frauen und Mädchen ist dies die Zielsetzung der Abschaffung von Diskriminierung und Herstellung materieller Gleichheit (Art. 1 CEDAW), bei Kindern ist insbesondere das Prinzip des Kindeswohls (Art. 3 KRK) von übergeordneter Bedeutung und bei Menschen mit Behinderung der Inklusionsgrundsatz (Art. 3 lit. c BRK).

Nebst den völkerrechtlichen Grundlagen werden wie in den vorangehenden Kapiteln jeweils für jede Gruppe auch die in der Schweiz geltenden verfassungsrechtlichen Grundsätze dargestellt und ein Überblick über die Umsetzung auf bundesrechtlicher Ebene gegeben.

gunsten schwarz beschäftigter Arbeitnehmenden sondern regelt insbesondere die Durchführung von Kontrollen und enthält Strafbestimmungen.

297 Verordnung vom 6.9.2006 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, SR 822.411.

1. Frauen und Mädchen

Verschiedene völkerrechtliche Rechtsquellen bezwecken einen Schutz von Frauen und Mädchen vor schwerer Ausbeutung. Nebst den heute weitgehend bedeutungslosen Abkommen zur Bekämpfung des Frauen- und Mädchenhandels aus der Völkerbundszeit,²⁹⁸ sind dies vor allem das CEDAW-Übereinkommen der Vereinten Nationen sowie die Istanbul-Konvention des Europarats. Verfassungsrechtlich lässt sich der Schutz vor geschlechtsspezifischer Ausbeutung und Gewalt auf Art. 8 Abs. 3 BV (Gleichberechtigung von Mann und Frau) stützen.

Die Diskussion spielt sich dabei vor allem im Kontext von Antidiskriminierung und materieller Gleichheit sowie der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen („violence against women“) ab. Dies verdeutlicht sich dadurch, dass die relevanten Rechtsgrundlagen vor allem in Art. 6 CEDAW zu finden sind, einem Antidiskriminierungs-Instrument. Art. 6 CEDAW rückt damit die oftmals vernachlässigte Tatsache ins Zentrum, dass der Handel mit Frauen und Mädchen (auch) auf mangelnde Gleichstellung in den Herkunfts- wie in den Zielländern des Menschenhandels zurückzuführen ist. Menschenhandel wird zudem gemeinhin als eine Form der geschlechtsspezifischen Gewalt gegen Frauen angesehen, was ebenfalls eine diskriminierungsrechtliche Frage ist.²⁹⁹

1.1. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

Art. 6 CEDAW verpflichtet die Staaten dazu, alle geeigneten Massnahmen zur Abschaffung jeder Form von Frauenhandel und der Ausbeutung der Prostitution von Frauen zu treffen.³⁰⁰ Zu Art. 6 CEDAW wurden, was untypisch ist für CEDAW, keine Vorbehalte angebracht.³⁰¹ Zusammen mit

298 Siehe oben, S. 86 f.

299 Siehe z.B. CEDAW, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*, Ziff. 6; zum Ganzen: Kartusch, Rz. 9 und 10.

300 In der Literatur werden gelegentlich auch weitere Garantien aus CEDAW oder gar die ganze Konvention als einschlägig für den Schutz von Menschenhandelsopfern angeführt (so etwa Hainfurther, S. 858 ff. oder Dairiam, S. 164 ff.).

301 Chuang, S. 172.

der beinahe universellen Ratifikationsquote von CEDAW³⁰² wird deutlich, dass in der Staatengemeinschaft ein starker Konsens bezüglich des Verbots des Frauenhandels herrscht.

Die Konvention steht im Kontext der Bekämpfung der Diskriminierung von Frauen. „Diskriminierung der Frau“ wird verstanden als „jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird“.³⁰³ Insofern ist auch Art. 6 CEDAW dahingehend zu verstehen, dass Frauenhandel und Ausbeutung der Prostitution Formen der Diskriminierung von Frauen darstellen, die die Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die betroffene Frau beeinträchtigen. 1992 hat das CEDAW-Komitee zudem festgehalten, dass Art. 6 CEDAW auch im Kontext der geschlechtsspezifischen Gewalt („gender-based violence“) zu sehen ist.³⁰⁴ Der Schutzbereich von Art. 6 CEDAW erstreckt sich gemäss seinem Wortlaut auf alle Formen von Frauenhandel sowie die Ausbeutung der Prostitution von Frauen. Diese beiden Tatbestände sollten klar auseinandergelassen werden. Während im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen ausschliesslich der Frauenhandel zwecks sexueller Ausbeutung gemeint war,³⁰⁵ ist angesichts der Formulierung „alle Formen“ und der späteren völkerrechtlichen Entwicklungen, insbesondere des Inkrafttretens des Palermo-Protokolls³⁰⁶, die Bestimmung heute umfassend zu verstehen.³⁰⁷ Dies entspricht der Praxis des CEDAW-Ausschusses, der darunter auch beispielsweise Sextourismus, Ehehandel, Zwangsheirat oder die Ausbeutung von Hausangestellten fasst.³⁰⁸ Der zweite Tatbestand „Ausbeutung der Prostitution“ umfasst alle Handlung

302 Der Ratifikationsstand beträgt 189 Staaten (Quelle: United Nations Treaty Series, Stand 14.12.2017).

303 Art. 1 CEDAW.

304 CEDAW, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*, Ziff. 13 ff.

305 Chuang, S. 176.

306 Zum Palermo-Protokoll oben, S. 90 ff.

307 Chuang, S. 177 f.; Van Den Brink/Wijers, S. 136; Ritter, S. 124; Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 196.

308 CEDAW, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*, Ziff. 14; siehe auch Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 64 f.

gen, mit welchen aus der Prostitution einer anderen Person Profit gezogen werden soll, insbesondere die Zuhälterei.³⁰⁹

Art. 6 CEDAW nennt zwar eine Pflicht, alle geeigneten Massnahmen, einschliesslich gesetzgeberischer Massnahmen, zur Abschaffung jeder Form von Frauenhandel und der Ausbeutung der Prostitution von Frauen zu treffen. Aufgrund der vagen Formulierung der Bestimmung sind allerdings ihr Umfang und ihre konkrete Ausgestaltung unklar: Es handelt sich dadurch um einen Artikel mit rein programmatischem Charakter.³¹⁰ Gemäss den Kriterien des Schweizer Bundesgerichts³¹¹ muss er denn auch als nicht self-executing angesehen werden, da er inhaltlich nicht hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.

Der CEDAW-Ausschuss hat in seiner Praxis der Abschliessenden Bemerkungen in Staatenberichtsverfahren zu Art. 6 CEDAW den Staaten jedoch regelmässig positive Verpflichtungen empfohlen und hat damit die Tragweite dieses Artikels konkretisiert. Das Fakultativprotokoll zum CEDAW-Übereinkommen³¹², welches auch von der Schweiz ratifiziert wurde, lässt Individualbeschwerden an den Ausschuss zu. Bis anhin hat dieser erst eine auf Art. 6 gestützte Beschwerde behandelt.³¹³ 2014 hat der Ausschuss die Allgemeine Empfehlung Nr. 32 „On the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women“³¹⁴ verabschiedet, welcher Vorgaben zum Umgang mit Frauen enthält, die internationalen Schutz u.a. vor geschlechtsspezifischer Gewalt wie Menschenhandel suchen.

309 Chuang, S. 178. Die Frage, in welcher Form der Staat die Ausübung der Prostitution regelt (oder verbietet), wurde angesichts der sehr grossen diesbezüglichen Differenzen zwischen den Staaten nicht in der Konvention geregelt, siehe Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 64.

310 Vgl. Hausammann, *Umsetzung Schweiz*, Rz. 4.

311 Siehe dazu oben, Fn. 147.

312 Fakultativprotokoll vom 6.10.1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.1.

313 CEDAW, *Zhen Zhen Zheng v. The Netherlands*.

314 CEDAW, *General Recommendation No. 32: Gender-related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women*.

1.2. Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)

Die noch relativ junge Istanbul Konvention des Europarats aus dem Jahr 2011 hat zum Ziel, Frauen vor allen Formen von Gewalt zu schützen und Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt zu verhüten, zu verfolgen und zu beseitigen. Im Schutzbereich des Abkommens liegen „alle Formen von Gewalt gegen Frauen, einschliesslich der häuslichen Gewalt, die Frauen unverhältnismässig stark betrifft“.³¹⁵ Gewalt gegen Frauen wird definiert als „alle Handlungen geschlechtsspezifischer Gewalt, die zu körperlichen, sexuellen, psychischen oder wirtschaftlichen Schäden oder Leiden bei Frauen führen oder führen können, einschliesslich der Androhung solcher Handlungen, der Nötigung oder der willkürlichen Freiheitsentziehung, sei es im öffentlichen oder privaten Leben“.³¹⁶

Die Konvention entstand vor dem Hintergrund eines wachsenden globalen Konsenses, dass Gewalt gegen Frauen ein eigenes menschenrechtliches Thema ist und speziell bekämpft werden muss. Vorgespart wurde das Thema insbesondere vom CEDAW-Ausschuss, der Gewalt gegen Frauen als Form der geschlechtsspezifischen Diskriminierung anerkannte und die Staaten dazu verpflichtete, diese zu verhindern.³¹⁷ Auch das Istanbul-Übereinkommen versteht die Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen als Antidiskriminierungsprojekt.³¹⁸

Die Konvention verpflichtet die Staaten allgemein zu genügender Sorgfalt („due diligence“) bei der Verhütung, Untersuchung und Bestrafung von in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Gewalttaten.³¹⁹ Weiter enthält die Konvention Verpflichtungen u.a. in den Bereichen Datenerhebung, Prävention, Schutz und Unterstützung der Opfer, materielles Strafrecht, Strafverfolgung und internationale Kooperation.

Als bislang einzige multilaterale Konvention enthält das Istanbul-Abkommen zudem ein Kapitel mit besonderen Bestimmungen zugunsten von Migrantinnen, weiblichen Asylsuchenden und Flüchtlingsfrauen. Interessant im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung sind vor allem

315 Art. 2 Abs. 1 Istanbul-Konvention.

316 Art. 3 lit. a Istanbul-Konvention.

317 So insbesondere CEDAW, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*.

318 So etwa in den Präambeln zur Istanbul-Konvention.

319 Art. 5 Abs. 2 Istanbul-Konvention.

Art. 60 und 61 Istanbul-Konvention bezüglich Asylanträgen aufgrund des Geschlechts und des Verbots der Zurückweisung. So sollen die Staaten sicherstellen, dass Gewalt gegen Frauen aufgrund des Geschlechts als eine Form der Verfolgung im Sinne der Flüchtlingsdefinition respektive als eine Form schweren Schadens anerkannt wird, die einen subsidiären Schutz begründet und dass alle Einschlussgründe für die Flüchtlingseigenschaft geschlechtersensibel ausgelegt werden.³²⁰ Die Staaten verpflichten sich zudem, Massnahmen zu treffen um geschlechtersensible Aufnahme- und Asylverfahren sowie Hilfsdienste für Asylsuchende und geschlechtsspezifische Leitlinien auszuarbeiten.³²¹ Des Weiteren sollen die Vertragsstaaten den Grundsatz des Verbots der Zurückweisung achten und sicherstellen, dass Opfer von Gewalt gegen Frauen, die des Schutzes bedürfen, unabhängig von ihrem Status oder Aufenthalt unter keinen Umständen in einen Staat zurückgewiesen werden, in dem ihr Leben gefährdet wäre oder in dem sie der Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe unterworfen werden könnten.³²²

Menschenhandel wird zwar im politischen wie im wissenschaftlichen und auch im rechtlichen Diskurs häufig als Form der Gewalt gegen Frauen bezeichnet,³²³ ist aber vom Istanbul-Übereinkommen nicht ausdrücklich erfasst. Als zu kriminalisierende Gewaltformen werden nur die Anwendung psychischer Gewalt, Nachstellung (Stalking), körperliche Gewalt, sexuelle Gewalt und Vergewaltigung, Zwangsheirat, Verstümmelung weiblicher Genitalien, Zwangsabtreibung und Zwangssterilisierung sowie sexuelle Belästigung genannt. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass Frauen- und Mädchenhandel nach Ansicht der Verfasser bereits durch die Europaratskonvention gegen Menschenhandel abgedeckt sind.³²⁴ Meines Erachtens schliesst dies aber die Anwendung der Istanbul-Konvention auf Menschenhandelssachverhalte nicht grundsätzlich aus, sondern sie muss

320 Art. 60 Abs. 1 und 2 Istanbul-Konvention.

321 Art. 60 Abs. 3 Istanbul-Konvention.

322 Art. 61 Istanbul-Konvention.

323 Siehe etwa Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, S. 191 ff.; OHCHR u. a., *Kommentar zur EU Richtlinie 2011/36*, S. 20; CEDAW, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*, Ziff. 14; siehe auch die Vienna Declaration der Vereinten Nationen: UN General Assembly, *Vienna Declaration and Programme of Action*, 14-25.6.1993 (A/CONF.157/24), Ziff. 18 sowie die Beijing Declaration and Platform for Action, Fourth World Conference on Women, 27.10.1995 (A/CONF.177/20/Rev. 1), Ziff. 100.

324 Europarat, *Explanatory Report Istanbul Convention*, Ziff. 154.

in denjenigen Bereichen, in denen sie ein höheres Schutzniveau vorgibt als die Europaratskonvention gegen Menschenhandel (so etwa die Artikel 60 und 61 zum Flüchtlingsschutz, welche weit über die blosse Vorbehaltsklausel zugunsten des Asylverfahrens in Art. 40 Abs. 4 EKM hinausgehen), anwendbar bleiben. Dies ergibt sich aus dem übergeordneten Ziel der Konvention, die Rechte der Opfer von Gewalt gegen Frauen zu schützen und ihnen den höchstmöglichen Grad an Schutz zuzusichern.³²⁵

Überwacht wird die Umsetzung der Konvention von dem Expertenkomitee GREVIO (Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence) sowie dem Komitee der Vertragsparteien, das als politisches Organ fungiert. GREVIO funktioniert im Grunde gleich wie GRETA.³²⁶ Das Komitee hat seine Arbeit bereits aufgenommen, die ersten Länderevaluationen fanden im Jahr 2016 statt.

Das Abkommen wurde 2011 verabschiedet und ist 2014 in Kraft getreten. Bislang haben 27 Staaten, inklusive die Schweiz,³²⁷ das Übereinkommen ratifiziert.³²⁸

1.3. Schweizerisches Verfassungs- und Gesetzesrecht

Die Schweizerische Bundesverfassung verbietet in Art. 8 Abs. 2 die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.³²⁹ Als *lex specialis*³³⁰ zu dieser Bestimmung konkretisiert Art. 8 Abs. 3 BV den Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau. Die Bestimmung lautet: „Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.“ Darin finden sich drei Teilgehalte: erstens der Grundsatz der Gleichberechtigung (Differenzierungsverbot), zweitens ein Gesetzgebungsauftrag zur Herstellung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und

325 Siehe ähnlich auch Europarat, Explanatory Report Istanbul Convention, Ziff. 364.

326 Zu GRETA oben, S. 95 f.

327 BBl 2017 4275.

328 Quelle: Council of Europe Treaty Office (Stand 14.12.2017).

329 Die anderen verpönten Anknüpfungsmerkmale von Art. 8 Abs. 2 BV sind Herkunft, Rasse, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung oder körperliche, geistige oder psychische Behinderung.

330 Waldmann N 96 zu Art. 8 BV.

Männern in allen Bereichen (Egalisierungsgebot) sowie drittens das auf verfassungsrechtliche Stufe gehobene Postulat der Lohngleichheit. Art. 8 Abs. 3 BV ist damit die verfassungsrechtliche Grundlage für Massnahmen, welche die gesellschaftlich bedingten Ungleichheiten der Geschlechter in allen Lebensbereichen beseitigen sollen.³³¹ Die Norm ist direkt anwendbar und verleiht jeder betroffenen Person das verfassungsmässige Recht, sich in einem konkreten Fall gegen Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts zur Wehr zu setzen. Eine Ungleichbehandlung auf Basis des Geschlechts ist nach der Rechtsprechung absolut unzulässig und kann nicht gerechtfertigt werden.³³² Eine Ausnahme davon ist nur zulässig, wenn biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen.³³³

In Doktrin und Praxis scheint Art. 8 Abs. 3 BV in erster Linie hinsichtlich Ungleichbehandlungen, die zwischen Männern und Frauen vergleichbar sind, verstanden zu werden, z.B. Ungleichbehandlung im Arbeitsleben.³³⁴ Gewalt gegen Frauen, sei sie staatlicher oder privater Natur, sowie Menschenhandel in seiner geschlechtsspezifischen Ausprägung werden soweit ersichtlich nicht unter Art. 8 Abs. 3 BV diskutiert.³³⁵ Obwohl im Diskurs über Menschenhandel in der Schweiz häufig nur über die weiblichen Opfer gesprochen wird, stützen sich die oben³³⁶ dargestellten gesetzgeberischen Massnahmen gegen Menschenhandel nicht auf den Gleichstellungsartikel in der Verfassung, sondern wurden meistens im Kontext der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge vorgenommen.³³⁷ Es ist meines Erachtens aber wenig zweifelhaft, dass sich die Verpflichtung zum Schutz

331 Bundesamt für Justiz, Vorentwurf und erläuternder Bericht zum Istanbul-Übereinkommen, S. 13; Bundesrat, Botschaft Istanbul-Konvention, S. 198.

332 BGE 129 I 265 E. 3.2; 125 I 21 E. 3 a.

333 Ibid.; siehe auch Kiener/Kälin, S. 444 f.; Müller/Schefer, S. 741 ff.; Biaggini, N 18 zu Art. 8 BV; Waldmann, N 98 ff. zu Art. 8 BV.

334 So etwa im Bundesgesetz vom 24.3.1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), SR 151.1.

335 Die einzige Tendenz zur Anerkennung von geschlechtsspezifischer Gewalt als Diskriminierung ist im Gleichstellungsgesetz zu finden, welches sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als geschlechtsspezifische Diskriminierung bezeichnet, siehe Art. 4 GIG.

336 Zu den Massnahmen oben, S. 117 ff.

337 So wurde beispielsweise der Straftatbestand Menschenhandel in Art. 182 StGB im Zuge der Ratifizierung des Fakultativprotokolls zur Kinderrechtskonvention angepasst (siehe Bundesrat, Botschaft FP Kinderrechtskonvention, S. 2834 ff.) oder das Zeugenschutzgesetz wurde im Hinblick auf die Ratifikation der Europa-

von Frauen vor Menschenhandel verfassungsrechtlich auch aus Art. 8 Abs. 3 BV herleiten lässt, jedenfalls soweit Menschenhandel auch als eine Form geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Sinne von Art. 1 CEDAW verstanden wird.

2. Kinder

Der Schutz von Kindern vor schwerer Ausbeutung ist völkerrechtlich breit abgestützt. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen sind die folgenden: Die ILO-Abkommen zur Verhinderung von Kinderarbeit, von denen nur das Abkommen Nr. 182 hier dargestellt wird, die Kinderrechtskonvention (KRK) aus dem Jahr 1989, das Fakultativprotokoll Nr. 2 zur Kinderrechtskonvention betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, sowie auf europäischer Ebene die Konvention des Europarats über den Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention). Ergänzt wird der internationale Schutz von Kindern vor Ausbeutung durch den Sonderbeauftragten der Vereinten Nationen für den Verkauf von Kindern, Kinderprostitution und Kinderpornografie.

2.1. ILO-Übereinkommen zum Schutz vor Kinderarbeit

Die ILO hat bereits sehr früh Rechtsinstrumente gegen die Ausbeutung von Kindern erlassen.³³⁸ Das Verbot der Kinderarbeit gehört ebenso wie das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit zu den acht Kernarbeitsnormen der ILO.³³⁹ Die wichtigste Konvention der ILO zur Bekämpfung der Kinderarbeit ist das Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit von 1999. Die Bedeutung dieses Übereinkommens liegt einerseits in der Definition der schlimmsten Formen von Kinderarbeit, welche für die

ratskonvention verabschiedet (Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, S. 46 ff.) und die Ratifizierung der Lanzarote-Konvention führte zur Revision des Straftatbestandes der Förderung der Prostitution in Art. 195 StGB (Bundesrat, Botschaft Lanzarote-Konvention, S. 7613 ff.).

338 Siehe oben, S. 84 ff.

339 Siehe zu den Kernarbeitsnormen oben, Fn. 131.

Auslegung gewisser Garantien der Kinderrechtskonvention³⁴⁰ herangezogen werden kann, als auch in den recht weitgehenden Gewährleistungspflichten der Staaten gegenüber Opfern von Kinderarbeit. Das Übereinkommen findet Anwendung auf Personen unter 18 Jahren und verpflichtet die Staaten, unverzügliche und wirksame Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die schlimmsten Formen der Kinderarbeit vordringlich verboten und beseitigt werden.

Die schlimmsten Formen der Kinderarbeit sind gemäss Art. 3 des Übereinkommens alle Formen der Sklaverei und sklavereiähnlichen Praktiken wie dem Verkauf von Kindern, den Kinderhandel, Schuldknechtschaft und Leibeigenschaft sowie Zwangs- oder Pflichtarbeit, die Zwangs- oder Pflichtrekrutierung von Kindern für den Einsatz in bewaffneten Konflikten (lit. a); das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zur Prostitution, zur Herstellung von Pornografie oder zu pornografischen Darbietungen (lit. b); das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zu unerlaubten Tätigkeiten, insbesondere zur Gewinnung von Drogen oder zum Drogenhandel (lit. c) sowie Arbeit, die für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist („hazardous work“, lit. d).

Das Übereinkommen verlangt von den Mitgliedstaaten in Art. 6 Abs. 1, Aktionsprogramme zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit zu planen und durchzuführen. Zudem enthält es spezifische Unterstützungspflichten der Staaten für Kinder, die zu den schlimmsten Formen der Kinderarbeit gezwungen wurden. So sollen die Staaten Unterstützung für das Herausholen von Kindern aus den schlimmsten Formen der Kinderarbeit gewähren, für ihre Rehabilitation und soziale Eingliederung sorgen (Art. 7 Abs. 2 lit. a ILO-Übereinkommen), den herausgeholt Kindern den Zugang zur unentgeltlichen Grundbildung und, wann immer möglich und zweckmässig, zur Berufsbildung gewähren (lit. b), besonders gefährdete Kinder ermitteln und erreichen (lit. c) sowie der besonderen Lage von Mädchen Rechnung tragen (lit. d).

Das Übereinkommen wurde von 181 Staaten ratifiziert.³⁴¹ Über das Verbot der Kinderarbeit besteht somit international ein breiter Konsens.

340 Zur Kinderrechtskonvention sogleich unten, S. 131 ff.

341 Quelle: ILO NORMLEX, Stand 14.12.2017.

2.2. Übereinkommen über die Rechte des Kindes und Fakultativprotokoll Nr. 2

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK) von 1989 stellt mit 196 Ratifikationen die meistratifizierte Konvention der universellen Menschenrechtsverträge dar.³⁴² Es enthält in den Artikeln 32 bis 36 spezifische Bestimmungen zum Schutz von Minderjährigen vor verschiedenen Formen der Ausbeutung, die das in Art. 3 Abs. 1 KRK verankerte Kindeswohl beeinträchtigen könnten. Des Weiteren adressiert das von 173 Staaten ratifizierte³⁴³ Fakultativprotokoll Nr. 2 zur KRK (FP 2) aus dem Jahr 2000 betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie spezifische Bereiche des Kinderhandels und enthält detailliertere Schutz- und Unterstützungsvorgaben insbesondere für Opfer im Strafverfahren.

Der kinderrechtliche Schutzbereich vor Ausbeutung wird in den Art. 32 bis 36 KRK sowie in Art. 1 des FP 2 umrissen und umfasst alle Formen wirtschaftlicher und sexueller Ausbeutung. Zwar nennen die einzelnen Artikel nur einzelne Aspekte der Ausbeutung von Kindern wie z.B. gefährliche Kinderarbeit oder sexuelle Ausbeutung, doch macht Art. 36 KRK, der als Auffangnorm fungiert, klar, dass die Staaten auch Schutz vor allen sonstigen Formen der Ausbeutung gewährleisten müssen. In der Doktrin wird denn auch betont, dass die Bestimmungen eine Einheit bilden und nicht isoliert betrachtet werden sollten.³⁴⁴ Dies drängt sich auch deshalb auf, weil sich die einzelnen Artikel mehrfach definitorisch überschneiden. Spezifisch aufgeführt werden folgende Ausbeutungsformen, vor welchen Schutz gewährt werden soll: wirtschaftliche Ausbeutung und Kinderarbeit, die Gefahren mit sich bringen oder die Erziehung des Kindes, seine Gesundheit oder seine Entwicklung schädigen könnte,³⁴⁵ das Heranziehen

342 Quelle: United Nations Treaty Series. Nicht ratifiziert haben die KRK lediglich die USA (Stand 14.12.2017).

343 Quelle: United Nations Treaty Series (Stand 14.12.2017).

344 Schmahl, Art. 36 Rz. 1.

345 Art. 32 KRK. Gemeint ist damit sog. „exploitative child labour“, wie sie im ILO-Übereinkommen Nr. 182 über die schlimmsten Formen der Kinderarbeit verboten wird. Näher zur Definition von Art. 32 KRK Schmahl, Art. 32 Rz. 5. Zum ILO-Übereinkommen Nr. 182 siehe oben, S. 129 ff.

von Kindern für die Herstellung und den Verkehr mit Drogen,³⁴⁶ sexuelle Ausbeutung und sexueller Missbrauch,³⁴⁷ Entführung, Verkauf sowie Handel mit Kindern³⁴⁸ respektive Verkauf von Kindern, Kinderprostitution und Kinderpornographie³⁴⁹ sowie alle sonstigen Formen der Ausbeutung, sofern sie das Wohl des Kindes in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnten.³⁵⁰

Die Einhaltung sowohl der Kinderrechtskonvention als auch des Fakultativprotokolls werden vom UN-Kinderrechtsausschuss überwacht. In beiden Abkommen verbindlich vorgesehen ist ein Staatenberichtsverfahren,³⁵¹ zusätzlich ist seit April 2014 das Fakultativprotokoll Nr. 3³⁵² in Kraft, welches ein Individualbeschwerdeverfahren, ein Staatenbeschwerdeverfahren sowie ein Untersuchungsverfahren bei schwerwiegenden und systematischen Verletzungen vorsieht. Bisher hat der Ausschuss allerdings noch keine Individualbeschwerden von Kindern materiell behandelt. Die Schweiz hat das Fakultativprotokoll im April 2017 ratifiziert.

Die positiven Verpflichtungen der Staaten ergeben sich zum Teil direkt aus den Art. 32 bis 36 KRK sowie aus dem FP 2. Das Fakultativprotokoll verfolgt in erster Linie einen strafrechtlichen Ansatz und enthält Bestimmungen über Straftatbestände, Gerichtsbarkeit, Auslieferung und Rechtshilfe.³⁵³ Darüber hinaus statuiert es Pflichten der Staaten zum Schutz von Kindern, die Opfer von Verkauf, Prostitution oder Pornographie geworden

346 Art. 33 KRK. Da der Einsatz von Kindern bei der Herstellung und dem Verkauf von Drogen auch als ausbeuterische Kinderarbeit verboten ist, stellt der Artikel bis zu einem gewissen Grad eine Wiederholung von Art. 32 KRK dar.

347 Art. 34 KRK, wobei nach der Auslegung des Kinderrechtsausschusses auch Kinderpornographie, Kinderprostitution oder der Verkauf von Kindern zur Zwangsheirat darunter fallen können, siehe CRC, *General comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence*, Ziff. 25. Der Unterschied zwischen Ausbeutung und Missbrauch liegt in dem kommerziellen Aspekt, den Ausbeutung (im Gegensatz zu Missbrauch) beinhaltet, siehe Van Bueren, S. 273.

348 Art. 35 KRK.

349 Art. 1 FP 2.

350 Art. 36 KRK. Dies können z.B. der Handel mit Kinderorganen oder die Verwendung von Kindern für medizinische Versuche sein, siehe Schmahl, S. 262 Rz. 24; Van Bueren, S. 284 f.; Dorsch, S. 229.

351 Art. 44 KRK und Art. 12 Fakultativprotokoll.

352 Fakultativprotokoll vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren, SR 0.107.3.

353 Art. 3 bis 7 FP 2. Marauhn, Fakultativprotokoll, S. 148, bezeichnet das Protokoll denn auch meines Erachtens richtigerweise als nicht im engeren Sinne menschenrechtlicher Vertrag, sondern als völkerrechtliche Vereinbarung.

sind, wobei auch hier der Fokus stark auf dem Strafverfahren liegt. Konkretisiert werden die positiven Verpflichtungen durch die Praxis des Kinderrechtsausschusses in den Staatenberichtsverfahren zur KRK und zum FP 2, welcher sich wie auch der Menschenrechts- und der CEDAW-Ausschuss stark auf die OHCHR Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking stützt.

2.3. Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention)

Die sog. Lanzarote-Konvention von 2007 bezweckt, die sexuelle Ausbeutung und den sexuellen Missbrauch von Kindern zu verhüten und zu bekämpfen, die Rechte der kindlichen Opfer zu stärken und die nationale und die internationale Zusammenarbeit zu fördern (Art. 1 Abs. 1 Lanzarote-Konvention). Das Übereinkommen will einen Mehrwert bieten zum Fakultativprotokoll Nr. 2 zur Kinderrechtskonvention, indem es detailliertere Regelungen aufstellt³⁵⁴ und einen ganzheitlicheren Ansatz verfolgt. Dazu gehören Massnahmen in den Bereichen Prävention,³⁵⁵ Schutz und Unterstützung³⁵⁶ sowie Strafrecht³⁵⁷ und Strafverfahren.³⁵⁸ Die Umsetzung des Übereinkommens wird von einem Ausschuss der Vertragsparteien überwacht, welcher allerdings keine einzelnen Staatenevaluationen durchführt wie GRETA oder GREVIO, sondern allgemeine Berichte über die Umsetzung bestimmter Vorgaben durch die Staaten verfasst.³⁵⁹

354 Bundesrat, Botschaft Lanzarote-Konvention, S. 7579.

355 Z.B. Sensibilisierung der Kinder und der Öffentlichkeit oder Interventionsprogramme für potentielle Täter, Art. 4-9 Lanzarote-Konvention.

356 Z.B. mittels Sozialprogramme und multidisziplinären Strukturen, Beratungsangeboten oder Unterstützung bei der körperlichen und psychologischen Genesung, Art. 11-14 Lanzarote-Konvention.

357 Art. 28-24 Lanzarote-Konvention: Kriminalisierungspflichten. Unter Strafe gestellt werden sollen u.a. sexueller Missbrauch von Kindern, Anwerbung oder Zuführung eines Kindes zur Prostitution, Nötigung eines Kindes zur Prostitution oder Inanspruchnahme der Prostitution von Kindern, Kinderpornografie, oder das sog. Grooming (Kontaktanbahnung zu Kindern).

358 Art. 30-36 Lanzarote-Konvention: Kindessensible Durchführung der Ermittlungen und des Strafverfahrens, u.a. Vermeidung von Retraumatisierung und Verfahrensverzögerungen, Zeugenschutzmassnahmen.

359 Art. 39 ff. Lanzarote-Konvention.

2.4. Schweizerisches Verfassungs- und Gesetzesrecht

Der verfassungsrechtliche Schutz von Minderjährigen ist in der Schweiz hauptsächlich in Art. 11 BV verankert, wo unter der Marginalie „Schutz von Kindern und Jugendlichen“ bestimmt wird, dass Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben (Abs. 1) und dass sie ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben (Abs. 2). Der persönliche Schutzbereich von Art. 11 BV erstreckt sich auf alle minderjährigen Personen ab der Geburt bis zum vollendeten 18. Lebensjahr.³⁶⁰

Art. 11 BV verankert die Verpflichtungen der Schweiz aus der Kinderrechtskonvention in der Bundesverfassung³⁶¹ und ist deshalb im Lichte der Kinderrechtskonvention auszulegen.³⁶² Mit Art. 11 BV erhält die vorrangige Beachtung des Kindeswohls also Verfassungsrang.³⁶³ Das Anliegen des Schutzes Minderjähriger soll in der ganzen Rechtsordnung Berücksichtigung finden.³⁶⁴

Art. 11 Abs. 1 BV sichert einerseits den Schutz der Unversehrtheit von Kindern, andererseits die Förderung ihrer Entwicklung. Mit dem Schutz der Unversehrtheit sollen Verletzungen der besonders fragilen physischen und psychischen Integrität von Kindern und Jugendlichen verhindert werden.³⁶⁵ In der Praxis des Bundesgerichts wird Art. 11 BV nie alleine verwendet, sondern immer zusammen mit weiteren Grundrechtsgarantien der BV oder Garantien der Kinderrechtskonvention.³⁶⁶ Art. 11 in seiner Form des Schutzes der Unversehrtheit konkretisiert zwar in erster Linie den ver-

360 Tschentscher, Art. 11 BV, N 8; Müller/Schefer, S. 804; Reusser/Lüscher, N 12 zu Art. 11 BV; Rhinow/Schefer, Rz. 1330.

361 Müller/Schefer, S. 803; siehe auch BGE 126 II 377 E. 5 b.

362 Müller/Schefer, S. 803; Reusser/Lüscher, N 7 zu Art. 11 BV.

363 BGE 132 III 359 E. 4.4.2; 126 II 377 E. 5 d.

364 Kiener/Kälin, S. 452. Die Verfassung wiederholt diese Maxime in Art. 41 Abs. 1 BV, welcher die Sozialziele von Bund und Kantonen auflistet, in den lit. f und g, dass Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können und dass Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden sollen. Weiter betont auch Art. 67 Abs. 1 BV, dass Bund und Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen haben.

365 Kiener/Kälin, S. 453 f.

366 Kiener/Kälin, S. 454 m.w.H.

fassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz von Art. 10 Abs. 2 BV,³⁶⁷ betrifft aber auch den persönlichkeitsbezogenen Gehalt anderer Grundrechte, insbesondere wenn diese für die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen wichtig sind.³⁶⁸ Somit erhöht Art. 11 BV den Schutzbereich der anderen Grundrechte, wenn es sich bei den Betroffenen um Minderjährige handelt.³⁶⁹ Nebst dem Schutzbereich wirkt sich Art. 11 BV zudem auch auf die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs aus: Die gesetzliche Grundlage für einen Eingriff muss bei Minderjährigen erhöhten Anforderungen genügen und die spezifischen Schutzbedürfnisse von Kindern und Jugendlichen sind bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.³⁷⁰

Der Teilgehalt der Förderung der Entwicklung wird in der Lehre überwiegend als programmatischer Natur bezeichnet.³⁷¹ Er richtet sich damit vordringlich an den Gesetzgeber, welcher die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen hat. Aber auch die rechtsanwendenden Behörden haben die Förderung der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung von Verfassungs- und einfachgesetzlichen Normen zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hat die Förderung der Entwicklung wie folgt definiert: „Angestrebt wird namentlich eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht, wobei in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist“.³⁷²

Die Justiziabilität von Art. 11 BV wird zurückhaltend beurteilt. Es werden in der Norm keine subjektiven einklagbaren Rechte, sondern lediglich ein Auftrag an den Gesetzgeber gesehen, beim Erlass neuer Normen auf die Interessen der Kinder und Jugendlichen besondere Rücksicht zu nehmen.³⁷³ Das Bundesgericht hat sich bislang noch nicht abschliessend ge-

367 Reusser/Lüscher, N 14 zu Art. 11 BV; Müller/Schefer, S. 805.

368 Müller/Schefer, S. 805; siehe auch Wyttenbach, S. 303, Reusser/Lüscher, N 14 zu Art. 11 BV, Rhinow/Schefer, Rz. 1336.

369 Müller/Schefer, S. 806; Biaggini, N 5 zu Art. 11 BV.

370 Müller/Schefer, S. 806.

371 Kiener/Kälin, S. 455; Rhinow/Schefer, Rz. 1351.

372 BGE 115 II 206 E. 4 a; BGE 117 II 353 E. 3.

373 So Biaggini, N 4 zu Art. 11 BV.

äussert.³⁷⁴ Soweit die Funktion als Abwehrrecht betroffen ist, sehen diverse Stimmen durchaus einen anspruchsbegründenden Gehalt.³⁷⁵ Auch der Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf Schutz ist justiziabel³⁷⁶ in dem Sinne, dass behördliches Untätigsein in Fällen, in welchen ein ausgewiesenes Schutzbedürfnis besteht und die Behörde für Abhilfe sorgen kann, als Grundrechtsverletzung zu rügen ist.³⁷⁷ Klar ist aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber auch, dass kein direkter Anspruch auf staatliche Leistungen im Einzelfall entsteht: Art. 11 BV wurde beispielsweise als zu unbestimmt befunden, um daraus einen direkten Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung abzuleiten.³⁷⁸ Im Übrigen ist Art. 11 BV im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzesnormen überall dort heranzuziehen, wo die Interessen von Minderjährigen betroffen sind.³⁷⁹

Der Schutz von Kindern vor wirtschaftlicher und/oder sexueller Ausbeutung kommt in der Doktrin zu Art. 11 BV nur selten zu Sprache. Meines Erachtens besteht aber wenig Zweifel daran, dass der Schutz vor wirtschaftlicher und auch sexueller Ausbeutung von Art. 11 BV erfasst ist und diese Garantie – unabhängig von ihrer Justiziabilität – eine Pflicht des Staates mindestens zum Erlass von Rechtsnormen begründet. Nicht zuletzt ist nämlich auch der verfassungsrechtliche Kinderschutz, im Rahmen der Anfänge der Sozialverfassung, aus den Bemühungen um den Schutz vor Ausbeutung von Kindern, den sogenannten „Fabrikkindern“, entstanden: Art. 34 aBV verlieh dem Bund die Kompetenz, Kinder und Erwachsene vor den Auswüchsen der Fabrikarbeit zu bewahren.³⁸⁰

374 In BGE 126 II 377 E. 5c hat es das Gericht offengelassen, ob dem Grundrecht hinsichtlich seines direkt-anspruchsbegründenden Gehalts eine weitergehende Tragweite zukommt.

375 So Reusser/Lüscher, N 30 zu Art. 11 BV; Rhinow/Schefer, Rz. 1343.

376 Tschentscher, Art. 11 BV, N 10; Wytttenbach, S. 297 f.; Reusser/Lüscher, N 30 zu Art. 11 BV.

377 Reusser/Lüscher, N 37.

378 BGE 137 I 247 E. 4.2.3, BGE 135 I 153 E. 2.2.2.

379 Müller/Schefer, S. 809 f., ebenso Kiener/Kälin, S. 454 mit Verweis auf Art. 35 BV; Biaggini, N 5 zu Art. 11 BV.

380 Müller/Schefer, S. 801 ff.

3. Menschen mit einer Behinderung

Menschen mit einer Behinderung sind aufgrund ihrer Vulnerabilität einem erhöhten Risiko ausgesetzt, ausgebeutet und Opfer von Menschenhandel zu werden.³⁸¹ Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK) der Vereinten Nationen enthält deshalb gleich in zwei Artikeln Bestimmungen, mit denen die Staaten zum Schutz von Behinderten vor Ausbeutung verpflichtet werden. Im Schweizerischen Verfassungsrecht stützt sich der Schutz vor allem auf Art. 8 Abs. 4 BV, welcher die Beseitigung der Benachteiligung von Behinderten vorschreibt.

3.1. Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Die BRK von 2006 ist die jüngste Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen und gleichzeitig das erste internationale Übereinkommen, das die Rechte von Menschen mit Behinderungen verbindlich aufführt. In der Schweiz ist es seit Mai 2014 in Kraft. Die Behindertenrechtskonvention bezweckt, die Diskriminierung von Menschen mit einer Behinderung zu bekämpfen und ihre selbständige Teilhabe am gesellschaftlichen Leben zu fördern. Sie schafft keine Sonderrechte, sondern konkretisiert die universellen Menschenrechte aus der Perspektive der Menschen mit Behinderungen und vor dem Hintergrund ihrer spezifischen Lebenslagen.³⁸²

Die BRK geht hierbei von einem weiten Verständnis von „Behinderung“ aus: Dazu zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.³⁸³ Es wird bewusst ein relationaler Behinderungsbegriff gewählt und damit anerkannt, dass eine „Behinderung“ erst in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext entsteht. Wer in einer Gesellschaft als behindert gilt, würde in einer anderen Gesellschaft vielleicht zur Mehrheitsgesellschaft gehören.

In Bezug auf den Schutz vor Ausbeutung sind die folgenden Bestimmungen einschlägig: Art. 16 BRK betrifft die Freiheit von Ausbeutung,

381 Siehe z.B. U.S. Secretary of State, TIP Report 2016, S. 22.

382 Bundesrat, Botschaft Behindertenrechtskonvention, S. 662.

383 Art. 1 Abs. 1 BRK.

Gewalt und Missbrauch und verpflichtet die Staaten, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderungen sowohl innerhalb als auch ausserhalb der Wohnung vor jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch zu schützen (Abs. 1), u.a. mittels Sensibilisierungsmassnahmen (Abs. 2) und einer unabhängigen behördlichen Überwachung von Einrichtungen und Programmen (Abs. 3), Massnahmen für die Genesung, Rehabilitation und soziale Wiedereingliederung von Menschen mit Behinderungen, die Opfer von Ausbeutung, Gewalt oder Missbrauch geworden sind (Abs. 4) sowie der Bereitstellung effektiven Rechtsschutzes (Abs. 5). Art. 27 BRK betrifft sodann die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Bereich von Arbeit und Beschäftigung und verpflichtet die Staaten einerseits, das Recht auf Arbeit anzuerkennen und zu diesem Zweck gewisse Massnahmen zu ergreifen (Abs. 1), andererseits sollen sie sicherstellen, dass Menschen mit Behinderungen nicht in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden und dass sie gleichberechtigt mit anderen vor Zwangs- oder Pflichtarbeit geschützt werden (Abs. 2).

Die Mehrzahl der Bestimmungen des Übereinkommens beinhalten Rechte mit im Wesentlichen programmatischem Charakter. Es handelt sich dabei um Verpflichtungen, die die Vertragsstaaten progressiv – unter Berücksichtigung ihrer Mittel – im Rahmen ihrer nationalen Gesetzgebung umzusetzen haben. Die Vorschriften des Übereinkommens richten sich daher primär an den Gesetzgeber, welcher sie als Richtlinien für seine Tätigkeit zu beachten hat.³⁸⁴ Die Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch stellt aber, als „offenkundige Schutzpflicht“, laut der Botschaft des Bundesrates ein justiziables Recht dar.³⁸⁵ Zudem stellt das Fakultativprotokoll³⁸⁶ einen Individualbeschwerdemechanismus auf, mit welchem sich Individuen beim Behindertenrechtsausschuss (CRPD) gegen Verletzungen des Übereinkommens beschweren können.

Mitteilungen über Individualbeschwerden, welche Ausbeutungssituationen von Menschen mit einer Behinderung betreffen würden, liegen noch keine vor. In der Staatenberichtspraxis des Behindertenrechtsausschusses kristallisiert sich aber ein ähnlicher Schutz- und Unterstützungsrahmen zugunsten von Menschen mit einer Behinderung, die Opfer von Menschen-

384 Bundesrat, Botschaft Behindertenrechtskonvention, S. 663.

385 Ibid., S. 675.

386 Der Bundesrat beabsichtigt vorerst nicht, dieses Fakultativprotokoll zu ratifizieren: Bundesrat, Botschaft Behindertenrechtskonvention, S. 666.

handel geworden sind, heraus, wie er auch von den anderen Menschenrechtsorganen der Vereinten Nationen entwickelt wurde.³⁸⁷

3.2. Schweizerisches Verfassungs- und Gesetzesrecht

In der Schweiz findet sich der Schutz von Menschen mit einer Behinderung auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 8 Abs. 2 und 4 BV. Während Abs. 2 die Diskriminierung aufgrund einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung verbietet, enthält Abs. 4 einen Gesetzgebungsauftrag, um Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Menschen mit einer Behinderung zu treffen. Abs. 4 richtet sich an die kantonalen und den eidgenössischen Gesetzgeber und bildet keinen individuellen Anspruch.³⁸⁸

Im Rahmen des Behindertengleichstellungsrechts, dessen Grundlage Art. 8 Abs. 2 und 4 BV bildet, wird in Lehre und Praxis in erster Linie über positive Förderungs- oder Anpassungsmassnahmen zur Beseitigung der Benachteiligung Behinderter und Förderung ihrer Teilhabe an der Gesellschaft diskutiert und nicht über den Schutz von Menschen mit einer Behinderung vor Ausbeutung oder anderen Integritätsverletzungen. Meines Erachtens kann aber im Gesetzgebungsauftrag in Art. 8 Abs. 4 BV auch eine Pflicht gesehen werden, zumutbare Massnahmen zum Schutz Behinderter vor Verletzungen ihrer körperlichen oder psychischen Integrität zu treffen. Dies insbesondere aufgrund der Parallelen zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.³⁸⁹ Letztlich fusst nämlich auch die Ausbeutung behinderter Personen auf ihrer benachteiligten und vulnerablen Stellung in der Gesellschaft. Da auch das Behindertengleichstellungsrecht – wie das Geschlechtergleichstellungsrecht – auf diskriminierungsrechtlichen Überlegungen basiert, kann Art. 8 Abs. 4 BV einen gleich hohen Schutz vor Ausbeutung für Menschen mit einer Behinderung bieten wie Abs. 3 für Frauen.³⁹⁰ Die Verpflichtung zum Treffen aktiver

387 Siehe etwa CRPD, *CO Guatemala (2016)*, Ziff. 46; CRPD, *CO Hungary (2012)*, Ziff. 32; CRPD, *CO Paraguay (2013)*, Ziff. 42.

388 Bigler-Eggenberger, N 147 zu Art. 8 BV; Biaggini, N 36 zu Art. 8 BV; Kiener/Kälin, S. 449; Schefer/Hess-Klein, S. 32.

389 Dazu oben, S. 127 ff.

390 Siehe auch Schefer/Hess-Klein, S. 33, welche argumentieren, dass Art. 8 Abs. 4 BV in der Tragweite der Verpflichtungen, die er dem Gesetzgeber auferlegt, nicht hinter Abs. 3 zurückbleibt. Nach beiden Absätzen seien jene Massnahmen zu er-

Schutzmassnahmen sind allerdings sehr viel weniger deutlich verfassungsrechtlich verankert als beispielsweise bei Kindern, denen Art. 11 Abs. 1 BV einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit garantiert.

Auch auf Gesetzesebene existieren keine besonderen Schutz- und/oder Unterstützungsbestimmungen für Opfer von Menschenhandel mit einer Behinderung. Der Gehalt von Art. 27 Abs. 2 BRK (Schutz vor Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit) wurde gemäss den Erläuterungen des Bundesrats in der Botschaft zur Ratifizierung der Behindertenrechtskonvention bereits im Rahmen der Umsetzung von Art. 8 Pakt II, Art. 6 Pakt I, Art. 4 EMRK sowie dem ILO-Übereinkommen Nr. 29 im Schweizerischen Recht umgesetzt.³⁹¹ Die Ausführungen in der Botschaft zu Art. 16 BRK (Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch) sind eher vage und legen lediglich dar, dass in der Schweiz in den letzten Jahren der Schutz von Kindern vor Misshandlung durch Anpassungen der gesetzlichen Grundlagen (ZGB und StGB) ausgebaut wurde und dass auf Bundesebene die gesetzlichen Grundlagen zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen bzw. von Gewalt im sozialen Nahraum verbessert wurden.³⁹² Damit ist aber nicht den besonderen Bedürfnissen aller Menschen mit einer Behinderung Rechnung getragen worden, sondern lediglich denjenigen von Frauen und Minderjährigen.

IV. Flüchtlingsrechtlicher Schutz und Verbot des Refoulement

Da sich die vorliegende Untersuchung mit der Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Schutz von Menschenhandelsopfern im Asylverfahren befasst, sollen hier auch die völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen zum Schutz von Flüchtlingen und vor Refoulement dargelegt werden. An erster Stelle steht dabei die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) von 1951, welche die Flüchtlingseigenschaft und die Rechte von Flüchtlingen normiert (1.). Sie enthält zudem das Refoulementverbot für Flüchtlinge. Weitere Refoulement-Verbote leiten sich aus den menschenrechtlichen Garantien zum Schutz des Lebens sowie zum Schutz vor Fol-

greifen, die erforderlich sind, um die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung etwa von Frauen und Männern oder von Behinderten und Nicht-Behinderten so weit möglich sicherzustellen. A.A. hingegen Kiener/Kälin, S. 449.

391 Bundesrat, Botschaft Behindertenrechtskonvention, S. 706.

392 Ibid., S. 693.

ter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ab (2.). Eine immer grössere Bedeutung für das Schweizerische Asylrecht hat auch das Europäische Asylrecht, das in den Instrumenten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) normiert wird (3.). Zuletzt werden an dieser Stelle noch die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen des Asylrechts in der Schweiz dargelegt, auf welche sich die nachfolgenden Untersuchungen zum Schutz im Asylverfahren und zur Flüchtlingseigenschaft und Asylgewährung massgeblich stützen werden (4.).

1. Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge

Die Flüchtlingskonvention bildet die Grundlage und das Herzstück des internationalen Flüchtlingsrechts. Sie entstand zwischen 1948 und 1951 als Reaktion auf die Flüchtlingsströme des zweiten Weltkriegs und die Erkenntnis, dass die bisherigen multilateralen Bemühungen zum Umgang mit der Flüchtlingsfrage nicht ausgereicht hatten; zudem waren kurz nach dem 2. Weltkrieg bereits neue Flüchtlingssituationen entstanden (u.a. flüchteten viele Menschen aus den kommunistischen Staaten Osteuropas).³⁹³ Die Staatengemeinschaft einigte sich in diesem Kontext darauf, eine eigene Konvention für das „Flüchtlingsproblem“ in Kraft zu setzen. Die Konvention war territorial und zeitlich beschränkt auf Flüchtlinge, die vor 1951 geflüchtet waren und/oder die aus Europa stammten (Art. 1 B Abs. 1 GFK). Diese Beschränkung wurde mit dem sog. New Yorker Protokoll von 1967³⁹⁴ aufgehoben. Die Flüchtlingskonvention wurde bisher von 145 Staaten ratifiziert, das Protokoll von 1967 von 146 Staaten.³⁹⁵

Die Konvention definiert zuerst den Begriff „Flüchtling“ in Art. 1. In den weiteren Artikeln regelt die Konvention die Rechtsstellung der Flüchtlinge in den Aufnahmestaaten. Dazu gehören unter anderem das Verbot

393 Zur Entstehung der Flüchtlingskonvention siehe insb. Einarsen, S. 37 ff.

394 Protokoll vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.301.

395 149 Staaten haben eines der beiden Abkommen ratifiziert. Madagaskar und Saint Kitts and Nevis haben nur die Konvention ratifiziert; Kapverden, die USA sowie Venezuela nur das Protokoll. Siehe zum Ganzen UNHCR, States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol (Stand 1.4.2015), online unter <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html> (zuletzt besucht am 3.12.2017).

unterschiedlicher Behandlung,³⁹⁶ die Freiheit der Religionsausübung,³⁹⁷ das Recht auf Eigentum,³⁹⁸ das Recht auf Zugang zu den Gerichten,³⁹⁹ das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Stellenantritt und selbständige Erwerbstätigkeit,⁴⁰⁰ auf Unterkunft,⁴⁰¹ Zugang zu den Primarschulen,⁴⁰² öffentliche Fürsorge,⁴⁰³ soziale Sicherheit,⁴⁰⁴ das Recht auf Bewegungsfreiheit,⁴⁰⁵ das Ausstellen von Identitäts- und Reiseausweisen,⁴⁰⁶ die Strafbefreiung für illegale Einreise⁴⁰⁷ sowie die Erleichterung der Einbürgerung⁴⁰⁸.

Das „Herzstück“ der Konvention, das auch als *ius cogens* Geltung hat,⁴⁰⁹ ist Art. 33 GFK, das Verbot des Refoulement. Demnach ist es den Staaten verboten, einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurückschieben, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre.⁴¹⁰ Einzige Ausnahme von diesem Verbot besteht, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass der Flüchtling als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss, oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist.⁴¹¹ Aus dem Refoulement-Verbot leitet sich auch die Notwendigkeit ab, ein Asylverfahren durchzuführen. Die Ausgestaltung des Asylverfahrens wird aber nicht von der GFK geregelt.

396 Art. 3 GFK.

397 Art. 4 GFK

398 Art. 13 und 14 GFK.

399 Art. 16 GFK.

400 Art. 17 und 18 GFK.

401 Art. 21 GFK.

402 Art. 22 GFK.

403 Art. 23 GFK.

404 Art. 24 Abs. 1 lit. b GFK.

405 Art. 26 GFK.

406 „Flüchtlingspass“, Art. 28 GFK.

407 Art. 31 Abs. 1 GFK.

408 Art. 34 GFK.

409 Siehe anstelle vieler: MRA, *General Comment No. 24: Issues relating to reservations to the Covenant*, Ziff. 8; Häfelin u. a., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Rz. 590, 1756.

410 Art. 33 Abs. 1 GFK.

411 Art. 33 Abs. 2 GFK.

Mit Ausnahme der Beachtung des Refoulement-Verbots sowie der Rechte von Flüchtlingen, die nicht an eine Statusgewährung anknüpfen, wie beispielsweise die Religionsfreiheit in Art. 4 GFK, sind die Staaten also frei in der Ausgestaltung des Asylverfahrens. Die Rechtsstellung von Personen, deren Flüchtlingseigenschaft anerkannt wurde, ist hingegen in der Konvention relativ klar umrissen, so dass bei einer nationalen Asylgewährung mindestens die Rechte aus der GFK zu gewähren sind.

2. Menschenrechtliche Refoulement-Verbote

Anders als das in der Genfer Flüchtlingskonvention normierte flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot (Art. 33 Abs. 1 GFK), welches nur auf Personen anwendbar ist, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen und zudem aus Gründen der nationalen Sicherheit eingeschränkt werden kann, schützen die menschenrechtlichen Refoulement-Verbote unterschiedslos und ohne Einschränkung alle Menschen davor, an einen Ort weggewiesen zu werden, wo ihnen eine schwere Menschenrechtsverletzung droht. Gemäss Art. 3 Abs. 1 FoK sowie nach ständiger Rechtsprechung des EGMR⁴¹² und des Menschenrechtsausschusses⁴¹³ fliesst aus dem Verbot der Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung das Verbot, eine Person an einen Ort zurückzuweisen, an dem ein reales Risiko besteht, dass sie einer solchen Behandlung ausgesetzt wäre. Weist ein Staat eine Person an einen solchen Ort weg, begeht er selber eine Menschenrechtsverletzung. Begründet wird dies mit der absoluten Geltung dieser Norm sowie ihrer fundamentalen Bedeutung.

Der ausweisende Staat verletzt also seine aus Art. 3 EMRK resp. Art. 7 UNO-Pakt II fließende Unterlassungspflicht, wenn er im Wissen um die Gefahr ein zentrales Element in der Kette von Ereignissen setzt, welche zu Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung führen.⁴¹⁴ Verschiedentlich wurden in der Rechtsprechung auch schon sol-

412 Erstmals vom EGMR angenommen im Urteil EGMR, *Soering v. UK*, Ziff. 91; seither in ständiger Rechtsprechung bestätigt, u.a. in EGMR, *Chahal v. UK*; EGMR, *Ahmed v. Austria*; EGMR, *H.L.R. v. France*; EGMR, *D. v. UK*; EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*.

413 Anstelle vieler: MRA, *General Comment No. 20: Article 7*, Ziff. 9.

414 Kälin/Künzli, Rz. 1454.

che Verletzungen des Refoulement-Verbots in Fällen angenommen, in denen den Betroffenen im Falle einer Rückkehr Menschenhandel drohte.⁴¹⁵

In der Rechtsprechung des EGMR haben sich zudem weitere Refoulement-Verbote herausgebildet, die bei drohenden Verletzungen des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK),⁴¹⁶ des Rechts auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK)⁴¹⁷ sowie des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK)⁴¹⁸ entstehen. Wie später noch darzulegen sein wird,⁴¹⁹ entwickelt sich aktuell in der Rechtsprechung des EGMR auch ein Refoulement-Verbot bei drohendem Menschenhandel (Art. 4 EMRK).

Verstößt der Vollzug einer Wegweisung gegen ein Refoulement-Verbot, ist er nicht zulässig. Völkerrechtlich existieren keine Vorgaben, wie und ob in diesem Fall der Aufenthalt der Person im Aufenthaltsstaat geregelt werden muss. In der Schweiz ist die Rechtsfolge eine vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nach Art. 83 Abs. 3 AuG.⁴²⁰

3. Das Gemeinsame Europäische Asylsystem

Seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 wird die Asylpolitik der EU supranational geregelt. Seither bemüht sich die EU um eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Asylpolitiken. Ebenfalls 1997 trat das Dubliner Übereinkommen⁴²¹ in Kraft, mit welchem sich die Mitgliedstaaten auf ein einheitliches Zuständigkeitsbestimmungssystem für die Behandlung von Asylgesuchen geeinigt hatten. In den Schlussfolgerungen von Tampere (1999) bekräftigte der Rat, auf ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem (GEAS) hinzuwirken und legte die Rahmenbedingungen einer ge-

415 MRA, *Osayi Omo-Amenaghawon v. Denmark*; siehe dazu näher unten, S. 328 ff.

416 EGMR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, Ziff. 123.

417 EGMR, *Boultif v. Switzerland*, Ziff. 39; EGMR [GC], *Üner v. The Netherlands*, Ziff. 59; EGMR [GC], *Maslov v. Austria*, Ziff. 63.

418 So angedeutet u.a. in EGMR, *Soering v. UK*, Ziff. 113; EGMR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, Ziff. 149; bejaht in EGMR, *Othman (Abu Qatada) v. UK*, Ziff. 258.

419 Siehe unten, S. 334 ff.

420 Siehe unten, S. 323 f.

421 Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylanspruchs, ABl. C 254 vom 19.8.1997 S. 1.

meinsamen EU-Asylpolitik fest.⁴²² Das Ziel war bereits dort, auf längere Sicht ein gemeinsames europäisches Asylverfahren anzustreben,⁴²³ um den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ auch im Asylbereich zu verwirklichen. Die Idee dahinter wurde auch in Art. 78 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AEUV) in der Fassung des Vertrags von Lissabon festgehalten: Alle Drittstaatsangehörigen, die internationalen Schutz benötigen, sollen einen angemessenen Status erhalten und der Grundsatz der Nichtzurückweisung soll gewährleistet sein, wobei die Politik der EU mit der Genfer Flüchtlingskonvention sowie den anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen soll.⁴²⁴ Mit der Europäischen Grundrechtecharta, welche ebenfalls mit dem Vertrag von Lissabon zu Primärrecht der EU wurde, ist das Asylrecht auch auf grundrechtlicher Ebene verankert: Art. 18 GRC verankert das Recht auf Asyl und Art. 19 GRC enthält das Verbot des Refoulement im Falle drohender Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung.

Das GEAS ist momentan in seiner zweiten Phase, d.h. sämtliche Rechtsinstrumente wurden bereits einmal neu gefasst. Es besteht aktuell aus vier Richtlinien und zwei Verordnungen:

- Die *Qualifikationsrichtlinie* legt unter dem Oberbegriff „internationaler Schutz“ die Voraussetzungen zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und zur Gewährung von subsidiärem Schutz fest und regelt die Rechtsstellung von Personen, die internationalen Schutz erhalten haben.
- Die *Verfahrensrichtlinie* enthält Mindestnormen für die Ausgestaltung der Asylverfahren in den Mitgliedstaaten und regelt dabei u.a. die persönliche Anhörung, das Recht auf und den Zugang zu Rechtsberatung und –vertretung, Garantien für unbegleitete Minderjährige und andere Personen die besondere Verfahrensgarantien benötigen, den Umgang mit unbegründeten oder Folgeanträgen und den Rechtsschutz.
- Die *Aufnahmerichtlinie* regelt die sozialen Rechte von Asylsuchenden während des Asylverfahrens, insbesondere die Sozialhilfe, der Zugang zu medizinischen Leistungen, Grundschulbildung, Beschäftigung, die Rechte von besonders schutzbedürftigen Asylsuchenden (wozu auch Menschenhandelsopfer gezählt werden, Art. 21 AufnahmeRL) sowie

422 EUROPÄISCHER RAT, Schlussfolgerungen von Tampere, 15. und 16.10.1999, Ziff. 13 ff.

423 Ibid., Ziff. 15.

424 Art. 78 Abs. 1 AEUV.

die Voraussetzungen und Bedingungen der Inhaftierung von Asylsuchenden.

- Die *Richtlinie zum vorübergehenden Schutz*⁴²⁵ regelt die Schutzgewährung und die Rechtsstellung von Personen, die im Rahmen von Massenfluchtbewegungen in die EU einreisen. Sie entstand im Gefolge der grossen Fluchtbewegungen nach der Kosovo-Krise, wurde aber noch nie angewendet.
- Die *Dublin-III-Verordnung* regelt, welcher Mitgliedstaat für die Durchführung eines in der EU oder einem der assoziierten Staaten gestellten Asylgesuchs zuständig ist.⁴²⁶ Die Dublin-III-Verordnung wird ergänzt durch die *Dublin-Durchführungs-Verordnung*.
- Die *Eurodac-Verordnung*⁴²⁷ schliesslich soll das Dublin-System unterstützen, indem ein System des Abgleichs von Fingerabdrücken von Asylsuchenden und Personen ohne Aufenthaltsrecht geschaffen wird. Damit stehen den Staaten Beweismittel zur Verfügung für frühere Einreisen, Visumsanträge, Aufenthalte und die Einreichung von Asylgesuchen.

Nicht im engeren Sinne Teil des GEAS ist die sog. *Rückführungsrichtlinie*, die Normen für die Rückführung von Personen aus Drittstaaten ohne Aufenthaltsrecht aufstellt. Im Asylbereich ist sie anwendbar für die Wegweisung und Ausschaffung von abgewiesenen Asylsuchenden in ihren Heimatstaat. Die Rückführungsrichtlinie ist Teil des Schengen-Acquis und demzufolge für die Schweiz bindend.⁴²⁸

425 Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Massnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, Abl. L 212 vom 7.8.2001, S. 12.

426 Zum Ablauf des Dublin-Verfahrens in der Schweiz siehe sogleich unten, S. 151 f.

427 Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Abl. L 180 vom 29.6.2013, S. 1.

428 Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Anhang B SAA.

Nebst der Rückführungsrichtlinie sind nur die Dublin- und die Eurodac-Verordnung für die Schweiz bindend;⁴²⁹ die anderen Richtlinien des GEAS haben jedoch zumindest in rechtsvergleichender Perspektive und aus Gründen der Harmonisierung des Dublin-Raumes eine Bedeutung für die Schweiz.

Nachdem im Jahr 2015 eine ungewöhnlich hohe Anzahl Personen einen Asylantrag im Dublin-Raum gestellt hatten, hat die EU-Kommission im Frühjahr 2016 Vorschläge für erneute Neufassungen mehrerer Instrumente des GEAS vorgelegt. Neugefasst werden sollen die Dublin-Verordnung⁴³⁰, die Eurodac-Verordnung⁴³¹ und die Aufnahme richtlinie⁴³²; zudem sollen die Qualifikationsrichtlinie und die Verfahrensrichtlinie in Verordnungen umgewandelt werden (Qualifikationsverordnung⁴³³ und Asylverfahrensverordnung⁴³⁴), um ihre Verbindlichkeit zu stärken, da Verordnungen (anders als Richtlinien) ohne innerstaatliche Umsetzung direkt anwendbar sind (Art. 288 AEUV).

4. Schweizerisches Verfassungs- und Gesetzesrecht

In der Schweiz ist das Verbot des Refoulement innerhalb des Grundrechtekatalogs der Verfassung in Art. 25 Abs. 2 und 3 BV verankert. Abs. 2 enthält das flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot: Flüchtlinge dürfen nicht in einen Staat ausgeschafft oder ausgeliefert werden, in dem sie verfolgt werden. Abs. 3 ergänzt dieses um das menschenrechtliche Rückschiebungsverbot im Falle der Folter oder grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung. Art. 121 Abs. 1 BV teilt dem Bund die Kompetenz für die Gesetzgebung über die Gewährung von Asyl zu, wobei es in der Lehre umstritten ist, ob es sich dabei um eine konkurrierende oder ausschliessliche Kompetenz handelt.⁴³⁵ Jedenfalls hat der Bund seine Kompetenz mit Erlass des AsylG und der weiteren, unten aufgeführten Erlassen ausgeschöpft; den Kantonen kommt lediglich noch bei der Ausge-

429 Art. 1 Abs. 1 DAA.

430 COM(2016) 270 final vom 4.5.2016.

431 COM(2016) 272 final vom 4.5.2016.

432 COM(2016) 465 final vom 13.7.2016.

433 COM(2016) 466 final vom 13.7.2016.

434 COM(2016) 467 final vom 13.7.2016.

435 Achermann, N 24 zu Art. 121 BV; Biaggini, N 11 zu Art. 121 BV, spricht sich für eine umfassende konkurrierende Kompetenz aus.

staltung der Unterbringung und der Asylsozialhilfe sowie der Nothilfe ein eigener Spielraum zu.⁴³⁶

Die gesetzliche Umsetzung findet sich in folgenden Erlassen:

- Den Haupterlass bildet das *Asylgesetz* (AsylG) von 1998. Im Asylgesetz sind u.a. der Flüchtlingsbegriff geregelt, der Nachweis der Flüchtlingseigenschaft, das Verfahren⁴³⁷, die Zuständigkeiten, die Unterbringung, die Rechtsstellung der Asylsuchenden, die Asylgewährung und die Rechtsstellung der Flüchtlinge, die Beendigung des Asyls, der (noch nie angewendete) vorübergehende Schutz, die Grundsätze der Asylsozial- und Nothilfe, die Rückkehrhilfe, die Datenbearbeitung, das Beschwerdeverfahren sowie Strafbestimmungen.
- Die *Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen* (AsylV 1) konkretisiert verschiedene Bestimmungen des Asylgesetzes im Hinblick auf das Verfahren. Unter anderem finden sich darin auch Vorgaben für das Vorgehen bei geschlechtsspezifischer Verfolgung und die Behandlung von unbegleiteten Minderjährigen.
- Die *Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften im Asylbereich* (EJPD-Verordnung), die *Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen* (AsylV 2), die *Asylverordnung 3 über die Bearbeitung von Personendaten* (AsylV 3) sowie die „*Testphasenverordnung*“ (TestV) regeln jeweils spezifische Aspekte des Asylverfahrens.
- Im *Ausländergesetz* (AuG) von 2005 finden sich die für den Asylbereich wichtigen Regelungen der vorläufigen Aufnahme, der Rechtsstellung vorläufig aufgenommener Personen, der Zwangsmassnahmen, insbesondere der Haft und der Ausschaffung, sowie der Integration. Besondere Aspekte werden in der *Reisedokumentverordnung* (RDV), der *Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen* (VVWA), im *Zwangsanwendungsgesetz* (ZAG) und in der *Zwangsanwendungsverordnung* (ZAV) vertieft geregelt.

Nachfolgend wird der Ablauf des Asylverfahrens in der Schweiz übersichtsartig dargestellt.

436 Achermann, N 25 zu Art. 121 BV.

437 Zum Asylverfahren sogleich unten, S. 149 ff.

4.1. Das Asylverfahren in der Schweiz

Das Asylverfahren beginnt mit der Einreichung des Asylgesuchs. Ein Asylgesuch kann an der Schweizer Grenze, bei der Grenzkontrolle an einem internationalen Flughafen oder im Inland in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) gestellt werden.⁴³⁸ Das Asylverfahren wird vom Staatssekretariat für Migration (SEM) durchgeführt; die Kantone sind im Asylbereich für die Unterbringung, die Gewährung der Asylsozialhilfe sowie für den Vollzug einer allfälligen Wegweisung zuständig.

Nach der Einreichung des Asylgesuchs beginnt die Vorbereitungsphase, die in der Regel im EVZ stattfindet und maximal drei Wochen dauert. In dieser Phase finden die erkenntungsdienstlichen Massnahmen statt, d.h. es werden die Personalien erhoben, Fingerabdrücke und Fotografien abgenommen, allfällige Altersgutachten erstellt, Beweismittel und Reise- oder Identitätspapiere überprüft sowie Abklärungen zur Herkunft und Identität der asylsuchenden Person vorgenommen. Zudem werden die abgenommenen Fingerabdrücke mit der Eurodac-Datenbank abgeglichen und es findet eine erste, kurze Befragung der asylsuchenden Person statt (Befragung zur Person, BzP).⁴³⁹ Bestehen aufgrund der Eurodac-Abfrage oder der Erzählungen der Person Hinweise darauf, dass ein anderer Dublin-Staat für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig ist, wird der Person das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Überstellung in diesen Staat gewährt. Auch eine allfällige Anfrage um Aufnahme oder Wiederaufnahme an den für zuständig erachteten Dublin-Staat wird noch während der Vorbereitungsphase gestellt.

Der Aufenthalt im EVZ dauert höchstens 90 Tage. Dauert die Behandlung des Asylgesuchs länger als diese Zeit, wird die Person einem Kanton zugewiesen.⁴⁴⁰ Die kantonalen Behörden weisen der Person anschliessend einen Aufenthaltsort sowie eine Unterkunft zu.⁴⁴¹

Eine Besonderheit besteht bei Asylgesuchen, die an einem der internationalen Flughäfen Genf-Cointrin oder Zürich-Kloten eingereicht wurden. In diesem Fall wird die Vorbereitungsphase am Flughafen durchgeführt, den Asylsuchenden wird die Einreise vorläufig verweigert und für maxi-

438 Art. 19 Abs. 1, Art. 21 und 22 AsylG.

439 Art. 26 Abs. 2 AsylG.

440 Art. 27 Abs. 3 AsylG.

441 Art. 28 AsylG.

mal 60 Tage eine Unterkunft in der Transitzone zugewiesen.⁴⁴² Kann ein Asylentscheid nicht innert 20 Tagen ergehen, verfügt das SEM die Einreise und weist die Person einem Kanton zu.⁴⁴³

Sofern das Asylgesuch im nationalen Verfahren und nicht im Dublin-Verfahren behandelt wird und auch sonst kein Nichteintretensgrund vorliegt, führt das SEM mit den Asylsuchenden eine Anhörung durch, in der diese ausführlich zu ihren Asylgründen angehört werden.⁴⁴⁴

Sofern die relevanten Aussagen der Person glaubhaft sind, sie die Flüchtlingeigenschaft erfüllt und keine Asylausschlussgründe vorliegen, gewährt das SEM Asyl.⁴⁴⁵ Liegen Asylausschlussgründe vor oder erfüllt die Person die Flüchtlingeigenschaft nicht, weist das SEM das Asylgesuch ab. Liegt ein Nichteintretensgrund vor (der wichtigste ist derjenige des Dublin-Verfahrens⁴⁴⁶), so tritt das SEM auf das Asylgesuch nicht ein. Wird kein Asyl gewährt, sei es weil das Asylgesuch abgewiesen wird, sei es weil darauf nicht eingetreten wurde, verfügt das SEM in der Regel die Wegweisung und ordnet deren Vollzug an (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

Mit Ausnahme des Dublin-Verfahrens⁴⁴⁷ muss in jedem Fall, also sowohl bei Nichteintretensentscheiden wie bei einer Ablehnung des Asylgesuchs, das Vorliegen von Wegweisungsvollzugshindernissen geprüft werden. Der Vollzug der Wegweisung muss im Sinne von Art. 83 AuG möglich, zulässig und zumutbar sein. Ist dies nicht der Fall, wird zwar die Wegweisung angeordnet, aber zugunsten einer Ersatzmassnahme, der vorläufigen Aufnahme, aufgeschoben.

Gegen die Verfügungen des SEM kann nach Massgabe des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.⁴⁴⁸ Die Beschwerdefristen betragen in der Regel 30 Tage. Bei Zwischenverfügungen sind es 10 Tage, bei Nichteintretensentscheiden 5 Arbeitstage.⁴⁴⁹

442 Art. 22 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 12 AsylV 1.

443 Art. 23 Abs. 2 AsylG.

444 Art. 29 AsylG.

445 Art. 49 AsylG.

446 Art. 31a Abs. 2 lit. b AsylG, dazu sogleich unten, S. 151 f.

447 BVGE 2010/45 E. 10.2.

448 Art. 105 AsylG.

449 Art. 108 Abs. 1 und 2 AsylG.

4.2. Das Dublin-Verfahren in der Schweiz

Ergibt sich im Rahmen der Vorbereitungsphase, dass ein anderer europäischer Staat für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig sein könnte, wird ein Dublin-Verfahren eingeleitet.

Die Zuständigkeit bestimmt sich nach objektiven Kriterien, die auf dem „Verantwortungsgrundsatz“ basieren, welcher lediglich durch den Vorrang des Schutzes der Kernfamilie und Sonderregeln für unbegleitete Minderjährige durchbrochen wird. Nach dem Verantwortungsgrundsatz ist grundsätzlich derjenige Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig, der die Einreise in den Schengen-Raum ermöglicht hat. Konkret sind das folgende in der hier dargestellten Reihenfolge zu prüfenden Zuständigkeitskriterien:

- *Ausstellung von Aufenthaltstiteln oder Visa* (Art. 12 DVO): Besitzt eine asylsuchende Person einen gültigen Aufenthaltstitel oder ein gültiges Visum eines Mitgliedstaates, so ist dieser für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig. Eine Zuständigkeit tritt selbst dann ein, wenn der Aufenthaltstitel oder das Visum von der asylsuchenden Person mittels einer Täuschung über ihre Identität erlangt worden ist.
- *Illegale Einreise* (Art. 13 Abs. 1) oder *illegaler Aufenthalt* (Art. 13 Abs. 2 DVO): Wird aufgrund der Eurodac-Abfrage, der Erzählungen der asylsuchenden Person oder anderer Indizien oder Beweismitteln festgestellt, dass die Person illegal in den Schengen-Raum eingereist ist, so wird derjenige Staat zuständig, in dessen Gebiet die Person zuerst eingereist ist. Das gleiche gilt, wenn sich die Person illegal während mindestens fünf Monaten in einem Staat aufgehalten hat. Die illegale Einreise ist in der Praxis das weitaus häufigste Zuständigkeitskriterium.
- *Visumsfreie Einreise* (Art. 14 DVO): Reist die Person in einen Staat ein, in dem für sie kein Visumszwang besteht, so ist dieser Mitgliedstaat zuständig.
- *Antrag im internationalen Transitbereich eines Flughafens* (Art. 15 DVO): Stellt die Person ihren Asylantrag im internationalen Transitbereich eines Flughafens, so ist dieser zuständig.
- Lässt sich basierend auf den vorhergehenden Kriterien *keine Zuständigkeitsbestimmung* vornehmen, so ist derjenige Staat zuständig, bei dem das letzte Asylgesuch gestellt wurde (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 DVO). Das gleiche gilt, wenn aufgrund eines Überstellungshindernisses *keine Überstellung möglich* ist (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 DVO).

Ausnahmen von diesen Kriterien bestehen lediglich in Fällen, in denen Familienangehörige der asylsuchenden Person bereits in einem Dublin-Staat anwesend sind oder wenn es sich um unbegleitete Minderjährige handelt. In diesen Fällen stellt die Verordnung vorrangige Regeln für eine Zuständigkeitsbestimmung auf, die dem Recht auf Familieneinheit sowie (bei Minderjährigen) dem Kindeswohl Rechnung tragen (Art. 8-11 und Art. 16 DVO).

Ermessensweise können die Mitgliedstaaten zudem von den Zuständigkeitskriterien abweichen. Dazu sieht die Verordnung zwei Möglichkeiten vor: Ein Staat kann erstens beschliessen, ein Asylgesuch für welches er nicht zuständig ist, selber zu prüfen („Selbsteintritt“, Art. 17 Abs. 1 DVO), insbesondere in humanitären oder Härtefällen. Zweitens kann ein Staat einen anderen Staat, der nach den Kriterien nicht zuständig wäre, ersuchen, ein Asylgesuch zu übernehmen (Art. 17 Abs. 2 DVO).

Wird ein anderer Staat für zuständig erachtet, richtet die Schweiz entweder ein Aufnahmegesuch (wenn die Person im mutmasslich zuständigen Staat noch kein Asylgesuch gestellt hat⁴⁵⁰) oder ein Wiederaufnahmegesuch (wenn sie in dem Staat bereits ein Asylgesuch gestellt hat⁴⁵¹) an diesen Staat. Stimmt dieser dem Gesuch zu, tritt die Schweiz auf das Asylgesuch nicht ein und verfügt die Wegweisung. Auch wenn der Staat nicht antwortet, gilt dies als Zustimmung.⁴⁵² Wird das Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch nicht innert einer in der Dublin-Verordnung festgelegten Frist gestellt, oder wird die Person nach Annahme der Zuständigkeit nicht innert einer gewissen Frist überstellt, so geht die Zuständigkeit auf den aktuellen Aufenthaltsstaat über. Damit soll möglichst schnell Rechtssicherheit geschaffen werden und es soll verhindert werden, dass die Asylsuchenden zu „refugees in orbit“ werden.⁴⁵³

4.3. Neustrukturierung des Asylbereichs

Eine wesentliche Änderung in der Durchführung der Asylverfahren in der Schweiz erfolgt mit der sog. Neustrukturierung des Asylbereichs, welche im Jahr 2015 vom Parlament angenommen und am 5. Juni 2016 in der Re-

450 Art. 21 Abs. 1 DVO.

451 Art. 23 und 24 DVO.

452 Art. 22 Abs. 7 und Art. 25 Abs. 2 DVO.

453 Filzwieser/Sprung, K9 zu Art. 29 DVO.

ferendumsabstimmung vom Stimmvolk angenommen wurde.⁴⁵⁴ Mit der Neustrukturierung wird eine Beschleunigung der Asylverfahren bezweckt. Dies geschieht, indem die Mehrheit der Asylverfahren rasch in Zentren des Bundes erledigt werden und nur diejenigen Personen, in deren Verfahren weitere Abklärungen notwendig sind, in ein erweitertes Verfahren überwiesen und auf die Kantone verteilt werden. Das beschleunigte Verfahren soll rund 60% aller Asylgesuche betreffen („einfache“ Fälle sowie Dublin-Verfahren).

Als flankierende Massnahme zur Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit und „Fairness“ der Verfahren erhalten alle Asylsuchenden Anspruch auf kostenlose Beratung und Rechtsvertretung ab Einreichung des Asylgesuchs.⁴⁵⁵ Das neue Verfahren wird seit 2014 im sog. Testbetrieb in Zürich-Altstätten getestet. Die Änderungen des Asylgesetzes, mit welchen die Neustrukturierung auf die gesamte Schweiz ausgedehnt wird, werden 2019 in Kraft treten.

V. Zwischenfazit zum rechtlichen Rahmen

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass für den Schutz von Menschenhandelsopfern eine sehr breite völkerrechtliche wie auch eine solide verfassungsrechtliche Basis besteht. Verschiedene dieser Rechtsquellen sind auch noch stark in Bewegung und entwickeln sich durch Rechtsprechung insbesondere des EGMR, die Monitoringpraxis von GRETA und den UNO-Menschenrechtsorganen weiter. Zusätzlich zu den „allgemeinen“ Grundlagen, die sämtliche Menschen vor Menschenhandel schützen, stellen zahlreiche spezifische Abkommen einen erhöhten Schutz für bestimmte als besonders schutzbedürftig geltende Gruppen auf, nämlich Frauen und Mädchen, Kinder sowie Menschen mit einer Behinderung.

Im folgenden Teilkapitel wird es nun darum gehen, den materiellen Gehalt dieser hier dargelegten Rechtsgrundlagen herauszuarbeiten und damit zu einer Darstellung der staatlichen Schutz- und Unterstützungsverpflichtungen gegenüber Menschenhandelsopfern zu gelangen. Damit wird die Grundlage gelegt für die nachfolgenden Teile II und III, in welchen unter-

454 Asylgesetz, Änderungen vom 25.9.2015, BBl 2015 7181.

455 Bundesrat, Botschaft Neustrukturierung Asylbereich, S. 7922 ff.

sucht wird, wie das Menschenhandelsbekämpfungsrecht mit dem flüchtlings- und asylrechtlichen Rahmen verbunden werden kann.