

Regina Kiener und Lucie von Büren¹

Strafbarkeit durch medizinische Betreuung von Sans-Papiers?²

1. Ausgangslage und Fragestellung

In der Schweiz leben zwischen 70 000 und 180 000 Sans-Papiers.³ Neben zahlreichen anderen Einschränkungen ist ihnen auch der Zugang zu den Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erschwert. Rund 90 bis 95 Prozent der Sans-Papiers sind nicht krankenversichert,⁴ dies unbeschrieben einer Weisung des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) an die Versicherer,⁵ alle versicherungswilligen Sans-Papiers zu akzeptieren und deren Daten vor einer Weitergabe an die Fremdenpolizei zu schützen. Zumindest teilweise korrigiert wird diese Situation durch Institutionen oder Einzelpersonen, welche Sans-Papiers bei gesundheitlichen Problemen beraten und behandeln.⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich Anlaufstellen, Spitäler oder Hilfswerke sowie Medizinalpersonen (Ärztinnen, Psychologen, Physiotherapeuten usw.) strafbar machen, wenn sie Sans-Papiers medizinisch, psychologisch oder pflegerisch behandeln und beraten, denn sowohl das ANAG⁷ wie auch das auf den 1. Januar 2008 in Kraft tretende AuG⁸ sanktionieren das Erleichtern oder Vorbereiten des rechtswidrigen Verweilens im Lande bzw. die Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts.

2. Die Ebene des Gesetzes: Der massgebende Tatbestand

2.1 Vom ANAG zum AuG

Gemäss Art. 23 Abs. 1 Teilsatz 5 ANAG wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft, wer das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert oder vorbereiten hilft. Unter der Marginalie «Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts» stellt auch das Ausländergesetz in Art. 116 Abs. 1 Bst. a unter Strafe, wer den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erleichtert oder vorbereiten hilft. Mit Inkrafttreten des AuG auf den 1. Januar 2008 wird das ANAG aufgehoben.⁹ Bezüglich Strafbarkeit von medizinischen Hilfs- und Beratungsleistungen ist davon auszugehen, dass der neue Art. 116 Abs. 1 Bst. a AuG der bisherigen Bestimmung von Art. 23 Abs. 1 Teilsatz 5 ANAG entspricht:¹⁰ Um Umgehungen und Missbräuche des Ausländerrechts zu bekämpfen,¹¹ hat der Gesetzgeber zwar den Straffrahmen erhöht,¹² inhaltlich aber *keinen neuen Straftatbestand* geschaffen, sondern die Bestimmung des ANAG nahezu identisch ins neue Ausländergesetz überschrieben. Folglich ist bei der Auslegung von Art. 116 AuG auch auf Art. 23

ANAG abzustellen; die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts und die entsprechenden Äusserungen der Lehre behalten ihre Geltung.

2.2 Auslegung

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Aufgrund der offenen Begriffsverwendung des Gesetzes erweist sich jedoch schon die Umschreibung der strafbaren Handlungen als schwierig,¹³ so dass sich umgehend die Frage stellt, ob die Norm den Anforderungen des Legalitätsprinzips genügt. Dieses verlangt für den Bereich des Strafrechts, dass die als strafwürdig erachteten Verhaltensweisen im Gesetz möglichst erschöpfend aufgelistet sind¹⁴ und die einzelne Strafnorm eine genügende Normdichte aufweist,¹⁵

¹ Prof. Dr. Regina Kiener; lic.iur. Lucie von Büren, Fürsprecherin; beide Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

² Beim Beitrag handelt es sich um eine stark gekürzte Fassung eines Rechtsgutachtens für das Schweizerische Rote Kreuz SRK, vom November 2006.

³ Forschungsbericht Nr. 24/03 des Schweizerischen Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien (SFM) vom 18. 8. 2003, Beiträge zur sozialen Sicherheit, Leben ohne Bewilligung in der Schweiz: Auswirkungen auf den sozialen Schutz, 13. Für biographische Hintergründe und Ursachen der Illegalität Simon Röthlisberger, Sans-Papiers in der Schweiz, Begriffe, Prozesse und Akteure in: Sans-Papiers in der Schweiz: unsichtbar – unverzichtbar, Departement Migration Schweizerisches Rotes Kreuz (Hrsg.), Zürich 2006, 23 ff.

⁴ Vgl. Hans Wolff, Gesundheitsversorgung für Sans-Papiers in der Schweiz, Das Beispiel der *Unité mobile de soins communautaires* in Genf, in: Schweizerisches Rotes Kreuz, (FN 3), 117.

⁵ Kreisschreiben des BSV an die KVG-Versicherer, vom 19. 12. 2002.

⁶ Z.B. Unité mobile des soins communautaires (UmSCO) in Genf, Gesundheitsversorgung für Sans-Papiers des SRK und Medizinische Beratungsstelle für illegalisierte Frauen (MeBiF) in Bern, Anlaufstelle für Sans-Papiers Basel und Sans-Papiers-Anlaufstelle Zürich (S-PAZ), Espace de soins et d'orientation in Freiburg (Fri-Santé) oder Point d'Eau in Lausanne (PEL).

⁷ Bundesgesetz vom 26. 3. 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), SR 142.20; die umstrittene Bestimmung (Art. 23 ANAG) wurde 1948 eingeführt, vgl. AS 1949 I 221, 227.

⁸ Bundesgesetz vom 16. 12. 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), BBl 2005 7365.

⁹ Art. 125 AuG i.V.m. Ziff. I Anhang AuG.

¹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, vom 8. 3. 2002, BBl 2002 3833.

¹¹ Ausdrücklich erwähnt sind das Schlepperwesen, die Schwarzarbeit sowie der Familiennachzug, s. Botschaft AuG, (FN 10), 3714. Vgl. auch die parlamentarischen Debatten, AB N 2004 637, 639 sowie Bundesamt für Migration, Synoptische Darstellung der wichtigsten Neuerungen im Entwurf Ausländergesetz vom 24. 1. 2006, 2.

¹² Das AuG sieht für den Grundtatbestand Gefängnis bis zu einem Jahr oder Busse bis CHF 20 000.– und für die qualifizierte Tatbegehung eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und einer Busse bis zu einer halben Million Franken vor. Zudem können gemäss Ziff. II/6 und 7 des Anhangs zum AuG neu die Massnahmen der verdeckten Ermittlung sowie die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs eingesetzt werden.

¹³ Dies anerkennt das Bundesgericht: BGE-E 6S.459/2003, E.2.2; BGE 130 IV 77 E.2.3.2 80 (beide zu Art. 23 ANAG) wie auch die Lehre: Minh Son Nguyen, Droit public des étrangers, Présence, activité économique et statut politique, Bern 2003, 672, 676.

¹⁴ BGE 123 IV 9 E.2e 16 f.

¹⁵ BGE 112 Ia 107 E.3b 113.

d.h. so klar und präzise formuliert ist, dass ihre Tragweite allen erkennbar ist.¹⁶ Auf der nationalen Ebene hat das Gesetzmässigkeitsprinzip im Strafrecht den Rang eines selbständigen verfassungsmässigen Rechts,¹⁷ auf der internationalen Ebene ist es mit Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II als eigenständige Menschenrechtsgarantie ausgestaltet.

Die im Ausländerrecht aufgeführten Tatbestandsmerkmale des Erleichterns und des Vorbereitens sind begrifflich weder bestimmt, noch ist ihre Tragweite für jedermann klar erkennbar. Die entsprechenden Normen des ANAG und AuG vermögen deshalb dem Bestimmtheitsgebot und damit auch dem Legalitätsprinzip kaum zu genügen.¹⁸ So oder anders müssen sie aufgrund der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen (Art. 190 BV) aber auch im Fall ihrer Verfassungswidrigkeit angewendet werden.¹⁹ Gegenüber den Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes greift der Vorbehalt von Art. 190 BV nicht, die völkerrechtlichen Normen dienen direkt als Prüfungsmaßstab für das innerstaatliche Recht.²⁰

Die Auslegung aufgrund der Materialien zeigt, dass sich die Botschaften zum ANAG und AuG auf die Problematik der so genannten Passeur²¹ und auf die Schlepperkriminalität²² beschränken. Diese Restriktion wird dem Wortlaut der umstrittenen Normen aber nicht gerecht.²³ Eine Analyse der parlamentarischen Debatten ergibt denn auch, dass die einschlägigen Bestimmungen ausnahmslos für alle Personen gelten sollen, welche den illegalen Aufenthalt fördern, beispielsweise auch für einen Priester oder eine NGO.²⁴ Weder die beiden Botschaften noch die parlamentarischen Debatten äussern sich zur Frage, welche Tätigkeiten als Förderung oder Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts zu qualifizieren sind.²⁵

Über Sinn und Zweck der Norm hat sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 23 Abs. 1 ANAG geäußert. Demnach ist der Tatbestand nach der *ratio legis* nur erfüllt, wenn dadurch der *behördliche Zugriff auf den Ausländer bzw. die Ausländerin erschwert* wird.²⁶ Dies sei nicht der Fall, wenn die Person polizeilich gemeldet sei, die Behörde daher ihre Identität und Adresse kenne und somit jederzeit Zugriff auf die Person habe.²⁷ Ein Ausländer, der sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalte, knüpfe zahlreiche Beziehungen mit anderen Personen. Es könne deshalb nicht angehen, dass jeder Kontakt, der ihm den Aufenthalt in der Schweiz angenehmer mache, strafbar sei, ansonsten der Anwendungsbereich der Norm unbegrenzt wäre.²⁸ Lehre und Rechtsprechung verlangten deshalb, dass das fragliche Verhalten den *Erläss oder die Vollstreckung einer gegenüber der ausländischen Person getroffenen Verfügung erschwert oder die Möglichkeiten der Behörden einschränkt, eine Verhaftung vorzunehmen*.²⁹ Den rechtswidrigen Aufenthalt erleichtert, so das Bundesgericht weiter, wer eine illegal in der Schweiz weilende Person beherbergt, sei es als Hotelier, als Vermieter oder Arbeitgeber, und ihr so gleichsam ein Versteck (*«cachette»*) bietet. Entscheidend sei allemal, ob das umstrittene Verhalten es einer

Ausländerin oder einem Ausländer ermögliche, sich der Verfügungsgewalt und in der Folge dem Zugriff der Behörden zu entziehen.³⁰

2.3 Zwischenergebnis

Die ambulante Behandlung oder Beratung von Sans-Papiers stellt von Beginn weg keine «Beherbergung» im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar. Anlaufstellen für Sans-Papiers verheimlichen ihr Leistungsangebot nicht. Sie nehmen neben der medizinischen Betreuung auch Informationsaufgaben wahr und leiten Sans-Papiers an anerkannte, den Behörden bekannte Sozial-, Rechts- und Rückkehrberatungsstellen weiter. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass eine Anlauf- oder Beratungsstelle den Sans-Papiers *nicht als Versteck* im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dient. Der Zugriff der Behörden ist jederzeit gewährleistet und die Verfügungsgewalt des Gemeinwesens wird nicht *wegen* der Tätigkeit der Anlaufstellen beeinträchtigt. Anlaufstellen oder andere Institutionen, welche Sans-Papiers im dargestellten Rahmen medizinisch versorgen, erfüllen den Straftatbestand der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts folglich nicht. Das gleiche gilt für Einrichtungen, in denen Sans-Papiers stationär behandelt werden. Der Aufenthalt bezweckt nicht, den Betroffenen ein Versteck im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bieten, sondern ist medizinisch indiziert und steht in einem direkten Zusammenhang mit der Erfüllung des Auftrags der entsprechenden Leistungserbringer.

¹⁶ BGE 125 III 391 E.3d 399.

¹⁷ BGE 118 Ia 137 E.1c 139 f.; BGE 112 Ia 107 E.3 112 f.

¹⁸ Marc Spescha/Peter Sträuli, Kommentar zum Ausländerrecht, Zürich 2001, 102; die «Gesetzmässigkeit» verneinend Marc Spescha, Handbuch des Ausländerrechts, Bern 2003, 143.

¹⁹ Weiterführend statt vieler Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. Bern 2007 § 8 RN 6 ff.

²⁰ BGE 117 Ib 367 E.2f 373; 125 II 417 E.4c und d 424 f.

²¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Abänderungen und Ergänzungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 8.3.1948, BBl 1948 I 1300.

²² Botschaft AuG, (FN 10), 3833.

²³ So ausdrücklich auch Nguyen, (FN 13), 677; BGE 130 IV 77 E.2.2 79.

²⁴ AB N 2004 III 1149 f.

²⁵ Die Debatten zu Art. 116 AuG betrafen die Frage, ob bei achtenswerten Beweggründen Straffreiheit vorgesehen werden soll, AB N 2004 III 1148 ff. Entsprechende Minderheitsanträge wurden ausdrücklich verworfen, AB N 2004 1148.

²⁶ BGE-E 6S.183/1990 vom 27.7.1990 E.3a.

²⁷ BGE-E 6S.615/1998 vom 18.8.2000 E.2a.

²⁸ BGE-E 6S.459/2003 vom 8.3.2004 E.2.2.

²⁹ Vgl. Nguyen, (FN 13), 679.

³⁰ BGE 130 IV 77 E.2.3.2 80 f.

3. Die Ebene der Verfassung

Die umstrittenen Strafbestimmungen sind wegen ihrer offenen und unbestimmten Formulierung einer *verfassungskonformen Auslegung* zugänglich.³¹ Verfassungsrechtliche Bezugsgrösse bilden das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).³²

3.1 Recht auf Hilfe in Notlagen

3.1.1 Schutzbereich und geschützte Ansprüche

Art. 12 BV ist ein Menschenrecht³³ und gilt deshalb für alle Personen, die sich in der Schweiz aufhalten,³⁴ somit auch für Sans-Papiers³⁵. Art. 12 BV garantiert die unabdingbaren Grundlagen einer menschenwürdigen Existenz. Dazu gehört neben Nahrung, Kleidung und Obdach auch die *medizinische Grundversorgung*, d.h. grundlegender medizinischer und pflegerischer Beistand.³⁶ Wie allen medizinischen Laien ist es auch Sans-Papiers weder möglich noch zumutbar, eine mehr als geringfügige gesundheitliche Beeinträchtigung aus eigenen Kräften zu erkennen und zu beheben.³⁷ Die von Art. 12 BV vorausgesetzte *Notlage* verschärft sich bei Sans-Papiers, weil sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen (dürfen)³⁸ und es ihnen aufgrund ihrer Lebenswirklichkeit praktisch unmöglich ist, das Recht auf Krankenversicherung umzusetzen oder medizinische Leistungen aus eigener Tasche zu bezahlen.

Als Kerngehaltsgarantie unterliegt Art. 12 BV keinen Einschränkungen.³⁹ Auch ohne Krankenversicherung haben Sans-Papiers dem Staat gegenüber einen *verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch*⁴⁰ auf effektiven Zugang zu unerlässlicher medizinischer Behandlung und Betreuung.⁴¹ In der Praxis sind hauptsächlich Private in der Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers tätig. Dass sie damit eine staatliche Aufgabe übernehmen,⁴² ändert nichts an der primären Leistungspflicht des Staates. Verweigert er die grundrechtlich gebotenen Leistungen, oder verunmöglicht oder erschwert er deren Erfüllung durch Private, indem entsprechende Handlungen unter Strafe gestellt werden, liegt eine Grundrechtsverletzung vor – im ersten Fall aufgrund eines direkten, im zweiten Fall aufgrund eines mittelbaren Grundrechtseingriffs. Die Strafbarkeit von Privaten, die anstelle des Staates grundrechtlich gebotene Ansprüche erfüllen, kommt in ihren Auswirkungen also einem direkten Grundrechtseingriff gleich.⁴³

3.1.2 Leistungsumfang

Die ärztliche Behandlungspflicht beschränkt sich auf die *im Einzelfall angebrachte* Behandlung.⁴⁴ Ausschlaggebend sind die zur Grundrechtssicherung erforderlichen Leistungen, welche sich aufgrund der Lebensverhältnisse der

betroffenen Person bestimmen. Der Umfang der minimalen medizinischen Grundversorgung lässt sich deshalb nicht präzise definieren.⁴⁵ Die (indessen nicht auf die Gesundheitsversorgung fokussierte) Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁶ sowie die überwiegende Lehre⁴⁷ beschränken die grundrechtlich gebotene Leistung auf ein absolutes Minimum (sog. «Überlebenshilfe»)⁴⁸. Dem mag man zustimmen, solange an das Vorliegen einer medizinischen Notlage keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden: Ob gesundheitliche Beschwerden ernsthaft oder

³¹ Vgl. statt anderer Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl. Zürich 2005, RN 148 ff.

³² Auf internationaler Ebene sind der Schutz der Privatsphäre (Art. 8 EMRK) und das Recht auf Gesundheit und persönliche Freiheit im Sinn von Art. 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I, SR 0.103.1) zu beachten. Zur Bedeutung dieser Paktgarantie für die Schweiz vgl. Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Concluding Observations Switzerland (1998), BGE 130 I 113 und dessen Kommentierung durch Walter Kälin in ZBJV 2005, 685.

³³ BGE 121 I 367 E.2d 374.

³⁴ BGE 121 I 367 E.2d 374; Nguyen, (FN 13), 579, 677; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 169; Ulrich Meyer-Blaser/Thomas Gächter, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 34 RN 29.

³⁵ Kathrin Amstutz, Anspruchsvoraussetzungen und Inhalt, 17; Peter Uebersax, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, 39, beide in: Carlo Tschudi (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern etc. 2005.

³⁶ BGE 131 I 166 E.3.1 172; vgl. BGE 127 I 6 E.8 25; Kathrin Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Diss. Bern 2002, 236 ff.; Müller, (FN 34), 166; Pascal Coullery, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, AJP 6/2001, 633.

³⁷ Zum Erfordernis der Notlage Amstutz, (FN 36), 159 f.; Müller, (FN 34), 170, 172. Zur Subsidiarität s. Amstutz, (FN 36), 172; BGE 130 I 71 E.4.1 75.

³⁸ S. dazu Christine Breining-Kaufmann, Rechtsfragen zur Beschränkung der Nothilfe, ZBI 106/2005, 503.

³⁹ BGE 131 I 166 E.5.3 177; Müller, (FN 34), 170; Amstutz, (FN 36), 135 ff.; Meyer-Blaser/Gächter, (FN 34), § 34 RN 31.

⁴⁰ Die Umsetzung des Anspruchs erfolgt über das Sozialhilferecht der Kantone und Gemeinden oder allenfalls über Naturalleistungen, BGE 121 I 367 E.2c 371.

⁴¹ Amstutz, (FN 36), 240, 245 f.: Diesfalls ist das sozialhilferechtlich unterstützungspflichtige Gemeinwesen zur Übernahme der Behandlungskosten verpflichtet.

⁴² Mit ihren Informations- und Präventionstätigkeiten im Bereich übertragbarer Krankheiten (insbesondere HIV und Tuberkulose) leisten die Anlaufstellen zudem einen Beitrag zur öffentlichen Gesundheit.

⁴³ Vgl. Ngyuen, (FN 13), 677.

⁴⁴ Uebersax, (FN 35), 35 f. unter Verweis auf BGER-E 2P.207/1997 vom 16.1.1998.

⁴⁵ Amstutz, (FN 36), 238; Brigitte Pfiffner Rauber, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. Zürich, 2003, 24.

⁴⁶ BGE 130 I 71 E.4.1 75.

⁴⁷ Bernhard Waldmann, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBI 107/2006 341 ff., 356, unter Verweis auf BGER-E 2P.207/1997 vom 16.1.1998; Breining-Kaufmann, (FN 38), 501, 506 spricht von «medizinischer Versorgung in Notfällen» oder «medizinischer Notversorgung»; differenzierend Amstutz, (FN 36), 244. Eine Minderheit stellt auf die krankensicherungsrechtlichen Begriffs- und Leistungsumschreibungen (Coullery, FN 36, 633) und den herrschenden sozioökonomischen Kontext (Müller, FN 34, 170 f.) ab.

⁴⁸ BGE 130 I 71 E.4.1 S. 75; Pfiffner Rauber, (FN 45), 24.

gar lebensbedrohend sind, ergibt sich doch erst aufgrund medizinischer Abklärungen.

Liegt bloss ein vorübergehender Aufenthalt vor, lässt das Bundesgericht in Bezug auf Art und Bemessung von Nothilfeleistungen Differenzierungen aufgrund des *aufenthaltsrechtlichen Status* zu.⁴⁹ Da bei Personen, welche die Schweiz zu verlassen haben, weder ein dauerhafter Aufenthalt noch Integrationsinteressen sicherzustellen seien, erreiche die Nothilfe hier in der Regel einen geringeren Umfang; unterste Grenze bilde aber die Menschenwürde und das Recht auf physische Integrität.⁵⁰ Mit Blick auf den Schutzgedanken von Art. 12 BV kann jedoch nicht der rechtliche Status ausschlaggebend sein. Vielmehr ist auf die unterschiedlichen faktischen Gegebenheiten wie die Art, Intensität und Dauer der Notlage abzustellen.⁵¹ Sans-Papiers von der medizinischen Elementarversorgung auszuschliessen, verletzt ihren in der Menschenwürde begründeten Anspruch auf grundlegende Egalität⁵² und negiert jene Schranke, welche auch das Bundesgericht als absolute Grenze für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Aufenthaltsstatus errichtet hat.⁵³

3.1.3 Verwirkung durch Rechtsmissbrauch?

Durch das Zusammenfallen von Schutzbereich und Kerngehalt ist jede Einschränkung der Nothilfe und damit auch die Verwirkung durch Rechtsmissbrauch ausgeschlossen.⁵⁴ Anspruchsvoraussetzung ist allein das Vorliegen einer echten Notlage; auf deren Gründe kommt es nicht an.⁵⁵ Das Bundesgericht bejaht demgegenüber eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme des Rechts auf Nothilfe, «wenn das Verhalten des Bedürftigen *einzig darauf ausgerichtet* ist, in den Genuss von Hilfeleistungen zu gelangen», beispielsweise wenn er eine Erwerbsmöglichkeit ausschlägt, nur um sich unterstützen zu lassen,⁵⁶ oder wenn die Leistungen nicht bestimmungsgemäss verwendet werden.⁵⁷ Im Bereich minimaler medizinischer Versorgung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht schon im Fakt des illegalen Aufenthalts begründet, sondern würde voraussetzen, dass sich der Einzelne vorsätzlich einer Gesundheitsgefährdung oder -beeinträchtigung aussetzt, um in den Genuss von medizinischen Leistungen zu gelangen. Nur solches Verhalten würde dem Schutzzweck von Art. 12 BV zuwiderlaufen und könnte im Einzelfall allenfalls die Verweigerung von gewissen Leistungen zur Folge haben. Auch hier müssten aber die unaufgebbaren Ansprüche gemäss Art. 12 BV gewahrt bleiben.

3.1.4 Zwischenergebnis

Als medizinische Laien sind mittellose Sans-Papiers bei ernsthafter Gefährdung ihrer Gesundheit aus eigener Kraft nicht in der Lage, die unabdingbare medizinische Versorgung selber vorzunehmen. Art. 12 BV gewährt ihnen An-

spruch auf medizinische Behandlung, deren Umfang sich in Bezug auf die konkrete Notlage beurteilt. Hält der Staat Organisationen oder Personen davon ab, den Grundrechtsanspruch der Sans-Papiers zu erfüllen, indem er entsprechende Tätigkeiten unter Strafe stellt, liegt eine Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Existenzsicherung der vom Eingriff mittelbar Betroffenen (hier: der Sans-Papiers) vor.

3.2 Schutz ausserhalb von Notsituationen

Liegt keine gesundheitliche Notsituation vor, ergibt sich ein Anspruch auf ungehinderten Zugang zu medizinisch-pflegerischen Dienstleistungen aus dem Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).

3.2.1 Schutzbereich und geschützte Ansprüche

Als natürliche Personen sind Sans-Papiers von den Garantien des Persönlichkeitsschutzes erfasst.⁵⁸ Im vorliegenden Kontext sind die körperliche Integrität und das individuelle Selbstbestimmungsrecht als Teilgehalte der persönlichen Freiheit von Bedeutung: Die körperliche Unversehrtheit garantiert dem Einzelnen, frei über die Integrität des eigenen Körpers zu verfügen und autonom darüber zu bestimmen, welchen medizinischen Eingriffen und Behandlungen er sich unterziehen will.⁵⁹ Das Selbstbestimmungsrecht vermittelt den Anspruch, die wesentlichen Aspekte des Lebens selber zu gestalten.⁶⁰ Es erstreckt sich auch auf die Frage, inwieweit der Einzelne die Integrität seines Körpers achten und schützen will, das heisst: ob, wann, in welcher Form und in welchem Umfang er medizinische Leistungen beanspruchen will.

⁴⁹ BGE 121 I 367 E.3a 375.

⁵⁰ BGE 131 I 166 E.8.2 182 f.

⁵¹ Ebenso Müller, (FN 34), 170 mit FN 20; Amstutz, (FN 36), 146.

⁵² Zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot bei medizinischen Leistungen Amstutz, (FN 36), 240, 245; Pfiffner Rauber, (FN 45), 24 f.

⁵³ Auch der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bezeichnet den diskriminierungsfreien Zugang zu qualitativ und quantitativ genügender Gesundheitseinrichtungen, insbesondere für benachteiligte Menschen, als «minimal core content» der in Art. 12 UNO-Pakt enthaltenen Staatenverpflichtung, s. General Comment 14, Ziff. 43 Bst. a; dazu Walter Kälin/Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel/Baden-Baden 2005, 316.

⁵⁴ Regina Kiener/Walter Kälin, *Grundrechte*, Bern 2007, 397 ff; Müller, (FN 34), 178 f.; Amstutz, (FN 36), 304 ff.; Breining-Kaufmann, (FN 38), 508 ff.

⁵⁵ Vgl. Amstutz, (FN 36), 159; Häfelin/Haller, (FN 31), RN 918; Müller, (FN 34), 160; Markus Schefer, *Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik und inhaltliche Ausgestaltung*, Bern 2001, 338; vgl. auch BGE 130 I 71 E.4.3 76; BGE 122 II 193 E.2c/ee 198.

⁵⁶ BGE 121 I 367 E.3d 377; bestätigt in 130 I 71 E.4.3 76.

⁵⁷ Vgl. BGE 131 I 166 E.6.2 bis 6.4 178 ff.

⁵⁸ Vgl. René Rhinow, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel 2003, §14 RN 1156; Müller, (FN 34), 8.

⁵⁹ BGE 114 Ia 350 E.6 358; vgl. auch BGE 126 I 112 E.3b 115 f.

⁶⁰ Vgl. Rhinow, (FN 58), §14 RN 1208.

Als Abwehrrecht verpflichtet die persönliche Freiheit den Staat, die Persönlichkeit des Einzelnen zu respektieren.⁶¹ Der Staat hat jegliches Verhalten zu unterlassen, das den Einzelnen daran hindert oder es ihm erschwert, medizinische Leistungen in Anspruch zu nehmen. Vielmehr muss er dulden, dass Sans-Papiers – wie alle anderen Menschen auch – ihren Gesundheitszustand nach eigenem Gutdünken einschätzen und selbstbestimmt entscheiden, ob sie sich medizinisch behandeln lassen wollen oder nicht. Wird einzelnen Personen oder Personengruppen der Zugang zur Gesundheitsinfrastruktur erschwert oder gar verunmöglicht, z. B. indem ihnen verboten wird, sich in ärztliche Behandlung oder Spitalpflege zu begeben, stellt dies eine Verletzung der grundrechtlichen Unterlassungspflicht und damit einen direkten Grundrechtseingriff dar.⁶² Ein Grundrechtseingriff liegt ebenso vor, wenn der Staat dem Einzelnen den Zugang zu medizinischer Beratung und Behandlung dadurch erschwert oder verunmöglicht, dass er diejenigen Personen strafrechtlich verfolgt, welche diese Dienste anbieten.⁶³

3.2.2 Rechtfertigung des Eingriffs?

Anders als die Minimalgarantie von Art. 12 BV wirken die Ansprüche aus Art. 10 Abs. 2 BV nicht absolut, sondern können unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.⁶⁴ Das Erfordernis der hinreichend klaren *gesetzlichen Grundlage* ist vorliegend nicht erfüllt: Die Bestrafung von Medizinalpersonen hat mit Blick auf den grundrechtlichen Schutzgehalt die gleichen Auswirkungen wie ein direktes Verbot, welches Sans-Papiers den Zugang zu medizinischen Dienstleistungen verbietet. Für einen derart schweren Grundrechtseingriff genügt die Normdichte der einschlägigen Strafbestimmung nicht,⁶⁵ denn die inkriminierte Handlung ist in Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG nicht mit hinreichender Bestimmtheit vorgesehen.⁶⁶

Weiter ist kein legitimes *öffentliches Interesse* für die Strafbarkeit von Personen ersichtlich, welche Sans-Papiers medizinisch behandeln und beraten.⁶⁷ Kein schutzwürdiges Interesse liegt jedenfalls darin, den Druck auf illegal in der Schweiz weilende Sans-Papiers zu erhöhen, um sie so zur Ausreise zu bewegen; eine derartige Verknüpfung von Ziel und Massnahme ist mit Blick auf das in Frage stehende Rechtsgut Gesundheit schikanös und damit willkürlich (Art. 9 BV).

Schliesslich erweist sich der Eingriff auch als *unverhältnismässig*.⁶⁸ Vor dem Hintergrund unverändert hoher Zahlen von Sans-Papiers ist die Bestrafung von Institutionen bzw. Einzelpersonen kaum geeignet, die damit angestrebten Ziele zu erreichen. Bestimmt nicht gegeben ist die individuelle Zumutbarkeit des Eingriffs. Es ist dem Einzelnen nicht zuzumuten, eine Beschränkung seines – unter Umständen kurz- oder längerfristig lebensrettenden oder auch bloss gesundheitsfördernden – Rechts auf Zugang zu Institutionen der Gesundheitswesens hinzunehmen, damit sich

die – wenn überhaupt erreichbaren – Interessen an der Regulierung des Ausländeranteils und der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung verwirklichen können.

3.2.3 Zwischenergebnis

Werden private Träger der Gesundheitsversorgung strafrechtlich belangt, liegt ein mittelbarer Eingriff in das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht der Sans-Papiers vor. Dieser Eingriff lässt sich mit Blick auf Art. 36 BV nicht rechtfertigen, und erweist sich im Ergebnis als verfassungswidrig.

4. Verwirklichung des grundrechtlichen Schutzes

Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) verpflichten alle staatlichen Behörden, Gesetzgeber wie Rechtsanwender, bei der Ausgestaltung und Anwendung von Rechtsnormen die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien zu respektieren bzw. zu erfüllen.⁶⁹ Die in Art. 35 BV zum Ausdruck gebrachte Verpflichtung zur umfassenden Berücksichtigung der Grundrechte verlangt von den rechtsanwendenden Organen, dass sie das einfache Gesetzesrecht in einem Sinn auslegen, der den Anliegen der Verfassung optimal zum Durchbruch verhilft.⁷⁰ Die umstrittenen Normen des ANAG wie des AuG sind offen und unbestimmt formuliert und damit einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Eine verfassungskonforme Auslegung hat vorliegend zur Folge, dass medizinische Behandlung und Beratung von Sans-Papiers nicht unter den Tatbestand der einschlägigen Normen des Ausländerstrafrechts fallen.

Die *Verwaltungsbehörden* des Bundes haben den Handlungsbedarf im Bereich der Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers offensichtlich erkannt und erste Schritte in die

⁶¹ BGE 123 I 112 E.4a 118.

⁶² Vgl. mit Blick auf die Garantien von Art. 12 UNO-Pakt I Kälin/Künzli, (FN 53), 317.

⁶³ Zur Gleichsetzung des mittelbaren mit dem unmittelbaren Grundrechtseingriff vorne Ziff. III/1a.

⁶⁴ Weiterführend statt vieler Jörg Paul Müller in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 RN 40 ff.

⁶⁵ Je schwerer der Eingriff, desto klarer und eindeutiger muss die eingriffsbegründende Norm diesen vorsehen, Müller, (FN 64), § 39 RN 53; vgl. BGE 128 I 327 E.4.2 339 f.; BGE 125 I 369 E.6 380.

⁶⁶ Vgl. zur Problematik der Offenheit und Unbestimmtheit der ausländerrechtlichen Strafnormen auch vorne Ziff. II.2.

⁶⁷ Die vom Bundesgericht im Hinblick auf die Regulierung der Zuwanderung und auf Zulassungsbeschränkungen anerkannten öffentlichen Interessen (s. BGE 126 II 425 E.5b/bb 436) sind vorliegend nicht einschlägig.

⁶⁸ Zu den einzelnen Elementen der Verhältnismässigkeit statt vieler BGE 124 I 107 E.4c 115.

⁶⁹ Vgl. Amstutz, (FN 36), 149; Kiener/Kälin, (FN 54), 38 ff.

⁷⁰ Amstutz, (FN 36), 151; Rhinow, (FN 58), § 4 RN 511 ff.

Wege geleitet, um das Recht der Sans-Papiers auf Zugang zur medizinischen Versorgung zu erfüllen.⁷¹ Der Bund hat sich das Ziel gesetzt, leicht zugängliche und unbürokratische Angebote auch für Sans-Papiers, vor allem in bereits bestehenden Institutionen des Gesundheitswesens, zu fördern. Unter diesem Gesichtspunkt wäre es treuwidrig und widerspräche Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV, wenn der Staat einerseits die grundrechtlichen Ansprüche der Sans-Papiers auf medizinische Versorgung anerkennen und gleichzeitig konkrete Umsetzungsprojekte unter Strafe stellen würde.

5. Schluss

Die Auslegung der in Frage stehenden Strafbestimmungen ergibt, dass die – weit verstandene – medizinische Betreuung von Sans-Papiers den Tatbestand der Förderung des

rechtswidrigen Aufenthalts gemäss Art. 23 Abs. 1 Teilsatz 5 ANAG bzw. Art. 116 Abs. 1 Bst. a AuG nicht erfüllt. Dieser Befund erhärtet sich, wenn die einschlägigen Strafnormen verfassungskonform ausgelegt werden, d.h. ihnen jener Sinngehalt zugemessen wird, den das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) und das Selbstbestimmungsrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) grundrechtlich gebieten.

⁷¹ Das BAG entwickelte mit dem heutigen Bundesamt für Migration sowie der Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) eine Strategie zum Thema «Migration und Gesundheit, Strategische Ausrichtung des Bundes 2002–2006» (www.bag.admin.ch), insb. 4, 33 f.