



SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR ASYLRECHT UND -PRAXIS
REVUE SUISSE POUR LA PRATIQUE ET LE DROIT D'ASILE

INHALTSVERZEICHNIS/SOMMAIRE

Editorial

- 2 25 Jahre Zeitschrift ASYL

Abhandlungen/Développements

- 3 Zur Reichweite der Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des freien Personenverkehrs
- 9 Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative
- 14 Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht im Bereich des Asylrechts – zweiter Teil

Informationen/Informations

- 23 Lex Brunner und EMRK
- 27 Stand des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS)
- 29 Zusatzbotschaft zur laufenden Revision Asylgesetz

Rechtsprechung/Jurisprudence

- 31 Somalia: Menschenrechte schliessen Rückschiebungen weitgehend aus

Schweizerische
Flüchtlingshilfe
Organisation Suisse
d'Aide aux Réfugiés
CH-3001 Bern



Stämpfli Verlag AG
CH-3001 Bern

25 Jahre

1986, als die erste Ausgabe von «ASYL – Schweizerische Zeitschrift für Asylrechtspraktiker» erschien, trat die zweite Asylgesetzrevision in Kraft und Peter Arbenz sein Amt als Delegierter für das Flüchtlingswesen an. Es war die Zeit, in der ernsthaft auf die Tatsache reagiert wurde, dass Personen aus aussereuropäischen Ländern in grösserer Zahl in der Schweiz um Asyl nachsuchten, und in der die Bundesbehörden, die Kantone und die Hilfswerke auf allen Ebenen aufrüsteten: Personal wurde eingestellt, Durchgangszentren wurden eröffnet, Rechtsberatungsstellen gegründet. Zusammen mit meinen Kollegen Ben-dict Tellenbach (damals Amnesty International) und Mario Gattiker (damals Berner Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende) gründete ich (damals SFH-Rechtsdienst) die Zeitschrift ASYL. Aus diesen drei auch heute noch im Asylbereich tätigen Juristen bestand die ASYL-Redaktion während viereinhalb Jahren. Es war eine Zeit, in der im ganzen Asylverfahren wenig selbstverständlich war und vieles erkämpft oder bekämpft werden musste.

Die Zeitschrift ASYL, welche jahrelang zerbrochene Paragraphen auf ihrem Deckblatt zeigte, hatte sich zum Ziel gesetzt, die Splitter des Rechts, die unters Rad geraten sind, stückchenweise wieder hervorzuklauben (Editorial in ASYL 86/1). Das haben die vielen Autorinnen und Autoren in der Folge mit grossem Elan und mit ebenso grosser Lust getan. «Splitter» war denn auch eine Rubrik, in welcher Seltsames, Spöttisches und Witziges seinen Platz hat: Stilblüten aus Entscheiden und Rechtsschriften, ein 382-seitiges Asylurteil aus Neuseeland, ein imaginäres Schachspiel zwischen den Chefs der beiden Asylinstanzen und manchmal ein Gedicht von LYSA. Der in den juristischen Beiträgen angeschlagene Ton war um einiges schärfer und respektloser, als er es heute ist – ASYL war wohl eine asylrechtliche Zeitschrift, aber auch ein Kampfmittel. 1990 wurde der Untertitel geändert in «Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis», was nicht nur zur Vermeidung des Unwortes «AsylrechtspraktikerInnen» geschah, sondern durchaus auch eine Versachlichung bezweckte.

Die Phase des lustvollen und kampfbetonten Fachjournalismus fand ihr Ende mit der Schaffung der ARK. Die Einführung eines Spezialverwaltungsgerichts für Asylsachen veranlasste mich, in der letzten der 25 von mir mitverantworteten Ausgaben (92/1) die zerbrochenen Paragraphen auf dem Deckblatt notdürftig zusammenzuflicken und im Editorial die Pionierphase abzuschliessen, indem ich in (selbst-)ironischer Weise die künftige Tätigkeit der ARK-Richterinnen und -Richter mit dem Beginn einer neuen Ära gleichstellte.

Seither ist ASYL sowohl in der Erscheinungsform – mit dem zweckmässig gestalteten, auf den Inhalt hinweisenden Deckblatt, der Durchpaginierung innerhalb des Jahrgangs, der ab 1999 beim Stämpfli-Verlag erfolgenden Drucklegung, dem zeitgleich eingeführten neuen Layout und dem im 20. Jahrgang nochmals erneuerten Deckblatt – wie auch bezogen auf die Beiträge zum geachteten Magazin und zum wichtigsten asylrechtlichen und asylrechtspolitischen Forum der in diesem Bereich in der Schweiz tätigen Fachleute geworden. Das Blatt erfüllt mit der Publikation von Aufsätzen, der seit 1995 in Form von Leitsätzen zusammengefassten Asylentscheide beziehungsweise den seit 1997 systematisch dargestellten Rechtssprechungsübersichten über das jeweils vergangene Jahr, der kritischen Begleitung der im Asylverfahren tätigen Behörden sowie der immensen Informationsvermittlung zu Gesetzesrevisionen, europäischen Entwicklungen, Veranstaltungen u.a.m. eine äusserst wichtige Aufgabe.

Den über 200 Autorinnen und Autoren, die im Laufe der letzten 25 Jahre dieses Blatt gefüllt haben, und der Redaktion – allen voran den drei Redaktionsmitgliedern, die um einiges länger als ich für ASYL verantwortlich gezeichnet haben (Christina Hausammann: 50, Mario Gattiker 70 und Alberto Achermann rund 80 Ausgaben) – gebührt Anerkennung und Dank.

Möge es das ASYL noch lange geben. Es ist notwendig. Es ist wertvoll!

Walter Stöckli, Bundesverwaltungsrichter

Astrid Epiney*

Zur Reichweite der Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des freien Personenverkehrs

1. Einleitung

Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union gründen bekanntlich derzeit – letztlich ausgelöst durch das Nein zum EWR-Abkommen vom 6. Dezember 1992 – auf dem so genannten bilateralen beziehungsweise sektoriellen Ansatz, welcher im Gegensatz steht zum multilateralen Ansatz des EWR, der zudem eine eigentliche Einbindung der betroffenen EFTA-Staaten in den Binnenmarkt impliziert. Bis jetzt gibt es zwei «Pakete» bilateraler Abkommen¹, die sektoriell eine Reihe von Bereichen regeln und häufig eine gewisse «Übernahme» der Schweiz in den Unionsbesitzstand vorsehen.² Hinzukommen zahlreiche weitere Verträge, die teilweise auch nach Unterzeichnung des zweiten Pakets der Bilateralen Abkommen abgeschlossen wurden.³ Auf diese Weise entfaltet das Unionsrecht heute rechtlich und teilweise auch faktisch sehr weit gehende Implikationen in der Schweiz.⁴

Dieser bilaterale und insbesondere sektorische Ansatz bringt es allerdings mit sich, dass die verschiedenen Abkommen jeweils nur bestimmte, mitunter relativ beschränkte Bereiche erfassen, so dass von einem sektor-spezifischen Vorgehen gesprochen werden kann. Für diejenigen Abkommen (und dies sind die politisch und rechtlich bedeutendsten), die an das Unionsrecht anknüpfen beziehungsweise dieses übernehmen,⁵ impliziert dieser Ansatz, dass aus dem Gesamtgefüge des Unionsrechts notwendigerweise bestimmte Aspekte «herausgeschnitten» werden, die auch im Verhältnis zur Schweiz massgeblich sind, während andere Unionsrechtsakte, die mit dem in dem jeweiligen Abkommen übernommenen Besitzstand aber durchaus in engem Zusammenhang stehen, hiervon ausgeklammert werden. Dass ein solches Konstrukt nicht nur zu Auslegungsproblemen, sondern auch zu Inkohärenzen führen kann, dürfte auf der Hand liegen.

Im Folgenden soll vor diesem Hintergrund die Reichweite der Einbindung der Schweiz in denjenigen Teil des unionsrechtlichen Besitzstandes, der den freien Personenverkehr betrifft, aufgezeigt werden (III.), dies auf der Grundlage einer Skizze beziehungsweise Kategorisierung der unionsrechtlichen Regelungen in diesem Bereich (II.), bevor in einer Schlussbemerkung beziehungsweise Synthese auf die sich durch diese Konstruktion ergebenden Schwierigkeiten hingewiesen wird (IV).⁶

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht an der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg i.Ue. Frau lic. iur. Yvonne Schleiss, L.M., sei herzlich für die Unterstützung bei der Materialsuche gedankt.

¹ Vgl. die Texte der «Bilateralen I» in BBl 1999, 6489 ff.; ABl 2002 L 114, 1 ff., der «Bilateralen II» in BBl. 2004, 5965 ff. Der Ausdruck «bilaterale Abkommen» wird soweit ersichtlich im Wesentlichen in der Schweiz gebraucht und ist im Gegensatz zu dem als multilateral angesehenen Ansatz des EWR zu sehen. Aus rechtlicher Sicht ist er jedoch zumindest ungenau, da die Abkommen teilweise multilaterale Abkommen (da mehrere Mitgliedstaaten beteiligt sind) darstellen. Daher trifft der Ausdruck «sektorische Abkommen» die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt. Gleichwohl werden im Folgenden die inzwischen in der Schweiz gebräuchlichen Ausdrücke «Bilaterale I» und «Bilaterale II» verwendet.

² Vgl. zu den Bilateralen Verträgen den Überblick bei Christa Tobler, Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – eine unsichere Grösse?, in: Fritz Breuss/Thomas Cottier/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, 2008, 11 ff.; siehe ansonsten die Beiträge in Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)/Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen), 2001; Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents/Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, 2006; Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 2002; Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU – ein Handbuch, 2007; siehe auch René Schwok/Stephan Bloetzer, Annäherung statt Mitgliedschaft? Die Schweiz und die EU nach den zweiten bilateralen Abkommen, integration 2005, 201 ff.; Olivier Mach, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, SJ 2002, 325 ff.; Stephan Breitenmoser, Sectoral agreements between the EC and Switzerland: Contents and context, CMLRev 2003, 1137 ff.; Juliane Kokott, Die Schweiz und Europa – unter besonderer Berücksichtigung der Personenfreizügigkeit, FS Helmut Steinberger, 2005, 771 ff.

³ Wie das so genannte Zollsicherungsabkommen, vgl. Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, vgl. den Text des Abkommens in BBl 2009, 8953 ff.

⁴ Vgl. zu den verschiedenen Formen der Beeinflussung der in der Schweiz geltenden Rechtsordnung durch EU-Recht sehr instruktiv Rainer J. Schweizer, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen». Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz/Interprétation et application des traités d'intégration». De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse, Zürich 2006, 23 (27 ff.).

⁵ Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten einer solchen Anknüpfung an Unionsrecht Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Zürich 2006, 77 (98 ff.).

⁶ Hingewiesen sei allerdings darauf, dass es in diesem Beitrag selbstredend nicht möglich ist, umfassend die Regelung des freien Personenverkehrs im Unionsrecht zu behandeln, geht es hier doch um ein sehr weites Feld. Ebensowenig können die einschlägigen Regelungen der Bilateralen Abkommen erschöpfend erörtert werden. Zielsetzung dieses Beitrags ist vielmehr das Aufzeigen der grundlegenden Konzeptionen und Strukturen und der mit diesen – soweit die Ausgestaltung der Bilateralen Abkommen betroffen ist – einhergehenden Schwierigkeiten und teilweise Inkohärenzen.

2. Zur Systematik der Regelung des freien Personenverkehrs im Unionsrecht

Die Systematik der Regelung des freien Personenverkehrs im Unionsrecht ist letztlich im Wesentlichen historisch zu verstehen, entwickelte sich dieses Rechtsgebiet – soweit Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten betroffen sind – doch ursprünglich aus der Freizügigkeit Erwerbstätiger (Arbeitnehmer, Arbeitnehmerinnen und Selbständige); erst später wurde – zunächst durch Sekundärrecht und sodann auch im Primärrecht mit der Einführung der Unionsbürgerschaft – die Freizügigkeit Nichterwerbstätiger eingeführt.⁷

Die Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen war ursprünglich lediglich als «Annexrecht» zur Freizügigkeit der Unionsbürger geregelt, so dass Drittstaatsangehörige nur als Familienangehörige von Unionsbürgern in den (sekundärrechtlich gewährleisteten) Genuss von Freizügigkeitsrechten kamen. Im Zuge der weiteren Vertiefung der europäischen Integration und ihrer Ausweitung auf weitere Politikbereiche, insbesondere in den Gebieten Justiz und Inneres, wurden aber zunehmend auch Aspekte der Migration (in die EU und/oder innerhalb der EU) von Drittstaatsangehörigen geregelt, wobei schon an dieser Stelle festzuhalten ist, dass die Rechte der Drittstaatsangehörigen regelmässig und in verschiedenen Punkten hinter diejenigen der Unionsbürger beziehungsweise der Familienangehörigen von Unionsbürgern zurückbleiben. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Europäische Union nicht nur durch Sekundärrecht, sondern auch über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten deren Angehörigen gewisse Freizügigkeitsrechte gewährt, die teilweise weitgehend denjenigen der Unionsbürger, zumindest in bestimmten Bereichen, entsprechen. Beispiele hierfür sind – neben dem noch zu erörternden Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU – der EWR oder das Assoziierungsabkommen der EU mit der Türkei.

Vor diesem Hintergrund kann folgende Einteilung des Migrationsrechts der Europäischen Union beziehungsweise der entsprechenden Rechtsgrundlagen vorgenommen werden,⁸ wobei jeweils auch der Unterschied zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen eine grosse Rolle spielt:⁹

Im Hinblick auf eine Erwerbstätigkeit steht Unionsbürgern eine umfassende Freizügigkeit zu, die sich letztlich aus den Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit) ableiten lässt.

- Drittstaatsangehörigen werden teilweise in völkerrechtlichen Verträgen – wie im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU – Freizügigkeitsrechte eingeräumt, die auch das Recht auf Erwerbstätigkeit umfassen.
- Ansonsten sind gewisse Rechte Drittstaatsangehöriger in der RL 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen¹⁰ niedergelegt. Diese Richtlinie regelt die Voraus-

setzungen, bei deren Vorliegen Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu erteilen ist, erteilt werden sowie entzogen werden kann und die mit dieser Rechtsstellung verbundenen Rechte; weiter räumt die Richtlinie den langfristig Aufenthaltsberechtigten gewisse «Weiterzugsrechte» in andere Mitgliedstaaten ein. Die Richtlinie ermöglicht u.a. den Zugang zur Erwerbstätigkeit.

- Schliesslich ist auf die RL 2009/50 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (RL 2009/50)¹¹ hinzuweisen.
- Für Nichterwerbstätige ist dem Unionsrecht ein allgemeines Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger zu entnehmen (Art. 21 Abs. 1 AEUV), wobei dem Sekundärrecht gewisse Voraussetzungen für seine Wahrnehmung zu entnehmen sind (insbesondere ausreichende Einkünfte und eine Krankenversicherung). Für die Konkretisierung der Aufenthaltsansprüche der Unionsbürger (auch der Erwerbstätigen) ist die so genannte Unionsbügerrichtlinie (RL 2004/38)¹² von zentraler Bedeutung.
- Für Drittstaatsangehörige enthalten die RL 2004/114 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmassnahme oder einem Freiwilligendienst¹³ sowie die RL 2005/71 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung¹⁴ spezifische Aufenthaltsrechte für die erfassten Personengruppen.

⁷ Zu dieser Entwicklung, m.w.N., Astrid Epiney, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 9. Aufl., 2011, § 11, Rn. 113.

⁸ Vgl. umfassend hierzu, unter Einbezug der teilweise bestehenden konzeptionellen Unterschiede, Astrid Epiney, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa. Zur Regelung eines «Anspruchs auf Aufenthalt» im Völker- und Europarecht, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, Baden-Baden u.a. 2009, 115 ff.

⁹ Dabei wird im Folgenden lediglich auf diejenigen Regelungen Bezug genommen, die ein Aufenthaltsrecht implizieren; unberücksichtigt bleiben sonstige Politiken, die im Zusammenhang mit dem freien Personenverkehr stehen, wie etwa die Kontrollen an den Aussengrenzen oder die Visapolitik. Hierzu den Überblick bei Epiney, in: Bieber/Epiney/Haag, EU (Fn. 7), § 17, Rn. 20 ff. Aber auch mit dieser Einschränkung erfolgt hier keine erschöpfende Aufzählung der EU-Sekundärrechtsakte, vgl. in diesem Zusammenhang den Überblick bei Jan Hecker, Zur Europäisierung des Ausländerrechts, ZAR 2011, 46 ff.

¹⁰ ABl. 2003 L 16, 44.

¹¹ ABl. 2009 L 155, 17.

¹² RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

¹³ ABl. 2004 L 375, 12.

¹⁴ ABl. 2005 L 289, 15.

- Im Übrigen ist die RL 2003/109 (Daueraufenthaltsrichtlinie) grundsätzlich auch für Nichterwerbstätige anwendbar.
- Drittens regeln verschiedene unionsrechtliche Bestimmungen die Rechtsstellung von Familienangehörigen, wobei grundsätzlich zwischen Familienangehörigen von Unionsbürgern und solchen von Drittstaatsangehörigen unterschieden wird: Während für erstere die recht weitgehenden Garantien der RL 2004/38¹⁵ zur Anwendung kommen (auch wenn es sich um Familienangehörige aus Drittstaaten handelt), ist die Rechtsstellung der Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen durch die Familiennachzugsrichtlinie (RL 2003/86)¹⁶ sowie die bereits erwähnte Daueraufenthaltsrichtlinie (RL 2003/109) geregelt. Die Nachzugsrechte sind für Drittstaatsangehörige wesentlich weniger günstig ausgestaltet als für Unionsbürger.
- Schliesslich ist auf das eigentliche «europäische Asylrecht» hinzuweisen: Die EU hat mittlerweile eine Reihe von Rechtsakten erlassen, die nicht nur verfahrensrechtliche Fragen regeln, sondern auch Vorgaben enthalten, die die Mitgliedstaaten bei der Anerkennung von Schutzsuchenden als Flüchtlinge oder als subsidiär Schutzbedürftige zu beachten haben.
- Zu nennen sind hier folgende Rechtsakte:¹⁷ RL 2004/83 über Mindestnormen für die Anerkennung als Flüchtling oder als Person, die anderweitig internationalen Schutz benötigt (Qualifikationsrichtlinie)¹⁸, RL 2001/55 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms¹⁹, RL 2003/9 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten²⁰, RL 2005/85 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft²¹, VO 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-Verordnung).²²

3. Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des freien Personenverkehrs

Die Schweiz ist über das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA)²³ einerseits und die Schengen-/Dublin-Assoziierung (SAA / DAA)²⁴ andererseits in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands im Bereich des freien Personenverkehrs eingebunden.

3.1 Personenfreizügigkeitsabkommen

Das Freizügigkeitsabkommen²⁵ soll einerseits die Freizügigkeit für Arbeitnehmer, Arbeitnehmerinnen und Selbstständige, andererseits aber auch für Nichterwerbstätige

und (in gewissen Grenzen) den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr liberalisieren sowie in gewissen Gebieten zur effektiven Verwirklichung dieser Liberalisierung eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Vertragsparteien herbeiführen.²⁶ Diese Liberalisierung und Harmonisierung soll dabei gemäss der Präambel des Abkommens auf der Grundlage des einschlägigen Unionsrechts erfolgen.

In diesem Sinn knüpft das Abkommen in weiten Teilen an den unionsrechtlichen Besitzstand an, wobei dies einerseits durch die – im Verhältnis zum Unionsrecht, das zum Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) galt – parallele Formulierung einer Reihe von Garantien, andererseits durch Verweise auf Sekundärrechtsakte erfolgt. Die zuletzt genannte Kategorie betrifft lediglich die soziale Si-

¹⁵ Sowie in gewissen Spezialkonstellationen auch primärrechtliche Gewährleistungen anwendbar sind, vgl. hierzu Epiney, in: Die neuen Europäer (Fn. 8), 115 (188 ff.).

¹⁶ RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABL 2003 L 251, 12.

¹⁷ Wobei darauf hinzuweisen ist, dass die asylrechtlichen Regelungen der EU – einschliesslich der so genannten Dublin-Verordnung (VO 343/2003) – in Kürze revidiert werden sollen, vgl. hierzu den Bericht in ZAR 2011, 200, sowie ausführlicher Muriel Trummer, Asylrechtsharmonisierung in Europa: die nächsten Schritte. Vorschläge der Europäischen Kommission zur Änderung der Asylverfahrens- und Anerkennungsrichtlinie, ASYL 1/10, 22 ff.

¹⁸ ABL 2004 L 304, 12.

¹⁹ ABL 2001 L 212, 12.

²⁰ ABL 2003 L 31, 18.

²¹ ABL 2005 L 326, 13.

²² ABL 2003 L 50, 1.

²³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA), SR 0.142.112.681.

²⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA), SR 0.362.31, vormalig: SR 0.360.268.1; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (DAA), SR 0.142.392.68.

²⁵ Vgl. zum Freizügigkeitsabkommen etwa Sebastian Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, 2007; Astrid Epiney, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 45 ff.; Alvaro Borghi, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010; Véronique Boillet, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010; Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis/L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE: interprétation et application dans la pratique, 2011; Christina Schnell, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz. Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, 2010; Chantal Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, 2009.

²⁶ Vgl. zu den Zielsetzungen des Abkommens auch etwa Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende (Fn. 25), 29 ff.; Nina Gammethaler, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2010, 269 f.; Schnell, Arbeitnehmerfreizügigkeit (Fn. 25), 50 f.

cherheit und die Diplomanerkennung, während die eigentlichen Freizügigkeitsrechte im Anhang I FZA durch eine Anknüpfung an die Formulierungen des EU-Rechts geregelt werden und zu bemerken ist, dass sich das Unionsrecht hier – insbesondere durch den Erlass der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) – inzwischen sowohl quantitativ als auch qualitativ weiterentwickelt hat.

Im Übrigen ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens nur Unionsbürger einerseits und Schweizer Bürger andererseits erfasst; aufgenommen sind damit grundsätzlich Drittstaatsangehörige, es sei denn, sie seien Familienangehörige der vorgenannten Personengruppen. Insbesondere haben die spezifisch Drittstaatsangehörige betreffenden EU-Rechtsakte – wie die Familienzusammenführungsrichtlinie (RL 2003/86) und die Daueraufenthaltsrichtlinie (RL 2003/109) – keinen Eingang in das Abkommen gefunden.

3.2 Zur Schengen-/Dublin-Assoziierung

Die zwei separaten, aber parallel ausgestalteten und miteinander verknüpften Assoziierungsabkommen über den Einbezug der Schweiz in den Schengen- und Dublin-Besitzstand sollen – letztlich weitgehend parallel zu den Übereinkommen der EU mit Norwegen und Island²⁷ – den Einbezug der Schweiz in den entsprechenden unionsrechtlichen Besitzstand sicherstellen. Aus institutioneller Sicht gehen diese Assoziierungen aber bedeutend weiter als das Freizügigkeitsabkommen, da nicht nur eine grössere Homogenität in der Anwendung und Auslegung des übernommenen Besitzstands angestrebt wird, sondern auch der Grundsatz formuliert wird, dass die Schweiz den weiterentwickelten Besitzstand zu übernehmen hat, ansonsten die Abkommen automatisch beendet werden (können).²⁸

In Bezug auf die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands hat die Schweiz die in den Anhängen aufgeführten Rechtsakte – die Anknüpfung an das EU-Recht erfolgt in diesen Abkommen also ausschliesslich über die Verweisteknik – letztlich wie ein EU-Staat umzusetzen und anzuwenden (vgl. die Formulierung in Art. 2 SAA), so dass die Schengen-/Dublin-Assoziierung insofern auch als eine Art Teilintegrationsabkommen angesehen werden kann.

Der materielle Umfang der Schengen-/Dublin-Assoziierung ergibt sich somit aus den Anhängen, die im Zuge der Weiterentwicklung auch häufig (soweit die Schengen-Assoziierung betroffen ist) angepasst werden. Im Hinblick auf den freien Personenverkehr sind hier folgende Aspekte bemerkenswert:

– Der Schengen-Besitzstand erstreckt sich zwar u.a. auf zahlreiche mit dem Personenverkehr im Zusammenhang stehende Bereiche, wie insbesondere die Visapolitik. Auch werden regelmässig die Aufenthaltsbeendigung von Drittstaatsangehörigen sowie die Bekämpfung

der illegalen Einreise betreffende Rechtsakte in den Schengen-Besitzstand einbezogen, wie das Beispiel der so genannten Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115)²⁹ illustriert.

- Gleichzeitig sind jedoch Rechtsakte, die die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen betreffen, vom Schengen-Besitzstand ausgenommen. Dies ist insbesondere für die Familienzusammenführungsrichtlinie (RL 2003/86) und die Daueraufenthaltsrichtlinie (RL 2003/109) relevant.
- Diese Linie wird auch im Dublin-Assoziierungsabkommen verfolgt, das nur diejenigen Rechtsakte erfasst, die die Zuständigkeit für die Behandlung eines Asylgesuchs regeln, nicht hingegen die sonstigen asylrechtlichen Rechtsakte des EU-Rechts, seien diese nun materiell-rechtlicher oder verfahrensrechtlicher Natur.

4. Synthese: der Einbezug der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand als «Flickenteppich mit Löchern»

Die soeben erfolgte Skizzierung und Gegenüberstellung der unionsrechtlichen Regelungen im Bereich des freien Personenverkehrs einerseits und der Reichweite des Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand in diesem Gebiet andererseits, lässt klar erkennen, dass der Einbezug der Schweiz äusserst lückenhaft ist und sich Divergenzen zwischen der Rechtslage in der EU auf der einen Seite und im Verhältnis zur Schweiz auf der anderen Seite auch im Zuge der Weiterentwicklung des unionsrechtlichen Besitzstands ergeben können.

Nun könnte man es auf den ersten Blick bei dieser Feststellung belassen und darauf verweisen, dass die Schweiz gerade nicht EU-Mitglied ist und daher eben nur sehr partiell in ausgewählten Bereichen in den unionsrechtlichen Besitzstand eingebunden und diese Einbindung auch mit-

²⁷ Übereinkommen vom 18. Mai 1999 zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung dieser beiden Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (ABl. 1999 L 176, 35); Übereinkommen vom 19. Januar 2001 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Kriterien und Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in Norwegen und Island gestellten Asylantrages (ABl. 2001 L 93, 40).

²⁸ Vgl. hierzu ausführlich Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Annekathrin Meier, Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, 2007, 903 (916 ff.).

²⁹ RL 2008/115 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348, 98. Zu dieser Richtlinie und ihrer Relevanz für die Schweiz Francesco Maiani, Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et status quo en droit des étrangers sous l'influence de la Directive sur le retour, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2008/2009, 2009, 289 ff.

unter statisch ausgestaltet ist. Die nur lückenhafte Einbindung in den unionsrechtlichen Besitzstand wäre so letztlich nur eine Konsequenz des bilateralen Weges (was sie zweifellos ist) und zöge keine weiteren Konsequenzen nach sich.

Ein solcher Ansatz griffe aber zu kurz: Denn er erkennt letztlich, dass das Unionsrecht zwar durchaus in der Regel – so auch grundsätzlich auf dem Gebiet des freien Personenverkehrs – sektorspezifisch vorgeht, so dass die verschiedenen unionsrechtlichen Rechtsakte getrennt werden können. Gleichzeitig ist aber häufig (wenn auch nicht immer) ein gewisser Zusammenhang der verschiedenen EU-Rechtsakte zu erkennen, so dass ein «Heraus-picken» lediglich gewisser Aspekte des unionsrechtlichen Besitzstands zu einer Reihe von Ungereimtheiten und Inkohärenzen führen kann, die zudem einen negativen Einfluss auf die Rechtsstellung Einzelner entfalten können. Da die Einräumung von Rechten Einzelner aber auch ein Element der Legitimation des Rechts, insbesondere des Unionsrechts, sein kann,³⁰ könnte durch eine selektive Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands, unter Aussparung gewisser, die Rechte Einzelner betreffender Aspekte, auch die Legitimation der Übernahme anderer, mit diesem im Zusammenhang stehender Rechtsakte in Frage gestellt werden.

Im Einzelnen können drei grundsätzlich strukturell unterschiedliche Problemkreise, die der selektive Ansatz der Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des freien Personenverkehrs mit sich bringt, unterschieden werden, die zugleich auch die soeben angedeutete Problematik zu illustrieren vermögen:

– Erstens – eine Problematik, die sich so nur im Freizügigkeitsabkommen, nicht hingegen (wegen der grundsätzlich dynamischen Übernahme der Weiterentwicklungen) bei der Schengen-/Dublin-Assoziierung stellt – führt der statische Charakter des übernommenen Unionsrechts dazu, dass Weiterentwicklungen nicht oder nur über den beschwerlichen Weg der Vertragsrevision (der derzeit beim Freizügigkeitsabkommen nicht realistisch erscheint) übernommen werden können. Damit wird die Rechtslage im Verhältnis zur Schweiz sozusagen auf dem Stand vom 21. Juni 1999 «eingefroren», während sich das Unionsrecht weiterentwickelt. Diese Weiterentwicklung folgte bislang immer einer Logik einer Verbesserung der Rechtsstellung der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, so auch in der Unionsbürgerrichtlinie, die einige beachtliche Neuerungen (insbesondere das Daueraufenthaltsrecht für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen) mit sich bringt. Im Verhältnis zur Schweiz kommen diese, die Freizügigkeitsrechte erweiternden neuen Rechte nicht zum Zuge, kann doch der hier einschlägige Anhang I FZA nicht durch den Gemischten Ausschuss geändert werden. Ob auf diese Weise noch das Ziel des Abkommens, die «Freizügigkeit (...) auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen

zu verwirklichen» (Präambel FZA) erreicht werden kann, ist fraglich; ganz abgesehen davon, dass auf diese Weise den Einzelnen im Verhältnis zur Schweiz weniger Rechte eingeräumt werden.

- Zweitens stehen gewisse, in die Schengen-/Dublin-Assoziierung einbezogene Aspekte in sehr engem Zusammenhang mit anderen Aspekten, die gerade nicht Gegenstand der Assoziierung sind. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Dublin-Assoziierung: Diese klammert – wie erwähnt – das eigentliche EU-Asylrecht aus; gleichzeitig aber steht dieses selbstredend in einem sehr engen Zusammenhang mit der Zuständigkeitsregelung, so dass man wohl davon ausgehen kann, dass die Zuständigkeitsregelungen letztlich nur zufrieden stellend funktionieren können, wenn auch die Schutzgewährung in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht gleichwertig ausgestaltet ist.³¹ Insofern birgt der Nichteinbezug des Asylrechts in die Dublin-Assoziierung die Gefahr des Nichtfunktionierens mit sich. Dieser bislang im Wesentlichen auf das Asylrecht bezogene Aspekt wird in Zukunft auch darüber hinaus relevant sein, wurde doch die Daueraufenthaltsrichtlinie (RL 2003/109) dahingehend modifiziert, dass in Zukunft auch Flüchtlinge und Personen mit internationalem Schutzstatus in ihren Anwendungsbereich fallen.³² Deutlich wird damit insgesamt, dass Asylsuchenden in der Schweiz in verschiedenen Punkten (möglicherweise) weniger Rechte zustehen als in den EU-Mitgliedstaaten. Ob vor diesem Hintergrund das Dublin-System noch kohärent ist beziehungsweise sein kann, kann zumindest in Frage gestellt werden.
- Drittens schliesslich erscheint es grundsätzlich problematisch, dass die Schengen-/Dublin-Assoziierung auf der einen Seite die Rechte der Drittstaatsangehörigen, die in diversen unionsrechtlichen Rechtsakten niedergelegt sind, völlig ausklammert, auf der anderen Seite hingegen diejenigen Rechtsakte, die die «Abwehr» illegal sich aufhaltender oder potentiell illegal einreisender Drittstaatsangehöriger betreffen, vollumfänglich einbezieht. Denn nach der hier vertretenen Ansicht dürfte durchaus ein innerer Zusammenhang bestehen zwischen auf der einen Seite Regelungen, die den illegalen Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen verhindern wollen, sowie auf der anderen Seite Regelungen, die den sich legal in der Union aufhaltenden Drittstaatsangehörigen gewisse minimale Rechte einräumen – auch vor dem Hintergrund der hier relevanten grundrechtlichen Aspekte. Denn ein Gesamtkonzept der Migrationspolitik

³⁰ Vgl. hierzu, m.w.N., Astrid Epiney, Europäische Verfassung und Legitimation durch die Unionsbürger – zu den Rechten der Unionsbürger in der Verfassung für Europa –, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 33 (35 f.).

³¹ Vgl. zu diesem Aspekt auch etwa Trummer, ASYL 1/2010 (Fn. 17), 22 (28).

³² Vgl. ZAR 2011, 117.

muss notwendigerweise beide Aspekte berücksichtigen. Darüber hinaus erscheint es auch aus der Sicht der Rechtsunterworfenen wenig befriedigend, wenn einerseits die Freiheit beschränkende Massnahmen übernommen werden, andererseits aber letztlich ihr Korrelat, nämlich bestimmte Rechte, gerade nicht zu beachten sind.

Insgesamt erscheint es vor diesem Hintergrund nicht übertrieben, den Einbezug der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des freien Personenverkehrs als «Flickenteppich mit Löchern» zu bezeichnen, wobei sich die «Löcher» insbesondere auf diejenigen Aspekte des Besitzstands beziehen, die Einzelnen weitergehende Rechte einräumen; besonders betroffen sind die Rechte von Drittstaatsangehörigen. Ob dieser Befund die Legitimation der Bilateralen Abkommen erhöht, sei dahingestellt, ist aber zumindest fraglich. Jedenfalls ist es

nach der hier vertretenen Ansicht höchst unbefriedigend, lediglich – letztlich mehr oder weniger willkürlich, wobei hier selbstredend politische Interessen ausschlaggebend waren – gewisse Aspekte der Personenfreizügigkeit in der EU zu übernehmen, andere hingegen nicht. Dies ist natürlich auch eine gewisse Konsequenz des bilateralen Weges, der eben auch den Nachteil aufweist, dass er letztlich für eine Integration der Schweiz in gewichtige und komplexe Teile des unionsrechtlichen Besitzstands wenig geeignet ist. Dies nicht nur aus institutioneller Sicht, sondern – zumindest so, wie er jetzt angelegt ist und in gewissen Bereichen (wie eben in demjenigen des freien Personenverkehrs) – auch in materieller Hinsicht. Damit wird einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob ein EU-Beitritt nicht auch aus Sicht der Rechtsunterworfenen vorteilhafter sein könnte als die Fortführung des derzeit im Vordergrund stehenden bilateralen Weges.³³

³³ Vgl. hierzu bereits ausführlich (soweit eher institutionelle Aspekte, unter Einschluss der Rechtssicherheit, betroffen sind) Epiney/Meier/Moesters, in: Zwischen EU-Beitritt und Bilateralem Weg (Fn.), 77 ff.; Astrid Epiney, Die europarechtlichen Optionen «Bilateraler Weg» und EU-Beitritt: ein Vergleich aus rechtlicher Sicht, in: Dieter Freiburghaus/Astrid Epiney (Hrsg.), Beziehungen Schweiz – EU. Standortbestimmung und Perspektiven, 2010, 41 ff.

PD Dr. iur. Peter Uebersax*

Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

1. Ausgangslage

Die Arbeitsgruppe hatte zweifellos keine leichte Aufgabe: In politischer Hinsicht sah sie sich damit konfrontiert, dass sich in der Verfassungsabstimmung eine Volksmehrheit gegen die Mehrheit der politischen Parteien durchgesetzt hatte. Und in juristischer Hinsicht erweist sich die Ausgangslage als sehr komplex. Denn die neue Verfassungsbestimmung von Art. 121 Abs. 3–6 BV steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Völkerrecht sowie zum Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und den daraus abgeleiteten bewährten Verfassungsprinzipien wie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dabei ist immerhin zu unterscheiden: Betreffend das zwingende Völkerrecht, insbesondere die Geltung des Non-Refoulement-Grundsatzes, wollen die Initianten nunmehr angeblich anerkannt haben, dass ein entsprechender Vorbehalt gilt, obwohl ihre entsprechende Haltung im Abstimmungskampf noch unklar war. Hingegen gehen sie weiterhin davon aus, dass das neue Verfassungsrecht dem übrigen Völkerrecht, namentlich den nicht zwingenden Teilen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und dem Freizügigkeitsabkommen (FZA), vorgeht. In der Tat ist das Verhältnis der verschiedenen Normen unter sich nicht von vornherein offensichtlich.

Die Arbeitsgruppe hat es sich vor diesem Hintergrund nicht einfach gemacht. Sie hat vier Vorschläge mit unterschiedlicher Ausrichtung und basierend auf verschiedenen Grundlagen ausgearbeitet. Dabei übernimmt die Variante 1 die Position der Initianten, wonach auf das nicht zwingende Völkerrecht sowie auf das übrige Verfassungsrecht keine Rücksicht genommen werden soll. Danach ist im Wesentlichen ohne weitere Voraussetzungen und unabhängig von der Höhe der Strafe auszusprechen, wer wegen einer Straftat gemäss dem vorgesehenen Deliktskatalog verurteilt wird (Ausweisungsautomatismus). Zuständig ist der Strafrichter. Demgegenüber versuchen sich die drei anderen Varianten 2–4 an das Verfassungsrecht und an das zwingende sowie nachgiebige Völkerrecht zu halten. Sowohl die Deliktskataloge als auch die weiteren Voraussetzungen der Ausweisung unterscheiden sich graduell. Im Wesentlichen setzt die Ausweisung die Verurteilung wegen einer im Deliktskatalog definierten Straftat zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten Dauer oder einer vergleichbaren sonstigen Strafe voraus, wobei die Variante 3 den Massstab bezüglich der Deliktsschwere etwas tiefer ansetzt als die Varianten 2 und 4. Vorgesehen wird in Variante 2 zudem die Möglichkeit einer fakultativen Entfernungsmassnahme für Fälle, in denen die Voraussetzungen einer Ausweisung an sich nicht erfüllt sind (namentlich für so genannte Kriminaltouristen). In den Varianten 2 und 3 wird die Zuständigkeit wie in Variante 1 dem Strafrichter zugewiesen. In der Variante 2 ordnet dieser allerdings nur die Entfernungsmassnahme an,

woraufhin die Migrationsbehörden für deren Vollzug zuständig sind (zweistufiges Verfahren ähnlich wie heute in der Regel im ausländerrechtlichen Bereich, wo die kantonalen Behörden über die Anwesenheitsbewilligung und die Wegweisung befinden, für den Entscheid über die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme wegen fehlender Durchführbarkeit hingegen das Bundesamt zuständig ist). In der Variante 3 entscheidet der Strafrichter direkt auch über den Vollzug (einstufiges Verfahren wie heute etwa grundsätzlich im Asylverfahren, wo das Bundesamt für Migration nach negativem Asylentscheid über die Wegweisung sowie über deren Vollzug befindet). Gemäss der Variante 4 werden sowohl mit der Anordnung der Ausweisung als auch mit deren Vollzug die Migrationsbehörden betraut, wobei die Arbeitsgruppe hier nur ein einstufiges Verfahren vorsieht. In den Varianten 1–3 wird die verfassungsrechtlich als Ausweisung bezeichnete Entfernungsmassnahme mithin strafrechtlich umgesetzt und Landesverweisung genannt. In der ausländerrechtlichen Variante 4 wird dasselbe Ziel durch den zwingenden Widerruf einer bestehenden Anwesenheitsbewilligung, verbunden mit einer Wegweisung, verfolgt. Was das von der Verfassung vorgeschriebene Einreiseverbot betrifft, so stellt die Landesverweisung in den Varianten 2 und 3 eine kombinierte Entfernungsmassnahme dar. In den Varianten 1 und 4 bildet die Landesverweisung beziehungsweise Wegweisung hingegen einzig eine Entfernungsmassnahme, die jedoch zwingend mit einem Einreiseverbot zu verbinden ist.

2. Völker- und Verfassungsrecht

Angesichts dieser Ausgangslage ist wenig überraschend, dass die Variante 1 rechtsstaatlich und völkerrechtlich fragwürdig erscheint. Sie verstösst gegen grundlegende Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit (vgl. Art. 5 BV), namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip. Gemäss der Variante 1 führt jede Straftat, die dem dafür vorgesehenen Deliktskatalog von Verfassung und Gesetz entspricht, zwingend zur Landesverweisung, auch wenn es nur um eine geringfügige Straftat aus dem vorgegebenen Deliktskatalog oder sogar lediglich um den Versuch dazu geht. Bedenklich ist dabei nicht nur, dass gegenüber den Straftätern jegliche Interessenabwägung ausgeschlossen wird; es erscheint vielmehr nachgerade stossend, dass auch Drittmenschen keine Rücksicht finden sollen. Die Initianten wollen das auf den Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung und auf

* Lehrbeauftragter für öffentliches Recht und öffentliches Prozessrecht an der Universität Basel. Der vorliegende Text ist eine leicht geänderte Fassung eines vor der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen (EKM) am 1. September 2011 gehaltenen Kurzkommmentars zu den Vorschlägen der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer vom 21. Juni 2011.

den Volkswillen zurückführen. Es gibt indessen nur ein einziges und einheitliches Verfassungsrecht. Die Verfassungsinterpretation hat sich an der Erreichung praktischer Konkordanz auszurichten. Eine Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung, die den Rest der Bundesverfassung (BV) nicht beachtet, ist grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme davon wäre nur zulässig, wenn der neuen Verfassungsbestimmung im Sinne der verfassungsrechtlichen Kollisionsregeln eindeutig der Vorrang zuzuweisen wäre, so wie etwa die Wehrpflicht der Männer der Geschlechtergleichheit vorgeht. Allein der Umstand, dass die neue Verfassungsbestimmung jüngerer Recht ist, genügt dafür nicht. Beim Grundsatz des Vorrangs des jüngeren Rechts handelt es sich nämlich typischerweise um eine Kollisionsregel, die einen offenen Widerspruch zwischen zwei Verfassungsnormen voraussetzen würde, der sich nicht durch eine harmonisierende Auslegung beseitigen lässt. Ist eine solche hingegen möglich, geht sie vor. Das trifft hier zu. Anders als bei der Wehrpflicht war die Tragweite der neuen Regel vor der Volksabstimmung umstritten. Eine gewichtige Auffassung ging davon aus, die neue Bestimmung müsse ins übrige Verfassungsrecht eingebettet werden; es würden sich auch so noch genügend Auslegungs- und Anwendungsprobleme stellen. Das mögen zwar die Initianten anders gesehen haben, doch gab es eben keine Einhelligkeit zum allfälligen Vorrang des neuen Verfassungsrechts gegenüber der ganzen übrigen Verfassung. Überdies ist die nähere Umschreibung der Voraussetzungen einer Ausweisung ausdrücklich der Umsetzung durch den Gesetzgeber unterstellt, was die Vorrangigkeit der neuen Verfassungsnorm gegenüber dem übrigen Verfassungsrecht zwar nicht von vornherein ausschliesst, aber doch zusätzlich in Frage stellt.

Die Variante 1 ist ferner bedenklich, weil sie keine Überprüfung des Einzelfalles auf Vereinbarkeit mit der EMRK und dem FZA zulässt. Dabei geht es nicht an, Verstösse gegen diese völkerrechtlichen Verpflichtungen einfach in Kauf zu nehmen mit dem Hinweis, die Schweiz könne die Staatsverträge ja kündigen. Abgestimmt wurde nicht über die EMRK und das FZA; gerade das letztere wurde im Gegenteil vom Volk schon wiederholt ausdrücklich bestätigt. Wenn schon, dann müsste eine entsprechende Kündigungsinitiative angestrebt werden. Dass das Stimmvolk widersprüchliche Signale gibt, mag zwar Schwierigkeiten mit sich bringen, ist diesem aber nicht verboten und auch schon in anderem Zusammenhang vorgekommen (so etwa bei unerfüllten Verfassungsaufträgen wie der Mutterschaftsversicherung, wo trotz Annahme der Verfassungsbestimmung die Ausführungsgesetzgebung mehrfach verworfen wurde, bevor die heutige Gesetzesregelung eine Mehrheit fand; ähnlich bei der Alpeninitiative und den entsprechenden Verkehrsvorlagen). Aus solchen Widersprüchen eine auch nur indirekte Aufhebung vorbestandener Bestimmungen beziehungsweise eine Kündigung internationaler Abkommen abzuleiten, ist nicht zulässig. Migrationsrechtliche Bestimmungen über die Einwanderung oder die Ausweisung in einem Initiativtext mit der Kündigung internationaler

Abkommen zu verknüpfen, die weit darüber hinaus reichende Rechtsordnungen festsetzen, dürfte dabei ohnehin gegen den Grundsatz der Einheit der Materie (vgl. Art. 139 Abs. 3 BV) verstossen, was auch bei der nachträglichen Auslegung eines angenommenen Verfassungswortlautes zu berücksichtigen ist. Über eine solche Kündigung wäre vielmehr separat und ohne Zweideutigkeit über die Tragweite des Objekts abzustimmen. Im Übrigen bietet die Variante 1 keine Lösung an für ausgewiesene Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge, wenn deren Rückschaffung trotz grundsätzlich fehlendem völkerrechtlichen Schutzes unzumutbar ist, sowie bei Unmöglichkeit des Vollzugs der Landesverweisung. Ist denn tatsächlich die Meinung, dass die betroffenen Menschen einfach in einem rechtlosen Status (sozusagen als «Outlaws») verbleiben sollen?

Demgegenüber halten sich die Varianten 2–4 weitgehend – mit gewissen Einschränkungen insbesondere in prozessualer Hinsicht – an den verfassungs- und völkerrechtlichen Rahmen. Ein gewisses Spannungsfeld besteht allerdings zur Rechtsprechung internationaler Gremien wie etwa des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der tendenziell zunehmend strengere Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Entfernungsmassnahmen gegenüber langjährig anwesenden ausländischen Personen verlangt. Auch dem Freizügigkeitsrecht und den damit verbundenen Entwicklungen kann sich die Schweiz nicht einfach entziehen, solange sie an der Freizügigkeitsordnung partizipiert. Entgegen der ersten Reaktion der Initianten, entsprechen die Vorschläge der Mehrheit der Arbeitsgruppe nun nicht ohne weiteres dem abgelehnten Gegenvorschlag. Weniger wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Gegenvorschlag auf dem Integrationsartikel aufbaute, der bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative keine Rolle mehr spielt. Bedeutender erscheint, dass sich die Varianten 2–4 auch sonst inhaltlich vom Gegenvorschlag unterscheiden. So ist insbesondere das Strafmass von mindestens sechs Monaten, das zu einer Landesverweisung beziehungsweise Ausweisung führt, deutlich strenger als das im Gegenvorschlag vorgesehen gewesene Strafmass, das für die Anordnung einer Ausweisung je nach Deliktsart eine Mindeststrafe von 12 bis 24 Monaten verlangte. Die Grenze von sechs Monaten ist auch nicht zufällig oder willkürlich gezogen, sondern entspricht einer Strafe, die nicht mehr im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden kann. Aber auch bei den Varianten der Mehrheit der Arbeitsgruppe bleiben Fragen offen. So erscheint teilweise ebenfalls diffus, was bei Unzumutbarkeit oder unverschuldeter Unmöglichkeit des Vollzugs gilt. Nach den Varianten 2 und 3 kommt es in diesem Fall zu einem Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung – was mit den betroffenen Menschen geschehen soll, ist aber unklar. Einzig die Variante 4 sieht ausdrücklich eine vorläufige Aufnahme vor.

Wie nicht zuletzt diese Beispiele der Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Ausweisungsvollzugs zeigen, stösst der neue Verfassungstext so oder so an Grenzen, indem er dort keine klaren Antworten gibt beziehungsweise

solche nicht geben kann, wo Problemfälle seiner Grundkonzeption diametral zuwiderlaufen. Die Realität erweist sich insofern als vielfältiger als die mitunter allzu vereinfachenden neuen Regeln der Verfassung. Hierzu keine klaren gesetzlichen Lösungen anzubieten, führt aber bei den Betroffenen zu Rechtlosigkeit, was nicht nur gegen den Grundsatz der Menschenwürde verstösst, sondern auch eines modernen Staates unwürdig ist.

3. Materielle Gesetzesregelung

Inhaltlich unterscheiden sich die verschiedenen Gesetzesvorschläge zunächst betreffend die darin enthaltenen Deliktskataloge. Zwar werden diese zu einem grossen Teil von der Verfassung vorgegeben, es bestehen aber gewisse Differenzierungen in den Varianten der Arbeitsgruppe. Diese und die ergänzende Rechtsfolge der Aussprechung einer fakultativen Landesverweisung – wenn eine solche nicht zwingend ist – in der Variante 2 zeigen Möglichkeiten auf, die gewisse Verschiebungen mit mehr oder weniger überschaubaren Auswirkungen mit sich bringen. Die endgültige Formulierung wird eine Frage der politischen Ausmar- chung sein.

Fraglich ist allerdings, ob es die fakultative Landesverweisung wirklich braucht. Wird nämlich auf die neurechtliche Ausweisung verzichtet, dürfte immer noch ein ausländerrechtlicher Widerruf einer bestehenden Bewilligung verbunden mit einer Wegweisung möglich sein. Für die fakultative Landesverweisung bliebe so gesehen an sich nur ein echter Bedarf, wenn ordentliche ausländerrechtliche Folgen durch den Entscheid über die Landesverweisung ausgeschlossen wären, was aber nicht die Auffassung der Arbeitsgruppe zu sein scheint.

Des Weiteren nennt die neue Verfassungsbestimmung als Ausweisungsgrund die Einbruchsdelikte. Einen solchen Begriff kennt das Strafgesetzbuch (StGB) jedoch nicht. Es muss daher definiert werden, was damit gemeint ist. Die Arbeitsgruppe war sich auch hier nicht völlig einig. Die Variante 1 sieht eine Kombination von Hausfriedensbruch mit Diebstahl oder Sachbeschädigung vor; bei den drei anderen Varianten gibt es nur die eingeschränktere Verbindung von Hausfriedensbruch mit Diebstahl. Dabei geht es vorrangig um Rechtsetzungstechnik. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt sich aber eine weite Auslegung der Verfassung nicht. Durch eine etwas sorgfältigere, dafür eventuell politisch weniger schlagkräftige Ausformulierung des Initiativtextes hätten sich solche Schwierigkeiten verhindern lassen.

Ähnliches gilt für den im Verfassungstext vorgesehenen Ausweisungsgrund des missbräuchlichen Bezugs der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe. Die Arbeitsgruppe schlägt hierzu einen eigenen Straftatbestand vor, um diesen Ausweisungsgrund zu konkretisieren. Sie setzt dabei die Schwelle tiefer als beim Betrug. Dies erscheint allerdings nicht zwingend, weil der gewöhnliche Betrug in der Verfas-

sung nicht als Ausweisungsgrund aufgeführt wird; es stünde also frei, den massgeblichen Sozialmissbrauch auf eigentlich betrügerische Verhaltensweisen zu beschränken, ohne den weiter gefassten neuen Tatbestand schaffen zu müssen. Mit dem Vorschlag der Arbeitsgruppe sind immerhin zwei nicht unwesentliche Konsequenzen verbunden: Einmal wird der neue Straftatbestand auch für Schweizerinnen und Schweizer anwendbar sein, natürlich nicht verbunden mit der Zusatzfolge der Ausweisung, aber immerhin als neues Strafdelikt. Zum Zweiten stellt sich die Frage nach der Kohäsion des Rechtssystems: Rechtfertigt es sich, die Schwelle der Strafbarkeit für den Sozialmissbrauch zu senken, nicht aber für anderes missbräuchliches Verhalten gegenüber dem Staat wie etwa für den Abgabe- oder Subventionsmissbrauch? Das scheint wenig kohärent. Zumal einmal mehr solche Menschen zusätzlich kriminalisiert werden, die sich ohnehin schon in einer schwierigen Lebenssituation befinden.

4. Formelle Gesetzesregelung

Von besonderer Komplexität sind die prozessualen Zusammenhänge. Eine erste Frage ist diejenige nach dem Ablauf, also danach, ob ein ein- oder zweistufiges Verfahren vorzusehen ist. Die Einstufigkeit erlaubt eher schnellere Verfahren; die Zweistufigkeit erhöht dafür die Chance der sachlichen Richtigkeit und ermöglicht eine raschere Anpassung an veränderte Verhältnisse sowie eventuell grössere Einheitlichkeit, eröffnet freilich zusätzliche Rechtsmittel. Zwar ist Raschheit wünschbar, ein rechtsstaatliches Defizit vermag sie aber nicht zu rechtfertigen. Hier ist daher bei der Umsetzung Vorsicht angebracht. Setzt sich die Lösung der Einstufigkeit durch, so sind wenigstens flankierende Massnahmen wie uneingeschränkte Rechtsmittel oder ausgebauten Formen der Rechtsberatung oder -vertretung zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit einzuführen. Im Übrigen überrascht, dass die Arbeitsgruppe bei der alleinigen Zuständigkeit der Migrationsbehörden gemäss der Variante 4 einzig ein einstufiges Verfahren vorsieht und nicht auch eine Untervariante mit einem zweistufigen Verfahren in Betracht zieht, wie dies heute im Ausländerrecht ja der Normalfall ist.

Heikel ist zweitens die Zuständigkeitsfrage: Sollen die Strafgerichte oder die Ausländerbehörden entscheiden? Die Verfassung spricht von Ausweisung, was von der bisherigen Rechtslage her eher auf eine ausländerrechtliche Umsetzung hinweisen würde. Die Arbeitsgruppe zieht die strafrechtliche Lösung und den Einsatz der Strafrichter indessen vor, weshalb sie folgerichtig auch auf den ehemaligen strafrechtlichen Begriff der Landesverweisung zurückgreift. Indessen wurde der frühere Dualismus von alter strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlicher Ausweisung insbesondere auf Anregung der Fachleute aus Wissenschaft und Praxis erfolgreich bekämpft, weil sich daraus unvermeidliche Widersprüche ergaben.

Solche sind bei der Zuständigkeit der Strafbehörden leider wieder möglich. So stellt sich etwa die Frage, ob die Ausländerbehörde neurechtlich immer noch nach Ausländerrecht eine Bewilligung widerrufen und die betreffende Person wegweisen kann, wenn die Strafbehörde auf eine Landesverweisung verzichtet? Und was gilt während der Hängigkeit des Strafverfahrens; sind den Ausländerbehörden in dieser Zeit die Hände gebunden? Das sind offene Fragen, die sich bei den Varianten 1–3 stellen werden. Kollisionen sind wohl vorprogrammiert. Die geplante Wiedereinführung des Dualismus würde darum einen Rückschritt bedeuten. Hinzu kommt bei der Variante 1, dass, je nach Delikt, eine Landesverweisung sogar im Strafbefehlsverfahren anzuordnen wäre, was dazu führen könnte, dass namentlich rechtsunkundige beziehungsweise nicht anwaltlich vertretene ausländische Personen sogar ohne gerichtliche Überprüfung des Landes verwiesen würden, wenn diese ihre Rechte nicht kennen oder nicht wahrnehmen.

Drittens favorisiert die Arbeitsgruppe einen Ausschluss der Gerichte des Bundes. Das ist insbesondere hinsichtlich der sachlichen Anordnung der Landesverweisung beziehungsweise Ausweisung fragwürdig. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Bundeskontrolle über die einheitliche Anwendung des Bundesrechts entfallen sollte. Für die Vollzugsfrage könnte dies allenfalls unterschiedlich gehandhabt werden, sofern die Sach- und Rechtskontrolle durch gerichtliche Unterinstanzen umfassend gewährleistet würde, aber auch hier ist eine Harmonisierung wünschbar. Eine solche lediglich in das Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht zu verweisen, erscheint ungenügend. Die analoge heutige Rechtslage im Ausländerrecht belegt ein entsprechendes prozessuales Defizit. Hinzu kommt, dass die Beschwerdefrist für die Anfechtung von Wegweisungen auf zehn Tage beschränkt werden soll. Die Verfahrensrechte der betroffenen ausländischen Personen sollen also recht erheblich beschnitten werden. Auch das ist verfassungsrechtlich bedenklich und ergibt sich im Übrigen keineswegs zwingend aus der neuen Verfassungsbestimmung.

5. Gesamtbeurteilung

Der Bericht der Arbeitsgruppe offenbart einen Kulturkonflikt hinsichtlich des Rechtsverständnisses der beteiligten Personen, wie er bereits im Gegensatz von Initiative zu Gegenvorschlag enthalten war und wie er derzeit in einer allgemeineren Form in der Schweiz, aber auch anderswo in einigen europäischen und aussereuropäischen Ländern ausgetragen wird. Dabei stehen sich zwei grundsätzlich unvereinbare Auffassungen gegenüber.

Die eine Seite folgt einem Rechtsverständnis, das von zumindest der Gleichwertigkeit des Demokratieprinzips und des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit sowie von der unteilbaren und für alle gleichen Geltung der Menschenrechte

ausgeht, wie es sich seit der Aufklärung und insbesondere der französischen Revolution durch die Internationalisierung der Menschenrechte entwickelt hat. Daran hat sich die Mehrheit der Arbeitsgruppe grundsätzlich ausgerichtet.

Auf der anderen Seite geht die Minderheit, welche letztlich die Initianten vertritt, aus vom Vorrang des Demokratieprinzips gegenüber der Rechtsstaatlichkeit und interpretiert den Volksentscheid dementsprechend. Damit verbunden ist eine differenzierende Sicht der Grundrechte: Diese gelten nicht für alle gleich, wobei die Unterscheidungskriterien ziemlich diffus sind, teilweise aber dem Grundgedanken der Menschenrechte diametral zuwiderlaufen.

Eine solche Differenzierung ist in den letzten Jahren wiederholt in verschiedenen Vorstössen zum Ausdruck gekommen. Hauptbetroffene Gruppen sind, bisher, die Kriminellen (vgl. etwa die Verwahrungs- und Unverjährbarkeitsinitiativen) sowie die Ausländer und Ausländerinnen (vgl. die Minarett- und die Ausschaffungsinitiativen). In der Ausschaffungsinitiative fallen diese beiden Kategorien zusammen. Das Diskriminierungspotenzial ist beim differenzierenden Verständnis der Grundrechte evident. Völlig neu ist dieses indessen nicht. Ursprünglich waren die Grundrechte sogar weitgehend den Bürgern vorbehalten und damit Bürgerrechte. Selbst nach dem Wortlaut der Bundesverfassung von 1874 galt etwa das Rechtsgleichheitsgebot nur für Schweizer, doch entschied das Bundesgericht immerhin schon 1888, dass es auch Ausländer schütze. Noch heute können sich ausländische Personen sodann nur bedingt auf die Wirtschaftsfreiheit und überhaupt nicht, auch nicht landesintern, auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Es gab in der Geschichte der Grundrechte des schweizerischen Bundesstaates aber auch andere, meist religiös motivierte Differenzierungen: So erhielten die schweizerischen Juden erst 1866 das Niederlassungsrecht; die Glaubens- und Gewissensfreiheit blieb sogar bis 1874 den Christen vorbehalten. Selbst wenn solche Unterscheidungen also vereinzelt noch nachklingen, geht die herrschende Verfassungslehre doch davon aus, dass das differenzierende Grundrechtsverständnis durch den Übergang des Konzepts rein nationaler Grundrechte zu international verankerten unteilbaren und gleichwertigen Menschenrechten weitgehend überwunden sei. Offenbar zu Unrecht, denn in der Bevölkerung scheinen sich die alten Konzepte wenigstens teilweise noch zu halten.

In der Schweiz wird der Gegensatz zwischen den beiden beschriebenen Auffassungen denn auch akzentuiert durch die ausgebauten Formen der direkten Demokratie. Das Volk kümmert sich weniger um die Rechtsnatur der Menschenrechte. Es bringt eher seine alltäglichen Sorgen zum Ausdruck. Das ist zwar ernst zu nehmen. Die verfassungsrechtlichen Verfahren der direkten Demokratie aber dazu zu nutzen, mit Blick auf kurzfristigen politischen Erfolg die Rechtsstaatlichkeit in Frage zu stellen, ist gefährlich und könnte sich zum Bumerang entwickeln. Denn dahinter lauert das Risiko einer absoluten Demokratie, die keine Rücksicht auf ihre Minderheiten nimmt. Wie sich in der

Menschheitsgeschichte bereits wiederholt gezeigt hat, sind entsprechende Entwicklungen nur schwer zu kontrollieren, wenn sie einmal anlaufen.

Die Benachteiligung von Minderheiten erweist sich jedoch sehr rasch als diskriminierend, ist sie doch regelmässig darin begründet, dass es sich um über fragwürdige Kriterien definierte missliebige Gruppen handelt. Die zivilisatorische Reife eines demokratischen Rechtsstaates zeigt sich nicht zuletzt im Umgang mit solchen Gruppen. Mit der schrankenlosen Verwendung des Initiativrechts verbunden ist demnach nicht nur die Gefahr einer langfristigen Schädigung des Rechtsstaates, sondern der schweizerischen Ausgestaltung der Demokratie oder jedenfalls von deren direktdemokratischen Formen selbst. Ob es in absehbarer Zeit zu Anpassungen des Initiativrechts kommen wird, ist gegenwärtig noch offen. Entsprechende hängige Vorhaben stehen jedenfalls vor hohen Hürden. Umso wichtiger erweist sich der sorgfältige Umgang mit diesem Volksrecht, und zwar bevor es zu spät ist und sich bereits eingetretene Schäden durch eine sinnvolle Korrektur nicht mehr beseitigen lassen. Das gilt es auch bei der Umsetzung von neuem durch Initiativrecht eingeführtem Verfassungsrecht zu beachten.

Sodann lässt die Leichtfertigkeit, mit der offenbar nach Auffassung der Initianten mit dem völkerrechtlichen Engagement der Schweiz umgegangen werden soll, aufhorchen. Besteht nicht die Gefahr, dass die Schweiz damit international ihre Reputation als verlässlichere Partnerin aufs Spiel setzt? Nicht zuletzt ist die Schweiz als Kleinstaat auf den Schutzschild, den das Völkerrecht eben auch bildet und bietet, in besonderem Masse angewiesen. In diesem Sinne begrenzt das Völkerrecht nicht nur die nationale Souveränität, wie manchmal als einzige Funktion des Völkerrechts glauben gemacht wird, sondern bildet einen wesentlichen stabilisierenden Faktor für den Frieden und die Koexistenz der Staatengemeinschaft.

Gegen entsprechende Gefahren und Mängel anzukämpfen, ist Aufgabe der gewählten politischen Behörden, der Gerichte und der Wissenschaft. Wie die Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative gezeigt hat, ist dazu erhebliche Überzeugungsarbeit zu leisten. Die Arbeitsgruppe war immerhin in diesem Sinne bemüht, dem aufgezeigten Konflikt Rechnung zu tragen. Die Mehrheit möchte unsere zivilisatorischen Errungenschaften der letzten rund 250 Jahre wahren, vielleicht mit gewissen Einschränkungen hinsicht-

lich von einzelnen inhaltlichen Mängeln, die sich teilweise aus dem strengen Korsett der neuen Verfassungsbestimmung ergeben, das für eine Harmonisierung mit dem herkömmlichen Rechtsverständnis hohe, aber nicht unüberwindbare Hürden aufstellt. Auch in prozessualer Hinsicht gibt es gewisse Defizite; die Mehrheit der Arbeitsgruppe scheint den Verfahrensrechten nicht denselben Stellenwert einzuräumen wie den materiellen Menschenrechten. Grundsätzlich hat sie sich aber tatsächlich an die Grundwerte angelehnt, welche dem Gegenvorschlag zugrunde lagen, ohne diesen zu übernehmen.

Was die Auffassung der Initianten betrifft, so ist festzuhalten, dass es in der gewaltenteiligen Staatsorganisation, wie sie die Schweiz kennt, von wenigen besonderen Ausnahmefällen abgesehen, keine verbindliche authentische Interpretation gibt. Etwas anderes würde denn auch weitgehend dem Prinzip der Gewaltenteilung widersprechen. Ganz abgesehen davon setzt sich der Verfassungsgeber aus Volk und Ständen und nicht aus den Initianten zusammen. Der wahre Volkswille ist aber schwierig zu ermitteln; gerade wenn das Volk, wie etwa zum FZA, widersprüchliche Signale aussendet. Weiter darf hoffentlich noch immer davon ausgegangen werden, dass das Schweizer Volk nicht leichtfertig bereit ist, jedenfalls nicht in einer grundsätzlichen Masse, die rechtsstaatlichen Errungenschaften aufs Spiel zu setzen.

Die Erwartung ist erlaubt, dass auch der Gesetzgeber und in der Folge die rechtsanwendenden Behörden zur rechtsstaatlichen Demokratie und zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz Sorge tragen werden. Es geht hier nicht zuletzt um die Glaubwürdigkeit der Schweiz und ihres Rechtssystems sowohl in nationaler als auch in internationaler Hinsicht. So gesehen riskieren wir mit diesem Gesetzgebungsprojekt viel und können damit wohl nur wenig gewinnen. Der Volksentscheid ruft allerdings nach einer Umsetzung. Es gilt mithin, daraus das Beste zu machen, die Errungenschaften der modernen rechtsstaatlichen Demokratie nicht leichtfertig aufzugeben und die sich allenfalls abzeichnenden Konflikte mit internationalen Gremien zu vermeiden. Die Aufgabe der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative bleibt so oder so schwierig, anforderungsreich und dornenvoll und wird auf eine heikle Gratwanderung zwischen Politik und Recht hinauslaufen. In diesem Sinne wird die weitere Entwicklung mit Spannung zu verfolgen sein.

Seraina Nufer, SFH

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts – zweiter Teil*

3. Nichteintreten

3.1 Drittstaatenregelung: Art. 34 Abs. 3 lit. b AsylG nicht anwendbar bei Schutzgewährung durch Drittstaat

Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) befasst sich in seinem Grundsatzurteil vom 14. Dezember 2010 mit der Frage, ob die Ausnahmebestimmung von Art. 34 Abs. 3 lit. b AsylG (offensichtliches Erfüllen der Flüchtlingseigenschaft) auf einen eritreischen Asylsuchenden anwendbar sei, welchem Italien Asyl gewährt hatte.⁸⁹ Eine grammatikalische Auslegung des Wortlautes würde dies nahe legen. Eine historische, teleologische und systematische Auslegung führe jedoch zu einem anderen Ergebnis: Demnach habe der Gesetzgeber mit der Ausnahmebestimmung das Risiko ausschliessen wollen, dass eine Person, die offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft erfülle, keinen Zugang zu einem fairen Asylverfahren erhalte und in ihr Heimatland zurückgeschickt werde. Es sei jedoch nicht beabsichtigt gewesen, die Ausnahme auf Personen anzuwenden, welchen ein Drittstaat bereits Asyl oder eine andere Form effektiven Schutzes gewährt habe. Denn in diesen Fällen drohe keine Gefahr des Refoulements.⁹⁰

Im vorliegenden Fall habe sich der Beschwerdeführer zuvor unbestrittenermassen in Italien aufgehalten, wo er Asyl und eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung erhalten habe. Die Ausnahme von Art. 34 Abs. 3 lit. b AsylG sei daher nicht anwendbar.⁹¹ Weiter liegen nach Ansicht des Gerichts keine Anhaltspunkte vor, welche gegen die Zulässigkeit und die Zumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung nach Italien sprechen würden. Daran änderten auch die allgemeinen Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich Unterkunft und Ernährung nichts. Er sei jung, gesund und habe keine familiären Verpflichtungen.⁹² Das Gericht präzisiert, «*en l'absence de circonstances particulières (par exemple maladie grave, handicap, lien de dépendance par rapport à une autre personne, etc.), le caractère raisonnablement exigible de l'exécution de son renvoi en Italie ne pose, conformément à la pratique constante du Tribunal, aucun problème particulier, ce d'autant moins qu'il bénéficie dans ce pays d'un statut légal. L'usage par l'ODM de considérations quelque peu «standardisées» est dès lors admissible et ne viole en aucun cas son devoir de motivation.*»⁹³

Obwohl dem Wortlaut der Bestimmung entgegenstehend, überzeugt die sorgfältige Argumentation des Gerichts. Tatsächlich wäre es vom System her wenig logisch, die Ausnahme von Art. 34 Abs. 3 lit. b AsylG auf Personen anzuwenden, welche bereits einen Schutzstatus in einem Drittstaat erhalten haben. Bedenken, es könne zu Refoulements kommen, bestehen in einem solchen Fall regelmässig

nicht. Interessant sind zudem die Bedingungen, die (e contrario) genannt werden, unter welchen die Zumutbarkeit einer Wegweisung nach Italien problematisch sein könnte. Im Hinblick darauf, dass zahlreiche Asylsuchende via Italien in die Schweiz kommen und somit unter die Dublin- oder Drittstaatenregelung fallen, sind solche Präzisierungen willkommen. Angesichts der desolaten Situation, in welcher der Grossteil der Asylsuchenden und Flüchtlinge in Italien leben muss, scheinen die Kriterien zur Beurteilung der Zumutbarkeit der Wegweisung allerdings zu rigide ausgestaltet.⁹⁴

3.2 Dublin-Verfahren

Wie bereits im Vorjahr hatte das Gericht auch im Berichtszeitraum wieder über zahlreiche Beschwerden gegen Überstellungen nach der Dublin-II-Verordnung⁹⁵ zu befinden. Nachfolgend sollen beispielhaft einige dieser Urteile zu verschiedenen Fragen betreffend das Dublin-Verfahren skizziert werden.

3.2.1 Griechenland, Malta, Italien

Die Frage der Zulässigkeit von Überstellungen nach Griechenland wurde durch das lange erwartete Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) *M.S.S. v. Belgium and Greece*⁹⁶ weitgehend geklärt. Danach sind Überstellungen nach Griechenland aufgrund der desolaten Aufnahmesituation, des mangelnden Zugangs zum Verfahren sowie der Haftbedingungen unzulässig. Das Bundesamt für Migration (BFM) passte zwar – notabene ohne Erwähnung des Strassburger Urteils – kurz darauf seine Praxis an und sieht nun weitgehend von Überstellungen nach Griechenland ab, behält sich aber eine Ausnahmen bei Personen vor, welche in Griechenland Zugang zum Asylver-

* Berichtszeitraum Juli 2010 bis Juni 2011. Der erste Teil mit den Kapiteln «Einführung» und «Materielles Recht» ist in der Ausgabe 3/11 erschienen. Herzlichen Dank an Susanne Bolz für die Unterstützung bei der Auswahl der Entscheide und der Erstellung dieses Beitrags.

⁸⁹ BVGer, Urteil D-7463/2009.

⁹⁰ BVGer, Urteil D-7463/2009, E. 5.2.3, 5.2.5, 5.3.2, 5.4.

⁹¹ BVGer, Urteil D-7463/2009, E. 6.2.

⁹² BVGer, Urteil D-7463/2009, E. 8.4–8.5.

⁹³ BVGer, Urteil D-7463/2009, E. 8.5.

⁹⁴ Siehe hierzu SFH/JussBuss, Asylum procedure and reception conditions in Italy, Mai 2011, www.fluechtlingshilfe.ch/asyrecht/eu-international/schengen-dublin-und-die-schweiz/asylum-procedure-and-reception-conditions-in-italy/at_download/file.

⁹⁵ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrages zuständig ist (Dublin-II-VO).

⁹⁶ EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Beschwerde Nr. 30696/09, 21. Januar 2011.

fahren sowie eine Unterkunft hatten.⁹⁷ In einem Urteil vom 23. Juni 2011 hat das BVGer allerdings darauf hingewiesen, dass eine sogenannte Pink Card – der griechische Ausweis für Personen im Asylverfahren – nicht vor einer Ausschaffung durch die griechischen Behörden schütze. Nur auf diese Karte zu verweisen, trage daher dem Non-Refoulement-Prinzip nicht genügend Rechnung. Zudem geht das Gericht nicht davon aus, dass ein vorgängiger langer Aufenthalt zu einer vorteilhafteren Behandlung bei einer Rücküberstellung führe. Das Vorliegen einer Pink Card beziehungsweise eines langen Aufenthalts seien daher keine tauglichen Kriterien für eine Abweichung von der aktuellen Praxis der Vorinstanz. Das Gericht fordert das BFM mit Verweis auf das M.S.S.-Urteil auf, das Selbsteintrittsrecht auszuüben.⁹⁸ Dieser Einschätzung ist zuzustimmen. Der nach dem Berichtszeitraum ergangene Grundsatzentscheid des BVGer bezüglich Griechenland vom 16. August 2011 kommt zum selben Ergebnis.⁹⁹

Fragen bezüglich problematischer Aufnahmebedingungen stellen sich zudem insbesondere bei Überstellungen nach Italien und Malta und im Falle von verletzlichen Personen auch bei anderen Staaten. Betreffend Malta ist das Urteil vom 10. Juni 2011 zu begrüssen, in dem das BVGer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz feststellt. Das BFM habe trotz Kenntnis der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin und der (bevorstehenden) Geburt ihrer Tochter die Frage des Selbsteintritts nicht geprüft. Zudem sei es nicht auf die vorgebrachten Einwände und den eingereichten SFH-Bericht bezüglich der problematischen Aufnahmebedingungen in Malta eingegangen. Damit habe es seine Begründungspflicht sowie die Pflicht zur Prüfung der Parteivorbringen verletzt. Das BVGer weist das BFM an, konkret zu prüfen, welche Unterbringungsstrukturen in Malta für die Beschwerdeführerinnen «unter Berücksichtigung ihrer Verletzlichkeit sowie der bestehenden Kapazitätsengpässe» in Frage kommen könnten.¹⁰⁰

3.2.2 Selbsteintrittsrecht (Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO)

Systematik der Prüfung von Überstellungshindernissen

In seinem Grundsatzentscheid vom 31. August 2010 analysiert das BVGer die Kriterien des Selbsteintritts und stellt die Systematik der Prüfung von Überstellungshindernissen in Dublin-Fällen klar.¹⁰¹ Die eritreische Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, nach einer beschränkten Zeit in einer Asylunterkunft in Italien habe sie mit ihren beiden kleinen Kindern in einem besetzten Haus ohne fliessendes Wasser, Strom oder Heizung leben müssen. Eine Überstellung nach Italien würde deshalb Art. 3 EMRK verletzen.¹⁰² Das Gericht stellt zunächst klar, dass das Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO nicht direkt anwendbar sei (self-executing). Asylsuchende könnten sich daher nur in Verbindung mit einer anderen Norm des Bundes-

rechts auf diese Bestimmung berufen.¹⁰³ Die Schweiz müsse das Selbsteintrittsrecht ausüben, wenn die Überstellung in einen anderen Dublin-Mitgliedstaat eine ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzen würde. Diesbezüglich verweist das Gericht auf die EGMR-Rechtsprechung: Danach gelte bei EU-Staaten die grundsätzliche Vermutung, dass diese ihre Pflichten aus den Richtlinien der EU, die Mindeststandards für den Asylbereich festlegen, respektierten. Auf dieser Annahme basiere auch das Dublin-System. Dementsprechend obliege es den Asylsuchenden, diese Vermutung im Einzelfall zu widerlegen.¹⁰⁴ Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass ihre Lebensbedingungen und diejenigen ihrer Kinder in Italien genügend prekär gewesen seien, um als unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK eingestuft zu werden. Insbesondere sei die Familie durch die Organisation Centro Astalli unterstützt worden. Diese erfülle ein öffentliches Mandat im italienischen Aufnahmesystem, welches neben Behörden zahlreiche private Organisationen involviere. Es handle sich also nicht um eine karitative Organisation, welche die Lücken der Versorgung durch den Staat zu füllen versuche.¹⁰⁵ Auch bestünden keine Anzeichen für eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots durch Italien.¹⁰⁶

In einem nächsten Schritt klärt das BVGer die Systematik der Prüfung von Überstellungshindernissen in Dublin-Fällen. Gemäss Art. 29a Abs. 3 AsylV1¹⁰⁷ kann das BFM aus humanitären Gründen ein Asylgesuch auch dann behandeln, wenn nach Dublin-II-VO ein anderer Staat dafür zuständig ist. Entgegen der Ansicht des BFM seien damit nicht Fälle gemeint, in denen ein anderer Dublin-Staat die Schweiz ersucht, eine Person nach Art. 15 Dublin-II-VO zu übernehmen, sondern solche, in denen sich die Betroffenen in der Schweiz befänden und das BFM aus humanitären Gründen von einem Dublin-Nichteintretensentscheid absehe. Bei der Bestimmung handle es sich um eine Kann-Bestimmung, welche den Behörden einen gewissen Ermessensspielraum lasse. Der Begriff der «humanitären Gründe» sei auf jeden Fall restriktiver auszulegen als die «konkrete Gefährdung» oder «Unzumutbarkeit» nach Art. 83 Abs. 4 AuG, da bei den Dublin-Mitgliedstaaten zur Zeit keine Situation des Kriegs oder allgemeiner Gewalt zu erwarten sei und sie den Zugang zur notwendigen Gesundheitsversorgung generell garantierten. Unter Berücksichti-

⁹⁷ Bundesamt für Migration (BFM), Praxisanpassungen im Asylverfahren, Medienmitteilung vom 26. Januar 2011, a.a.O.

⁹⁸ BVGer, Urteil E-2835/2010, E. 4.3-5-4.4.

⁹⁹ BVGer, Urteil D-2076/2010.

¹⁰⁰ BVGer, Urteil D-1372/2010, E. 6.1-6.3.

¹⁰¹ BVGer, Urteil E-5644/2009.

¹⁰² BVGer, Urteil E-5644/2009, F.

¹⁰³ BVGer, Urteil E-5644/2009, E. 5.

¹⁰⁴ BVGer, Urteil E-5644/2009, E. 7.2-7.5.

¹⁰⁵ BVGer, Urteil E-5644/2009, E. 7.6.1-7.6.4.

¹⁰⁶ BVGer, Urteil E-5644/2009, E. 7.7.

¹⁰⁷ Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen, SR 142.311.

gung der Prinzipien der Verhältnismässigkeit und des Kindeswohls kommt das Gericht zum Schluss, im konkreten Fall lägen keine Gründe vor, welche gegen eine Überstellung nach Italien sprechen würden. Insbesondere lebe der Vater der Kinder ebenfalls in Italien, und diese hätten praktisch ihre gesamte Kindheit in Italien verbracht.¹⁰⁸

Schliesslich stellt das Gericht klar, dass in Dublin-Fällen in einem einzigen Schritt über das Nichteintreten und die Wegweisung entschieden werde – anders als bei anderen Nichteintretensentscheiden mit Prüfung der Wegweishindernisse in einem zweiten Schritt: *«Il ressort de la systématique du règlement Dublin que la non-entrée en matière sur la demande d'asile et le renvoi (ou transfert) forment une seule et même décision indissociable. Il n'y a pas de place pour un véritable examen séparé des conditions empêchant l'exécution du transfert, une fois qu'il a été décidé que la clause de souveraineté de l'art. 3 § 2 du règlement Dublin ne s'appliquait pas.»*¹⁰⁹

Die Klarstellung der Systematik des Dublin-Verfahrens in der Schweiz sowie die Konkretisierung des Begriffs der «humanitären Gründe» nach Art. 29a Abs. 3 AsylV1 sind zu begrüssen. Zur Zumutbarkeit von Überstellungen nach Italien siehe die Ausführungen unter 3.1.

Selbsteintritt aus humanitären Gründen (Art. 29a Abs. 3 AsylV1)

Um tschetschenische Eheleute, welche an posttraumatischen Belastungsstörungen sowie Depressionen litten, geht es im Entscheid vom 10. Mai 2011.¹¹⁰ Das Gericht kommt zum Schluss, der Zugang zur notwendigen psychiatrischen Behandlung in Polen sei nicht garantiert. Laut einer Abklärung der BFM-Länderanalyseabteilung (MILA) seien die Psychologen in den polnischen Aufenthaltszentren nicht auf Traumatisierung spezialisiert, und die Patienten würden selten an Spezialisten verwiesen. Ausserdem sei der Zugang zum Gesundheitssystem für Asylsuchende nicht vollständig gewährleistet, sondern beschränke sich auf bestimmte Institutionen. Auf diese Punkte der Abklärung sei das BFM in seiner Verfügung nicht eingegangen.¹¹¹ Aufgrund der Umstände des Einzelfalls bestehe hier zwar keine völkerrechtliche Pflicht zum Selbsteintritt wegen eines drohenden Verstosses gegen Art. 3 EMRK. Jedoch habe die Schweiz immer auch die Möglichkeit, das Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO aus humanitären Gründen gestützt auf Art. 29a Abs. 3 AsylV1 auszuüben.¹¹² Das Gericht bejaht im zu beurteilenden Fall das Vorliegen humanitärer Gründe unter Berücksichtigung der traumatischen Erlebnisse der Beschwerdeführenden, des in der Schweiz bereits aufgebauten Vertrauensverhältnisses zu den Ärzten sowie des nicht gesicherten Zugangs zur notwendigen Behandlung in Polen.¹¹³

Im Fall einer suizidalen tschetschenischen Frau mit starken psychischen und physischen Beschwerden hielt das Gericht die Voraussetzungen von Art. 29a Abs. 3 AsylV1

ebenfalls für erfüllt. Es liess die Frage der Behandelbarkeit der Krankheiten in Polen offen, da bereits bei der Vorbereitung des Wegweisungsvollzugs mit einer gravierenden Verschlechterung der Gesundheit der Beschwerdeführerin gerechnet werden müsse. Negative Auswirkungen der gesundheitlichen Situation der Mutter auf ihre drei Kinder seien bereits jetzt zu beobachten.¹¹⁴

Auch im Entscheid vom 28. April 2011¹¹⁵ bejaht das Gericht das Vorliegen humanitärer Gründe und zwar wegen des Zusammentreffens folgender Umstände: Zum einen habe der Beschwerdeführer seit 2002 in der Schweiz gelebt und hier soziale Beziehungen aufgebaut (obwohl wegen seiner Straffälligkeit nicht von einer guten Integration gesprochen werden könne). Zum anderen lebten seine Ehefrau sowie seine fünf Kinder mit Niederlassungsbewilligung in der Schweiz. Ausserdem sei die Zuständigkeit für sein Asylverfahren nur deshalb von der Schweiz auf Italien übergegangen, weil Italien nicht rechtzeitig ein Übernahmegesuch gestellt habe. Ursprünglich wäre die Schweiz aufgrund Art. 9 Abs. 4 al. 2 Dublin-II-VO zuständig gewesen. Dieser materielle Anknüpfungspunkt bleibe bestehen.¹¹⁶

Neben solchen klaren Aufforderungen zum Selbsteintritt weist das BVGer die Sache öfters zur Prüfung an die Vorinstanz zurück. So etwa im Fall einer Nigerianerin, welche in Italien Opfer von Zwangsprostitution geworden war (was vom BFM nicht bestritten wurde). Die Vorinstanz habe fälschlicherweise die Frage des Selbsteintritts nicht geprüft. Der pauschale, textbausteinartige Hinweis, dass die italienischen Behörden Menschenhandel bekämpften und die Opfer schützten, genügten angesichts der glaubhaften Aussagen der Beschwerdeführerin, dass sie diesen Schutz nicht habe beanspruchen können, nicht. Auch habe sich das BFM nicht mit den psychischen und physischen Beschwerden der Frau sowie mit der Tatsache, dass sie mit ihrem Neugeborenen an den Ort ihrer Traumatisierung zurückkehren müsste, auseinandergesetzt. Damit habe das BFM seine Begründungspflicht verletzt.¹¹⁷ Auch im Fall eines Eritreers, dessen Verlobte in der Schweiz ein Asylverfahren durchläuft, muss das BFM gemäss Gericht aufgrund der Schwangerschaft sowie des verschlechterten psychischen Zustands der Verlobten, der Vaterschaftsanerkennung durch den Beschwerdeführer sowie der geplanten Hochzeit die Frage des Selbsteintritts prüfen.¹¹⁸

¹⁰⁸ BVGer, Urteil D-5644/2009, E. 8.1–8.3.

¹⁰⁹ BVGer, Urteil D-5644/2009, E. 10.2.

¹¹⁰ BVGer, Urteil E-7221/2009.

¹¹¹ BVGer, Urteil E-7221/2009, E. 7.3–7.4.

¹¹² Siehe hierzu auch BVGer, Urteil E-5644/2009.

¹¹³ BVGer, Urteil E-7221/2009, E. 7.5–8.3.

¹¹⁴ BVGer, Urteil E-1495/2010, S. 8–10.

¹¹⁵ BVGer, Urteil E-2510/2010.

¹¹⁶ BVGer, Urteil E-2510/2010, E. 7.2.

¹¹⁷ BVGer, Urteil E-6323/2010, E. 6.2.2–6.2.5.

¹¹⁸ BVGer, Urteil E-5989/2010, S. 9.

Die sorgfältige Würdigung der Umstände in diesen Einzelfällen ist zu begrüssen. Gerade in Fällen, in denen eine Überstellung die Gesundheit oder das Familienleben der Betroffenen gefährden würde, gewährt Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO die notwendige Flexibilität. Das Selbsteintrittsrecht dürfte indessen noch grosszügiger angewendet werden. Meist wird pauschal darauf hingewiesen, dass der zuständige Dublin-Mitgliedstaat seine völkerrechtlichen Verpflichtungen einhalte und daher nichts gegen eine Überstellung spreche. Problematisch scheint dies insbesondere bei verletzlichen Personen, welche in Staaten mit mangelhaften Aufnahmebedingungen überstellt werden sollen. Ein Beispiel dafür ist der Fall eines minderjährigen Afghanen mit einer posttraumatischen Belastungsstörung, welcher geltend gemacht hatte, in Italien auf der Strasse gelebt zu haben und dort sowohl von Polizisten als auch von der Mafia tätlich angegriffen worden zu sein.¹¹⁹ Zwar gibt das BVGer dem BFM detaillierte Anweisungen, wie der Situation des Beschwerdeführers bei der Gestaltung der Vollzugsmodalitäten Rechnung zu tragen sei (insbesondere durch adäquate Information und Übergabe an die italienischen Behörden, psychiatrische Begleitung sowie notwendige Medikamentierung).¹²⁰ Angesichts der Verletzlichkeit des Beschwerdeführers – Minderjährigkeit, Traumatisierung, Gewalterfahrungen in Italien – hätte sich meines Erachtens aber ein Selbsteintritt gerechtfertigt.

Selbsteintritt: Einheit der Familie, Gleichbehandlungsgebot

Das Urteil vom 14. Dezember 2010 betrifft einen afghanischen Beschwerdeführer, der zusammen mit seinen Eltern und Geschwistern aus seinem Heimatland ausgereist war.¹²¹ In Griechenland reiste seine Familie ohne ihn weiter und stellte in der Schweiz ein Asylgesuch. Das Dublin-Verfahren der Familie wurde in der Folge abgebrochen. Nachdem der Beschwerdeführer später ebenfalls in die Schweiz reiste und hier ein Asylgesuch stellte, wurde darauf nicht eingetreten mit der Begründung, Griechenland sei zuständig.¹²² Das BVGer führt in Bezug auf die Ungleichbehandlung der Geschwister aus, die Schwester des Beschwerdeführers sei bei der Gesuchstellung in der Schweiz zwar noch minderjährig gewesen. Es sei jedoch aufgrund des gleichzeitigen EURODAC-Treffers in Griechenland davon auszugehen, dass die gesamte Familie gemeinsam aus dem Heimatland ausgereist sei. Zudem sei der Beschwerdeführer unfreiwillig in Griechenland zurückgeblieben. Eine Ungleichbehandlung gegenüber der Schwester gestützt auf das spätere Einreisedatum in der Schweiz sei zu formalistisch. Das Gericht weist das BFM deshalb an, das Asylverfahren in der Schweiz durchzuführen.¹²³

Selbsteintritt aus Treu und Glauben

In einem weiteren Fall hatte das BFM nach Einleitung eines Dublin-Verfahrens eine Anhörung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 AsylG durchgeführt. Das Gericht hält hierzu fest, das BFM

habe dem Beschwerdeführer «mit seinen einleitenden Bemerkungen, der einlässlichen Anhörung zu den Asylgründen und insbesondere mit der anschliessenden Rechtsbelehrung in Bezug auf das weitere Vorgehen einen Asylentscheid in der Schweiz in Aussicht gestellt und ihm gegenüber den Anschein erweckt [...], es betrachte sich für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig und es werde den eingereichten Asylantrag gestützt auf Art. 3 Abs. 2 der Dublin-II-VO im Rahmen des Selbsteintrittsrechts prüfen».¹²⁴ Das BFM habe nicht begründet, warum ein Nichteintretensentscheid dennoch gerechtfertigt sei. Damit habe es seine Begründungspflicht sowie das Prinzip von Treu und Glauben verletzt.¹²⁵

3.2.3 Entfallen der Zuständigkeit nach dreimonatigem Verlassen des Schengen-Raums (Art. 16 Abs. 3 Dublin-II-VO)

Nach Art. 16 Abs. 3 Dublin-II-VO erlischt die Zuständigkeit eines Staates, wenn die betroffene Person das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten für mindestens drei Monate verlassen hat. Im Urteil vom 6. Dezember 2010 betont das Gericht die hohen Beweisanforderungen bezüglich dieser Frist.¹²⁶ In casu geht es anhand der Glaubwürdigkeit der Erzählungen des Beschwerdeführers sowie der zahlreichen Beweismittel (u.a. einem offensichtlich in Togo aufgenommenem Foto) aber davon aus, dass dieser den Schengen-Raum für mindestens drei Monate verlassen habe und folglich nicht mehr Norwegen, sondern die Schweiz für sein Asylgesuch zuständig sei.¹²⁷ Andere Fälle betreffen Personen, die vor dem Inkrafttreten der Dublin-II-VO in der Schweiz aus einem anderen europäischen Staat in die Schweiz eingereist sind. Bei einem über dreimonatigen Aufenthalt in der Schweiz erlischt die Zuständigkeit des anderen Staates gemäss BVGer.¹²⁸

3.2.4 Verletzung der Mitwirkungspflicht durch freiwillige Manipulation der Fingerkuppen

Die Einführung des EURODAC-Systems hat wiederholt dazu geführt, dass Asylsuchende ihre Fingerkuppen manipulierten, um eine Abnahme der Fingerabdrücke zu verunmöglichen. Das Gericht bejaht in diesen Fällen grundsätzlich das Vorliegen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht

¹¹⁹ BVGer, Urteil E-3301/2010, C., M., Q.

¹²⁰ BVGer, Urteil E-3301/2010, E. 3.1.6.

¹²¹ BVGer, Urteil D-5888/2010.

¹²² BVGer, Urteil D-5888/2010, A.-B., E. 5.1.

¹²³ BVGer, Urteil D-5888/2010, E. 5.3–6.

¹²⁴ BVGer, Urteil E-105/2011, S. 5.

¹²⁵ BVGer, Urteil E-105/2011, S. 6.

¹²⁶ BVGer, Urteil D-1276/2010.

¹²⁷ BVGer, Urteil D-1276/2010, E. 2, 3.3, 3.5.

¹²⁸ BVGer, Urteil D-5343/2010, E. 3.4; Urteil E-8099/2010, S. 6.

nach Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG,¹²⁹ fordert jedoch zusätzliche Abklärungen mittels Expertisen, wenn nicht sicher feststeht, dass die asylsuchende Person ihre Fingerkuppen freiwillig zerstört hat.¹³⁰ In einem Fall beispielsweise hält das Gericht fest, es sei nicht ausgeschlossen, dass die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Hautprobleme einen Einfluss auf die Qualität der Fingerabdrücke haben könnten.¹³¹ In einem anderen Fall erinnert das BVGer zudem daran, dass eine Zuständigkeit Italiens auch aufgrund von Aussagen des Beschwerdeführers über seinen Aufenthalt dort möglich sei und nicht nur aufgrund einer EURO-DAC-Registrierung.¹³²

3.2.5 Zulässigkeit der Anwendung des Flughafenverfahrens in Dublin-Fällen

Das Gericht präzisiert mit Verweis auf Art. 22 AsylG sowie Art. 11a AsylV1, es sei grundsätzlich zulässig, einem aus einem Dublin-Mitgliedstaat kommenden Asylsuchenden die Einreise zu verweigern und ihn im Transitbereich des Flughafens unterzubringen. Das Flughafenverfahren beschränke sich demnach nicht nur auf Personen, welche ihr Asylgesuch im internationalen Bereich eines Flughafens gestellt hätten.¹³³

3.3 Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG)

Im Urteil vom 2. September 2010 verweist das BVGer auf die bisherige Rechtsprechung, wonach eine Verletzung der Mitwirkungspflicht i.S.v. Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG nur dann gegeben sei, wenn eine bestimmte, konkret vorgesehene Verfahrenshandlung verhindert werde.¹³⁴ Im vorliegenden Fall habe das BFM keinen Anhörungstermin festgesetzt, weil es aufgrund der mehrfachen Abwesenheiten des Beschwerdeführers vom Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) befürchtet habe, er würde nicht auftauchen. Ohne das Vorliegen eines konkreten Anhörungstermins konnte der Beschwerdeführer aber laut Gericht auch keine konkrete Verfahrenshandlung verhindern. Daran würden die allenfalls berechtigten Zweifel an der Durchführbarkeit der Anhörung nichts ändern. Das BFM habe daher zu Unrecht eine Verletzung der Mitwirkungspflicht angenommen.¹³⁵

Der Argumentation des Gerichts ist zuzustimmen. Ohne Ansetzung eines Termins hatte der Beschwerdeführer in diesem Fall gar nicht die Gelegenheit, seine Mitwirkungspflicht bezüglich der Anhörung wahrzunehmen, geschweige denn sie zu verletzen.

4. Verfahrensrechtliche Fragen

4.1 Verbindlichkeit der Länderpraxis des BVGer

Im Grundsatzurteil vom 20. Dezember 2010 kritisiert das BVGer, dass sich das BFM häufig nicht an die publizierte Länderpraxis des Gerichts halte.¹³⁶ Das BFM hielt die Wegweisung des Beschwerdeführers in die Provinz Ghazni in Afghanistan für zumutbar, obwohl der Wegweisungsvollzug in diese Provinz gemäss ständiger Rechtsprechung der ARK und des BVGer¹³⁷ als generell unzumutbar gilt. Das Gericht stellt fest, dass ungefähr die Hälfte der positiven Urteile auf eine gewollte oder in Kauf genommene Differenz der BFM-Praxis zu derjenigen des BVGer zurückgehe. Es nimmt daher diesen Fall zum Anlass, die Argumentation des BFM zur Rechtfertigung seiner abweichenden Praxis grundsätzlich zu beurteilen.¹³⁸

Das BFM beruft sich insbesondere auf sein Ermessen. Das Gericht erläutert diesbezüglich die sogenannte Ohne-Not-Praxis: Wo es um Fragen gehe, in denen die Vorinstanz über spezifisches Fachwissen verfüge, sollte die Beschwerdeinstanz nicht ohne Not von deren Einschätzung abweichen. Im Asylbereich hingegen verfüge das BVGer – aufgrund eigener Länderexperten sowie der gemeinsam mit dem BFM genutzten Datenbank ARTIS – über eine vergleichbare Fachkompetenz wie das BFM. Daher bleibe kein Raum, die Ermessensüberprüfung durch das BVGer in Bezug auf länderspezifische Fragen einzuschränken.¹³⁹ Die Massgeblichkeit rechtskräftiger Entscheidungen der zuständigen Rechtsmittelbehörde für die betroffene Verwaltungseinheit folge direkt aus den Verfassungsgrundsätzen der Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.¹⁴⁰ Das Abweichen des BFM von der Praxis des BVGer führe im Hinblick auf diese Grundsätze und angesichts der hohen Rechtsgüter, die betroffen sind, zu unhaltbaren Ergebnissen, da dadurch die Wegweisung in eine potenziell gefährdende Lebenssituation nur davon abhängt, ob eine Beschwerde erhoben werde. Zudem würden zahlreiche unnötige Rechtsmittelverfahren provoziert, welche ungerechtfertigte Kosten verursachten.¹⁴¹ Das BFM müsse sich also grundsätzlich an die publizierte oder anderweitig kommunizierte Praxis des BVGer halten. Sollte das

¹²⁹ BVGer, Urteil E-7963/2010, S. 7; Urteil D-1935/2010, S. 7.

¹³⁰ BVGer, Urteil D-4514/2010, S. 5–6; Urteil E-6117/2010, S. 5.

¹³¹ BVGer, Urteil E-5086/2010, S. 4.

¹³² BVGer, Urteil D-4514/2010, S. 5.

¹³³ BVGer, Urteil E-6934/2010 und E-6935/2010, S. 4–5.

¹³⁴ EMARK 2001 Nr. 19, S. 139 ff.; BVGer, Urteil D-6212/2010, S. 5.

¹³⁵ BVGer, Urteil D-6212/2010, S. 6.

¹³⁶ BVGer, Urteil E-5929/2006.

¹³⁷ Bis Mitte Juni 2011 geltende Rechtsprechung. Zur aktuellen Praxis siehe Urteil E-7625/2008, besprochen unter 2.3.2.

¹³⁸ BVGer, Urteil E-5929/2006, E. 6.5.

¹³⁹ BVGer, Urteil E-5929/2006, E. 7.1–7.6.

¹⁴⁰ BVGer, Urteil E-5929/2006, E. 8.1.

¹⁴¹ BVGer, Urteil E-5929/2006, E. 8.2–8.3.

BFM eine Länderpraxis des BVGer nach Ablauf einer gewissen Zeit für anpassungsbedürftig erachten, stehe es ihm frei, in einzelnen Asylverfahren (Pilotverfahren) mit ausreichender Begründung von dieser Praxis abzuweichen.¹⁴² Das Gericht betont, in zukünftigen Fällen von Missachtung seiner Länderpraxis Beschwerden im vereinfachten Verfahren unter Hinweis auf dieses Grundsatzurteil zu erledigen und an das BFM zurückzuweisen.¹⁴³

Das Urteil ist in seiner Deutlichkeit zu begrüßen. Die kritisierte Praxis des BFM ist insbesondere deshalb problematisch, weil der Rechtsschutz für die Asylsuchenden in der Schweiz heute nicht flächendeckend gesichert ist. Gerade bei kurzen Beschwerdefristen ist ein rechtzeitiger Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung nicht in jedem Fall gegeben. Rechtliche Unterstützung für mittellose asylsuchende und ausländische Personen wird ausschliesslich durch Hilfswerke gewährleistet. Die SFH forderte daher in diesem Zusammenhang, dass der Staat in diesem Bereich mehr Verantwortung übernimmt. Zusätzlich ist eine grössere Transparenz über die Herkunft der Erkenntnisse sowie die Beachtung europäischer Standards für die Verwendung von Herkunftsländerinformationen sowohl durch das BFM als auch das BVGer erforderlich.¹⁴⁴ Nur so können die Betroffenen angemessen mit einer Beschwerde auf einen negativen Entscheid reagieren.

4.2 Registrierung des Geburtsdatums im ZEMIS: keine oo-Daten

Die erste Abteilung des BVGer befasst sich in ihrem Entscheid vom 14. März 2011 mit der Beschwerde einer jungen Afghanin, deren Geburtsdatum im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) als «00.08.1990» registriert war.¹⁴⁵ Zunächst hatte sie das Geburtsdatum «26. Mai 1992» genannt, in einer späteren Anhörung jedoch zugegeben, ein falsches Datum angegeben zu haben, um als Minderjährige behandelt zu werden. In Wahrheit sei sie am 1. August 1990 geboren worden. Das BFM wies ihr Gesuch um Korrektur des fiktiven Datums «00.08.1990» im ZEMIS mangels Vorliegen von Identitätsdokumenten ab. Sie gelangte ans BVGer und machte geltend, dass das fiktive Datum von keinem Informatiksystem erkannt werde und ihr deshalb zahlreiche administrative Tätigkeiten wie beispielsweise die Eröffnung eines Postkontos verunmöglichliche.¹⁴⁶ Das Gericht stützt sich auf Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG¹⁴⁷, wonach eine Person mit schutzwürdigem Interesse vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen kann, Personendaten zu berichtigen. Beim Geburtsdatum «00.08.1990» handle es sich offensichtlich um ein falsches, weil nicht existierendes Datum. Angesichts der Einschränkungen im Alltag habe die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an einer Berichtigung. Das BFM habe keinen plausiblen Grund vorgebracht, warum das Datum nicht zu korrigieren sei. Ob das korrekte Geburtsdatum tatsächlich der 01.08.1990 sei, könne nicht mit Sicherheit festgestellt wer-

den. Daher sei dieses Datum im ZEMIS mit einem entsprechenden Vermerk zu registrieren (Art. 25 Abs. 2 DSG).¹⁴⁸

4.3 Botschaftsverfahren und Asylgesuch aus dem Ausland

4.3.1 *Einreisebewilligung aus der Türkei trotz fehlender Beziehung zur Schweiz*

Die Beschwerdeführerin im Einzelrichterentscheid vom 13. Dezember 2010¹⁴⁹ stellte auf der Schweizer Botschaft in Ankara ein Asylgesuch und brachte folgendes vor: Sie sei Alevitin arabischer Ethnie, politisch aktiv und habe als Journalistin für eine Zeitung gearbeitet. Gegen sie sei in der Türkei ein Strafverfahren wegen Verstosses gegen das Demokratietgesetz vor der Beschwerdeinstanz hängig. Das Gericht bejaht entgegen der Einschätzung des BFM begründete Hinweise auf Verfolgung. Es handle sich beim laufenden Verfahren gerade nicht um ein rechtsstaatlich legitimes Verfahren. Es bestünden keine Hinweise auf Mitgliedschaft bei einer terroristischen Organisation, weshalb aufgrund der momentanen Aktenlage nicht von Asylunwürdigkeit ausgegangen werden könne. Der Sachverhalt sei jedenfalls nicht genügend erstellt. Aufgrund des laufenden Verfahrens und der drohenden Inhaftierung sei der Beschwerdeführerin ein weiterer Verbleib in der Türkei nicht zumutbar. Zwar habe sie keine nähere Beziehung zur Schweiz, jedoch gelte dasselbe auch für das Land Kroatien, auf welches die Vorinstanz sie verwiesen hatte. Das BFM wird daher angewiesen, ihre Einreise in die Schweiz zwecks Durchführung des Asylverfahrens zu bewilligen.¹⁵⁰

Zu begrüßen ist an diesem Urteil insbesondere, dass das Gericht die Erteilung der Einreisebewilligung trotz fehlenden engen Bezugs zur Schweiz anordnet. Wie das BVGer zutreffend feststellt, würde die Möglichkeit eines Auslandsbuches – zumindest in den Fällen ohne Beziehung zur Schweiz – faktisch aufgehoben, wenn die Schweiz erst eintreten würde, wenn kein anderer Staat mehr dafür in Frage kommt.¹⁵¹ Es ist kein Grund ersichtlich, warum sich aktuell gefährdete Personen, welche bereits ein Asylgesuch bei einer Schweizer Botschaft anhängig gemacht haben, an irgendeinen anderen Staat wenden sollten, zu dem sie ebenso wenig einen Bezug haben.

¹⁴² BVGer, Urteil E-5929/2006, E. 9.2.1.

¹⁴³ BVGer, Urteil E-5929/2006, E. 9.3.

¹⁴⁴ Siehe hierzu Rainer Mattern, Die Verwendung von Herkunftsländerinformationen (COI) in Entscheiden der Asylinstanzen, a.a.O.

¹⁴⁵ BVGer, Urteil A-8180/2010.

¹⁴⁶ BVGer, Urteil A-8180/2010, A.–E.

¹⁴⁷ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1.

¹⁴⁸ BVGer, Urteil A-8180/2010, E. 3.2–3.6.

¹⁴⁹ BVGer, Urteil D-8253/2010.

¹⁵⁰ BVGer, Urteil D-8253/2010, S. 7–10.

¹⁵¹ EMARK 2005 Nr. 19; Urteil D-8253/2010, S. 9.

4.3.2 Rechtsverweigerung aufgrund langer Verfahrensdauer: Kinder in Somalia

Gemäss Art. 46a VwVG¹⁵² kann gegen die unrechtmässige Verweigerung oder Verzögerung einer anfechtbaren Verfügung Beschwerde geführt werden. Über eine solche befand das BVGer in einem Einzelrichterentscheid vom 9. Februar 2011.¹⁵³ Die Mutter zweier somalischer Kinder, die sich noch im Heimatland befanden, hatte am 20. Oktober 2009 für beide ein Asylgesuch in der Schweiz eingereicht. Das Gericht führt aus, das in Art. 29 Abs. 1 BV¹⁵⁴ enthaltene Beschleunigungsgebot erfordere eine Beurteilung innert angemessener Frist. Wie lange eine «angemessene Frist» sei, könne nicht absolut bestimmt werden, sondern müsse nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden, wie der Komplexität, dem erforderlichen Zeitaufwand, der Bedeutung der Sache für die betroffene Partei sowie deren Verhalten. Dabei seien die Motive für ein überlanges Verfahren irrelevant; die Frage sei vielmehr, ob die Verzögerung objektiv gerechtfertigt sei. In diesem Fall habe sich das BFM über 15 Monate Zeit gelassen, obwohl es bereits im Dezember 2009 seine Absicht kundgetan habe, demnächst zu entscheiden. Angesichts der Situation der Kinder in Somalia sei dies zu lange. Weiter habe die Mutter das BFM mehrmals darum gebeten, einen Entscheid zu fällen. Auch das Argument der Vorinstanz, sie habe bis zum Entscheid des BVGer über die hängige Beschwerde im Fall der Mutter zugewartet, lässt dieses nicht gelten. Die Vorinstanz habe folglich das Beschleunigungsgebot verletzt. Das Gericht heisst die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung gut und weist das BFM an, ohne Verzögerung einen Entscheid zu fällen.¹⁵⁵

Ein rascher Entscheid – zumindest über die Frage der Einreisebewilligung – ist bei Asylgesuchen aus dem Ausland beziehungsweise Botschaftsgesuchen im Allgemeinen geboten. Dies gilt hier noch verstärkt mit Rücksicht auf das Kindeswohl und in Anbetracht der prekären Situation in Somalia. Auch wenn das Gericht nur kurz auf die schwierige Situation der Kinder hinweist, ist die Ermahnung an die Vorinstanz zu begrüssen. Es geht nicht an, die Sicherheit und das Wohl von Kindern wegen eines geringen administrativen Zusatzaufwands (hier Dossierübermittlung zwischen BFM und BVGer) aufs Spiel zu setzen.

4.4 Botschaftsabklärungen

4.4.1 Demokratische Republik Kongo

Der Beschwerdeführer im Urteil vom 27. August 2010 hatte bereits mehrere Jahre als Student in der Schweiz gelebt.¹⁵⁶ Er machte geltend, er sei nach einer vorübergehenden Rückkehr nach Kinshasa bei seiner Ankunft am Flughafen wegen Spionageverdachts festgenommen, inhaftiert und schwer misshandelt worden. Durch Bestechung der Beamten sei er nach mehreren Tagen freigelassen worden. In

einer Nacht- und Nebelaktion sei er dann zurück in die Schweiz geflogen und habe hier ein Asylgesuch gestellt. Nach seiner Abreise sei seine Familie über seinen Verbleib befragt worden. Das BFM kam gestützt auf das Ergebnis einer Botschaftsabklärung zum Schluss, der Beschwerdeführer habe die geltend gemachte Verfolgung nicht glaubwürdig dargelegt.¹⁵⁷ Das BVGer stellt verschiedene Mängel bezüglich der Botschaftsabklärung fest: Das BFM habe dem Beschwerdeführer keine Einsicht in die Fragen an die Botschaft gewährt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Der Bericht der durch die Botschaft beauftragten Vertrauensperson sei zudem ungenau, unvollständig und weder datiert noch unterschrieben. Unter anderem würden Angaben zur abklärenden Person und zu den kontaktierten Personen sowie zur Art der Kontaktaufnahme und der Abklärungen fehlen. Die erste Nachfrage bei den Nachbarn des Beschwerdeführers sei zudem an der falschen Adresse durchgeführt worden. Aufgrund dieser Mängel sei der Beweiswert der Botschaftsabklärung zu schwach und der Sachverhalt zu wenig erstellt, um die Glaubwürdigkeit und Asylrelevanz der Vorbringen zu beurteilen.¹⁵⁸ Das Gericht weist den Fall daher an die Vorinstanz zurück und gibt ihr klare Instruktionen, wie beim Einholen zusätzlicher Botschaftsabklärungen vorzugehen sei. Beispielsweise seien die Abklärungen bei der Association africaine de défense des droits de l'homme (ASADHO) und bei den Sicherheitsbehörden durch zwei verschiedene Personen unabhängig voneinander durchzuführen. Ausserdem seien die vom Beschwerdeführer eingereichten Dokumente einer Echtheitsprüfung zu unterziehen. Schliesslich sei der Beschwerdeführer zu den Ergebnissen der neuen Abklärungen anzuhören, sollten diese nicht mit seinen Vorbringen übereinstimmen.¹⁵⁹

Ebenfalls um eine Botschaftsabklärung in der Demokratischen Republik Kongo ging es im Einzelrichterentscheid vom 17. Dezember 2010.¹⁶⁰ Die Beschwerdeführerin hatte eine Entführung und Vergewaltigung durch ugandische Rebellen geltend gemacht. Das BFM veranlasste eine Abklärung durch die Schweizer Botschaft in Kinshasa, gestützt auf deren Ergebnis es das Asylgesuch abwies.¹⁶¹ Das Gericht weist auf das Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 Abs. 1 VwVG hin. Dieses könne namentlich dann eingeschränkt werden, wenn wichtige öffentliche oder private Interessen eine Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1

¹⁵² Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021.

¹⁵³ BVGer, Urteil D-45/2011.

¹⁵⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁵⁵ BVGer, Urteil D-45/2011, S. 2–7.

¹⁵⁶ BVGer, Urteil E-5156/2006.

¹⁵⁷ BVGer, Urteil E-5156/2006, A.–N.

¹⁵⁸ BVGer, Urteil E-5156/2006, E. 3.2–4.2.

¹⁵⁹ BVGer, Urteil E-5156/2006, E. 5.3.

¹⁶⁰ BVGer, Urteil E-5180/2010.

¹⁶¹ BVGer, Urteil E-5180/2010, B.–E.

lit. a und b VwVG). In casu habe das BFM der Beschwerdeführerin nur eine Zusammenfassung des Abklärungsergebnisses zur Kenntnis gebracht. Das Gericht könne nicht nachvollziehen, warum die Vorinstanz nicht Einsicht in ihre gesamte Botschaftsanfrage sowie in die Antwort gewährt habe, allenfalls unter Abdeckung einzelner Passagen. Die Zusammenfassung des BFM sei ausserdem unvollständig. Das BVGer kommt zum Schluss, dass die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt habe.¹⁶² Es kassiert die Verfügung *«au vu de la gravité de l’informalité commise par l’ODM [...], de la jurisprudence établie de longue date applicable en la matière – qui devrait pourtant être connue de cet office – et du caractère répété de ce genre d’erreurs de procédure»*. Sollte die Vorinstanz in ihrem erneuten Entscheid wieder zum Schluss kommen, die Botschaftsabklärung könne nicht offengelegt werden, sei dies klarer zu begründen.¹⁶³

Der Argumentation des Gerichts in diesen beiden Fällen ist beizupflichten. Besonders interessant ist die über die Umstände des Einzelfalls hinausgehende allgemeine Feststellung, dass in der Praxis sehr häufig nur ungenügend Einsicht in die Fragen und Ergebnisse von Botschaftsabklärungen gewährt wird. Dies verunmöglicht es den Betroffenen, den Entscheid nachzuvollziehen und wirksam anzufechten. Im Hinblick auf den zentralen Anspruch auf rechtliches Gehör scheint das Vorgehen der Behörden bei Botschaftsabklärungen sehr problematisch, da es zu wenig transparent ausfällt.

4.4.2 Syrien

Im Urteil vom 29. September 2010 befasst sich das BVGer mit Botschaftsabklärungen in Syrien: «Das Bundesverwaltungsgericht geht grundsätzlich davon aus, dass die Auskünfte der Schweizerischen Vertretungen im Ausland seriös durchgeführt werden und daher zuverlässig sind. In Bezug auf die Botschaftsantworten aus Syrien ist jedoch festzustellen, dass diese in der Regel sehr knapp ausfallen, indem beispielsweise (wie auch im vorliegenden Fall) ohne nähere Angaben erklärt wird, die fragliche Person werde von den syrischen Behörden nicht gesucht. Dabei wird weder erläutert, bei welchen Behörden nachgeforscht wurde noch ist klar, was genau mit dem Begriff «gesucht» gemeint ist. Derartige rudimentäre Auskünfte mögen allenfalls genügen, wenn den Akten keinerlei konkrete Hinweise auf eine asylrelevante Verfolgung durch die Behörden des Heimatlandes zu entnehmen sind. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer jedoch nachträglich Dokumente vorgelegt, aus welchen hervorgeht, dass er in Syrien wegen politischer Delikte zu einer Haftstrafe verurteilt wurde.»¹⁶⁴ Das BFM habe die angeblichen Fälschungsmerkmale dieses Dokuments weder näher bezeichnet noch ein Expertengutachten angeordnet. Es habe somit den Sachverhalt nur unvollständig abgeklärt. Das BVGer weist den Fall für weitere Abklärungen an die Vorinstanz zurück.¹⁶⁵

Auch dieses Urteil des BVGer ist zu begrüssen. Tatsächlich beschränken sich Botschaftsabklärungen in Syrien häufig auf die pauschale Feststellung, eine Person werde dort von den Behörden nicht gesucht. Zusätzlich zu Problemen bezüglich der Begründungspflicht und des Untersuchungsgrundsatzes sind folgende Punkte zu bedenken: Im syrischen Kontext scheint fragwürdig, wie und woher die von der Botschaft mit den Abklärungen beauftragten Vertrauensanwälte derartige Informationen der syrischen Behörden beziehen. Aufgrund mangelnder Koordination der verschiedenen Geheimdienste scheint zweifelhaft, ob tatsächlich verlässliche zentrale Listen von gesuchten Personen bestehen. Ob diese den Vertrauensanwälten zugänglich wären, ist weiter fraglich. Dabei muss berücksichtigt werden, dass Personen allenfalls nicht von Polizeibehörden, wohl aber von Geheimdiensten gesucht werden können. Ausserdem bedeutet der Umstand, dass eine Person nicht auf einer entsprechenden Liste aufgeführt ist, noch nicht mit Sicherheit, dass sie nicht dennoch verfolgt ist. In Syrien kommt es häufig zu willkürlichen, nicht rechtsstaatlich fundierten Festnahmen insbesondere von politischen und kurdischen Aktivisten. Aufgrund dieser Überlegungen scheint die Zuverlässigkeit solcher Botschaftsabklärungen in Syrien höchst zweifelhaft.¹⁶⁶ Zusätzlich stellt sich die Frage der Gefährdung der asylsuchenden Personen durch Recherchen bei den heimatlichen Behörden. Zwar hat das BVGer in früheren Entscheiden solche Bedenken mehrfach mit dem Argument abgewiesen, die heimatlichen Behörden hätten keine Kenntnis über den Zusammenhang der Abklärungen. Bei einem Überwachungsstaat wie Syrien vermag diese Ansicht allerdings wenig zu überzeugen.¹⁶⁷

5. Andere Fragen

5.1 Übernahme von Einreisekosten durch das BFM bei Familienzusammenführung

Um die Frage, unter welchen Voraussetzungen das BFM die Einreisekosten bei Familienzusammenführungen übernehmen sollte, ging es im Urteil vom 25. August 2010.¹⁶⁸ Die Frage ist in Art. 92 Abs. 1 AsylG sowie Art. 53 AsylV2¹⁶⁹ geregelt. Das BVGer befindet mit Verweis auf

¹⁶² BVGer, Urteil E-5180/2010, E. 2.3.1–2.4.

¹⁶³ BVGer, Urteil E-5180/2010, E. 4.

¹⁶⁴ BVGer, Urteil D-3608/2010, E. 5.3.

¹⁶⁵ BVGer, Urteil D-3608/2010, E. 5.3–5.4.

¹⁶⁶ Auskunft der SFH-Länderanalyse, Aurel Schmid, Syrien: Zuverlässigkeit von Botschaftsabklärungen: «von den Behörden gesucht», 7. September 2010, S. 6–7, www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/syrien/syrien-zuverlaessigkeit-von-botschaftsabklaerungen-von-den-behoerden-gesucht/at_download/file.

¹⁶⁷ Auskunft der SFH-Länderanalyse, Syrien: Zuverlässigkeit von Botschaftsabklärungen, a.a.O., S. 9.

¹⁶⁸ BVGer, Urteil E-2655/2010.

¹⁶⁹ Asylverordnung 2 vom 11. August 1999 über Finanzierungsfragen, SR 142.312.

die Materialien, die Übernahme von Einreisekosten sei grundsätzlich restriktiv zu handhaben und dem BFM komme im Einzelfall ein Ermessensspielraum zu. Prinzipiell müsse Mittellosigkeit nachgewiesen werden. Nach Ansicht des Gerichts ist die Praxis, wonach Gesuche um nachträgliche Rückerstattung von Einreisekosten automatisch abgewiesen werden, nicht sachgerecht. Es müsse im Einzelfall geprüft werden, wie die Mittel für die Finanzierung der Reise aufgebracht worden seien.¹⁷⁰ Im vorliegenden Fall sei dies nur dank eines Darlehens der SFH möglich gewesen. Auch hätten die Beschwerdeführenden glaubhaft dargelegt, dass ihre Verwandten sie nicht weiter finanziell unterstützen könnten, da sie bereits ein erhebliches Lösegeld für die Freilassung der Beschwerdeführenden aus der Haft in Eritrea bezahlt hätten. Angesichts der Sozialhilfeabhängigkeit der Betroffenen sei ihnen eine Rückzahlung des Darlehens nicht zumutbar. Das BFM wird deshalb aufgefordert, die Einreisekosten zu übernehmen.¹⁷¹

Der sach- und einzelfallgerechten Prüfung des BVGer ist zuzustimmen. Es scheint logisch, dass das Vorschiesen von Kosten durch eine Drittpartei nicht gegen die Mittellosigkeit einer Person spricht. Unter solchen Umständen ist eine Übernahme der Kosten durch das BFM angemessen, denn Flüchtlinge sollen nicht durch untragbare Schulden belastet werden, wenn sie versuchen, ihr Recht auf Familienleben zu realisieren.

5.2 Staatshaftung

Abschliessend soll hier kurz auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGer) vom 19. Oktober 2010 hingewiesen werden, durch das ein Entscheid der ersten Abteilung des BVGer aufgehoben wurde.¹⁷² Es geht um einen in der Schweiz an-

erkannten türkischen Flüchtling, welcher bei einem Aufenthalt in Deutschland in Auslieferungshaft kam. Das BVGer bejahte eine Staatshaftung der Schweiz, weil diese den Flüchtling darüber hätte informieren müssen, dass nach wie vor ein Auslieferungsersuchen der Türkei bestehe.¹⁷³ Das BGer kommt zu einem anderen Schluss: Dem Flüchtling sei die Gefahr der Inhaftnahme im Ausland bewusst gewesen, weshalb keine Kausalität zwischen der zurückhaltenden Information durch die Schweizer Behörden und dem erlittenen Schaden vorliege.¹⁷⁴

6. Zusammenfassung

Das BVGer nahm im Berichtszeitraum neue Lageanalysen vor zu Afghanistan, Dagestan, den Yeziden im Irak und den Bihari in Bangladesch. Seine Praxis bezüglich Afghanistan änderte es aufgrund der Verschlechterung der Situation grundlegend, während die Wegweisungspraxis zu Sri Lanka bestätigt wurde. Weiter klärte es grundsätzliche Fragen bezüglich der Prüfungssystematik im Dublin-Verfahren sowie bezüglich der Drittstaatenregelung bei bereits in einem Drittstaat anerkannten Flüchtlingen. Deutliche Kritik an der Vorinstanz übte es wegen deren Missachtung der gerichtlichen Länderpraxis. Andere wichtige Fragen betrafen die Glaubwürdigkeit, das Botschaftsverfahren, Botschaftsabklärungen, Unzumutbarkeit aus medizinischen Gründen sowie diverse Punkte in Zusammenhang mit dem Dublin-Verfahren. Zu begrüssen sind die Klärung grundsätzlicher Fragen und die differenzierte, einzelfallgerechte Abwägung, welche in mehreren Entscheiden auffällt. Eine raschere Überprüfung und Anpassung der gerichtlichen Länderpraxis bei wesentlichen Veränderungen in einem Herkunftsland – hier Afghanistan – wäre indessen in Zukunft wünschenswert.

¹⁷⁰ BVGer, Urteil E-2655/2010, E. 4.1–4.2.

¹⁷¹ BVGer, Urteil E-2655/2010, E. 4.3–4.4.

¹⁷² BGer, Urteil 2C-834/2009.

¹⁷³ BVGer, Urteil A-1269/2008, 13. November 2009, besprochen in: Seraina Nufer, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts, in: Alberto Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, S. 306 f.

¹⁷⁴ BGer, Urteil 2C-834/2009, E. 3.5.

Martina Caroni/Simon Schädler*

Lex Brunner und EMRK

Auf den 1. Januar 2011 traten die als Lex Brunner bezeichneten Gesetzesbestimmungen in Kraft. Die neuen Art. 98 Abs. 4 sowie 99 Abs. 4 ZGB verunmöglichen die Eheschliessung in der Schweiz für Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt und führen eine Meldepflicht der Zivilstandsämter an die Migrationsbehörden ein. Diese Bestimmungen sollen Art. 97a ZGB ergänzen, der zur effektiven Bekämpfung von so genannten Ausländerrechts- oder Scheinehen als ungenügend erachtet wird. Der Wortlaut der neuen Bestimmungen lässt indes kaum Raum für ein behördliches Ermessen in Fällen von Eheschliessungen, die offenkundig nicht der Umgehung der ausländerrechtlichen Bestimmungen dienen, sondern einem tatsächlichen Wunsch nach Bindung entsprechen. Vorliegend soll die Vereinbarkeit der Lex Brunner mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), insbesondere im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) im Fall O'Donoghue et al. v. United Kingdom geprüft werden. Der Fokus liegt dabei auf der Problematik des Rechts auf Eheschliessung von Art. 12 EMRK.

1. Die Lex Brunner und die Bekämpfung von Ausländerrechtsehen

Im November 2005 reichte Nationalrat Toni Brunner die parlamentarische Initiative «Scheinehen unterbinden» (Pa.Iv. 05.463) ein. Darin wurde eine Revision des Zivilgesetzbuches gefordert und zwar hinsichtlich der Überprüfungs Kompetenzen der Zivilstandsbeamtinnen und -beamten im Rahmen des Ehevorbereitungsverfahrens. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK NR) teilte die Befürchtungen Toni Brunners, dass die migrationsrechtlichen Bestimmungen zu wenig wirksam bei der Bekämpfung von Scheinehen seien und illegal anwesende Ausländerinnen und Ausländer nicht daran hindern würden, das Ausländerrecht mit einer raschen Eheschliessung zu umgehen, das Gesetzgeber erachtete somit die bereits mit Art. 97a ZGB¹ ergangenen (und am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen) Verschärfungen als unzureichend. Der Entwurf der SPK NR wurde in der Schlussabstimmung im Juni 2009 angenommen und die Gesetzesnovelle trat nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist am 1. Januar 2011 in Kraft.

Die Befürworter der Lex Brunner argumentierten, den Zivilstandsämtern komme bei der Eheschliessung von Ausländerinnen und Ausländern mit ungeregeltem Aufenthaltsstatus ein zu grosses Ermessen zu. Mit der Gesetzesnovelle solle daher verhindert werden, dass «rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende und Illegale sich durch Heirat der Ausreise oder Ausschaffung aus der Schweiz entziehen könn[t]en.»² Aus den Materialien geht deutlich hervor, dass es Ziel und Zweck der Novelle war, abgewiesenen Asylsuchenden und illegal in der Schweiz anwesenden Ausländerinnen und Ausländern zu verwehren, durch Heirat in der Schweiz einen Aufenthaltstitel zu erwerben.³ Nicht tangiert werden sollte jedoch der Kerngehalt des Freiheitsrechts der Ehefreiheit. In seiner Stellungnahme zum Bericht der SPK NR führte der Bundesrat im März 2008 aus, dass die Gesetzesrevision auf Grund des öffentlichen Interesses an der Verhinderung von Scheinehen unterstützt würde. Zudem sei die Konformität der Lex Brunner mit der Bundesverfassung (Art. 13 und 14 BV) sowie der EMRK (Art. 12 und 8 EMRK) gewahrt: «Bei der Anwendung der (...) Massnahmen wird im Einzelfall darauf zu achten sein, dass (...) keine unüberwindbaren Hindernisse für das Eingehen einer Ehe (...) einge-

führt werden.» Ob der Wortlaut der nunmehr in Kraft getretenen Bestimmungen in der Praxis tatsächlich Ermessensspielraum für eine Prüfung des Einzelfalles zulässt, war im Rahmen der parlamentarischen Debatten⁴ sowie des Vernehmlassungsverfahrens⁵ umstritten.

1.1 Der Normgehalt der Lex Brunner

Nach Art. 98 Abs. 4 ZGB müssen Verlobte, die nicht über das Schweizer Bürgerrecht verfügen, im Rahmen des Ehevorbereitungsverfahrens nachweisen, dass sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Dieser Nachweis gilt als erbracht, wenn die Betroffenen über eine ausländerrechtliche Bewilligung, einen Pass mit einem gültigen Visum für die Schweiz oder über eine Ad-hoc-Bestätigung verfügen. Die entsprechenden Titel müssen bis zum Tag der beabsichtigten Trauung gültig sein. Zusätzlich verpflichtet Art. 99 Abs. 4 ZGB die Zivilstandsämter, den zuständigen Behörden die Identität von Verlobten mitzuteilen, die ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nicht nachweisen können. Die Meldung muss an die zuständigen Migrationsbehörden am Aufenthaltsort⁶ ergehen.

1.2 Konsequenzen für Heiratswillige ohne rechtmässigen Aufenthalt

Wird der Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts erbracht, gibt es keine rechtlichen Hürden mehr zu überwinden und die Trauung wird nach abgeschlossenem Ehevorbereitungsverfahren durch die Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten vorgenommen. Kann dieser Nachweis jedoch nicht beigebracht werden, sind die rechtlichen Konsequenzen de lege lata eindeutig. Nach Art. 67 Abs. 3 ZStV hat das Zivilstandsamt die Trauung zu verweigern, sofern unter anderem ausländische Verlobte ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nicht nachzuweisen vermögen. Eine zivilrechtliche Eheschliessung ist somit für abgewiesene Asylsuchende mit abgelaufener Ausreisefrist sowie Sans-Papiers ausgeschlossen, unabhängig vom Grund für die beabsichtigte Eheschliessung. Das faktische Eheverbot gilt demnach auch für jene Verlobten, die eine eheliche Lebensgemeinschaft anstreben und nicht einzig migrationsrechtliche Bestimmungen zu umgehen beabsichtigen.⁷ Tangiert wird dabei nicht nur das Eheverbot des

* Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M., ist Professorin für öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Luzern; Simon Schädler, MLaw (Luzern) ist Assistent am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich (Lehrstuhl Prof. H. Keller). Wir danken Sandro Hofstetter, MLaw (Luzern) für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ Nach Art. 97a ZGB treten Zivilstandsbeamtinnen und -beamte auf ein Gesuch nicht ein, wenn die Verlobten «offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländer umgehen» wollen.

² Vgl. den Initiativtext.

³ Votum Brunner im NR, Amtl. Bulletin 2009 N 80; Vorentwurf und erläuternder Bericht der SPK NR vom 28. Juni 2007, BBl 2008 2467, 2469; Votum BR Widmer-Schlumpf Eintretensdebatte im Nationalrat, Amtl. Bulletin 2009 N 86.

⁴ Siehe statt vieler: Votum SR Dick Marty in der ständerätlichen Eintretensdebatte, Amtl. Bulletin 2009 SL 303.

⁵ Siehe hierzu zum Beispiel die Stellungnahme der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH (erhältlich unter www.fluechtlingshilfe.ch/asylrecht/stellungnahmen/stellungnahme-zu-den-parlamentarischen-initiativen-abscheinehen-unterbinden-und-abänderung-des-buergerrechtsgesetzesbb-vom-25-september-2007).

⁶ Art. 67 Abs. 5 ZStV.

⁷ Martina Caroni/Tobias D. Meyer/Lisa Ott, Migrationsrecht, 2. Auflage, Bern 2011, S. 392 ff.

ausländischen Partners ohne Aufenthaltsrecht, sondern auch jenes seines oder ihres Partners mit rechtmässigem Aufenthalt beziehungsweise Schweizer Staatsbürgerschaft.

2. Die Lex Brunner im Lichte der EMRK

2.1 Das Recht auf Eheschliessung nach Art. 12 EMRK

Art. 12 EMRK statuiert das Recht, mit Erreichen des heiratsfähigen Alters eine Ehe einzugehen sowie eine Familie zu gründen und räumt damit ein subjektives Recht auf Eheschliessung und Familiengründung ein. Die Bestimmung schützt das Recht ehedfähiger Erwachsener, selber zu entscheiden, ob und wen sie heiraten wollen. Als tragendes Prinzip der Ehefreiheit gilt somit die Entscheidungsfreiheit – ob die Ehe tatsächlich gelebt wird, ist grundrechtsdogmatisch bloss von marginaler Bedeutung.⁸

Das Recht auf Eheschliessung nach Art. 12 EMRK kann als Grundrecht nur im Rahmen des innerstaatlichen Rechts zur Geltung kommen. Die Konventionsstaaten haben daher die Möglichkeit, gewisse Voraussetzungen oder Einzelheiten der Eheschliessung beziehungsweise des Eheverfahrens zu regeln. Dabei handelt es sich einerseits um Bestimmungen verfahrensrechtlicher Natur (zum Beispiel Publizität), andererseits aber auch um materielle Vorschriften (zum Beispiel gewisse Ehehindernisse und -verbote).⁹ Die Staaten dürfen indes keine Beschränkungen statuieren, die das Recht auf Ehe in einem Masse einschränken, sodass dessen eigentlicher Wesensgehalt berührt oder verunmöglicht wird.¹⁰ Es steht einem Staat demnach nicht zu, seinen Gestaltungsspielraum im Rahmen von Einschränkungen so zu nutzen, dass ein faktisches Eheverbot resultieren würde.¹¹

Die Konventionsstaaten können daher zwar Bestimmungen erlassen, die verhindern sollen, dass Ausländerinnen und Ausländer eine Ehe einzig und allein zur Legalisierung ihres Aufenthaltes eingehen. Entsprechende Regelungen müssen jedoch den Kriterien einer rechtmässigen Einschränkung in ein Freiheitsrecht – i.c. des Rechts auf Eheschliessung – entsprechen. Im Vergleich zu den anderen Gewährleistungen enthält Art. 12 EMRK keine Bestimmung zu den Einschränkungsvoraussetzungen. Der EGMR prüft daher bei Art. 12 EMRK nicht wie bei anderen Freiheitsrechten die Notwendigkeit einer Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft (zum Beispiel Heiratsverbot für illegal anwesende Ausländer zwecks Verhinderung von Scheinehen). Vielmehr wird geprüft, ob die Beschränkung der Ehefreiheit durch die nationale Gesetzgebung willkürlich oder unverhältnismässig ist.¹² Die Frage der Verhältnismässigkeit stellt sich in besonderem Masse auch bei der Anwendung der Lex Brunner.

2.2 Das Urteil O'Donoghue et al. v. United Kingdom

Von grösster Bedeutung für die Beurteilung der Konventionskonformität der Lex Brunner ist ein im Dezember 2010 vom EGMR gefälltes Urteil. In O'Donoghue et al. v. United Kingdom¹³ stand unter anderem zur Debatte, ob die britische Regelung gegen Scheinehen mit dem Recht auf Ehe von Art. 12 EMRK vereinbar sei. Nigerianisch-britische Eheleute hatten geklagt, da sie zunächst nicht in Grossbritannien hatten heiraten können, weil sie mangels einer unbefristeten Aufenthaltsgenehmigung kein Heiratszertifikat erhalten konnten. Denn der Ehemann, ein nigerianischer Staatsangehöriger, hatte zuvor in Nordirland einen Asylantrag gestellt und nur eine befristete Aufenthaltsgenehmigung erhalten. In der Folge wurden die einschlägigen Bestimmungen wiederholt geändert. In der zweiten Version konnten Heiratswil-

lige ohne unbefristeten Aufenthaltstitel ihren tatsächlichen Ehemännern belegen. Gelang der Nachweis, sollte die Ehe geschlossen werden können. In der dritten Version stand diese Beweismöglichkeit auch Ausländerinnen und Ausländern ohne beziehungsweise mit ausstehendem Entscheid betreffend den rechtmässigen Aufenthalt offen.

Der EGMR führte in seinem Urteil zwar aus, dass die Konventionsstaaten das Recht hätten, zur Bekämpfung von Ausländerrechtsehe gewisse Auflagen für die Eheschliessung durch Ausländerinnen und Ausländer vorzusehen. Derartige Auflagen dürften jedoch nicht zu einem faktischen Heiratsverbot führen, indem die zuständigen Behörden zum Beispiel lediglich das Vorhandensein eines gültigen Aufenthaltstitels berücksichtigen und nicht auch prüfen könnten, ob eine effektiv gelebte Beziehung und ein aufrichtiger Heiratswille bestehe. Die beiden ersten Versionen des britischen Gesetzes führten somit zu einem faktischen Eheverbot («blanket prohibition on the exercise on the right to marry»), da das britische Recht sich einzig auf den rechtmässigen Aufenthalt abstützte und den Behörden keinen Ermessensspielraum für Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt einräumte. Es verletzte daher Art. 12 EMRK.

2.3 Vereinbarkeit der Lex Brunner mit der EMRK

Aus grundrechtlicher Sicht und im Lichte des Urteils in O'Donoghue et al. v. United Kingdom erscheinen die Bestimmungen der Lex Brunner – insbesondere Art. 98 Abs. 4 ZGB – äusserst problematisch. Zwar ist der nationale Gesetzgeber befugt, das Recht auf Eheschliessung einzuschränken, um so die Umgehung ausländerrechtlicher Bestimmungen zu verhindern. Dazu gehört auch die Bekämpfung von Ausländerrechtsbeziehungsweise Scheinehen. Die Grenze des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung des Ausländerrechts bildet jedoch der Kerngehalt des Rechts auf Eheschliessung.

Vorliegend stellt sich die Frage, wie das faktische Eheverbot für Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz im Lichte der Ehefreiheit von Art. 12 EMRK zu beurteilen ist. Art. 98 Abs. 4 ZGB bestimmt in einer wortgetreuen Auslegung, dass eine Ehe ohne rechtmässigen Aufenthalt gänzlich unmöglich ist. Die Bestimmung gilt generell, automatisch und ungeachtet möglicherweise vorliegender Umstände, die den Verlobten beispielsweise erlauben würden, zu beweisen, dass ein wahrhaftiger – in den Worten des EGMR «genuine» – Ehemann besteht.¹⁴

Art. 98 Abs. 4 ZGB lässt sich mit der zweiten Version der britischen Ausländerrechtsbestimmung vergleichen, welche den sich

⁸ Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, N 644 zu Art. 12 EMRK; vgl. ferner Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 167.

⁹ Jens Meyer-Ladewig, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2011, N 5 zu Art. 12 EMRK; vgl. Kiener/Kälin (Fn 8), S. 167 f.

¹⁰ Meyer-Ladewig (Fn 9), N 5 zu Art. 12 EMRK; EGMR, Rees v. United Kingdom vom 17. Oktober 1986, Series A-106, S. 19 ff.; Villiger (Fn 8), N 645 zu Art. 12 EMRK; Kiener/Kälin (Fn 8), S. 167.

¹¹ Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München/Basel/Wien 2009, S. 240.

¹² Meyer-Ladewig (Fn 9), N 5 zu Art. 12 EMRK; Grabenwarter (Fn 11), S. 240 f.; EGMR, Jaremowicz v. Poland, Beschwerde Nr. 24023/03, Urteil vom 5. Januar 2010, Ziff. 50; EGMR, F. v. Switzerland, Series A-128.

¹³ EGMR, O'Donoghue et al. v. United Kingdom, Beschwerde Nr. 34848/07, Urteil vom 14. Dezember 2010.

¹⁴ Philippe Meier/Laura Carando, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse, in: Jusletter vom 14. Februar 2011, S. 8.

legal aufhaltenden Ausländern ermöglichte, ihren Ehemillen zu beweisen, auch wenn die verbleibende Aufenthaltsfrist zu kurz war. Für papierlose Ausländerinnen und Ausländer bestand in diesem Stadium nach britischem Recht – analog der gegenwärtigen Situation in der Schweiz – keine Heiratsmöglichkeit. Der Gerichtshof beurteilte diese Beschränkung der Ehefreiheit in aller Deutlichkeit als Verletzung von Art. 12 EMRK. Eine wortgetreue Anwendung von Art. 98 Abs. 4 ZGB hat ähnliche Folgen wie die vom EGMR als konventionswidrig beurteilten britischen Bestimmungen zur Bekämpfung von Scheinehen: Heiratswilligen ohne rechtmässigen Aufenthalt bleibt das Recht auf Eheschliessung verwehrt.

Zusammenfassend muss daher gefolgert werden, dass das neu formulierte Ehehindernis von Art. 98 Abs. 4 ZGB kaum konventionskonform ist, sofern es wortgetreu angewendet wird. Das Resultat einer derartigen Gesetzesanwendung wäre eine umfassende Verwehrung des Rechts auf Eheschliessung für Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt. In einer solchen Situation bleibt einzig die Möglichkeit, vom Ausland aus ein so genanntes Ehevorbereitungsvisum einzuholen oder auf eine Heirat in der Schweiz zu verzichten. Mangels rechtlicher Alternativen, in der Schweiz zu heiraten, dürfte eine wortgetreue Anwendung von Art. 98 Abs. 4 ZGB den Kerngehalt von Art. 12 EMRK verletzen. Es ist davon auszugehen, dass im Fall einer Beschwerde an den EGMR die Schweiz mit einer Verurteilung zu rechnen hätte.

3. Konsequenzen für die Schweiz: Generelles Eheverbot oder Einzelfallprüfung?

Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob für die schweizerischen Zivilstandsbehörden allenfalls ein gewisser Handlungsspielraum besteht und, falls ein solcher zu bejahen ist, welches Vorgehen möglich ist. Konkret: Wie muss vorgegangen werden, wenn ein heiratswilliges Paar im Rahmen des Ehevorbereitungsverfahrens keinen rechtmässigen Aufenthalt vorweisen kann? Bleibt den rechtsanwendenden Behörden bloss der Weg einer Verweigerung der Ziviltrauung im Sinne von Art. 98 Abs. 4 ZGB i.V.m. 74 Abs. 3 ZstV sowie die Meldung der Betroffenen an die Migrationsbehörden, wie es Art. 99 Abs. 4 ZGB vorsieht? Oder besteht die Möglichkeit einer Einzelfallprüfung und Trauung, sollte das Paar seine «lauteren» Eheabsichten glaubhaft darlegen können?

Zweifellos müssen auch die Bestimmungen der Lex Brunner verfassungskonform ausgelegt werden.¹⁵ Eine bloss auf dem Wortlaut der Bestimmung beruhende Gesetzesanwendung ist juristisch unzureichend, da die so genannte grammatikalische Auslegung den Sinn einer Norm nicht immer wiedergibt. Das Bundesgericht vertritt denn auch einen so genannten Methodenpluralismus, um den wahren Sinn einer auszulegenden Norm zu erfassen.

Einerseits stellt sich die Frage, welche Bedeutung der historische Gesetzgeber den Bestimmungen im ZGB geben wollte. Die historische Auslegung gibt Auskunft darüber, welches die Intentionen der Legislative im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens waren. Wie bereits dargelegt, kommt in den Materialien deutlich zum Ausdruck, dass der Zweck der Norm war, Scheinehen zu bekämpfen.¹⁶ Verhindert werden sollte die Umgehung des Migrationsrechts, indem Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt durch Heirat einen Aufenthaltstitel erwerben. Klarerweise beabsichtigte der Gesetzgeber, eine mit der EMRK konforme Einschränkung der Ehefreiheit zu schaffen. Eine Verletzung des Kerngehalts sollte ebenso ausgeschlossen werden wie

die Einführung «unüberwindbarer Hindernisse». Zu ähnlichen juristischen Schlussfolgerungen führt auch eine teleologische Auslegung der ZGB-Bestimmungen. Diese verlangt, den Gehalt einer Norm nicht isoliert als Wortlaut zu betrachten, sondern in einen Zusammenhang mit den Zielvorstellungen der Legislative zu stellen. Zweck der Gesetzesbestimmung war die Verhinderung des Missbrauchs der Institution Ehe und nicht die Verhinderung der Eheschliessung für Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz. Eine Auslegung gegen den Wortlaut darf indes nur sehr eingeschränkt vorgenommen werden.

Eine besondere Bedeutung kommt aber freilich der völkerrechtskonformen Auslegung der bundesgesetzlichen Bestimmungen zu. Es stellt sich somit die Frage, ob eine konventionskonforme Auslegung der Lex Brunner möglich ist. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR im Fall O'Donoghue et al. v. United Kingdom ist klar, dass eine wortgetreue Anwendung der Lex Brunner den Kerngehalt der Ehefreiheit von Art. 12 EMRK verletzt, sieht die Lex Brunner doch keine Verhältnismässigkeitsprüfung vor. Die grammatikalische Auslegung steht im Konflikt zu völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Zudem zeigt eine sowohl historische wie auch teleologische Auslegung von Art. 98 Abs. 4 ZGB, dass eine Kerngehaltsverletzung von Art. 12 EMRK nicht Ziel und Zweck der Massnahmen im Kampf gegen Ausländerrechtsehen war. Aus rechtlicher Sicht muss somit davon ausgegangen werden, dass den Behörden ein gewisser Spielraum für eine Einzelfallprüfung zustehen müsste. Wie der EGMR in seinem Urteil ausführte, kann für die Eheschliessung nicht das Bestehen eines Aufenthaltsrechtes allein ausschlaggebend sein; ohne Einzelfallprüfung wird der Kern von Art. 12 EMRK verletzt.

Erste Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass die zuständigen Behörden die Bestimmungen der Lex Brunner im Sinne einer wortgetreuen Interpretation anwenden. Dies hat zur Folge, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt keine Möglichkeit zur Ziviltrauung in der Schweiz haben. Heiratswillige ohne rechtmässigen Aufenthalt reisen in ihre Heimat, um ein Visum zu beantragen oder verzichten auf die Eheschliessung. Beobachtet wird auch eine gewisse Abschreckungswirkung, welche Betroffene dazu bewegt, im Zweifelsfall von einer Ausübung des Grundrechts auf Eheschliessung Abstand zu nehmen. Kontakt- und Beratungsstellen im Migrationsbereich weisen potentiell Betroffene an, grundsätzlich nicht ohne (anwaltliche) Beratung und Abklärung ein Ehevorbereitungsverfahren einzuleiten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine wortgetreue Anwendung von Art. 98 Abs. 4 ZGB sowie Art. 99 Abs. 4 ZGB aus völkerrechtlicher Sicht mit dem Recht auf Eheschliessung unvereinbar ist. Vielmehr müsste den Zivilstandsbehörden ein Ermessensspielraum zuerkannt werden, damit Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt die Möglichkeit erhalten, die Wahrhaftigkeit ihres Ehemillens nachzuweisen und bei erfolgreichem Nachweis in der Schweiz zu heiraten.

In diesem Zusammenhang ist auf zwei kürzlich ergangene kantonale Entscheidungen hinzuweisen. Am 9. September 2011 hat das Gemeindeamt des Kantons Zürich in einem gegen das Zivil-

¹⁵ Jörg Paul Müller, Grundrechtliche Probleme, die sich bei der Anwendung der neuen gesetzlichen Bestimmungen betreffend Ehe ergeben, Gutachten für die Berner Beratungsstelle für Sans-Papiers vom 7. September 2009, S. 2 f. (erhältlich unter www.sans-papiers-contact.ch/documents/091030ArtikelJPMuell_erzugesBestimmungenbetrEhedef.pdf).

¹⁶ Siehe Fussnote 1.

standsamt der Stadt Zürich gerichteten Beschwerdeentscheid unter Hinweis auf den Ehemann als innere, nicht direkt beweisbare Tatsache die Ansicht vertreten beziehungsweise verfügt, dass Art. 98 Abs. 4 ZGB eine gesetzliche Umkehrung der Beweislast impliziere. Das Gemeindeamt folgte damit der Argumentation der Rechtsvertretung der Beschwerdeführenden, wonach «die gesetzliche Vermutung von Art. 98 Abs. 4 ZGB, dass ein Brautpaar, das den rechtmässigen Aufenthalt der Braut und/oder des Bräutigams nicht nachweisen kann, eine Scheinehe eingehen will, widerlegbar sein (muss).»¹⁷ Ferner hat das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt am 30. September 2011 in einem Beschwerdeentscheid betreffend die Eheschliessung zwischen einer papierlosen Person und einer Person schweizerischer Staatsangehörigkeit ausgeführt, dass Massnahmen gegen fiktive Eheschliessungen (im Sinne von Art. 98 Abs. 4 ZGB) nach der Rechtsprechung des EGMR zwar zulässig seien. Doch allgemeine, systematische und automatische Ausschlüsse von Eheverbereitungsverfahren (im Sinne des Wortlauts von Art. 98 Abs. 4 ZGB) seien als völkerrechtswidrig zu qualifizieren. Das Verwaltungsgericht hob in der Folge den Entscheid der Vorinstanz auf und wies darauf hin, dass die genannte Bestimmung des ZGB einer völkerrechtskonformen Auslegung unzugänglich sei. Das Gericht wies die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.¹⁸

4. Fazit und Schlussbemerkungen

Die Schweiz hat mit der Gesetzesnovelle der Lex Brunner die Zivilstandsämter verpflichtet, Ausländern und Ausländerinnen ohne rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz die Eheschliessung zu verweigern und die Betroffenen den Migrationsbehörden zu melden. Ziel und Zweck der Novelle ist die Bekämpfung von Ausländerrechts- beziehungsweise Scheinehen. Die Lex Brunner ist aus menschen- und grundrechtlicher Sicht problematisch, da insbesondere die Ehefreiheit nach Art. 12 EMRK durch das fak-

tische Eheverbot von Art. 98 Abs. 4 ZGB in seinem Kerngehalt verletzt wird. Angesichts der neuesten Rechtsprechung des EGMR dürfte eine wortgetreue Anwendung insbesondere von Art. 98 Abs. 4 ZGB kaum mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Einklang zu bringen sein. Die rechtsanwendenden Behörden wären gut beraten – und erste kantonale Entscheide deuten in diese Richtung –, bei Ehebegehren von Ausländerinnen und Ausländern ohne legalen Aufenthaltsstatus einen gewissen Handlungsspielraum zuzulassen und im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips den Einzelfall zu würdigen.

Vorliegend nicht zur Sprache kommen konnten die Probleme, welche die Lex Brunner bezüglich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 9 EMRK) aufwirft. Art. 8 EMRK schützt unter anderem die freie Gestaltung der Lebensführung, wozu insbesondere die zwischenmenschlichen Beziehungen gehören.¹⁹ Dabei ist essenziell, dass der Einzelne Beziehungen zu anderen Menschen aufnehmen kann, was als wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeitsentwicklung und der sozialen Identität angesehen wird.²⁰ Geschützt ist weiter das Familienleben, wobei die rechtliche Formalisierung eines Ehebandes vom EGMR nicht als Notwendigkeit zur Geltendmachung des Grundrechtsschutzes angesehen wird.²¹ Der Gerichtshof unterscheidet demnach nicht zwischen einer ehelichen oder nichtehelichen Familie, sondern stellt auf ein tatsächlich bestehendes Familienleben ab.²² Eingriffe in Art. 8 EMRK seitens der nationalen Gesetzgebung sind nach Abs. 2 möglich, doch ist auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

Ähnliches gilt für die Vereinbarkeit von Art. 97 Abs. 3 ZGB mit Art. 9 EMRK. Die Gesetzesnovellen der Lex Brunner können für die Betroffenen gravierende Konsequenzen für allenfalls gewünschte religiöse Riten haben. Ohne Ziviltrauung ist eine religiöse Eheschliessung nach Art. 97 Abs. 3 ZGB nicht möglich. Auch diese Beeinträchtigung ist aus völkerrechtlicher Sicht problematisch.

¹⁷ Gemeindeamt des Kantons Zürich, Nr. ZW/2011/1037/HL, Verfügung vom 9. September 2011, E. 3.

¹⁸ Tribunal Administratif Vaud, Affaire GE 2011.0082, Urteil vom 30. September 2011, E. 3.

¹⁹ Grabenwarter (Fn 11), S. 202 f.; Villiger (Fn 8), N 562 zu Art. 8 EMRK.

²⁰ Villiger (Fn 8), N 562 zu Art. 8 EMRK; Meyer-Ladewig (Fn 9), N 26 zu Art. 8 EMRK.

²¹ Grabenwarter (Fn 11), S. 204; Villiger (Fn 8), N 570 zu Art. 8 EMRK.

²² Grabenwarter (Fn 11), S. 204 f.; Villiger (Fn 8), N 571 zu Art. 8 EMRK.

Constantin Hruschka*

Stand des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS)

Der etwas ins Stocken geratene Prozess der zweiten Phase der Asylrechtsharmonisierung in der EU hat im Jahr 2011 wieder an Fahrt gewonnen, und zwar bei den Reformprozessen aller vier grundlegenden Instrumente des GEAS. Die vier Elemente sind:

1. Die so genannte Dublin-II-Verordnung¹, die die Zuständigkeit für Asylverfahren im «Dublin-Raum» (i.e. EU plus Island, Norwegen und Schweiz) regelt und auch für die Schweiz bindend ist, da sie Teil des Schengen-Acquis ist.
2. Die Aufnahmerichtlinie (AufnahmeRL)², die die Mindeststandards der Aufnahme während des (Erst-)Asylverfahrens regelt und für alle Personen gilt, die einen Aufenthaltstitel zum Zwecke der Durchführung eines Asylverfahrens haben.
3. Die Asylverfahrensrichtlinie (AsylverfRL)³, die die Mindeststandards für Asylverfahren inklusive des Gerichtsverfahrens und eines möglichen Widerrufsverfahrens regelt.
4. Die Qualifikationsrichtlinie (QRL)⁴, die die materiellen Voraussetzungen für die Zuerkennung internationalen Schutzes enthält (welcher Flüchtlingsschutz und «subsidiären Schutz» umfasst) und zusätzlich regelt, welche Statusrechte der gewährte internationale Schutz mindestens verleihen muss.

Die in den Ziffern 2–4 genannten Richtlinien mussten von den EU-Mitgliedstaaten jeweils innerhalb von zwei Jahren ins nationale Recht umgesetzt werden. Sie sind für die assoziierten Staaten zumindest nicht formal bindend und daher auch nicht direkt anwendbar.

Zu allen vier Instrumenten hatte die EU-Kommission in den Jahren 2008 (Dublin-II-Verordnung⁵ und Aufnahmerichtlinie⁶) und 2009 (Asylverfahrensrichtlinie⁷ und Qualifikationsrichtlinie⁸) Änderungs- beziehungsweise Neuvorschläge vorgelegt, die allerdings auf keine grosse Bereitschaft der Staaten trafen, den Änderungsprozess der Instrumente voranzutreiben. Insbesondere die Änderungsvorschläge zu den unter 1–3 genannten Instrumenten fanden wenig Gegenliebe, da sie eine signifikante Weiterentwicklung im Bereich der individuellen Rechte (vor allem Rechtsschutz und Haft) enthielten. Dies sowie die Verzögerung im Umsetzungsprozess der ursprünglichen Instrumente haben den Änderungsprozess stark verlangsamt. Hinzu kam, dass durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009⁹ nicht mehr eine Einigung auf Mindeststandards notwendig war (die sich bereits als sehr schwierig erwiesen hatte), sondern nun «gemeinsame Standards» (Art. 78 Abs. 1 AEUV) vereinbart werden müssen.

Die Bedeutung dieser Änderung wird sich erst im Laufe des Reformprozesses, der aktuell in vollem Gange ist, vollständig zeigen. Die zeitliche Vorgabe (2012) wird aber wohl kaum einzuhalten sein.

Dublin-II-Verordnung

Trotz der beschriebenen Schwierigkeiten ist im Jahr 2011 durch die Rechtsprechung des EGMR in Dublin-Fällen – vor allem durch das Urteil M.S.S. gegen Belgien und Griechenland¹⁰ – sowie einige Vorlageverfahren beim Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), erhebliche Bewegung in den blockierten Reformprozess der Dublin-II-Verordnung gekommen.¹¹ Dieser Prozess ist für die Schweiz von besonderer Bedeutung, da Änderungen des Dublin-Systems aufgrund der Assoziierungsabkommen¹² auch für die Schweiz bindend sein werden. Hier ziehen sich die Verhandlungen um einen neuen Änderungsvorschlag zwar noch hin, aber es ist bereits abseh-

bar, dass eine erhebliche Verbesserung der Verfahrensrechte der Betroffenen «unvermeidbar» ist. Dies ergibt sich aus den entsprechenden Ausführungen des EGMR im Fall M.S.S. sowie auch aus den Schlussanträgen der Generalanwältin Trstenjak im Vorlageverfahren N.S. gegen das Vereinigte Königreich vom 22. September 2011.¹³ Dort führt die Generalanwältin aus, dass aus ihrer Sicht die Verordnung so auszulegen ist, dass es Situationen gibt, in denen das Selbsteintrittsrecht verpflichtend ist. Es seien dies Situationen, in denen Grundrechte aus der EU-Grundrechtecharta verletzt seien.¹⁴ Damit ginge die Selbsteintrittsverpflichtung weiter als das, was der EGMR unter Artikel 3 EMRK versteht (also das Refoulement-Verbot und andere unmenschliche und erniedrigende Behandlung oder Folter). Eine Verletzung der Verpflichtung aus den Richtlinien allein solle aber nicht ausreichen, um die Selbsteintrittsverpflichtung zu begründen.¹⁵ Dieser letzte Punkt ist für die Schweiz besonders bedeutsam, da sonst faktisch eine rechtliche Bindung an die Richtlinien hätte erfolgen müssen, was aber (vorerst) nicht der Fall ist.¹⁶ Die Schlussanträge der Generalanwältin sind zwar keine Vorwegnahme des Urteils, es ist jedoch in der Regel so, dass der EuGH nicht über diese Anträge hinausgeht. Die Grundsatzurteile des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts zu Selbsteintrittsrecht, Griechenland-Überstellungen und Verfahrensrechten zeichnen diese Entwicklungen bisher weitgehend nach (beziehungsweise haben sie zum Teil schon vorweggenommen).¹⁷

* Constantin Hruschka ist Rechtsberater im UNHCR-Büro für die Schweiz und Liechtenstein. Die hier geäußerten Ansichten sind die des Verfassers und werden nicht unbedingt von den Vereinten Nationen oder von UNHCR geteilt.

¹ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. L 50 vom 25. Februar 2003, 1.

² Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl. L 31 vom 6. Februar 2003, 18.

³ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326 vom 13. Dezember 2005, 13.

⁴ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304 vom 30. September 2004, 12.

⁵ KOM (2008), 820 endg. vom 3. Dezember 2008.

⁶ KOM (2008), 815 endg. vom 3. Dezember 2008.

⁷ KOM (2009) 554 endg. vom 22. Oktober 2009.

⁸ KOM/2009/551 endg. vom 21. Oktober 2009.

⁹ Vertrag von Lissabon, ABl. C 306 vom 17. Dezember 2007, 1.

¹⁰ EGMR, Urteil in Fall M.S.S gg Belgien und Griechenland, Rs-30696/09, 21. Januar 2011; vgl. hierzu die Besprechung von Portmann in: ASYL 3/11, S. 28 ff.

¹¹ Vgl. dazu auch Hruschka/Maiani, Le partage des responsabilités dans l'espace Dublin, entre confiance mutuelle et sécurité des demandeurs d'asile, in: ASYL 2/11, S. 9 ff.

¹² Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA), SR 0.142.392.68.

¹³ EuGH, Rs. C-411/10 (N.S.).

¹⁴ Vgl. ebenda. Antwort auf Frage 2, Rn. 178.

¹⁵ Ebenda.

¹⁶ Dies deshalb, weil die Schweiz dann bei allen Überstellungen die Einhaltung der Standards der Richtlinien durch den Zielstaat überprüfen müsste. Umgekehrt hätten alle Staaten, die in die Schweiz überstellen wollten, prüfen müssen, ob das Schweizer Asylrecht den Standards der Richtlinien entspricht.

¹⁷ Vgl. zur Rechtsprechung des BVGer in diesem Bereich auch Hruschka/Maiani, Dublin-Rückführungen und die Sicherheit im zuständigen Staat – von einer theoretischen zu einer tatsächlichen Überprüfung, in: Achermann et. al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2010/2011, S. 3 ff., sowie die kürzlich ergangenen Grundsatzurteile zu Griechenland-Überstellungen (D-2076/2010 vom 16. August 2011) und Verfahrensrechten von unbegleiteten Kindern (E-8648/2010 vom 21. September 2011).

Ein für die Schweiz sehr interessantes Vorlageverfahren wurde am 18. April 2011 vom französischen Conseil d'Etat dem EuGH unterbreitet.¹⁸ Der Conseil d'Etat fragt, ob die Aufnahme richtlinie auch für Dublin-Verfahren gelte (wäre dies so, würde sie auch gültig für die Schweiz) und wenn ja, ob dies auch für den Zeitraum nach der negativen Dublin-Entscheidung der Fall sei (dann wäre Nothilfe für abgelehnte Dublin-Fälle rechtswidrig) und wer für die Kosten aufkommen müsse. Auch eine Vorlagefrage des österreichischen Asylgerichtshofs zum Selbsteintrittsrecht und zur Auslegung der humanitären Klausel des Art. 15 Dublin-II-Verordnung wirft interessante Fragen auf.¹⁹

Die vom EuGH vorgenommene Auslegung ist für die Staaten, die EU-Recht anwenden, bindend, so dass seiner Rechtsprechung im Prozess der Entwicklung gemeinsamer Standards eine erhebliche Bedeutung zukommt.²⁰

Aufnahmerichtlinie und die Asylverfahrensrichtlinie

Für die Aufnahmerichtlinie²¹ und die Asylverfahrensrichtlinie²² hat die EU-Kommission im Juni 2011 neue Vorschläge vorgelegt, nachdem die ursprünglichen Vorschläge bei den Mitgliedstaaten nicht konsensfähig waren. Der Änderungsprozess ist damit wieder in die Phase der Konsultationen zwischen den Mitgliedstaaten eingetreten, und auch das Europäische Parlament wird sich mit den neuen Vorschlägen vertieft auseinandersetzen müssen.

Betreffend die beiden Richtlinien ist bisher nur im Bereich des Rechtsschutzes nach Art. 39 AsylverfRL – der den Rechtsschutz im Bereich des Asylverfahrens regelt – eine Entscheidung vom EuGH ergangen. Im Verfahren Brahim Samba Diouf²³ hat der Gerichtshof diesen Artikel dahingehend ausgelegt, dass er nicht zwingend direkten Rechtsschutz gegen Zwischenentscheidungen vorsieht. Im Fall war die Frage zu klären, ob ein Verstoß gegen Art. 39 AsylverfRL vorliegt, wenn die Entscheidung der Asylbehörde, ein Asylgesuch im beschleunigten Verfahren zu behandeln, nicht direkt mit einem Rechtsbehelf angefochten werden kann. Konkret ging es um das Asylverfahrensrecht von Luxemburg, in dem die Entscheidung, das Asylgesuch im beschleunigten Verfahren zu behandeln, nur im Hauptsacheverfahren angefochten werden kann, die konkrete Zwischenentscheidung aber nicht separat angreifbar ist. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass – wenn eine effektive Überprüfungsmöglichkeit im Hauptsacheverfahren besteht – dies den Erfordernissen von Art. 39 AsylverfRL und von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrC) genügt. Mit dieser Auslegung folgt der EuGH in etwa der Linie, die auch der EGMR für die Auslegung des Rechts auf einen effektiven Rechtsbehelf aus Art. 13 EMRK gefunden hat. Dieser sieht die Garantie des effektiven Rechtsschutzes gewahrt, wenn staatliche Massnahmen mit einem Rechtsbehelf effektiv anfechtbar sind. Es ist aber nicht erforderlich, dass dieser Rechtsbehelf gegen jede Entscheidung separat möglich ist, solange eine Rechtsschutzmöglichkeit «in Recht und Praxis» besteht.²⁴

Qualifikationsrichtlinie

Der einzige Vorschlag, bei dem keine Neufassung des ursprünglichen Änderungsvorschlags erforderlich zu sein scheint, ist der Änderungsvorschlag zur Qualifikationsrichtlinie. Dies liegt zum einen daran, dass hier die wenigsten und die am wenigsten weit reichenden Änderungen vorgeschlagen wurden und dass zum anderen die Änderungen sich häufig auf Fragen beziehen, die in der Auslegung unter den Mitgliedstaaten nicht ernsthaft umstritten sind (wie beispielsweise die neu vorgeschlagene

Präzisierung bei der Regelung zum internen Schutz nach Art. 8 QRL). Zudem ist die Qualifikationsrichtlinie der Rechtsakt, der den EuGH im Asylbereich bisher am häufigsten beschäftigt hat, so dass zu bestimmten umstrittenen Fragen, wie der Auslegung von Art. 15c QRL (subsidiärer Schutz für Bürgerkriegsflüchtlinge) und dem Umgang mit Beendigungs- und Ausschlussklauseln bereits einige Urteile vorliegen.²⁵ In diesem Bereich ist es besonders interessant zu beobachten, welche Balance sich zwischen den Entscheidungen des EGMR im Bereich des Refoulement-Schutzes und des EuGH im materiellen Asylrecht herausbilden wird. Dabei sind natürlich auch weiterhin die Entscheidungen nationaler (Ober-)Gerichte von besonderer Bedeutung, weil sie die entsprechenden Rechts- und Verfahrensfragen beziehungsweise die Vorlagefragen entscheidend mitprägen. Zusätzliche Dynamik erhält diese «Unterkategorie» des Änderungsprozesses dadurch, dass seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und der Verpflichtung zu gemeinsamen Standards konsequenterweise die Vorlageberechtigung (und -verpflichtung) nicht mehr nur für letztinstanzliche Gerichte besteht (so der aufgehobene Art. 68 EGV), sondern sich nach den normalen Regeln für Vorlageverfahren in der EU richtet (Art. 267 AEUV). Das bedeutet, dass auch Gerichte, deren Entscheidung nicht die endgültige Entscheidung über ein Verfahren darstellt²⁶, nach den allgemeinen Regeln zur Vorlage an den EuGH berechtigt sind.²⁷

Ausblick

In Anbetracht des geschilderten Sachstandes wird es sehr interessant sein zu beobachten, welche Dynamik der Prozess der Änderung und Vereinheitlichung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems im Jahr 2012 erhalten wird. Dabei sollte ein besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden, inwieweit sich der EuGH mit seiner Rechtsprechung als ein bedeutender Akteur für die Auslegung des GEAS positionieren kann und will. Das Jahr 2012 ist insofern auch bedeutsam, als es vom Europäischen Rat als das Zieljahr für den Abschluss der zweiten Phase des GEAS gesetzt wurde.²⁸ Es ist zu erwarten, dass diese Diskussionen im nächsten Jahr erheblich Fahrt aufnehmen und zumindest Teile der geschilderten legislativen Prozesse abgeschlossen werden.

¹⁸ Rs. C-179/11.

¹⁹ Vgl. Vorlagebeschluss des Österreichischen Asylgerichtshofs vom 20. Mai 2011.

²⁰ Sie binden somit im Dublin-Bereich auch die assoziierten Staaten, also auch die Schweiz.

²¹ KOM (2011), 320 endg., 1. Juni 2011.

²² KOM (2011), 319 endg., 1. Juni 2011.

²³ Vgl. EuGH, Rs. C-69/09 (Brahim Samba Diouf), Urteil vom 28. Juli 2011.

²⁴ Vgl. dazu z.B. EGMR, M.S.S. (oben Fn. 10); EGMR, Urteil vom 26. April 2007 (Gebremedhin/Frankreich), Beschwerde-Nr. 25389/05 sowie EGMR, Urteil vom 11. Dezember 2008 (Muminov/Russland), Beschwerde-Nr. 42502/06.

²⁵ Bisher liegen für diesen Bereich die Urteile des EuGH in den Sachen Elgafaji (Rs. C-465/07), Salahadin Abdulla (Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08), B und D (Rs. C-57/09 und C-101/09) und Bolbol (Rs. C-31/09) vor. Alle besprochen von Sarah Progin-Theuerkauf in ASYL 2010 und 2011.

²⁶ Anders als die Schweiz haben die meisten EU-Mitgliedstaaten ein mehrstufiges Gerichtssystem, so dass die vorgenommene Änderung einen erheblichen Anstieg der Anzahl vorlageberechtigter Gerichte bedeutet. Es ist zu erwarten, dass auch die Anzahl der Vorlageverfahren deutlich zunehmen wird.

²⁷ Vereinfacht gesagt besteht eine Vorlageberechtigung dann, wenn eine streitentscheidende Frage vorliegt, die die Auslegung des EU-Rechts betrifft. Unter denselben Voraussetzungen sind Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr angefochten werden kann, zur Vorlage verpflichtet.

²⁸ Vgl. Ziffer 6 des so genannten «Stockholmer Programms», ABl. C 115 vom 4. Mai 2010, 1, in dem der Abschluss der zweiten Phase des GEAS als «zentrales politisches Ziel» bezeichnet wird.

Susanne Bolz, SFH

Zusatzbotschaft zur laufenden Revision Asylgesetz

Am 23. September 2011 verabschiedete der Bundesrat die Zusatzbotschaft zur laufenden Asylgesetzrevision. Sie ergänzt damit die Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom Mai 2010. Die neuen Gesetzesbestimmungen konkretisieren die Vorschläge, welche das EJPD in seinem Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich im Rahmen der so genannten Handlungsoption 3 als kurzfristige Massnahmen empfohlen hatte.¹ Gemäss Bundesrat sollen diese kurzfristig zu realisierenden Massnahmen der effizienteren Abwicklung und punktuellen Beschleunigung der Asylverfahren dienen. Die Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH hatte im Rahmen des Anhörungsverfahrens im Juli 2011 Stellung genommen.

Die Zusatzbotschaft erläutert zunächst das Vorgehen und die weitere Planung der gestaffelten Inkraftsetzung der Ergebnisse des Berichtes über Beschleunigungsmassnahmen, um dann vier konkrete Neuerungen vorzuschlagen:

Dem eigentlichen Asylverfahrens soll neu eine so genannte **Vorbereitungsphase** vorgeschaltet werden, die bis zu drei Wochen umfassen kann. In dieser Phase soll unter anderem der **medizinische Sachverhalt** erhoben werden, Asylsuchende sollen sich vor Verfahrensbeginn von medizinischem Fachpersonal untersuchen lassen, für nach der Anhörung vorgebrachte gesundheitliche Beeinträchtigungen wird der Beweismassstab verschärft. Die kurzfristigen Massnahmen umfassen weiterhin **Verbesserungen im Rechtsschutz** bezüglich der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der **Aktenweitergabe** und wollen schliesslich den **regelmässigen Informationsaustausch zwischen dem EJPD und dem Bundesverwaltungsgericht** zur Vereinfachung und gegenseitigen Abstimmung der administrativen Abläufe gesetzlich festschreiben.

Im Einzelnen sehen die neuen Bestimmungen in chronologischer Reihenfolge Folgendes vor:

Gemäss einem neu zu schaffenden Art. 17 Abs. 5 E-Asylgesetz sollen Verfahrensakten den Asylsuchenden mit Eröffnung direkt zugestellt werden, sofern die Rechtsfolge eines negativen Entscheids die Wegweisung aus der Schweiz ist. Bisher ist dies nur nach Nichteintretensentscheiden und im Flughafenverfahren der Fall. Die neue Bestimmung will sicherstellen, dass die betroffene Person alle für den Entscheid relevanten Verfahrensakten bereits zum Zeitpunkt der Entscheideröffnung erhält. Die SFH hat diesen Vorschlag begrüsst, tatsächlich geht in der Praxis oft viel Zeit verloren, sofern Verfahrensakten eigens beantragt und dann zugestellt werden müssen. Die Verwaltungsabläufe können vereinfacht werden, sofern die Akten automatisch ausgehändigt werden.

Die neu einzuführende so genannte Vorbereitungsphase regeln die Artikel 26 Absatz 1bis (neu), Absatz 2, 2bis und 2ter (neu) E-AsylG. Sie beginnt mit Einreichung des Asylgesuches in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) und kann bis zu drei Wochen dauern. Während dieser Zeit soll die Behörde «möglichst alle zur Durchführung eines Asylverfahrens entscheiderelevanten Vorabklärungen treffen» (vgl. Zusatzbotschaft, Erläuterungen zu Art. 26, S. 20). Die Vorbereitungsphase soll ferner dazu dienen, die folgende Anhörung besser zu organisieren. Gemäss Abs. 2 soll in dieser Phase wie bisher die Befragung zur Person, zum Reiseweg und – zumindest summarisch – zu den Fluchtgründen stattfinden. Die Identität soll geklärt werden sowie eine Prüfung der vorgelegten Beweismittel sowie Reise- und Identitätsdokumente erfolgen. Auch die Abklärungen und Antragstellungen im Rahmen des

Dublin-Verfahrens fallen in diesen Zeitraum. Die Bestimmung orientiert sich am holländischen Asylverfahren, das ebenfalls zu Beginn des Verfahrens eine Vorbereitungszeit vorsieht. Die SFH unterstützt die Idee dieser Vorbereitungszeit, stellt jedoch fest, dass nach vorliegender Konzeption vor allem die Behörde von der Ruhephase profitiert. Für die Asylsuchenden ist – anders als in den Niederlanden, wo in der Vorbereitungsphase der erste Kontakt mit dem Rechtsvertreter erfolgt – bisher nichts Vergleichbares vorgesehen. Die SFH hätte sich gewünscht, dass zum Beispiel für unbegleitete asylsuchende Kinder noch andere Massnahmen geplant würden. Darüber hinaus entspricht die dreiwöchige Vorbereitung der aktuellen Praxis des BFM und bringt für die administrativen Abläufe faktisch keine grosse Änderung. Es ist vielmehr fraglich, ob – angesichts der hohen Gesuchseingänge und der damit zusammenhängenden knappen Unterbringungsverhältnisse – das angepeilte Ziel überhaupt realistisch ist, Asylsuchende bereits drei Wochen nach Eingang ihres Asylgesuches anzuhören.

Der neue Art. 26 a E-AsylG regelt auf Gesetzesstufe die Erstellung des medizinischen Sachverhalts. Asylsuchende müssen die für das Asyl- und Wegweisungsverfahren massgeblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die ihnen bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuches bekannt waren, unmittelbar nach der Gesuchseinreichung, spätestens jedoch bei ihrer Anhörung zu den Asylgründen geltend machen. Das BFM delegiert diese Aufgaben an entsprechendes Fachpersonal.

Sofern eine Person gesundheitliche Probleme erst später oder nicht in diesem Rahmen geltend macht, so sollen sie im Asylverfahren nur berücksichtigt werden, sofern sie nachgewiesen werden. Das BFM kann dafür eine Vertrauensärztin oder einen Vertrauensarzt beiziehen.

Die SFH sieht diese Bestimmung sehr kritisch. Insbesondere der Umstand, dass die Beweisregeln für erst später vorgebrachte medizinische Beeinträchtigungen geändert werden sollen, ist problematisch. Aus Sicht der SFH ist zu befürchten, dass die Bestimmung gerade für diejenigen Asylsuchenden, welche wegen einer Traumatisierung besonders gefährdet sind, besonders ungünstige Folgen haben könnte. Medizinische Fachleute weisen seit Jahren darauf hin, dass gerade traumatisierte Asylsuchende oftmals erst nach einem langwierigen Bewältigungsprozess in der Lage sind, über erlittenes Leid wie Folter und sexuelle Gewalt zu berichten. Die verzögerte Geltendmachung spricht laut medizinischen Fachleuten und der Rechtsprechung gerade für deren Glaubhaftigkeit. Gemäss Wortlaut müssten diese Personen ihre Erkrankung nicht nur wie heute glaubhaft machen, sondern nachweisen. Grundsätzlich wird dafür ein medizinisches Fachgutachten erforderlich sein. Vor allem dann, wenn das Bundesamt es nicht für angezeigt hält, ein solches einzuholen, oder Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Gutachters aufkommen, finden sich die Betroffenen in einer sehr problematischen Situation wieder. Die SFH hat diese Bestimmung, insbesondere die Beweislastregelung stark kritisiert und hofft, dass sich im Umsetzungsprozess noch bestimmte Schwachpunkte beheben lassen. Ziel sollte sein, dass die medizinische Abklärung durch sehr fachkompetente und unabhängige Personen erfolgt und ihre Zielsetzungen den Betroffenen nicht zum Nachteil gereicht. Wesentlich wird auch sein, wie der Zweck und die Konsequenzen dieser medizinischen Abklärung den Asylsuchenden erläutert werden wird.

¹ Vgl. Bericht des EJPD zu Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011, Ziff. 4.4., S. 59 ff., www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/asylg-aug/ersatz-nee/anh-ber-d.pdf.

Abschliessend ist zu bemerken, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen nicht nur bei der Prüfung von Wegweisungshindernissen relevant sind. Gerade Flüchtlinge, die in ihrer Heimat ernsthafte Nachteile im Sinne von Folter oder unmenschlicher Behandlung erleiden mussten, leiden häufig an physischen und psychischen Beeinträchtigungen. Liegen Indizien für derartige Leiden vor, ist die Behörde auch weiterhin verpflichtet diese Indizien von Amtes wegen abklären zu lassen, dies gebietet das Refoulement-Verbot. Die Asylbehörden verfügen hier über kein Ermessen, gesundheitliche Beeinträchtigungen müssen (nicht «können») berücksichtigt werden.

Im Punkto Rechtsschutz schlägt die Zusatzbotschaft unter Art. 110a (neu) E-AsylG Verbesserungen für das Beschwerdeverfahren vor. Die Gewährung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ist vorgesehen, sofern die betroffene Person mittellos und die Beschwerde nicht aussichtslos ist. Neu soll grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Notwendigkeit der Rechtsvertretung im Asylverfahren gegeben ist. Ausserdem soll der Anwaltszwang des Art. 65 Abs. 2 VwVG für das Asylverfahren aufgehoben werden, neben Anwälten sollen auch Personen mit einem juristischen Hochschulabschluss die amtliche Vertretung ausüben können. Der Bund hält diese Massnahmen für geeignet, um die Qualität der Eingaben der Asylsuchenden zu erhöhen. Letztlich soll auch dieser Vorschlag zur Beschleunigung der Verfahren beitragen.

Die SFH begrüsst diese Bestimmung ausdrücklich, sie setzt eine Vorschlag um, den verschiedene Hilfswerke im Rahmen der Vernehmlassung eingebracht hatten. Derzeit wird der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Asylverfahren restriktiv gehandhabt und das Recht auf eine effektive Beschwerde somit eingeschränkt. Es ist zu hoffen, dass auch das Bundesverwaltungsgericht seine bisher eher zurückhaltende Praxis bei der Anordnung der unentgeltlichen Rechtspflege entsprechend anpassen will.

Immerhin löst die neue Bestimmung eines der Haupthindernisse, indem der Kreis der Personen erweitert werden soll, welche überhaupt beigeordnet werden dürfen. Zwar gibt es auch im Asylwesen tätige Anwältinnen und Anwälte, in der Praxis werden Asylsuchende jedoch im Beschwerdeverfahren meistens durch die Mitarbeitenden von Rechtsberatungsstellen der Hilfswerke vertreten. Diese sind in der Regel keine zugelassenen AnwältInnen. Auch ein noch so erfahrener und versierter Asyljurist einer Beratungsstelle konnte nach geltendem Verfahrensrecht formell nicht beigeordnet werden. Angesichts dieser Rechtslage ist die neue Bestimmung ein Schritt in die richtige Richtung. Die Spezialregelung kann in berechtigten Fällen die Beiordnung ermöglichen und den Verfahrensablauf nicht nur verbessern, sondern auch beschleunigen (speditivere Beschaffung der Beweismittel, Unter-

stützung bei der Sachverhaltserstellung). Letztlich würden wohl weniger ausserordentliche Rechtsmittel eingelegt werden, weil das erste Asylverfahren umfassend begleitet würde.

Nicht ersichtlich ist jedoch, warum die Erleichterung im Rechtsschutz für Dublin-Verfahren sowie für Wiedererwägungs- und Zweitgesuche nicht gelten soll. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom Januar 2011 hat deutlich illustriert, dass sich auch im Rahmen des Dublin-Verfahrens durchaus Fragestellungen ergeben, welche eine vertiefte und fundierte Analyse voraussetzen: Wie der Fall *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* zeigt, dürfen die Behörden nicht einfach davon ausgehen, Dublin-Überstellungen seien in allen Fällen zulässig und zumutbar. Weil wichtige Grundrechte auf dem Spiel stehen können, sollte auch in diesen Fällen eine vereinfachte Verbeiständung möglich sein. Gleiches muss auch für die Einreichung ausserordentlicher Rechtsmittel gelten sowie für Zweitgesuche. Es stellen sich komplizierte Verfahrensfragen, deren Behandlung und Einschätzung grosser Expertisen bedürfen. Es wäre aus Sicht der SFH ein Gewinn für alle Beteiligten, wenn diese Verfahren von erfahrenen RechtsberaterInnen geführt würden. Gerade Wiedererwägungsgesuche werden oft mit Hilfe juristischer Laien eingereicht. In der Praxis sind schlechte Rechtsschriften die Folge, die den Behörden oft deutlich mehr Arbeit machen. Die geplante Einschränkung ist aus diesen Gründen nicht sinnvoll.

Als letzte Bestimmung soll in Art. 109a E-AsylG neu der Informationsaustausch zwischen dem BFM und dem BVGer gesetzlich festgeschrieben werden. Beide Behörden sollen verpflichtet werden, gemeinsam nach Möglichkeiten zu suchen, die Beschwerdeverfahren zu beschleunigen. Dabei soll die richterliche Unabhängigkeit gewahrt bleiben. Im Gegensatz zum Vernehmlassungstext wurde diese Bestimmung im Wortlaut nochmals verändert – zunächst war von Vereinbarungen die Rede, neu soll es um Informationsaustausch gehen. Diese Bestimmung ist nicht zu beanstanden, sofern die Unabhängigkeit des Gerichts gewahrt bleibt. Aus Sicht der SFH gäbe es durchaus Koordinationsbedarf, insbesondere würden viele Beschwerdeverfahren obsolet, wenn das Bundesamt die Leitentscheide der zweiten Instanz berücksichtigen würde.

Der Inhalt dieser Zusatzbotschaft wurde mit den Bestimmungen der Botschaft vom Mai 2010 in einem Erlass zusammengefasst, welche nicht die Verfahrensfristen und den Rechtsschutz betreffen. Derzeit wird dieser Erlass im Ständerat beraten. Die umfassende Neustrukturierung des Asylverfahrens ist in einem längerfristigen Prozess vorgesehen, allerdings greift die Zusatzbotschaft bereits Vorschläge auf, die auch im Rahmen dieser Umstrukturierung Bestand haben sollen.

Kommentare und Entscheide

Somalia: Menschenrechte schliessen Rückschiebungen weitgehend aus

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte setzt rigorose Standards für Rückschiebungen nach Somalia und betreffend der internen Fluchtalternative.

- Der Wegweisungsvollzug nach Somalia ist zum aktuellen Zeitpunkt weitgehend unzulässig.
- Da kaum Aussicht auf eine baldige und nachhaltige Verbesserung der Sicherheitslage sowie der humanitären Situation in Somalia besteht, wird die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nach Somalia grundsätzlich in Frage gestellt.
- Die Prüfung der internen Fluchtalternative sollte nicht mehr einzig auf die vorherrschende Sicherheitslage abstellen, sondern die humanitäre Lage vor Ort ebenfalls in Betracht ziehen.

In einem kürzlich ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (*Sufi and Elmi v. The United Kingdom*)¹ bestätigte der Gerichtshof nicht nur seine gängige und weitreichende Rechtsprechung bezüglich des Non-Refoulements, sondern betonte die Notwendigkeit einer äusserst rigorosen Anwendung dieser Schutzstandards für Rückschiebungen nach Somalia. Gleichzeitig grenzte der Gerichtshof die Anwendbarkeit der internen Fluchtalternative sehr ein.

Überblick

Zwei somalische Staatsbürger, wovon der eine ein abgewiesener Asylsuchender und der andere ein bereits anerkannter Flüchtling war, wandten sich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, um sich gegen ihre bevorstehende Deportation nach Mogadischu zur Wehr zu setzen. Grossbritannien pochte auf die wiederholte Straffälligkeit beider Somalis und die Gefahr, die von ihnen ausgehe, und verneinte letztinstanzlich das Vorliegen von Vollzugshindernissen.

In Bestätigung seiner langjährigen Rechtsprechung zum Verbot von Rückschiebungen in Länder und Situation, wo Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung oder Strafe (Artikel 3 EMRK) droht, lehnte der Gerichtshof den Einwand der Straffälligkeit ab. Er betonte, dass das Verhalten der beiden, wie unerwünscht und gefährlich auch immer, in Anbetracht der absoluten Natur des Folterverbots in Artikel 3 EMRK keinen Einfluss auf die Zulässigkeitsgrenze von Rückschiebungen haben kann.

Weiter untersuchte der Gerichtshof, ob ernsthafte Gründe für die Annahme vorliegen, dass den beiden Somalis bei Rückkehr nach Mogadischu oder anderen Teilen Somalias eine ernsthafte Gefahr droht, gefoltert, unmenschlich oder erniedrigend behandelt zu werden.

Rückschiebung nach Mogadischu unzulässig

Die Situation allgemeiner und verbreiteter Gewalt in Mogadischu stufte der Gerichtshof als so extrem ein, dass für jeden in dieser Stadt eine ernsthafte Gefahr unmenschlicher Behandlung bestehe. Zu diesem Schluss kam der Gerichtshof insbesondere wegen der unterschiedslosen militärischen Angriffe aller Konfliktparteien, der grossen Zahl ziviler Opfer und intern Vertriebener sowie der Natur des Konflikts in Somalia. Zwar schliesst der Gerichtshof nicht vollständig aus, dass in Einzelfällen eine Person aufgrund vorhandener Vernetzung mit mächtigen Akteuren in Mogadischu Schutz finden könne, jedoch hielt er diese Möglichkeit gerade für Personen, die sich einige Zeit ausserhalb Somalia aufhielten, für unwahrscheinlich. Eine Rückschiebung nach Mogadischu selbst und ein Verbleib in dieser Stadt sind nach diesem obiter dictum (beiläufiger Feststellung) faktisch ausgeschlossen.

Interne Umsiedlung in Somalia – eine begrenzte Möglichkeit

Im Sinne einer Kaskadenprüfung untersuchte der Gerichtshof weiter, ob eine interne Umsiedlung innerhalb Somalias unter dem Gesichtspunkt von Artikel 3 EMRK möglich ist. Artikel 3 EMRK steht dieser Möglichkeit grundsätzlich nicht entgegen, hingegen bleibt die Schutzverantwortung des deportierenden Staates auch für solche Situationen bestehen. Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit der Rückschiebung unter Anwendung der internen Fluchtalternative ist es, dass die deportierte Person ohne Gefahr für Leib und Leben an den sicheren Ort innerhalb ihres Landes gelangen kann und dort die Möglichkeit erhält, ein neues Leben aufzubauen.

Rückkehr nach Somaliland oder Puntland: Diese beiden autonomen Gebiete im Norden Somalias gelten als relativ sicher, zumindest im Verhältnis zur Sicherheitslage in Süd- und Zentralsomalia. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht in seiner Analyse davon aus, dass eine Deportation in diese Teile nur dann möglich ist, wenn der Rückkehrer ursprünglich aus diesen Gebieten stammt oder dort starke Klanverbindungen hat. Die meisten Asylsuchenden aus Somalia stammen jedoch aus Gebieten in Süd- und Zentral-Somalia. Für diese scheidet der Norden des Landes somit als interne Flucht- oder Umsiedlungsalternative aus.

Rückkehr nach Zentral- und Süd-Somalia: Orte in Süd- und Zentral-Somalia, das heisst das ganze Gebiet südlich der Stadt Galkayo, kommen nur dann als mögliche Umsiedlungsoptionen in Betracht, falls dort familiäre Verbindungen bestehen und die Reise dorthin gefahrlos möglich ist. Die allgemeine Gefahrensituation in Zentral- und Süd-Somalia kann kaum in abstracto bestimmt werden, sondern bedingt eine Prüfung im Einzelfall. Jedoch haben im Laufe der letzten Jahre die meisten Gebiete in Süd- und Zentral-Somalia schwere Gewaltausbrüche erlebt. Die weit reichende territoriale Kontrolle der für schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen bekannten Al-Shabaab-Miliz in Zentral- und Süd-Somalia stehe einer internen Umsiedlung entgegen. Nicht nur die Rückkehr in solche Gebiete, sondern auch die Durchreise stelle eine ernstzunehmende Gefahr unter Artikel 3 EMRK dar.

Rückkehr in Lager für Vertriebene: Wo keine familiären Verbindungen bestehen oder die Reise dorthin den Rückkehrer einer ernsthaften Gefahr aussetzen würde, geht der Gerichtshof davon aus, dass diesem nicht viel mehr übrig bleibt als Schutz in einem Flüchtlingslager oder einem Lager für intern Vertriebene zu suchen. Der Gerichtshof stellt an den Beispielen des Vertriebenenlagers im Afooye-Korridor sowie im kenianischen Flüchtlingslager in Dadaab alarmierende humanitäre Bedingungen fest, die er als Artikel 3 EMRK-widrig einstuft. Falls der Rückkehrer in solchen Lagern enden würde, ist der Vollzug der Wegweisung wegen den dort vorherrschenden schlechten humanitären Bedingungen unzulässig. Der Gerichtshof hiess in Anbetracht dieser Lagebeurteilung die Beschwerde gut.

Schlussfolgerungen für die Schweiz

Das Urteil legt folgende Überlegungen nahe: Der Vollzug von Wegweisungen nach Somalia ist aktuell weitgehend unzulässig. Dies nicht nur wegen der Sicherheitslage und der Menschenrechtssituation in den von Al-Shabaab kontrollierten Territorien, sondern auch wegen der gravierenden humanitären Situation in Somalia und insbesondere in den Lagern für Vertriebene. Der Konfliktverlauf in Somalia sowie die Verschlechterung der humanitären Situation über die letzten 20 Jahre stellen die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nach Somalia somit grundsätzlich in Frage.

Die Asylgewährung am Vorliegen einer internen Fluchtalternative scheitern zu lassen, wenn der Vollzug der Wegweisung wegen schlechter humanitärer Konditionen im Zielland aufgrund Artikel 3 EMRK als unzulässig eingestuft wird, vermag kaum mehr zu überzeugen. Im Fall Somalia gilt das umso mehr, als nicht mit einer baldigen Verbesserung der humanitären Situation zu rechnen ist. In diesem Sinne sollte das Urteil, das sich allerdings nicht zur Asylgewährung äussert, Anlass geben, die Prüfung, ob eine interne Fluchtalternative vorliegt, nicht mehr einzig aufgrund der vorherrschenden Sicherheitslage durchzuführen, sondern die humanitären Bedingungen vor Ort mit zu berücksichtigen.

Nina Schrepfer*

* Beitrag von Nina Schrepfer, MLaw, Institut für öffentliches Recht, Universität Bern, verfasst für den Newsletter des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) (www.skmr.ch)

¹ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Fall *Sufi und Elmi* gegen das Vereinigte Königreich (8319/07 und 11449/07) vom 28 Juni 2011. (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=8319/07&sessionId=80711462&skin=hudoc-en>).

Impressum

Redaktion/Rédaction

Alberto Achermann, Susanne Bolz, Peter Bolzli, Martina Caroni, Denise Efionayi, Constantin Hruschka, Ruedi Illes, Jürg Schertenleib

MitarbeiterInnen dieser Nummer/Collaborateurs de ce numéro

Walter Stöckli, Bundesverwaltungsrichter; Astrid Epiney, Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg i. Ue.; PD Dr. iur. Peter Uebersax, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht und öffentliches Prozessrecht an der Universität Basel; Simon Schädler, MLaw, Assistent am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht, Universität Zürich; Nina Schrepfer, MLaw, Assistentin am Institut für öffentliches Recht, Universität Bern; Michael Fankhauser, Seraina Nufer, beide SFH, Agnes Hofmann, Bern.

Herausgeberin/édité par

Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH, Organisation Suisse d'Aide aux Réfugiés OSAR. Die Redaktion entscheidet unabhängig über die Publikation von Beiträgen. La rédaction est indépendante quant au choix de publications.

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

CHF 69.60 für vier Nummern

CHF 69.60 pour 4 numéros

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Annonces/Inserate

Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Postfach, 3001 Bern, Telefon 031 300 63 84, Telefax 031 300 63 90

Abonnemente/Abonnements

Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, Telefon 031 300 63 43

Impression/Druck

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Verlag/Editeur

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern

Tous les droits d'auteur et d'édition sur cette revue et sur chacune de ses parties sont réservés. La réimpression, la reproduction, la mise sur microfilm, l'enregistrement sur un support électronique de données, ainsi que toute autre forme d'exploitation de chacune des parties de cette revue sont soumis à l'autorisation de l'éditeur. Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwendungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlages.

© Stämpfli Verlag AG Bern, 2011

ISSN 1422-8181

Bestelltalon/Bon de commande

Ich abonniere die Zeitschrift ASYL/

Je commande la revue ASYL:

ab 2012 zu Fr. 69.60/Jahr

dès 2012 à Fr. 69.60/an

inkl. 2,5% MWSt und Versandkosten

- Sämtliche bisher erschienenen ASYL-Nummern (einzelne Ausgaben sind vergriffen)

Fr. 60.–

Tous les numéros d'ASYL parus jusqu'à maintenant (quelques éditions sont épuisées)

Fr. 60.–

Name/nom _____

Strasse/rue _____

PLZ/Ort/NPA/lieu _____

Datum/date _____

Unterschrift/signature _____

Einsenden an/envoyer à:

Stämpfli Verlag AG, Postfach, CH-3001 Bern

Telefon 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90
