



**Empfehlungen von UNHCR  
zur Umsetzung der dringlichen Änderungen  
des Schweizer Asylgesetzes (AsylG) und des  
Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und  
Ausländer (AuG)**

(Am 29. September 2012 in Kraft getreten)

**Oktober 2012**

UNHCR-Büro für die Schweiz und Liechtenstein  
[www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch) / [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)

## Einleitung

Das UN-Flüchtlingshochkommissariat UNHCR ist von der UN-Generalversammlung damit betraut worden, für den internationalen Schutz von Flüchtlingen, Staatenlosen und anderen Personen unter seinem Mandat zu sorgen, sowie die Regierungen bei der Suche nach dauerhaften Lösungen für Flüchtlinge zu unterstützen.<sup>1</sup> Laut Satzung erfüllt UNHCR sein internationales Schutzmandat, *inter alia*, indem es „den Abschluss und die Ratifizierung von Internationalen Abkommen zum Schutz der Flüchtlinge fördert, ihre Ausführung überwacht und Verbesserungsvorschläge vorbringt.“<sup>2</sup> Diese Aufsichtsfunktion wird im Artikel 35 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention)<sup>3</sup> und in Artikel II des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967 (Protokoll von 1967)<sup>4</sup> enthalten. Die Interpretation der Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention und des Protokolls von 1967 durch UNHCR wird allgemein als massgebende Sichtweise erachtet, welche sich durch eine über 60-jährige Erfahrung in der Beaufsichtigung und Anwendung von internationalen Flüchtlingsinstrumenten etabliert hat und den Staaten eine Anleitung für Entscheidungen und für die Gesetzgebung in flüchtlingsrechtlichen Fragen zur Verfügung stellt.

Das Mandat von UNHCR umfasst nicht nur Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention, sondern erstreckt sich auf alle Personen, die internationalen Schutzes bedürfen. Dazu gehören auch Personen, die sich infolge bewaffneter Konflikte oder schwerwiegender Störungen der öffentlichen Ordnung, welche ihr Leben, ihre physische Integrität, Freiheit und persönliche Sicherheit bedrohen, ausserhalb ihres Herkunftslandes befinden. Diese Personen erhalten in der Schweiz in der Regel eine vorläufige Aufnahme. Des Weiteren hat die UN-Generalversammlung UNHCR die Verantwortung dafür übertragen, staatenlosen Personen Schutz zu bieten, und Staatenlosigkeit zu verhüten und zu vermindern.<sup>5</sup>

Auf Grundlage dieses Mandats hat UNHCR nachfolgende Empfehlungen zur Umsetzung der für dringlich erklärten und am 29. September 2012 in Kraft getretenen Änderungen des Asylgesetzes entwickelt. Dabei äussert sich UNHCR zu vier Themenkomplexen: dem Flüchtlingsbegriff, den Folgen der Abschaffung des Botschaftsverfahrens, den Änderungen bei Unterbringung und Haft, sowie zum Rechtsschutz, insbesondere im Kontext der nunmehr möglichen „Asylverfahren im Rahmen von Testphasen“. UNHCR hat zu diesen Themenkomplexen bereits (teilweise umfangreich) im Rahmen der Vernehmlassungsverfahren<sup>6</sup> und anlässlich der parlamentarischen Diskussionen Stellung genommen und bezieht diese Stellungnahmen mit ein.

---

<sup>1</sup> Siehe *Satzung des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge*, Resolution 428 (V) der UN-Generalversammlung, Annex, UN Doc. A/1775, 1950, Absatz 1.

<sup>2</sup> *Idem*, Absatz 8(a).

<sup>3</sup> *Abkommen von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, für die Schweiz in Kraft seit dem 21. April 1955, SR 0.142.30.

<sup>4</sup> *Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967*, für die Schweiz in Kraft seit dem 20. Mai 1968, SR 0.142.301. Mit dem Protokoll von 1967 erhielt die Genfer Flüchtlingskonvention weltweite Geltung.

<sup>5</sup> UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/50/152, 9. Februar 1996, regelmässig bestätigt in weiteren Resolutionen unter anderem, A/RES/63/148, 27. Januar 2009, A/RES/64/127, 27. Januar 2010, A/RES/65/194, 28. Februar 2011 und A/RES/66/133 vom 19. März 2012. Und die entsprechenden Abkommen: *Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28. September 1954*, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Oktober 1972, SR 0.142.40 und *Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961 vom 30. August 1961* (von der Schweiz nicht ratifiziert).

<sup>6</sup> Vgl. UNHCR, *UNHCR-Stellungnahme zu den Änderungen des Schweizer Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 22. April 2009*; UNHCR-

## Flüchtlingsbegriff

### Art. 3 Abs. 3 (neu)

3 Keine Flüchtlinge sind Personen, die wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Vorbehalten bleibt die Einhaltung der Flüchtlingskonvention.

Art. 3 AsylG regelt die nationale Umsetzung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention in das Schweizer Recht. Mit dem neuen Abs. 3 AsylG wird dort eine Bestimmung eingefügt, die regelt, dass Personen, die sich dem Wehrdienst entziehen oder desertieren, keine Flüchtlinge sind. UNHCR hat bezüglich der Einfügung von Abs. 3, von Beginn an grosse Bedenken geäussert und weist darauf hin, dass eine Änderung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK) nicht einseitig von einem Staat vorgenommen werden kann, sondern einen Konsens aller Vertragsstaaten der GFK erfordern würde.

UNHCR begrüsst daher, dass in der Differenzbereinigung der Zusatz „vorbehalten bleibt die Einhaltung der Flüchtlingskonvention“ in den Text von Art. 3 Abs. 3 AsylG aufgenommen wurde. Mit diesem Zusatz kann gewährleistet werden, dass die Auslegung des Flüchtlingsbegriffs durch die Schweiz in Übereinstimmung mit der GFK erfolgt. Dadurch kann auch vermieden werden, dass die Änderung von Art. 3 Abs. 3 AsylG *de facto* zu einer weiteren Ausschlussklausel zusätzlich zu den in Art. 1D, 1E, und 1F GFK abschliessend aufgelisteten Ausschlussklauseln und damit einer ungerechtfertigten Einschränkung des in der von der Schweiz ratifizierten Genfer Flüchtlingskonvention verankerten Flüchtlingsbegriffes führt.

Zudem kann durch den Zusatz vermieden werden, dass die Änderung zu einer Statusverschlechterung für eine bestimmte Gruppe von Flüchtlinge – nämlich die eritreischen Flüchtlinge – führt,<sup>7</sup> erhebliche Probleme mit dem völkerrechtlichen Prinzip der Nicht-Diskriminierung hervorrufen. Dieses politische Signal an die grösste Flüchtlingsgruppe der letzten Jahre in der Schweiz wäre auch integrationspolitisch zumindest nicht unproblematisch. UNHCR erkennt an, dass der Druck auf das Schweizer Asylverfahren aufgrund der insgesamt erhöhten Anzahl von Asylgesuchen in den letzten Jahren gestiegen ist und die Gesuche von eritreischen Staatsangehörigen dabei einen nicht unerheblichen Anteil hatten. Kernziel eines Asylsystems ist jedoch Schutzbedürftigkeit festzustellen und

---

*Stellungnahme zu den Änderungen des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretensentscheiden vom März 2010; UNHCR Stellungnahme zur Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom Oktober 2010; UNHCR-Stellungnahme zum Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom Juli 2011 über die Änderung des Asylgesetzes im Rahmen einer Zusatzbotschaft zur Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010 vom September 2011; UNHCR Schweiz zur Änderung des Asylgesetzes (Schreiben an den Ständerat vom 7. Dezember 2011) und UNHCR Schweiz zur Änderung des Asylgesetzes (Schreiben an den Nationalrat vom 7. Juni 2012).*

<sup>7</sup> Dies war allerdings ursprünglich einmal intendiert, vgl. Bericht zur Änderung des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 19. Dezember 2008, Abschnitt 1.2.2. Ein solcher Ansatz der Schlechterstellung einer bestimmten Flüchtlingsgruppe könnte auch zu Problemen hinsichtlich des Verbots unterschiedlicher Behandlung von Flüchtlingen wegen ihres Herkunftslandes gemäss Art. 3 GFK führen.

Schutz zu gewähren wo nötig; ein solches Signal ist gerade wegen des in der Regel bestehenden Schutzbedarfes eritreischer Staatsangehöriger bedenklich.<sup>8</sup>

Dabei ist festzustellen, dass auch bisher in der Schweiz nicht alle Eritreer noch alle Wehrdienstverweigerern oder Deserteuren Asyl gewährt. Durch den genannten Zusatz wird lediglich bekräftigt, dass Asylgesuche von Wehrdienstverweigerern und Deserteuren durchaus unter den Flüchtlingsbegriff fallen können und dies somit zu einer Asylgewährung in der Schweiz führen kann. Dies wurde auch im Gesetzgebungsprozess mehrfach betont; insbesondere die in der Botschaft vom 26. Mai 2010<sup>9</sup> bekräftigte Linie, dass die Rechtsprechung der Asylrekurskommission (ARK) vom 2005<sup>10</sup> weiter als Leitlinie dienen soll, zeigt dies deutlich auf. Die ARK hatte im Einklang mit der völkerrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffes geurteilt, dass eine an eine Wehrdienstentziehung oder Desertion anschliessende Bestrafung, die einerseits eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, Bestrafung oder gar Folter darstellt und andererseits an die unterstellte (oppositionelle) politische Meinung anknüpft, dazu führt, dass die betroffene Person Flüchtling ist und daher in der Schweiz Asyl erhält. Dieser doppelte Schritt - drohende Verfolgung (und nicht nur Bestrafung) einerseits und die Anknüpfung an einen der fünf Verfolgungsgründe andererseits - ist auch völkerrechtlich notwendig, um im Fall der Wehrdienstentziehung oder Desertion die Flüchtlingseigenschaft der gesuchstellenden Person zu begründen. Die Tatsache der Wehrdienstentziehung oder Desertion alleine genügt schon bisher nicht, um die Flüchtlingseigenschaft zu begründen.

Wehrdienst ist in vielen Ländern eine staatsbürgerliche Pflicht und in jenen Ländern, in denen Militärdienst obligatorisch ist, ist die Verweigerung dieser Pflicht meist nach Gesetz strafbar. Zudem stellt Desertion, ob nun Wehrpflicht besteht oder nicht, normalerweise immer eine Straftat dar. Die Strafen können von Land zu Land variieren und werden daher in der Regel nicht als Verfolgung angesehen. Die Furcht vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung für Desertion oder Wehrdienstverweigerung, für sich alleine betrachtet, stellt keine begründete Furcht vor Verfolgung im Sinne der GFK dar.

Wenn aber beispielsweise ein Staat Wehrdienstverweigerern und Deserteuren den Flüchtlingsstatus verweigert, die individuellen Umstände zu prüfen, kann dies eine Verweigerung des internationalen Schutzes von Flüchtlingen darstellen, wenn sie durch die Wehrdienstverweigerung oder Desertion ihre Gedanken-, Meinungs- und Religionsfreiheit ausüben. Ein solches Vorgehen würde unter anderem im Widerspruch<sup>11</sup> zu Artikel 18(1) des

---

<sup>8</sup> Vgl. zum Schutzbedarf eritreischer Asylsuchender: UNHCR, *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, 20. April 2011, HCR/EG/ERT/11/01. Siehe auch IRB - Immigration and Refugee Board of Canada: Eritrea: Military service, including age of recruitment, length of service, grounds for exemption, penalties for desertion from and evasion of military service, and availability of alternative service [ERI104179.E], 4. September 2012 und BFM, National Service and State Structures in Eritrea, Agreed Minutes, Presentation by Dr. David Bozzini, February 16<sup>th</sup>, 2012, 28. Juni 2012.

<sup>9</sup> Vgl. *Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes* vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455ff., S. 4467 und 4485.

<sup>10</sup> Vgl. Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 20. Dez. 2005 (EMARK 2006 3/29).

<sup>11</sup> Siehe beispielsweise die Fälle des UN-Menschenrechtsausschusses, *Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23. Januar 2007 und *Atasoy and Sarkut v. Turkey*, CCPR/C/104/D/1853-1854/2008, 19. Juni 2012, in welchen erkannt wurde, dass Korea beziehungsweise die Türkei gegen das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, verankert in Artikel 18 des Paktes, verstossen, indem sie keinen zivilen Ersatzdienst anbieten. Der UN-Menschenrechtsausschuss hält ferner fest, dass eine allfällige Einschränkung der Religionsfreiheit deren Kerngehalt nicht berühren dürfe.

internationalen Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte<sup>12</sup> und Artikel 9 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte<sup>13</sup> stehen. Wie der Ausschuss für Menschenrechte in seinen allgemeinen Bemerkungen und abschliessenden Beobachtungen betonte, umfasst der Schutzbereich der Gedanken-, Meinungs- und Religionsfreiheit auch die Militärdienstverweigerung.<sup>15</sup>

Im Zusammenhang mit Militärdienst kann Strafverfolgung und/oder Bestrafung für Wehrdienstverweigerung oder Desertion eine Verfolgung darstellen. Dies auch in Situationen, – vorbehaltlich der erforderlichen kausalen Verbindung zu einem der Konventionsgründe – in denen:

- a) die Bestrafung nach Gesetz einer Verfolgung gleichkommt, wenn sie z.B. übermässig oder unverhältnismässig streng ist oder selbst Menschenrechtsstandards verletzt (z.B. durch grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung);
- b) die Bestimmungen oder Bedingungen des Wehrdienstes *“so streng sind, dass sie einer Verfolgung gleichkommen”* (z.B. Folter oder andere Formen grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung).<sup>16</sup>

In den Fällen, die Wehrdienstverweigerung und Desertion betreffen, werden von diese Gründen am häufigsten politische und religiöse Motive angegeben. Das UNHCR-Handbuch sagt betreffend Letzterem: *“Wenn ein Antragsteller die Aufrichtigkeit seiner religiösen Überzeugung zeigen kann, und wenn bei seiner Einberufung zum Militärdienst die Behörden seines Landes keine Rücksicht auf diese Überzeugung genommen haben, kann er damit möglicherweise seine Forderung nach Anerkennung als Flüchtling begründen.”*<sup>17</sup> (Nicht nur) bei der politischen Überzeugung umfasst dies auch die ihr/ihm nur unterstellte Überzeugung.<sup>18</sup>

Speziell Bezug nehmend auf die Situation eritreischer Deserteure, möchte UNHCR ferner auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)<sup>19</sup> hinweisen, die festhält, dass die Behandlung von Deserteuren in Eritrea *“von Isolationshaft*

<sup>12</sup> *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte* („UNO-Pakt II“) vom 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft seit 18. September 1992, SR 0.103.2.

<sup>13</sup> *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* („Europäische Menschenrechtskonvention“ – EMRK) vom 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft seit 28. November 1974, SR 0.101.

<sup>14</sup> In jüngster Zeit sind einige Urteile des EGMR hierzu ergangen, vgl. beispielsweise, EGMR, *Bayatyan gg. Armenien*, Beschwerdenummer 23459/03, 7. Juli 2011; *Erçep gg. Türkei*, Beschwerdenummer 43965/04, 22. November 2011; *Bukharatyan v. Armenien*, Beschwerdenummer 37819/03, 10. Januar 2012; *Tsaturyan gg. Armenien*, Beschwerdenummer 37821/03, 10. Januar 2012; *Fete Demirtas gg. Türkei* Beschwerdenummer 5260/07, 17. Januar 2012; *Savda gg. Türkei*, Beschwerdenummer 42730/05, 12. Juni 2012; *Tarhan gg. Türkei*, Beschwerdenummer 9078/06, 17. Juli 2012.

<sup>15</sup> UN-Menschenrechtsausschuss, *General Comment No. 22: Article 18, Freedom of Thought, Conscience or Religion*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30. Juli 1993, Abs.11.

<sup>16</sup> Siehe *Sepet and Bulbul v. Secretary of State for the Home Department*, Rn. 61 sowie *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, English Court of Appeal, EWCA Civ. 69, 11. Februar 2004, Rn. 8.

<sup>17</sup> UNHCR-Handbuch, Abs. 172.

<sup>18</sup> Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Auflage, Oxford University Press, 2007, S. 111, dort heisst es (Übersetzung durch UNHCR): *„Militärdienst und dessen Verweigerung, aus staatlicher Perspektive gesehen, sind Themen, die im Fokus der Politik stehen. Die allgemeine Verweigerung, Waffen zu tragen, aus welchem Grund auch immer, widerspiegelt eine wesentliche politische Position betreffend die zulässigen Grenzen staatlicher Macht, und ist ein politischer Akt.“*

<sup>19</sup> EGMR, *Said gg. Niederlande*, Beschwerdenummer 2345/02, Urteil vom 5. Juli 2005, Rn. 54.

bis zu übermässiger Sonneneinstrahlung unter hohen Temperaturen und Verbinden der Hände und Füsse in schmerzhaften Positionen reicht“ und dass *“kein Zweifel daran besteht, dass dies eine unmenschliche Behandlung darstellt.“* Demzufolge würde Flüchtlingsstatus anerkannt werden, sofern die zusätzlichen Anforderungen des Flüchtlingsbegriffes erfüllt sind, insbesondere eine Anknüpfung an einen der fünf in Artikel 1A der Genfer Flüchtlingskonvention aufgelisteten Gründe, nämlich *„die begründete Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen [...] ihrer politischen Überzeugung.“*

Die im Bericht vom Dezember 2008 erläuterte Möglichkeit, Personen die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen vorläufig aufzunehmen, weil sich die Wegweisung als unzulässig erweist,<sup>20</sup> wäre nicht im Einklang mit internationalem Flüchtlingsrecht. Die Konsequenz dieser Lösung wäre eine nicht gerechtfertigte, erheblich schlechtere Rechtsstellung der betroffenen Personen. Es ist daher die Prüfung, ob in diesen Fällen die Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft, insbesondere eine Anknüpfung an einen der fünf Konventionsgründe, erfüllt sind, vorrangig vorzunehmen.

Zudem ist zu bedenken, dass vorläufig Aufgenommene nicht nur einen anderen Rechtsstatus erhalten, sondern dass bei ihnen auch unterschiedliche rechtliche Prüfungsstandards angewandt werden, als dies bei der Prüfung des Flüchtlingsstatus der Fall ist, so dass sogar in Einzelfällen die Gefahr bestehen könnte, dass trotz bestehender Flüchtlingseigenschaft gar kein Schutz gewährt wird. Eine Absenkung des Status für Personen, die den Wehrdienst verweigern oder desertieren und die – unter den oben genannten Voraussetzungen – die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, wäre daher nicht gerechtfertigt.

#### **UNHCR-Empfehlung:**

Die Änderung von Art. 3 Abs. 3 AsylG ist in Einklang mit der Genfer Flüchtlingskonvention auszulegen. Bei Personen, deren Asylgesuch einzig auf Wehrdienstentziehung oder Desertion basiert, ist daher zu prüfen, ob ihnen bei Rückkehr die Gefahr droht verfolgt zu werden und ob diese Verfolgung an einen der fünf Verfolgungsgründe anknüpft. Ist dies der Fall erfüllen diese Personen nicht nur die Flüchtlingseigenschaft nach der völkerrechtlichen Definition, sondern – wegen des Zusatzes „vorbehalten bleibt die Flüchtlingskonvention“ auch die nach der Definition des Asylgesetzes und sollten daher in der Schweiz Asyl erhalten, wenn keine Ausschlussgründe vorliegen.

Bei der Anwendung der neuen Bestimmung ist darauf zu achten, dass sie nicht *de facto* zur Anwendung einer weiteren Ausschlussklausel, zusätzlich zu den in Artikel 1D, 1E und 1F der Genfer Flüchtlingskonvention abschliessend aufgelisteten, führt.

### **Abschaffung des Botschaftsverfahrens**

#### **Art. 19 Abs. 1, 1bis und 2**

1 Das Asylgesuch ist bei der Grenzkontrolle in einem schweizerischen Flughafen, bei der Einreise an einem geöffneten Grenzübergang oder an einer Empfangsstelle einzureichen.

1bis Ein Gesuch kann nur einreichen, wer sich an der Schweizer Grenze oder auf dem Gebiet der Schweiz befindet.

<sup>20</sup> Bericht zur Änderung des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, Abschnitt 1.3.1.

**Art. 20 Asylgesuch aus dem Ausland und Einreisebewilligung (Aufgehoben)**

1 Die schweizerische Vertretung überweist das Asylgesuch mit einem Bericht dem Bundesamt.

2 Das Bundesamt bewilligt Asylsuchenden die Einreise zur Abklärung des Sachverhalts, wenn ihnen nicht zugemutet werden kann, im Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat zu bleiben oder in ein anderes Land auszureisen.

3 Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Departement) kann schweizerische Vertretungen ermächtigen, Asylsuchenden die Einreise zu bewilligen, die glaubhaft machen, dass eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben oder für die Freiheit aus einem Grund nach Artikel 3 Absatz 1 besteht.

Mit der Änderung von Art. 19 Abs. 1 und der Aufhebung von Art. 20 AsylG wurde die Möglichkeit, Asyl bei einer schweizerischen Vertretung im Ausland zu beantragen, abgeschafft. UNHCR bedauert diese Entwicklung, da das geschützte Einreiseverfahren der Schweiz ein wichtiges Schutzinstrument war und ein sehr positives Beispiel für eine erfolgreiche Umsetzung eines solchen Verfahrens in Europa gesetzt hat.

UNHCR ist sich des zahlenmässigen Anstiegs von Gesuchen bei Schweizer Auslandvertretungen während der letzten Jahre bewusst, der neben der Abschaffung alternativer Zugangsmöglichkeiten in anderen Ländern dazu geführt hat, dass das Botschaftsverfahren nunmehr abgeschafft wurde. Die Flüchtlingsproblematik ist jedoch globaler Natur und Statistiken zeigen, dass die grösste Anzahl an Flüchtlingen regelmässig von ärmeren Ländern in den Herkunftsregionen aufgenommen wird.

UNHCR hat das Botschaftsverfahren als ein wertvolles Element des Schweizer Asylverfahrens, insbesondere zum Schutz vor den Gefahren der illegalen Einreise und als wichtigen Ausdruck der humanitären Tradition der Schweiz angesehen und auf die Gefahr hingewiesen, dass sich ein erheblicher Teil der Personen, die sich bisher an die Schweizer Auslandvertretungen wandten, nun in die Hände von Menschenschmugglern begeben werden könnten, um nach Europa einzureisen. Insbesondere für Schutzbedürftige, die wegen Verfolgung nicht in ihren Herkunftsstaat zurückkehren können, aber eine starke Bindung an die Schweiz nachweisen konnten, stellte sie oft die einzige legale Möglichkeit dar, den notwendigen Schutz zu erlangen.

Zudem ermöglichte das Botschaftsverfahren gerade für Schutzbedürftige in der Schweiz, besondere Härten, die beispielsweise durch die verhältnismässig restriktiv ausgestalteten Regelungen zur Familienzusammenführung bestehen, zu vermeiden und für ebenfalls schutzbedürftige Familienmitglieder einen legalen Einreiseweg zu ermöglichen.

Geschützte Einreiseverfahren spielen als Ergänzung zu traditionellen Mechanismen beim Zugang zu Asyl eine positive Rolle. Auch sind sie angesichts des Ausbaus flächendeckender und fortschrittlicher Grenzkontrollsysteme häufig die einzige Möglichkeit für schutzbedürftige Personen den Zugang zu Ländern ermöglicht, in denen sie Asyl suchen können. Darüberhinaus sind solche Zugangsmöglichkeiten ein wichtiges Zeichen der Solidarität beim Flüchtlingsschutz an die weniger entwickelten Länder, in denen sich mehr als 80% der Flüchtlinge weltweit aufhalten.

UNHCR ist besorgt, dass die in der Botschaft vom Mai 2010 genannte alternative Verfahrensweise für eine geschützte Einreise durch die Gewährung humanitärer Visa aufgrund des restriktiveren Anwendungsbereichs<sup>21</sup> nicht in gleicher Weise geeignet ist, dem Schutzbedarf der betroffenen Personen ausreichend Rechnung zu tragen. UNHCR rät daher dieses Instrument möglichst rasch genauer auszugestalten und seinen Anwendungsbereich zu definieren, um einerseits als reiches Land – und in Ergänzung zu den Arbeiten der „Protection in the Region“-Programmen - einen konkreten Beitrag zum Schutz von Flüchtlingen in weniger entwickelten Weltregionen zu leisten und andererseits Schutzlücken für Personen mit einer besonderen Anbindung an die Schweiz zu vermeiden.

Dies gilt nicht nur für Flüchtlinge im Sinne der GFK, sondern auch für insbesondere von Kriegs- und Gewaltvertriebenen, die in der Schweiz lediglich eine vorläufige Aufnahme erhalten. Es ist die Erfahrung des UNHCR, der auch in der Schweiz bestätigt wird, dass der Aufenthalt dieser Personen häufig von gleicher Dauer ist wie der Aufenthalt von Flüchtlingen und ihre (Schutz-)Bedürfnisse häufig ähnlicher Natur sind. Dies gilt auch und gerade für den Aufenthalt vorläufig aufgenommener Personen in der Schweiz,<sup>22</sup> für die eine zeitnahe Familienzusammenführung häufig nur über das Botschaftsverfahren erreicht werden konnte, da die Wartezeit und die zusätzlichen Bedingungen für die Familienzusammenführung von vielen vorläufig aufgenommenen Personen, nicht zuletzt wegen des langandauernden prekären Rechtsstatus, nicht erfüllt werden konnten.

UNHCR empfiehlt in diesem Zusammenhang generell, dass Flüchtlinge, Staatenlose und andere Personen, welche internationalen Schutzes bedürfen, frühzeitig eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung erhalten. Auch sollte der Familiennachzug ohne Verzögerung und unter vereinfachten Bedingungen ermöglicht werden, um Schutzbedürftigen möglichst rasch den Aufbau eines „normalen“ Lebens wieder zu ermöglichen und die durch Flucht und Vertreibung möglicherweise verlorengegangenen Bindungen möglichst rasch wieder aufbauen zu können. Die Prüfungs- und Dokumentationsanforderungen sollten dabei so angepasst werden, dass den spezifischen Umständen Schutzbedürftiger Rechnung getragen werden kann. Eine solche Änderung für vorläufig aufgenommene Personen könnte helfen, die Anzahl von durch den Wegfall der Möglichkeit des Botschaftsverfahren bedingte humanitäre Härten zu vermindern.

Kumulativ möchte UNHCR die Schweiz bitten, die Überlegungen zu einem festen Kontingentsflüchtlingsprogrammes (Resettlement) voranzutreiben. Mit einem solchen Programm kann die Hilfe für Flüchtlinge bereitgestellt werden, die aus dringend Gründen nicht in ihrem Erstasyland bleiben können und daher einen Zugang zu einem anderen (sicheren) Aufenthaltsstaat benötigen.

#### **UNHCR-Empfehlung:**

<sup>21</sup> Vgl. *Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes* vom 26. Mai 2010, S. 36.

<sup>22</sup> Vgl. Schweizerisches Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien, *Aufgenommen - aber ausgeschlossen? Die vorläufige Aufnahme in der Schweiz; Eine Studie des Schweizerischen Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien (SFM) im Auftrag der EKR*; S. 110 (Absatz 2): „Unsere Untersuchung belegt, dass über die Hälfte der vorläufig Aufgenommenen seit 5 Jahren oder mehr in der Schweiz leben, 21 % respektive 30 % der Erwachsenen (18 Jahre und älter) seit mehr als 10 Jahren. Bei den erwachsenen Sri Lanki macht der Anteil sogar mehr als die Hälfte aus (53 %), wobei zwei Drittel von ihnen - Frauen und Männer - erwerbstätig sind. Dies erstaunt vor allem angesichts der Tatsache, dass die Erwerbstätigkeit ein wichtiges Umwandlungskriterium für eine Aufenthaltsbewilligung B bildet, so dass einer Umwandlung offensichtlich andere Hindernisse im Weg stehen müssen (siehe Kapitel 9.7).“

UNHCR möchte die Schweiz eindringlich bitten, den Anwendungsbereich für das Humanitäre Visum klarzustellen und ein entsprechendes Verfahren auszugestalten. Mit der Abschaffung des Botschaftsverfahrens besteht die Gefahr, dass Familien, insbesondere wegen der restriktiven Gesetzlage für vorläufig Aufgenommene, über Jahre hinweg getrennt bleiben. Diese Gruppe beinhaltet vor allem Kriegs- und Gewaltvertriebene, deren Schutzbedarf generell ähnlich ist und von ähnlicher Dauer wie dasjenige der Flüchtlinge. Ein Überdenken des existierenden Mechanismus für Familienzusammenführung, wie auch des Status der Kriegs- und Gewaltvertriebenen, scheint daher aus humanitären Überlegungen unumgänglich. Angesichts der humanitären Tradition der Schweiz und dem wachsenden Bedürfnis an Plätzen für besonders gefährdete Flüchtlinge, möchte UNHCR die Schweiz ferner dazu anstossen, Überlegungen zu einem festen Resettlement-Programm voranzutreiben.

## **Unterbringung und Haft**

### **Art. 26 1bis, 1ter und 2ter**

1bis Das Bundesamt kann Asylsuchende, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder die durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb der Empfangsstellen erheblich stören, in besonderen Zentren unterbringen, die durch das Bundesamt oder durch kantonale Behörden errichtet und geführt werden. In diesen Zentren können unter den gleichen Voraussetzungen Asylsuchende untergebracht werden, die einem Kanton zugewiesen wurden. Bund und Kantone beteiligen sich im Umfang der Nutzung anteilmässig an den Kosten der Zentren.

1ter In Zentren nach Absatz 1bis können die gleichen Verfahren durchgeführt werden wie in den Empfangsstellen; ausgenommen ist die Einreichung eines Asylgesuchs.

2ter Das Bundesamt kann Dritte mit Aufgaben zur Sicherstellung des Betriebs der Empfangsstellen und der besonderen Zentren nach Absatz 1bis sowie mit weiteren Aufgaben nach Absatz 2 beauftragen; davon ausgenommen ist die Befragung des Asylsuchenden nach Absatz 2. Die beauftragten Dritten unterstehen der gleichen Schweigepflicht wie das Bundespersonal.

### **Art. 26a Nutzung von Anlagen und Bauten des Bundes zur Unterbringung Asylsuchender**

1 Anlagen und Bauten des Bundes können ohne kantonale oder kommunale Bewilligungen zur Unterbringung von für maximal drei Jahre genutzt werden, wenn die Zweckänderung keine erheblichen baulichen Massnahmen erfordert und keine wesentliche Änderung in Bezug auf die Belegung der Anlage oder Baute erfolgt.

2 Keine erheblichen baulichen Massnahmen im Sinne von Absatz 1 sind insbesondere:

- a. gewöhnliche Unterhaltsarbeiten an Gebäuden und Anlagen;
- b. geringfügige bauliche Änderungen;
- c. Ausrüstungen von untergeordneter Bedeutung wie sanitäre Anlagen oder Wasser- und Elektrizitätsanschlüsse;
- d. Fahrnisbauten.

3 Der Bund zeigt dem Kanton und der Standortgemeinde nach einer Konsultation die Nutzungsänderung spätestens 60 Tage vor der Inbetriebnahme der Unterkunft an.

### **Art 91 Abs. 2ter und 4bis**

2ter Der Bund kann den Standortkantonen einer Empfangsstelle oder eines besonderen Zentrums nach Artikel 26 Absatz 1bis einen Pauschalbeitrag an die Sicherheitskosten ausrichten.

4bis Er kann Beiträge für die Durchführung von Beschäftigungsprogrammen für Personen ausrichten, welche sich in Empfangsstellen des Bundes oder in einem besonderen Zentrum

nach Artikel 26 Absatz 1bis aufhalten. Er schliesst zu diesem Zweck Leistungsvereinbarungen mit den Standortkantonen, Standortgemeinden oder beauftragten Dritten ab.
---

Hinsichtlich der Unterbringung begrüsst UNHCR, dass die Schweiz bemüht ist mittelfristige Lösungen für den durch den Anstieg der Gesuchszahlen in den letzten Jahren auftretenden Mangel an Unterbringungsplätzen, der sowohl in den Bundesempfangsstellen als auch in den Kantonen aufgetreten ist, zu schaffen. Auch die Bemühungen, um eine angemessene Teilung der Kosten zwischen Bund und Kantonen wird von UNHCR begrüsst. Besonders positiv ist hervorzuheben, dass mit Art. 91 Abs. 4bis eine gesetzliche Grundlage der Kostenbeteiligung des Bundes an Beschäftigungsprogrammen für Asylsuchende, die sich in vom Bund geführten Zentren befinden, geschaffen wird. Aus der Sicht von UNHCR können Beschäftigungsprogramme für Asylsuchende erheblich dazu beitragen, die Selbständigkeit von asylsuchenden Personen zu erhalten und zu fördern, sowie mögliche durch die Nichtbeschäftigung hervorgerufene soziale Probleme in den Zentren zu vermeiden oder abzubauen.

UNHCR erkennt an, dass Massnahmen erforderlich sind, um der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder erheblichen Störungen des Betriebs von Unterbringungseinrichtungen effektiv zu begegnen. Sollten Personen straffällig werden, sollten allfällige Verstösse nach dem Strafgesetzbuch geahndet werden. Für Massnahmen unterhalb der strafrechtlichen Schwelle stehen des Weiteren bereits jetzt ausländerrechtliche Sanktionsmassnahmen, wie Rayon-Verbote zur Verfügung.

Aus der verabschiedeten Gesetzesbestimmung geht hervor, dass Voraussetzung für die Platzierung von Asylsuchenden in einem „besonderen Zentrum“ ist, dass die betreffenden asylsuchenden Personen, „die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder die durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb der Empfangsstellen erheblich stören“, unter diesen Voraussetzungen können gemäss Abs. 1ter der Bestimmung auch bereits einem Kanton zugewiesene Asylsuchende in einem solchen Zentrum untergebracht werden. Angesichts der Kategorisierung der betreffenden Asylgesuchsteller als Person die eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt oder erheblichen Störungen des Betriebs von Unterbringungseinrichtungen verursacht, merkt UNHCR an, dass es sich bei dieser Zuweisung um eine qualifizierte Zuweisungsverfügung handelt, die an das Verhalten der betroffenen Person anknüpft. Hinzu kommt, dass die Dauer der Unterbringung in einem «besonderen Zentrum» nicht geregelt ist, da diese Unterbringung offensichtlich – wenn sie auch für bereits einem Kanton zugewiesene Asylsuchende vorgesehen ist - nicht nur für die Dauer von höchstens 90 Tagen erfolgt, wie dies gemäss Art. 16 Abs. 2 AsylV1 für die Empfangsstellen vorgesehen ist. Insofern stellt eine Unterbringungsentscheidung nach Art. 26 Abs. 1bis oder 1ter AsylG eine Verfügung dar, die die Interessen der Betroffenen « besonders berührt » und die einen unmittelbaren Nachteil zur Folge hat, womit die betroffene Person an der Anfechtung « ein besonderes Interesse » hat.<sup>23</sup> UNHCR empfiehlt daher dringend eine solche Beschwerdemöglichkeit explizit in Art. 26 Abs. 1bis AsylG aufzunehmen, um diesbezüglich keine rechtlichen Zweifel aufkommen zu lassen.

UNHCR merkt ferner an, dass „besondere Zentren“, wie sie durch Art. 26 Abs. 1bis ermöglicht werden, erhebliche Fragen der praktischen Umsetzung aufwerfen. – UNHCR empfiehlt, dass insbesondere in Betreuung und Beschäftigungsprogramme mit

---

<sup>23</sup> Dies sind die nach Art. 48 VwVG wichtigsten Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation, vgl. dazu Häner, Art. 48, in Auer, Müller, Schindler (rsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, insbesondere Rdnr. 9f. und 20.

entsprechend geschultem Personal investiert wird um etwaigen sozialen Problemen entgegenzuwirken.

Aus der Gesetzesbestimmung geht nicht klar hervor, weder a priori grössere Freiheitsbeschränkungen vorgesehen werden, als bei einer Unterbringung in einer Empfangsstelle oder einer kantonalen Aufnahmeeinrichtung. Etwaige Rayonverbote sollten im Einzelfall geprüft werden, und generell jede Freiheitsbeschränkung so minim wie möglich gehalten werden.

In seinen Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden und über Alternativen zur Haft<sup>24</sup> definiert UNHCR Haft als den Entzug von Freiheit oder Einsperrung in einem geschlossenen Raum inklusive, aber nicht beschränkt auf, Gefängnisse, spezielle Haftzentren, geschlossene Empfangs- oder Festhaltezentren oder Einrichtungen.<sup>25</sup> . UNHCR sieht diesbezüglich erheblichen Klärungsbedarf hinsichtlich der rechtlichen Klassifizierung dieser Zentren und der Rechtsnatur der Verfügung mit der eine solche Zuweisung erfolgt.

**Art. 74 Abs. 2 (AuG)**

2 Diese Massnahmen werden von der Behörde des Kantons angeordnet, der für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung zuständig ist. Für Personen, welche sich in den Empfangsstellen oder in besonderen Zentren nach Artikel 26 Absatz 1bis AsylG aufhalten, ist der Standortkanton zuständig. Das Verbot, ein bestimmtes Gebiet zu betreten, kann auch von der Behörde des Kantons erlassen werden, in dem dieses Gebiet liegt.

**Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 (AuG)**

1 Wurde ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet, so kann die zuständige Behörde die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs:

b. in Haft nehmen, wenn:

5. der Wegweisungsentscheid in einer Empfangsstelle oder in einem besonderen Zentrum nach Artikel 26 Absatz 1bis AsylG eröffnet wird und der Vollzug der Wegweisung absehbar ist.

**Art. 80 Abs. 1 (AuG)**

1 Die Haft wird von den Behörden des Kantons angeordnet, welcher für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung zuständig ist. Für Personen, welche sich in den Empfangsstellen oder in besonderen Zentren nach Artikel 26 Absatz 1bis AsylG aufhalten, ist für die Anordnung der Vorbereitungshaft (Art. 75) der Standortkanton zuständig. In den Fällen nach Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 5 wird die Haft vom BFM angeordnet.

Die in den Artikeln 74 Abs. 2, 76 Abs. 1 und 80 Abs. 1 AuG vorgenommenen dringlichen Änderungen passen das Haftregime an die geplanten besonderen Zentren an. Auch insoweit besteht Klärungsbedarf, ob nicht bereits die Unterbringung in einem solchen Zentrum selbst als Haft anzusehen ist und inwieweit daher die nachstehend genannten internationalen Standards bereits auf die Unterbringung in den besonderen Zentren nach Art. 26 Abs. 1bis AsylG Anwendung finden müssten.

<sup>24</sup> UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, September 2012, Annex A; abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/50348953b8.html>.

<sup>25</sup> Ibidem: „the deprivation of liberty or confinement in a closed place which an asylum-seeker is not permitted to leave at will, including, though not limited to, prisons or purpose-built detention, closed reception or holding centres or facilities.”

Internationales Recht verbietet die Haft oder die Einschränkung der Bewegungsfreiheit einer Person basierend auf ihrer Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder anderer Meinungen, nationaler oder sozialer Herkunft, Eigentum, Geburts- oder eines anderen Status, wie desjenigen von Asylsuchenden oder Flüchtlingen.<sup>26</sup> Staaten können zudem wegen Diskriminierung haftbar gemacht werden, wenn sie Personen einer „bestimmten Nationalität“ in Haft nehmen.<sup>27</sup> Einzelpersonen haben jedenfalls wenigstens das Recht gegen Haft aus solchen Gründen Beschwerde einzulegen. Der Staat muss dann aufzeigen, dass es eine objektive und vernünftige Basis gab, um zwischen Staatsbürgern und Nicht-Staatsbürger, oder zwischen verschiedenen Nicht-Staatsbürgern, in dieser Hinsicht zu unterscheiden.<sup>28</sup> Sondermassnahmen für Personen im Asylbereich könnten somit das Prinzip der Nichtdiskriminierung verletzen.

Werden Personen tatsächlich inhaftiert, gilt es vom Staat verschiedene Prinzipien zu berücksichtigen. Diese umfassen insbesondere, dass das Recht, Asyl zu suchen immer respektiert werden muss, dass das Recht auf Freiheit und Sicherheit einer Person auf Asylsuchende Anwendung findet, Haft also immer auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen muss und nie willkürlich sein darf, sondern bei der Entscheidung über die Inhaftierung die persönlichen Umstände der betroffenen Personen berücksichtigt werden müssen. Dabei ist in jedem Einzelfall eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen und abzuklären, ob keine andere, weniger einschränkende Massnahme zur Verfügung steht. Die Verhältnismässigkeitsprüfung umfasst dabei die Notwendigkeit der Inhaftierung selbst, sowie eine Verhältnismässigkeitsprüfung hinsichtlich der Dauer der verhängten Haft. Zudem müssen alle Entscheide über die Haft der richterlichen Überprüfung offen stehen.

**UNHCR-Empfehlung:**

UNHCR möchte die Schweiz um Klarstellung des Begriffes „besondere Zentren“ nachfragen, da bezüglich der praktischen Auswirkungen und Ausgestaltung der Massnahme Unklarheit herrscht. Insbesondere besteht der Bedarf, die Rechtsnatur der Unterbringungsmassnahme und die tatsächliche Ausgestaltung der Zentren (offen, teilweise offen oder geschlossen) zu präzisieren. Ferner empfiehlt UNHCR insbesondere in Betreuung und Beschäftigungsprogramme mit entsprechend geschultem Personal zu investieren, um etwaigen sozialen Problemen entgegenzuwirken.

UNHCR empfiehlt eine konkrete rechtliche Grundlage für die Anfechtung der Entscheidung zur Unterbringung in einem „besonderen Zentrum“ zu schaffen, da sich diese (unabhängig von der Ausgestaltung der Zentren) durch die Anknüpfung der Massnahme an ein Verhalten der betroffenen Person und die gesetzlich nicht beschränkte Dauer der Unterbringung als unmittelbarer Nachteil für die betroffene Person darstellt. Gegen solche Verfügungen ist nach den Grundsätzen des Verwaltungsverfahren eine Beschwerdemöglichkeit gegeben.

UNHCR möchte die Schweiz eindringlich dazu auffordern, von Sondermassnahmen für Personen im Asylbereich abzusehen und das Prinzip der Nichtdiskriminierung zu

<sup>26</sup> Vgl. beispielsweise Art. 3 GFK; Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II, Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I, Art. 2 KRK und Art. 14 EMRK.

<sup>27</sup> CERD, *General Recommendation No. 30: Discrimination against Non-Citizens*, UN Doc. A/59/18, 10 January 2004, para. 19; Der UN-Ausschuss gegen Rassendiskriminierung CERD hat die Staaten dazu aufgerufen, die Sicherheit von Nicht-Staatsangehörigen zu respektieren, insbesondere im Zusammenhang mit willkürlicher Haft und um sicherzustellen, dass die Bedingungen in Zentren für Flüchtlinge und Asylsuchende internationalen Standards entsprechen.

<sup>28</sup> Beispielsweise in Ausschaffungsverfahren mag es eine gerechtfertigte Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen geben im Sinne, dass der Staatsangehörige das Recht hat in seinem eigenen Land zu verbleiben und nicht ausgewiesen werden kann: vgl. beispielsweise Urteil des EGMR, *Moustaquim gg. Belgien*, Urteil vom 25. Februar 1991, 13 EHRR 802 sowie auch *Agee gg. Vereinigtes Königreich*, Entscheidung der Europäische Kommission für Menschenrechte vom 17. Dezember 1976, 7 DR 164.

respektieren. Sollten Personen straffällig werden, sollten sie allfällige Verstösse nach dem Schweizer Strafgesetzbuch geahndet werden. Ebenso stehen bereits entsprechende ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen zur Verfügung.

Sollte die Schweiz geschlossene „besondere Zentren“ für Personen im Asylbereich in Betrieb nehmen, ist dies rechtlich als Inhaftierung anzusehen. In diesem Fall wäre es erforderlich, Grundprinzipien wie dasjenige der Einzelfallprüfung der Verhältnismässigkeit, des Vorrangs von anderen, weniger schwerwiegenden Eingriffen und der richterlichen Überprüfbarkeit aller behördlichen Handlungen, die einen Freiheitsentzug zur Folge haben, garantiert werden.

## **Rechtsschutz**

**(Erweiterung der Tatbestände, in denen die Beschwerdefrist fünf Tage beträgt und Herabsetzung der Behandlungsfrist für das Bundesverwaltungsgericht, Asylverfahren im Rahmen von Testphasen)**

### **Art. 108 Abs. 2**

2 Die Beschwerdefrist beträgt bei Nichteintretensentscheiden sowie bei Entscheiden nach Artikel 23 Absatz 1 und Artikel 40 in Verbindung mit Artikel 6a Absatz 2 Buchstabe a fünf Arbeitstage.

### **Art. 109 Abs. 1**

1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide sowie Verfügungen nach Artikel 23 Absatz 1 und Artikel 40 in Verbindung mit Artikel 6a Absatz 2 Buchstabe a in der Regel innerhalb von fünf Arbeitstagen.

### **Art. 112b Asylverfahren im Rahmen von Testphasen**

1 Der Bundesrat kann Testphasen zur Beurteilung neuer Verfahrensabläufe vorsehen, wenn diese aufgrund von aufwendigen, organisatorischen und technischen Massnahmen eine Testphase vor dem Erlass einer Gesetzesänderung erfordern.

2 Der Bundesrat regelt die Einzelheiten der Testphasen in einer Verordnung. Dabei kann er bei der Ausgestaltung des erstinstanzlichen Asylverfahrens und des Wegweisungsverfahrens und damit zusammenhängenden Finanzierungsfragen von diesem Gesetz und dem AuG abweichen.

3 Er kann für Testphasen die Beschwerdefrist von 30 Tagen gemäss Artikel 108 Absatz 1 auf zehn Tage verkürzen, wenn der wirksame Rechtsschutz der betroffenen Asylsuchenden durch geeignete Massnahmen gewährleistet ist.

4 Die Verordnung listet alle Gesetzesbestimmungen auf, von denen abgewichen wird.

5 Die Dauer der Testphasen beträgt höchstens zwei Jahre.

Die nachfolgenden Bemerkungen beziehen sich einerseits auf die in Art. 108 und 109 vorgenommenen Änderungen bei der Beschwerde- und Behandlungsfrist, die insbesondere Asylentscheide betreffen, die für Personen aus sicheren Heimat- oder Herkunftsstaaten ergehen oder eine Rückkehr in einen sicheren Drittstaat betreffen, wenn diese Staaten auf der entsprechenden Bundesratsverzeichnisse sind und eine Ablehnung ohne weitere Abklärungen gemäss Art. 40 AsylG erfolgt ist. Andererseits enthalten sie grundlegende Überlegungen zu einer möglichen Ausgestaltung von Asylverfahren in „Testphasen“.

UNHCR begrüsst insgesamt die Bestrebungen fairere und effizientere Verfahren sicherzustellen. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass ein Verfahren von erheblicher Länge bessere Ergebnisse bringt als ein faires und effizientes Verfahren, in dem innerhalb einer

relativ kurzen Zeit ein Entscheid getroffen wird. UNHCR möchte generell anmerken, dass regelmässige Asylgesetzrevisionen, welche eine ständige Auseinandersetzung mit möglichen neuen Bestimmungen und ihren Auswirkungen vor und nach einer möglichen Verabschiedung, wie auch unterschiedliche Bestimmungen die je nach Asylgesuchsteller anwendbar sind, der Effizienz des Asylsystems insgesamt abträglich sind. Dadurch wird es für alle relevanten Akteure, und insbesondere auch dem für die Verfahren zuständigen Bundesamt für Migration erheblich erschwert, die für zügige und faire Abläufe erforderlichen Verfahrensweisen festzulegen und effizient zu gestalten.

Weiter möchte UNHCR bemerken, dass es aus der Sicht des völkerrechtlichen Flüchtlingssschutzes von höchster Bedeutung ist, dass die Geschwindigkeit mit der das Verfahren durchgeführt wird, das Kernziel eines Asylsystems - die Identifizierung von Schutzbedürftigen und die Gewährung von Schutz - nicht verhindert oder erschwert. Dies gilt ebenso für die Feststellung des Schutzbedarfs, wie für die damit verbundenen Rechte und Garantien.<sup>29</sup>

Der Fokus sollte darauf liegen, dass der Schutzbedarf bereits im erstinstanzlichen Verfahren effektiv identifiziert wird, da Rechtsmittelverfahren immer nur die zweitbeste Lösung für den Schutz der Rechte von Schutzbedürftigen sind. Trotzdem gelten die aufgestellten Mindeststandards natürlich auch und insbesondere für den effektiven Rechtsschutz. Das Prinzip des „Frontloading“ kombiniert verschiedene Massnahmen und konzentriert Ressourcen, um in der ersten Instanz zu möglichst guten Entscheiden zu kommen.<sup>30</sup>

Es ist bedeutsam, dass die gesuchstellende Person ausreichend Zeit und Gelegenheit hat alle Gründe darzulegen, die zu einer Schutzgewährung führen könnten und dass der prüfenden Behörde ausreichend Gelegenheit gegeben wird, diese Prüfung und alle notwendigen Abklärungen vorzunehmen.

Dabei ist wichtig, dass der effektive Rechtsschutz unter anderem durch ein System rechtlicher Beratung und Vertretung garantiert wird, dass neben der Erhöhung der Effizienz der Verfahren sichergestellt, dass bestehende Schutzbedürfnisse nicht übersehen werden. Der Zugang zu einem hochwertigen rechtlichen Beistand hilft frühzeitig zu identifizieren, welche Personen internationalen Schutzes bedürfen. Die Notwendigkeit einer Rechtsvertretung im Asylverfahren entspricht aus Sicht von UNHCR der Realität der betroffenen Personen, die oft einen anderen kulturellen Hintergrund und mangelnde Rechtskenntnisse haben und daher fachkundige Beratung benötigen.

UNHCR hat bei seinen Gesprächen mit Asylsuchenden festgestellt, dass diese häufig kaum über Beratungsmöglichkeiten und andere den Rechtsschutz betreffende Fragen Bescheid wissen und das Verfahren nicht in ausreichendem Masse verstehen, da eine solche

---

<sup>29</sup> Vgl. beispielsweise die Ergebnisse zum Rechtsschutz in der von UNHCR in 12 EU-Staaten durchgeführten Studie zur EU-Asylverfahrensrichtlinie (Richtlinie 2005/85/EG): UNHCR, „Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice“, S. 54.

<sup>30</sup> Vgl. UNHCR, Anmerkungen von UNHCR zur Mitteilung der Europäischen Kommission „Das einheitliche Asylverfahren als nächster Schritt zu einem effizienteren Gemeinsamen Europäischen Asylsystem“, August 2004, insbesondere Paragraf 14. Dort heisst es: „UNHCR begrüßt grundsätzlich die in der Mitteilung erhobene Forderung nach mehr Effizienz in den Asylverfahren, betont jedoch, dass dies nicht auf Kosten der Gerechtigkeit oder der Fairness der Verfahren geschehen darf. UNHCR spricht sich schon lange für „Front-loading“ der Asylverfahren aus, um die erstinstanzlichen Entscheidungen zu verbessern. Ist die Qualität der Entscheidungen in erster Instanz gewährleistet, verringert sich die Zahl der eingelegten Rechtsbehelfe, was wiederum Zeit und Ressourcen spart. Für ein wirksames „Front-loading“ müssen angemessene Geldmittel und ausreichend qualifiziertes, gut geschultes Personal bereitgestellt werden.“

Beratung und Erklärung häufig nur ungenügend gewährleistet ist. UNHCR begrüsst deshalb insbesondere, dass eine Stärkung des Rechtsschutzes für die betroffenen Personen vorgesehen.

Dabei sind in allen Verfahrensphasen vor allem Zugang zu kompetenter Rechtsberatung (inklusive Übersetzungsleistungen) und Akteneinsicht, sowie der Nicht-Vollzug bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens (oder zumindest die effektive Möglichkeit für das Gericht Suspensivwirkung zu gewähren) Kernelemente der Verfahrensqualität und damit von entscheidender Bedeutung für die Schutzgewährung aber auch für die effektive Beschleunigung von Asylverfahren.

Neben der Rechtsberatung sind zudem auch die Möglichkeit der Information und der sozialen Beratung von grosser Bedeutung. Ebenfalls, sollte dabei darauf geachtet werden, dass Übersetzungs- und Dolmetscherdienste jeder Zeit wenn nötig verfügbar sind. Deren Bedeutung wird zum Beispiel auch in den Niederlanden allseits anerkannt. Ferner ist eine Vernetzung aller Akteure in diesem Bereich von grossen Vorteil.<sup>31</sup>

Auch wenn Rechtsmittelverfahren immer nur die zweitbeste Lösung für den Schutz der Rechte von Schutzbedürftigen sind, gelten die aufgestellten Mindeststandards natürlich auch und insbesondere für den effektiven Rechtsschutz. Das Prinzip des effektiven Rechtsschutzes ist daher auch sowohl in der Schweizer Bundesverfassung in Art. 29a BV als auch in Art. 13 EMRK verankert und stellt einen der Grundpfeiler jeder demokratischen Ordnung dar.

Der *Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich*<sup>32</sup> arbeitet heraus, dass von den Wiedererwägungsgesuchen bereits über ein Viertel (26%) zu einer vorläufigen Aufnahme der antragstellenden Person führen; weitere 23% werden im gerichtlichen Verfahren gutgeheissen. Auch bei den Revisionsgesuchen ergibt sich noch eine erhebliche Quote von Gutheissungen (9%). Bei den Mehrfachgesuchen liegen diese Zahlen bei 12% in der ersten Instanz und bei weiteren 16% in der zweiten Instanz.

Es lässt sich also feststellen, dass ein erheblicher Prozentsatz der schutzbedürftigen Personen erst in einem ausserordentlichen Verfahren oder auf ein Zweitgesuch hin Schutz erhält. Dies deutet daraufhin, dass hier in der ersten Instanz teilweise nicht der notwendige Schutz gewährt wird und dass der Rechtsschutz gerade auch für diese Verfahren notwendig ist. Angesichts der aktuellen Diskussion, um die Einschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten und die Kürzung von Beschwerdefristen, ist es aus Sicht von UNHCR wichtig darauf hinzuweisen, dass ein negativer Entscheid nicht gleichbedeutend damit ist, dass die Gesuchstellung oder die Beschwerde offensichtlich unbegründet oder gar missbräuchlich war oder ist. Regelmässig kann es dazu kommen, dass sich während des Verfahrens, insbesondere wenn diese sehr lange dauern, die Verhältnisse im Herkunftsland ändern und es werden dadurch neue Verfahren notwendig. Einen ähnlichen Effekt haben auch die im internationalen Vergleich kurzen Fristen für Nachbesserungen, da bei schwieriger Nachweislage möglicherweise entscheidende Dokumente nicht in der vorgesehenen Frist eingereicht werden können.

UNHCR sieht daher in einer kurzen Beschwerdefrist in materiellen Verfahren die Möglichkeit einer Gefährdung des effektiven Rechtsschutzes. In dieser Hinsicht ist es eine Besonderheit des Schweizer Asylsystems, dass das Bundesverwaltungsgericht, das zudem die einzige Beschwerdeinstanz ist, ohne mündliche Verhandlung oder Anhörung der betroffenen Person entscheidet. Das Asylrecht weicht damit auch von der üblichen Praxis im Schweizer Recht

---

<sup>31</sup> Hier könnte sich eine regelmässige Arbeitsgruppe der am Verfahren beteiligten und anderer interessierter Organisationen anbieten, um die Qualitätssicherung und mögliche Fortentwicklung der bestehenden Standards unabhängig von konkreten Verfahren diskutieren zu können.

<sup>32</sup> Der *Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich*, Seite 18-20.

ab, betroffene Personen vor Gericht zu hören. Durch diese Sondersituation kommt der Frist zur Einreichung der Beschwerde und deren Nachbesserung eine ganz andere Bedeutung zukommt als in anderen Ländern, in denen Nachbesserungen und weitere Argumente meist bis zur mündlichen Verhandlung vorgebracht werden können, und damit eine zum Teil erheblich längere Zeit zur Begründung der Beschwerde zur Verfügung steht.

Aus völkerrechtlicher Sicht muss der Zugang zu einer Beschwerdeinstanz umfassend gewährleistet sein und die Beschwerde sollte in der Regel aufschiebende Wirkung haben.<sup>33</sup> Generell ist UNHCR zudem der Meinung, dass es zur Absicherung des Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf essentiell ist, allen Asylsuchenden unentgeltliche Rechtsvertretung in der Beschwerdeinstanz zur Verfügung zu stellen.<sup>34</sup> Abschliessend möchte UNHCR darauf hinweisen, dass strukturelle und institutionelle Massnahmen, - wie beispielsweise die Verkürzung einer Frist durch die die Beschwerdeeinlegung praktisch erheblich erschwert wird - welche eine Hürde zu einem effektiven Rechtsschutz darstellen können, nicht mit dem Völkerrecht und der Schweizerischen Bundesverfassung vereinbar sind. Das Recht auf wirksame Beschwerde muss nicht nur „effective in law“, sondern auch „available in practice“ sein<sup>35</sup>, was deshalb unter anderem die limitierten finanziellen Ressourcen einer beschwerdeführenden Person oder einer Rechtsvertretung ebenfalls in Betracht zu ziehen sind<sup>36</sup>.

UNHCR möchte abschliessend – im Lichte der Verkürzung des Beschwerdefristen bei „safe country“-Entscheiden darauf aufmerksam machen, dass auch die Listung eines Herkunftslandes als sicher eine individuelle Prüfung des Gesuches nicht ersetzen oder beeinträchtigen darf. Das Beispiel von Mali hat gezeigt, dass es mehrere Monate dauern kann, bis die Schweiz in der Lage ist ein Land offiziell von der Liste der sicheren Herkunftsländer zu streichen. Eine Verkürzung der Beschwerdefristen für Personen aus diesen Staaten, unter der Annahme der generellen Sicherheit des Landes, erscheint daher fragwürdig.

Die Bestimmung zur Ermöglichung von Asylverfahren im Rahmen von Testphasen begrüsst UNHCR insbesondere deswegen, weil sie es erlauben könnte, den politischen Prozess der „dauernden Asylgesetzrevision“ der letzten Jahre zu stoppen und ein Asylverfahren zu entwickeln, dass sich nicht mehr als „work in progress“ erweist. Aus der Sicht von UNHCR ist eines der grössten Effizienzprobleme des gegenwärtigen Asylverfahrens dessen dauernde Revision und die politische Diskussion darum. Dadurch wird ein Umfeld geschaffen, dass es insbesondere dem für die Verfahren zuständigen Bundesamt für Migration erheblich erschwert, die für zügige und faire Abläufe erforderlichen Verfahrensweisen festzulegen und effizient zu gestalten. Wichtig im Zusammenhang mit der Umsetzung der Bestimmung ist, dass die gesetzlichen Ausnahmen genau festgelegt

---

<sup>33</sup> Der EGMR spricht in diesem Zusammenhang sogar von „automatischem Suspensiveffekt“ der Beschwerde, in Fällen, in denen eine Verletzung der EMRK nicht ausgeschlossen werden kann (dies gilt auch dann, wenn dieses Land auf nationalen Listen für sichere Herkunftsstaaten fungiert), vgl. beispielsweise EGMR, *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*, Beschwerdenummer 30696/09, Urteil vom 21. Dezember 2011, Ziffer 293; *Gebremedhin gg. Frankreich*, Beschwerdenummer 25389/05, Urteil vom 26. April 2007, Ziffer 66.

<sup>34</sup> Vgl. dazu zuletzt die Empfehlungen (zum effektiven Rechtsschutz) der UNHCR-Studie zur Umsetzung der EU-Asylverfahrensrichtlinie, oben Fussnote 29, S. 87.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. EGMR, *Jabari gg. Türkei*, Beschwerdenummer 40035/98, Urteil vom 11. Juli 2000; Der Gerichtshof stellt hier klar, dass eine Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelfs „effektiv in Recht und Praxis“ möglich sein muss, vgl. EGMR, *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*, oben Fussnote 7, Ziffer 288ff.; *Gebremedhin gg. Frankreich*, oben Fussnote 7, Ziffer 53; *Čonka gg. Belgien*, Beschwerdenummer 51564/99, Urteil vom 5. Februar 2002, Ziffern 75 und 83.

<sup>36</sup> Vgl. dazu beispielsweise EGMR, *G. R. gg. die Niederlande*, Beschwerde-Nr.: 22251/07, Urteil vom 10. Januar 2012.

werden, wie dies in Art. 112b Abs. 4 vorgesehen ist und dass den asylsuchenden Personen in den Testverfahren keine Nachteile im Vergleich zum Normalverfahren entstehen. Eine eventuelle Verkürzung der Beschwerdefrist müsste daher zumindest durch Massnahmen zu einer frühzeitigen, umfassenden und hochwertigen Rechtsberatung flankiert werden.

**UNHCR-Empfehlung:**

UNHCR ist der Ansicht, dass Frontloading besser geeignet ist Verfahren fairer und effizienter zu gestalten als die Verkürzung von Fristen. Insbesondere in materiellen Verfahren erscheint die Frist von fünf Tagen sehr kurz, da Asylsuchende Schwierigkeiten haben könnten innerhalb so kurzer Zeit zum Entscheid des Bundesamtes für Migration Stellung zu beziehen. Auch für Asylverfahren im Rahmen von Testphasen mögliche Verkürzung der Beschwerdefrist auf 10 Tage ist in diesem Zusammenhang als sehr kurz anzusehen. Kurze Beschwerdefristen, die in der Schweiz mit vergleichsweise sehr kurzen Nachbesserungsfristen verbunden sind, tragen somit zu begründeten Wiedererwägungs- und Mehrfachgesuchen bei.

UNHCR möchte die Schweiz daher in Bezug auf die mit dieser Gesetzesänderung getroffenen Massnahme, aber auch in Anbetracht kommender Vorschläge, dringlich bitten, sicherzustellen, dass das System eine umfassende Beratung und Vertretung der asylsuchenden Personen in sozialer und rechtlicher Hinsicht ermöglicht, und auch jeder Zeit wenn nötig Übersetzungs- und Dolmetscherdienste gewährleistet.

Desweiteren muss die Möglichkeit einen Rechtsbehelf einzulegen, jederzeit und in allen Verfahren garantiert sein, da nur ein solches System den Anforderungen an den verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verbürgten effektiven Rechtsschutz genügt.

UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein  
Oktober 2012