

# Respektiert das revidierte Asylgesetz Völkerrecht und Verfassung?

Normalerweise prüft der Bundesrat beziehungsweise die Verwaltung, ob Gesetzesvorlagen völkerrechts-, verfassungskonform und EU-kompatibel sind. Das Resultat der Überprüfung wird in der Botschaft des Bundesrates zum Gesetz publiziert.

Für zahlreiche Bestimmungen des revidierten Asylgesetzes gibt es aber keine Botschaft. Diese Bestimmungen wurden erst nachträglich ins Gesetz eingeführt. Die Übereinstimmung verschiedener Verschärfungen mit Verfassung, Völker- und EU-Recht ist umstritten.

## 1 Nichteintreten wegen Papierlosigkeit (Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG)

- Der verschärfte Nichteintretensgrund der Papierlosigkeit verletzt die Flüchtlingskonvention und ist verfassungsrechtlich unverhältnismässig.
- Die Ausschaffung von Verfolgten verletzt Bundesverfassung (BV), Flüchtlingskonvention (FK), Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), und weitere internationale Konventionen verletzt.
- Nichteintretensverfahren sind nicht EU-kompatibel.

Grundsätzlich soll künftig auf Asylgesuche nicht eingetreten werden, wenn Asylsuchende nicht innerhalb von 48 Stunden nach der Gesuchsstellung Reise- oder Identitätspapiere vorlegen. Ausnahmsweise wird doch eingetreten, wenn Entschuldigungsgründe für das Fehlen von Papieren oder die Flüchtlingseigenschaft glaubhaft gemacht werden oder die Behörden aufgrund der Anhörung weitere Abklärungen für nötig erachten.

Der Nichteintretensgrund der Papierlosigkeit wurde mit der letzten Revision 1998 per Dringlichkeitsbeschluss in das Gesetz eingeführt. Das Parlament hielt damals fest, dass bis an die Grenze des Völkerrechts gegangen wurde. Die verschärfte Bestimmung verletzt laut Expertenmeinung Völkerrecht, Verfassung und ist nicht EU-kompatibel:

- «*Flüchtlingsrechtlich* bewirkt sie, dass die oben erwähnten Kategorien von Flüchtlingen, welche die Vermutung, dass sie wegen fehlender Papiere die Flüchtlingseigenschaft nicht besitzen, nicht sofort (d.h. bereits während der Anhörung) widerlegen können, von der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und damit vom *Genuss der Rechte aus der Flüchtlingskonvention ausgeschlossen werden*. Einen solchen Ausschlussgrund sieht Art. 1 Flüchtlingskonvention

Weyermannsstrasse 10  
Postfach 8154  
CH-3001 Bern

Für Paketpost:  
Weyermannsstrasse 10  
CH-3008 Bern

T++41 31 370 75 75  
F++41 31 370 75 00

info@osar.ch  
www.osar.ch

PC-Konto  
30-16741-4  
Spendenkonto  
PC 30-1685-7



nicht vor, weshalb sich die Regelung auch in der verbesserten Fassung als völkerrechtswidrig erweist.»<sup>1</sup>

- «**Verfassungsrechtlich** ist sie klar **unverhältnismässig**, weil sie im Fall der erwähnten Kategorien echter Flüchtlinge nicht notwendig und erforderlich ist, d.h. eine Personenkategorie miterfasst, für welche sich der Ausschluss vom Asylverfahren nicht rechtfertigen lässt.»<sup>2</sup>
- Der **Bundesrat** war sich früher bewusst, dass Massnahmen gegen papierlose Asylsuchende die Flüchtlingskonvention verletzen können: «*Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass oft auch Personen, bei denen es sich zweifelsfrei um Flüchtlinge handelt, keine Identitätsausweise besitzen. Völkerrechtliche Verpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist, würden aber verletzt, wenn gerade solche Personen vom Asylverfahren ausgeschlossen würden.*»<sup>3</sup>
- Das **UNO-Hochkommissariat für Flüchtlinge** ist besorgt über die Verschärfung: «*UNHCR has reiterated numerous times its serious concerns relating in particular to the provisions that would restrict access to asylum for people who have no valid travel or identity documents. The 1951 Convention specifically acknowledges and provides for refugees who may have had to flee their country without being able to obtain valid travel or identity documents. We should not forget that people trying to enter a country without documentation may have valid reasons to do so. It is often not possible for people fleeing for their lives to obtain such documents. This provision is amongst the strictest in Europe.*»<sup>4</sup>
- Der **Menschenrechtskommissar des Europarates**, kritisierte bereits die aktuelle Praxis zum Nichteintretensgrund der Papierlosigkeit wie folgt: «*Il s'ensuit que l'on ne saurait tirer, comme le fait la loi suisse, des conséquences négatives pour le demandeur d'asile de la simple absence ou de la non-présentation des documents d'identité du demandeur. Ni le droit international, ni le bon sens ne permettent de tirer de l'existence de stratégies de non-présentation, largement répandues, la conclusion que la non-présentation de papiers d'identité révèle un manque de coopération du demandeur d'asile ou l'absence de fondement de sa demande. [...] C'est pourquoi, j'estime que le refus d'examiner le fond de la demande d'asile considérée comme abusive ou mal fondée au motif que le ressortissant étranger demandeur n'a pas présenté des documents d'identité à l'entrée du pays ou ensuite, dans les 48 heures qui lui ont été accordées pour ce faire, risque de porter atteinte à l'exercice du droit d'asile tel que garanti par le droit international.*»<sup>5</sup> Er schlägt vor, auf den Nichteintretensgrund ganz zu verzichten: «*[...] renoncer à frapper une personne d'une décision de NEM lorsque, 48 heures après y avoir été invitée, elle ne peut présenter des papiers d'identité, et prendre la décision sur le droit au séjour en Suisse toujours sur la base d'un*

<sup>1</sup> Prof. Walter Kälin, Bemerkungen zum Antrag des Bundesrates vom 25. August 2004 zum Nichteintretensgrund der fehlenden Reisepapiere, Bern, 14. November 2004, ASYL 2005/Nr. 2+3, S. 12 f.; s. auch [http://www.osar.ch/2005/06/07/041114\\_kaelin\\_ga](http://www.osar.ch/2005/06/07/041114_kaelin_ga). Hervorheb. d.d.V.

<sup>2</sup> A.a.O., FN 1.

<sup>3</sup> Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes vom 4. Dezember 1995, 95.088, S. 30.

<sup>4</sup> Ron Redmond, Pressesprecher des UNHCR, Medieninformation vom 27. September 2005, Genf, <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/news/openssl.htm?tbl=NEWS&id=4339291211&page=news>

<sup>5</sup> Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite en Suisse 29 novembre – 3 décembre 2004 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire; S. 16. [http://www.coe.int/T/f/Commissaire\\_D.H/Unit%C3%A9\\_de\\_Communication/Documents/Par\\_pays/Suisse/index.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/f/Commissaire_D.H/Unit%C3%A9_de_Communication/Documents/Par_pays/Suisse/index.asp#TopOfPage)

*faisceau d'indices cumulatifs et après un entretien individuel avec le demandeur pendant lequel celui-ci bénéficie d'une assistance juridique et linguistique.»<sup>6</sup>*

- Die **EU-Mindestrichtlinie** zum Asylverfahren sieht kein Nichteintretensverfahren vor. Offensichtlich unbegründete Gesuche werden in einem raschen materiellen Asylverfahren entschieden.<sup>7</sup>
- Wenn Verfolgte ausgeschafft werden, die nach Flüchtlingskonvention und Asylgesetz die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, werden dadurch u.a. Art. 25 BV (Schutz vor Auslieferung, Ausweisung und Ausschaffung), Art. 33 Flüchtlingskonvention (Nonrefoulement-Gebot), Art. 3 EMRK (Verbot der unmenschlichen Behandlung), Art. 7 IPbpR (Nonrefoulement-Gebot), Art. 3 UN-Konvention gegen Folter (Folterverbot) und Art. 5 AsylG (Rückschiebungsverbot) verletzt.

## 2 Weitergabe von Personendaten (Art. 97 AsylG)

- Die neue Regelung bedeutet ein hohes Risiko der Verletzung von Flüchtlingskonvention, Europäischer Menschenrechtskonvention und Verfassung.
- Die Regelung ist nicht EU-kompatibel.

Künftig dürfen die Behörden den Herkunftsstaaten Personendaten über Asylsuchende bereits nach dem erstinstanzlichen Entscheid weiterleiten. Heute ist die Weiterleitung erst erlaubt, wenn definitiv entschieden ist, dass die Betroffenen keine Flüchtlinge sind. Nach Art. 97 Abs. 1 AsylG dürfen keine Daten weitergegeben werden, wenn dadurch Personen gefährdet werden.

- Der **Bundesrat** hat festgestellt, dass die frühzeitige Weitergabe die Flüchtlingskonvention und die EMRK verletzen kann: *«Mit der Einreichung eines Asylgesuchs beansprucht die asylsuchende Person den Schutz der Schweiz vor in ihrem Heimat- oder Herkunftsstaat erlittener oder befürchteter Verfolgung. Bis feststeht, ob eine asylsuchende Person die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, dürfen keine Daten über sie oder ihre Angehörigen, die noch im Heimat- oder Herkunftsstaat weilen, und die für sie eine Gefährdung darstellen würden, an den möglichen Verfolgerstaat weitergeleitet werden. Abgesehen davon, dass die Schweiz dadurch **völkerrechtliche Verpflichtungen (Flüchtlingskonvention, EMRK) verletzen würde**, könnten dadurch objektive Nachfluchtgründe geschaffen werden, was zur vorläufigen Aufnahme der betroffenen Person führen würde.»<sup>8</sup>*
- Zwar verbietet Art. 97 Abs. 1 AsylG die Weitergabe, wenn dadurch eine Gefährdung entsteht. Viele Flüchtlinge werden aber erst auf Beschwerdestufe anerkannt und waren zunächst vom Bundesamt für Migration abgelehnt worden. Lehnt das Bundesamt Asylgesuche ab, hält es konsequenterweise auch die Datenweitergabe für unproblematisch.

<sup>6</sup> A.a.O., FN 5, S. 49.

<sup>7</sup> Susanne Bolz, Wie EU-kompatibel ist das Schweizer Asylrecht?, ASYL 2005/Nr. 1, S. 8f.

<sup>8</sup> Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Asylgesetzes vom 4. Dezember 1995, 95.088, S. 136.

- Nach Artikel 13 Abs. 2 BV hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer Daten. Laut Artikel 6 Datenschutzgesetz dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwer wiegend gefährdet würde, namentlich weil ein Datenschutz fehlt, der dem schweizerischen gleichwertig ist.
- Die EU erlaubt keine Datenweitergabe für Asylsuchende während laufendem Verfahren.<sup>9</sup>

### 3 Ausdehnung des Sozialhilfestopps (Art. 82 Abs. 1, Art. 83a AsylG)

- Die Ausdehnung des Sozialhilfestopps auf alle abgewiesenen Asylsuchenden kann zu Verletzungen der Kinderrechtskonvention (KRK), der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Verfassung (Menschenwürde, Recht auf Nothilfe) führen.
- Der Sozialhilfestopp bei legalem Aufenthalt im ausserordentlichen Verfahren dürfte das Gleichheitsgebot und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz der Verfassung verletzen.

Künftig können alle rechtskräftig abgewiesenen Asylsuchenden von der Sozialhilfe ausgeschlossen und auf die Strasse gestellt werden. Selbst wenn die Behörden im Rahmen eines ausserordentlichen Verfahrens den Aufenthalt bis zum Entscheid wieder legalisieren, bleibt der Sozialhilfestopp bestehen. Ausnahmen für besonders Verletzte (zum Beispiel Familien mit kleinen Kindern, unbegleitete Minderjährige, Schwangere, kranke oder ältere Menschen) sind nicht vorgesehen. Vom Sozialhilfestopp Betroffene können in den dafür zuständigen Kantonen Nothilfe beantragen.

- Nach Artikel 12 BV haben Personen in einer Notlage das Recht auf Nothilfe. Dieses Recht wird heute in der Praxis immer wieder eingeschränkt, wie die Erfahrungen von Personen mit rechtskräftigem Nichteintretensentscheid belegen:
  - **Fehlende Information über das Recht auf Nothilfe.** Aus Art. 12 BV ergibt sich eine Pflicht der Behörden, von der Sozialhilfe Ausgeschlossene über ihren Anspruch auf Nothilfe zu informieren.<sup>10</sup> In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass nicht informiert wird.<sup>11</sup>
  - **Zu kurze Ausreisefrist.** Die Betroffenen werden oft nach einer unrealistisch kurzen Ausreisefrist von bloss 24 Stunden illegalisiert. Der Menschenrechtskommissar des Europarates empfiehlt, realistische Ausreisefrist anzusetzen.<sup>12</sup> Es stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit des Sozialhilfestopps, wenn keine realistische Frist für rechtskonformes Verhalten gewährt wurde.

<sup>9</sup> A.a.O., FN 3, S. 11.

<sup>10</sup> Dr. iur. Katrin Amstutz, Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Sozialhilfe im Asylwesen, ASYL 2003/Nr. 2, S. 28 ff.; Empfehlung Nr. R (2000) 3 des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten.

<sup>11</sup> Vgl. dazu Kathrin Buchmann, Silvana Kohler, Die Verschärfungen im Asyl- und Ausländerrecht vom 1. April 2004, Bilanz nach einem Jahr, SFH, 15. Juli 2005; [http://www.osar.ch/2005/08/09/050715\\_sfh\\_bericht](http://www.osar.ch/2005/08/09/050715_sfh_bericht).

<sup>12</sup> A.a.O., FN 5, S. 49.

- **Fehlender Zugang zu Nothilfe.** In zwei Kantonen (SO, BE) musste der Zugang zu Nothilfe mittels Gerichtsurteilen erkämpft werden. Laut Aussagen von Betroffenen kommt es auch nach diesen Urteilen in der Praxis immer wieder zu faktischen Verweigerungen der Nothilfe.<sup>13</sup> Die Verweigerung der Nothilfe verletzt Art. 12 BV und kann u.U. auch Art. 3 EMRK verletzen. (Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde die Verweigerung oder Einschränkung der Nothilfe bei Verletzung der Mitwirkungspflicht gefordert. Dies hätte die Verfassung klar verletzt und wurde schliesslich abgelehnt.<sup>14</sup>)
- **Ungenügende Ausgestaltung der Nothilfe.** Die gewährte Nothilfe entspricht nicht immer dem verfassungsrechtlichen Minimum. In verschiedenen Kantonen stehen zum Beispiel selbst im Winter 05/06 tagsüber keine geheizten Räume zur Verfügung.<sup>15</sup> Gerichtsurteile dazu stehen noch aus. «Die Verletzung der Garantie menschenunwürdigen Daseins ist gegeben, wenn die Betroffenen eine staatliche Androhung so empfinden müssen.»<sup>16</sup>
- **Die Unterstützung von Minderjährigen** müsste gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BV und Art. 3 Kinderrechtskonvention kindergerecht ausgestaltet sein.<sup>17</sup> Im Einzelfall müsste sie über die minimale Nothilfe hinausgehen. Für unbegleitete Minderjährige müssten bis zur Ausreise vormundschaftliche Massnahmen getroffen werden. Diese Bedingungen sind vielerorts nicht erfüllt. Dadurch werden Kinderrechtskonvention, Verfassung und Zivilgesetzbuch (ZGB) verletzt.
- Der Ausschluss von der Sozialhilfe bei legalem Aufenthalt bis zum Abschluss eines **ausserordentlichen Verfahrens** ist unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebotes der Verfassung problematisch: Diese Personen halten sich legal und mit Willen des Staates in der Schweiz auf. Sie werden aber trotzdem gezwungen, in einer Notlage zu leben. Für diese **Ungleichbehandlung** gibt es keine sachlichen Gründe. Der Staat hat im Gegenteil die Aufgabe, das Entstehen von Notlagen zu verhindern. Der Eingriff erscheint unter dem Blickwinkel der Verfassung **unverhältnismässig**, da ausserordentliche Verfahren erfahrungsgemäss oft lange dauern und die Nothilfe nur das absolute Minimum beinhaltet. Schliesslich hat das Bundesgericht unter geltendem Gesetz festgehalten, dass die Behörden bei Missbräuchlichkeit eines ausserordentlichen Rechtsmittels keine aufschiebende Wirkung gewähren müssen.<sup>18</sup> Damit stünden auch mildere Mittel zur Missbrauchsbekämpfung als der Sozialhilfestopp zur Verfügung.
- Der **Menschenrechtskommissar des Europarates** befürchtet, dass der Sozialhilfestopp zu Verletzungen des Art. 3 EMRK führt: «Je considère que ce mécanisme conduit à plonger un certain nombre de ressortissants étrangers, qui se trouvent en territoire suisse, dans une situation de misère et d'avitissement à leurs propres yeux et à ceux d'autrui qui peut poser un problème de compati-

<sup>13</sup> A.a.O., FN 11.

<sup>14</sup> Dr. iur. Prof. em. Jörg Paul Müller, Gutachten vom 7. März 2005 betreffend den Beschluss der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 13. Januar 2005 (Teilrevision Asylgesetz) über Einschränkungen der Nothilfe, erstellt im Auftrag der Schweizerischen Flüchtlingshilfe, ASYL 2005/Nr. 2/3, S. 3 ff.

<sup>15</sup> Silvana Kohler, «Kältekarte», SFH, 10.12.2005; <http://www.osar.ch/2005/12/02/nothilfe-sit-dez05>

<sup>16</sup> A.a.O., FN 14, S. 11.

<sup>17</sup> Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten über die Anforderungen der Kinderrechtskonvention an die Ausgestaltung der Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), 25. Februar 2005, [http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user\\_upload/Themen\\_deutsch/Asyl/Fuersorge/Gutachten\\_BFM\\_Version\\_03\\_160205.pdf](http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user_upload/Themen_deutsch/Asyl/Fuersorge/Gutachten_BFM_Version_03_160205.pdf)

<sup>18</sup> BGE vom 9. Februar 2005 (2A.692/2004).

*bilité avec l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants inscrite à l'article 3 de la CEDH. Comme l'a indiqué la Cour, l'intention de causer la souffrance n'est pas déterminante pour conclure à l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant, qui est prohibé en termes absolus, quels que soient les agissements de la victime. Les instruments internationaux de protection de droits de l'homme contiennent des interdictions absolues de mettre en danger la santé physique et mentale des êtres humains et, a fortiori, leur vie, dont la garantie peut imposer à l'Etat des obligations positives. Le droit à l'assistance sociale et médicale figure expressément reconnu à l'article 13, par. 1 de la Charte sociale européenne au bénéfice de toute personne ne disposant pas des ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source. La Suisse, il est vrai, n'est pas partie à la Charte sociale européenne.»<sup>19</sup> Der Menschenrechtskommissar empfiehlt, selbst Personen mit Nichteintretensentscheid Sozialhilfe zu gewähren.*

- Das UN-Komitee zur Verhütung der Folter äussert sich besorgt zum Sozialhilfestopp: «The Committee is also concerned that in cases of non-entry decisions (décision de non-entrée en matière) the social benefits of asylum seekers are being curtailed significantly». Es empfiehlt: «**Ensure that asylum seekers are granted full respect of their right to a fair hearing, to an effective remedy and to social and economic rights during all procedures established by the revised law on asylum.**»<sup>20</sup>
- Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus befürchtet, «dass der seit dem 1. April 2004 geltende Fürsorgestopp für Asylsuchende mit Nichteintretensentscheid und verschiedene Vorschläge des Ständerats und der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats in der aktuellen Revision des Asylrechts die Menschenwürde der Betroffenen sowie **die verfassungsmässigen Grund- und Menschenrechte in erhebliche Gefahr bringen.**»<sup>21</sup>

## 4 Rechtsschutz (Art. 17 Abs. 4 AsylG; Art. 108 Abs. 2 AsylG)

- Die fehlende Garantie des Zugangs zu Rechtshilfe bei kurzen Beschwerdefristen kann EMRK und BV verletzen, insbesondere bei gleichzeitiger Freiheitsbeschränkung.

Die Beschwerdefrist beträgt bei Nichteintretensentscheiden heute bereits nur noch fünf Arbeitstage statt wie üblich 30 Tage. Im Flughafenverfahren wird sie von heute 24 Stunden auf fünf Arbeitstage verlängert. Der Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung in den Empfangsstellen und Flughäfen soll laut neuem Wortlaut «geregelt», aber nicht «gewährleistet» werden. Der Aufenthalt in der Empfangsstelle und im Flughafen zeichnet sich schon heute durch Freiheitsbeschränkungen aus, was durch die Revision noch verschärft wird: Verlängerung des Aufenthalts im Flughafen und in den Empfangsstellen auf 60 Tage, Haft bei Eröffnung von Nichteintretensentscheiden in der Empfangsstelle, weitere neue Haftformen, Verlängerung der

<sup>19</sup> A.a.O., FN 5, S. 22.

<sup>20</sup> CAT/C/CO/34/CHE Committee against Torture 34th session, Empfehlungen betreffend die Schweiz. <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/AdvanceVersions/CAT.C.CO.34.CHE.pdf>

<sup>21</sup> Stellungnahme der EKR zu den Verschärfungen im Asylwesen: [http://www.edi.admin.ch/ekr/dokumentation/00112/ekr\\_presse\\_stellungnahme\\_ekr\\_nee\\_de.pdf](http://www.edi.admin.ch/ekr/dokumentation/00112/ekr_presse_stellungnahme_ekr_nee_de.pdf)

Haftdauer, schriftliche Bewilligung zum Verlassen der Empfangsstelle, kurzfristige Festhaltung, Ein- und Ausgrenzung usw.

- Nach Art. 13 EMRK besteht ein **Recht auf eine wirksame Beschwerde**, wenn ein Recht der Konvention verletzt sein könnte. Im Asylverfahren wird regelmässig über potenziell schwere Eingriffe in das Verbot unmenschlicher Behandlung von Art. 3 EMRK entschieden. Nach dem geplanten Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, **Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand**, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint und dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.
- Prof. Jörg Paul Müller: *«Besonders problematisch erscheint unter dem Aspekt des Rechtsschutzes die Bestimmung der Revisionsvorlage in Artikel 17 Abs. 4 und zur Verbeiständung in Artikel 22 (Abs. 3/Absatz 4 E Asylgesetz). [...] Jeder Person, der die Freiheit entzogen wird, muss faktisch die Möglichkeit verschafft werden, ihre Grundrechte in materieller und prozessualer Hinsicht geltend zu machen (Artikel 31 Abs. 2 und 4 BV).»<sup>22</sup>*
- Der **Menschenrechtskommissar des Europarates** empfiehlt der Schweiz die Beschwerdefrist zu verlängern oder eine garantierte Rechtsvertretung vorzusehen: *«Afin de s'assurer que les conditions de recours contre les décisions de NEM respectent le droit fondamental, garanti entre autres à l'article 13 de la CEDH, je recommande aux autorités suisses de prolonger le délai de recours contre les décisions de NEM ou de fournir une assistance juridique d'office aux requérants dès que ceux-ci reçoivent une notification de décision de NEM, et de leur octroyer l'aide d'un traducteur, selon les besoins.»<sup>23</sup>*
- Die Verlängerung der Beschwerdefrist im Flughafenverfahren und die angekündigte Regelung des Zugangs zu Rechtsberatung und -vertretung sind Schritte in Richtung eines völker- und verfassungskonformen Asylverfahrens. Trotzdem bleibt fraglich, ob die kurzen Beschwerdefristen vor der EMRK Stand halten. Von der konkreten Ausgestaltung des Zugangs zu Rechtsvertretung hängt ab, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Beschwerderechts nach Art. 13 EMRK und Art. 29a und 29 BV bestehen.

## 5 Vorbereitungshaft (Art. 13a ANAG, Art. 75 AuG)

- Haft bei Missachtung «anderer Anordnungen im Asylverfahren» ist nicht automatisch durch die EMRK gedeckt.
- Haft während der Behandlung eines nicht missbräuchlichen Asylgesuches erscheint unverhältnismässig und damit nicht verfassungs- bzw. völkerrechtskonform.

Vorbereitungshaft soll künftig auch möglich sein, wenn Asylsuchende «andere Anordnungen der Behörden missachten». Asylsuchende können in Vorbereitungshaft genommen werden,

<sup>22</sup> A.a.O., FN 14, S. 10.

<sup>23</sup> A.a.O., FN 5, S. 19.

wenn sie sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten und ein Asylgesuch nur zum Zweck der Verhinderung der Wegweisung einreichen. Ein solcher Zweck wird vermutet, wenn eine frühere Einreichung möglich und zumutbar gewesen wäre und das Asylgesuch in engem Zusammenhang mit einer Strafe oder Wegweisungsverfügung gestellt wird.

- Der neue Haftgrund der Missachtung anderer Anordnungen der Behörden im Asylbereich ist problematisch, soweit die Haft nicht der Sicherstellung des Vollzugs und damit einem von der EMRK erlaubten Zweck dient. Sie hat vielmehr den Charakter einer Sanktion.
- Vorbereitungshaft wird künftig erlaubt, wenn der Nichteintretensgrund des missbräuchlichen Nachreichens eines Asylgesuches erfüllt ist. Entgegen diesem Nichteintretensgrund berücksichtigt der neue Haftgrund allerdings die Gründe für eine materielle Behandlung nicht: Liegen nämlich Hinweise auf Verfolgung vor, so darf kein Nichteintretensentscheid gefällt und Asylgesuche müssen materiell geprüft werden. Prof. Walter Kälin hält dazu fest: *«Vorbereitungshaft bei einem nicht missbräuchlichen Asylgesuch, das materiell geprüft werden muss und dessen Erfolgchancen zumindest offen sind, dient nicht dem legitimen Interesse der Missbrauchsbekämpfung, und ist wegen fehlender Erforderlichkeit unverhältnismässig, bzw. kann den Betroffenen nicht zugemutet werden.»*<sup>24</sup>
- Prof. Jörg Paul Müller: *«Strafprozessual ist das Arbeiten mit 'Vermutungen' zu Lasten des Einzelnen nicht zulässig. So aber zum Beispiel der Revisionsentwurf ANAG Artikel 13a lit. f.»*<sup>25</sup>

## 6 Ausschaffungshaft (Art. 13b Abs. 1 lit. e, 13i ANAG, Art. 76 Ziff. 5, Art. 77 AuG)

- Haft bei Eröffnung von Nichteintretensentscheiden in der Empfangsstelle ist unter dem Blickwinkel der EMRK problematisch, wenn sie nicht ausschliesslich der Sicherung des Wegweisungsvollzugs dient.
- Haft bei Beschaffung der Reisepapiere durch die Behörden kann Sanktionscharakter haben, statt dem Vollzug der Wegweisung zu dienen. In solchen Fällen ist die Haft nicht EMRK-konform.

Das BFM kann künftig Ausschaffungshaft bis zu 20 Tage anordnen, wenn ein Nichteintretensentscheid in einer Empfangsstelle eröffnet wird und der Vollzug der Wegweisung absehbar ist. Haft bis zu 60 Tage ist erlaubt, wenn die Behörden die Papiere selber beschaffen mussten.

- Laut Prof. Walter Kälin ist Haft bei Nichteintretensentscheiden zulässig, *«wenn sich im konkreten Einzelfall aus dem Verhalten, welches zum Nichteintretensentscheid führt, Indizien dafür ergeben, dass der Betroffene sich dem Vollzug der Wegweisung entziehen, d.h. untertauchen wird. Dies darf bei eigentlicher Täuschung über die Identität und grober Verletzung der Mitwirkungspflicht in aller Regel angenommen werden. Es ist allerdings fraglich und höchst problematisch, ob wirklich bei jedem Nichteintretensentscheid automatisch auf*

<sup>24</sup> Prof. Walter Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, ASYL 2001/Nr. 4, S. 15.

<sup>25</sup> A.a.O., FN 14, S. 10.



**die Gefahr des Untertauchens geschlossen werden kann.»<sup>26</sup>** Diese Beurteilung betraf zwar den allgemeinen Haftgrund der Eröffnung von Nichteintretensentscheiden, der bereits mit dem Entlastungsprogramm 2003 eingeführt wurde. Die Argumentation dürfte aber auch auf den neuen Haftgrund der Eröffnung von Nichteintretensentscheiden in der Empfangsstelle zutreffen. Zu beachten ist, dass mit der Verweigerung der Ausgangsbewilligung gerade in der Empfangsstelle auch mildere Massnahmen als Haft möglich wären.

- Die Haft bei Beschaffung der Papiere durch die Behörden darf gemäss Prof. Walter Kälin nur Anwendung finden, *«wenn eine eigentliche Weigerung der betroffenen Person vorliegt, welche als Indiz für fehlende Kooperation bei der Ausschaffung angeschaut werden kann.»*

## 7 «Durchsetzungshaft» (Beugehaft)

(Art. 13g ANAG; Art. 78 AuG)

- Die neue Haft wirft Fragen zur Übereinstimmung mit Verfassung, EMRK und Kinderrechtskonvention auf.
- Neue Haftformen widersprechen der aktuellen Tendenz in der EU.

Geht die Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung auf die fehlende Kooperation einer ausländischen Person zurück und ist Ausschaffungshaft oder ein anderes milderes Mittel nicht zulässig, kann Durchsetzungshaft von bis zu 18 Monaten bei Erwachsenen und bis zu 9 Monaten bei Jugendlichen zwischen dem 15. und 18. Altersjahr angeordnet werden.

- Je nach Dauer der Durchsetzungshaft dürfte diese das **Gebot der Verhältnismässigkeit von Verfassung und EMRK** verletzen.<sup>27</sup> Die EMRK erlaubt zwar die Inhaftierung zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte bisher allerdings nur Inhaftierungen von kurzer Dauer zu beurteilen. Der Bundesrat hatte die Einführung dieser Haftform abgelehnt.
- Die **Kinderrechtskonvention** erlaubt Freiheitsentzug als letztes Mittel und für die kürzest angemessene Zeit (Art. 37 lit. b KRK). Gerade bei Minderjährigen stellt sich also die Frage der Verhältnismässigkeit der Dauer des Freiheitsentzuges in besonderem Masse. Die Kinderrechtskonvention verlangt zudem die Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen im Freiheitsentzug (Art. 37 lit. c KRK). Die Schweiz hat dazu einen Vorbehalt angebracht, die Trennung ist nicht garantiert.
- Prof. Jörg Paul Müller. *«Jede Art von Beugehaft gerät in eine gefährliche Nähe zu Folter.»<sup>28</sup>*
- Der massgebliche **EU-Richtlinienentwurf** sieht Gewahrsam von höchstens sechs Monaten als schärfste Massnahme vor, wenn keine milderen wie Unterschriftspflicht usw. erfolgreich sind.

<sup>26</sup> Prof. Walter Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, ASYL 2001/Nr. 4, S. 15.

<sup>27</sup> Vgl. Prof. Walter Kälin im Beobachter 2005/Nr. 5.

<sup>28</sup> A.a.O., FN 14, S. 10.

- Die Abgrenzung zwischen der verlängerten Ausschaffungshaft und der Durchsetzungshaft ist unklar.<sup>29</sup>

## 8 Haftdauer (Art. 13h ANAG; Art. 79 AuG)

- Die neue Maximaldauer der Haft wirft Fragen der Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Persönliche Freiheit gemäss Verfassung auf.

Für Erwachsene ist eine maximale Haftdauer (Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft) von 24 Monaten erlaubt. Für Jugendliche zwischen dem 15. und 18. Altersjahr gilt eine maximale Haftdauer von 12 Monaten.

Je nach Dauer der angeordneten Haft dürfte diese das **Gebot der Verhältnismässigkeit der Verfassung** verletzen.

## 9 Kurzfristige Festhaltung (Art. 3 ANAG; Art. 73 AuG)

- Die kurzfristige Festhaltung wirft Fragen nach der Übereinstimmung mit EMRK und Verfassung auf.

Behörden von Bund oder Kanton können eine ausländische Person bis zu drei Tage festhalten, um eine Verfügung über die Aufenthaltsbewilligung zu eröffnen oder die Identität oder Staatszugehörigkeit festzustellen. Die Rechtmässigkeit der Haft kann nur nachträglich auf Gesuch hin überprüft werden.

- Die kurzfristige Festhaltung wurde im Zusammenhang mit dem Polizeizwangsgesetz von einer Expertengruppe diskutiert und fand schliesslich Eingang in die Asyigesetzrevision. Ihr Konformität mit EMRK und Verfassung ist umstritten: *«Die Expertengruppe hat sich im Weiteren gefragt, ob eine Festhaltung, welche sich auf drei Tage erstrecken kann, insbesondere mit Artikel 31 Absatz 4 der Bundesverfassung und Artikel 5 Ziffer 4 EMRK vereinbar ist. Die Expertengruppe ist mehrheitlich zum Schluss gekommen, dass eine formellgesetzliche Erstreckung der Festhaltung auf höchstens drei Tage zum relativ eng umschriebenen Zweck der Identitätsabklärung an sich nicht gegen die Bundesverfassung bzw. die EMRK verstösst. Sie hat vorderhand darauf verzichtet, im Gesetz einen ausdrücklichen Rechtsmittelweg vorzusehen. Eine für den Einzelfall wirksame gerichtliche Beurteilung wäre angesichts der kurzen Maximaldauer der Festhaltung und des bei einem einzigen gesetzlichen Festhaltegrund (Identitätsabklärung) sehr eingeschränkten Beurteilungsspielraumes des Richters mit kaum lösbaren praktischen Problemen konfrontiert. Die Expertengruppe ist sich allerdings bewusst, dass die heikle Problematik des kurzfristigen Freiheitsentzugs weiterer Diskussion bedarf und regt an, dass die aufgeworfenen Fra-*

<sup>29</sup> Anwendung und Wirkung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom 24. August 2005, <http://www.parlament.ch/ed-pa-gpk-auslaenderrecht.pdf>

gen bei der weiteren Bearbeitung des Entwurfs in einem grösseren Zusammenhang noch vertieft geprüft werden.»<sup>30</sup>

## 10 Durchsuchung von Asylsuchenden in Privaträumen (Art. 9 AsylG)

- Die Durchsuchung von Asylsuchenden in Privatwohnungen ohne richterliche Genehmigung ist unter dem Blickwinkel von Verfassung und EMRK problematisch. Sie dürfte zu ungerechtfertigten und unverhältnismässigen Eingriffen in das Grundrecht auf Achtung der Wohnung und Privatsphäre führen, ist unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebotes fragwürdig und kann zu Verletzungen von Artikel 3 EMRK und 7 BV (erniedrigende Behandlung) führen.

Asylsuchende dürfen von den zuständigen Behörden ohne richterlichen Durchsuchungsbefehl auch bei Unterbringung in Privatwohnungen auf Reise- und Identitätspapiere, gefährliche Gegenstände, Drogen und Vermögenswerte unklarer Herkunft untersucht werden.

- Die körperliche Durchsuchung von Asylsuchenden stellt einen Eingriff in die Persönlichkeit der Betroffenen dar. Die offene Formulierung der Gründe für die Durchsuchung kann zu unverhältnismässigen Eingriffen und einer nach Artikel 3 EMRK oder Artikel 7 BV verbotenen, entwürdigenden Behandlung führen.
- Die Ungleichbehandlung von Asylsuchenden im Vergleich mit anderen Personen ist sachlich nicht gerechtfertigt und unter dem Blickwinkel des Diskriminierungsverbotes problematisch. Heikel ist auch die Verwischung der Grenzen zum Strafrecht: Untersuchungen auf Drogen oder Vermögenswerte unklarer Herkunft fallen grundsätzlich in die Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden und sollten nach strafprozessualen Grundsätzen erfolgen.
- Die Durchsuchung von Asylsuchenden in Privaträumen kann auch einen ungerechtfertigten oder unverhältnismässigen Eingriff in das Recht auf Achtung der Wohnung und Privatsphäre nach Artikel 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1. EMRK bedeuten. Von der Durchsuchung sind Asylsuchende direkt, durch das Eindringen indirekt aber auch SchweizerInnen oder andere ausländische Personen betroffen, in deren Räumen Asylsuchende untergebracht sind.
- Weder BV noch EMRK verlangen ausdrücklich die Genehmigung von Hausdurchsuchungen durch eine richterliche Behörde; aber: *«Es spricht viel dafür, bei der Schwere des Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 8 [EMRK], der eine Wohnungsdurchsuchung zur Folge hat, jedenfalls im Grundsatz eine richterliche Durchsuchungsanordnung aus dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu verlangen.»*<sup>31</sup> und: *«Die wichtigste Kautel [Absicherung, Anm. d. V.]*,

<sup>30</sup> Einführung der kurzfristigen Festhaltung, Antrag Nr. 11 des Bundesrates an die Staatspolitische Kommission vom 25. August 2004. [http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user\\_upload/Themen\\_deutsch/Rechtsgrundlagen/laufende\\_Revisionen/Teilrevision\\_Asvloesetz/Einfuehrung\\_kurzfristigen\\_Festhaltung.pdf](http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user_upload/Themen_deutsch/Rechtsgrundlagen/laufende_Revisionen/Teilrevision_Asvloesetz/Einfuehrung_kurzfristigen_Festhaltung.pdf)

<sup>31</sup> Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl, Strassburg, Arlington, S360.

die das Grundrecht gegen unrechtmässiges Durchsuchen von Wohnräumen aufstellt, ist die **vorgängige Genehmigung durch den Richter.**»<sup>32</sup>

## 11 Biometrische Daten (Art. 8 Abs. 1 lit. e AsylG)

- Die generelle Ermächtigung zur Erhebung biometrischer Daten stimmt nicht mit der Verfassung überein. Aus Sicht des Datenschutzes sind verschiedene Rechtsfragen ungeklärt. Im Zusammenhang mit der Mitwirkungspflicht kann es zu unverhältnismässigen Eingriffen in Grundrechte kommen.

Asylsuchende sind verpflichtet, bei der Erhebung biometrischer Daten mitzuwirken. Die zuständigen Behörden dürfen biometrische Daten bearbeiten. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht hat zahlreiche Konsequenzen wie Nichteintreten auf ein Asylgesuch, Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft.

- Prof. Jörg Paul Müller: «Der allen Menschen zustehende Datenschutz ist im vorliegenden Entwurf nicht genügend. Eine generelle Ermächtigung zu Erhebung (und Speicherung) biometrischer Daten, wie sie im nun vorliegenden Entwurf wiederholt vorgesehen ist, **hält vor der Verfassung nicht stand.**»<sup>33</sup>

## 12 Kantonale Härtefall-Verfahren (Art. 14 AsylG)

- Die fehlende Pflicht zur Prüfung von Härtefällen führt zu willkürlichen Entscheidungen und Ungleichbehandlung. Die Regelung ist unter dem Blickwinkel der Verfassung problematisch.

Künftig entscheiden die Kantone frei, ob sie nach einem Aufenthalt von fünf Jahren Asylsuchenden eine Jahresaufenthaltsbewilligung erteilen wollen. Nur wenn bereits eine vorläufige Aufnahme erteilt wurde und ein Aufenthalt ab Einreise von fünf Jahren vorliegt, müssen die Kantone die Erteilung vertieft prüfen.

- Bereits unter dem alten Asylgesetz waren die Kantone für die Prüfung von Härtefällen zuständig, was laut **Bundesrat** zu Ungleichbehandlungen führte: «Die bisherige Regelung bewirkte auch eine **gewisse Ungleichbehandlung**, da einzelne Kantone vorbehaltlich einer Befreiung von den Höchstzahlen nach Artikel 13 Buchstabe f BVO bereitwilliger humanitäre Aufenthaltsbewilligung erteilen als andere.»<sup>34</sup> Mit der letzten Revision wurde dieser Fehler behoben, mit der laufenden Revision wird er wieder eingeführt.
- Die fehlende Prüfungspflicht und fehlende Möglichkeit der Kontrolle durch eine richterliche Instanz kann zu willkürlichen Entscheidungen führen, wodurch der **Schutz vor Willkür von Art. 9 BV** nicht mehr gewahrt ist.

<sup>32</sup> Prof. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 127.

<sup>33</sup> A.a.O., FN 14, S. 10.

<sup>34</sup> Botschaft des Bundesrates vom 4. Dezember 1995 zur Asylgesetzrevision, 95.088; S. 63.

## 13 Eingeschränkte Wahl des medizinischen Leistungserbringers (Art. 82 KVG)

- Die Einschränkung des Leistungserbringers verlangt klare Rahmenbedingungen. Nur dann ist sie verfassungskonform.

Künftig wird den Kantonen die Kompetenz eingeräumt, bei Asylsuchenden und Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung und vorläufig Aufgenommenen die Wahl des Versicherers und des Leistungserbringers einzuschränken. Diese Möglichkeit war bereits auf Verordnungsstufe eingeführt worden.

- Dr. iur. Pascal Coullery: *«Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Einschränkung der freien Wahl des Leistungserbringers einen Eingriff in das auch Personen des Asylrechts zustehende Grundrecht der persönlichen Freiheit darstellt. Dieser Eingriff hält nur dann vor der Verfassung stand, wenn der Eingriffszweck in der Aufrechterhaltung bzw. Förderung der individuellen und kollektiven Gesundheit liegt, was die Garantie des Zugangs zu qualitativ adäquaten medizinischen Leistungen voraussetzt.»*<sup>35</sup> Rahmenbedingungen zur verfassungskonformen Umsetzung sind insbesondere auf Verordnungsstufe vorzusehen (zum Beispiel Berücksichtigung von Fachpersonen mit Erfahrung in Migrationsmedizin, sprachliche Verständigung usw.).

\*\*\*\*\*

10. Januar 2006 / Jürg Schertenleib, Leiter Rechtsdienst der SFH

<sup>35</sup> Dr. iur. Pascal Coullery, Asyl und Krankenversicherung: Die Einschränkung der Wahl des Leistungserbringers aus grundrechtlicher Sicht, ASYL 2003/Nr. 3, S. 6 ff.