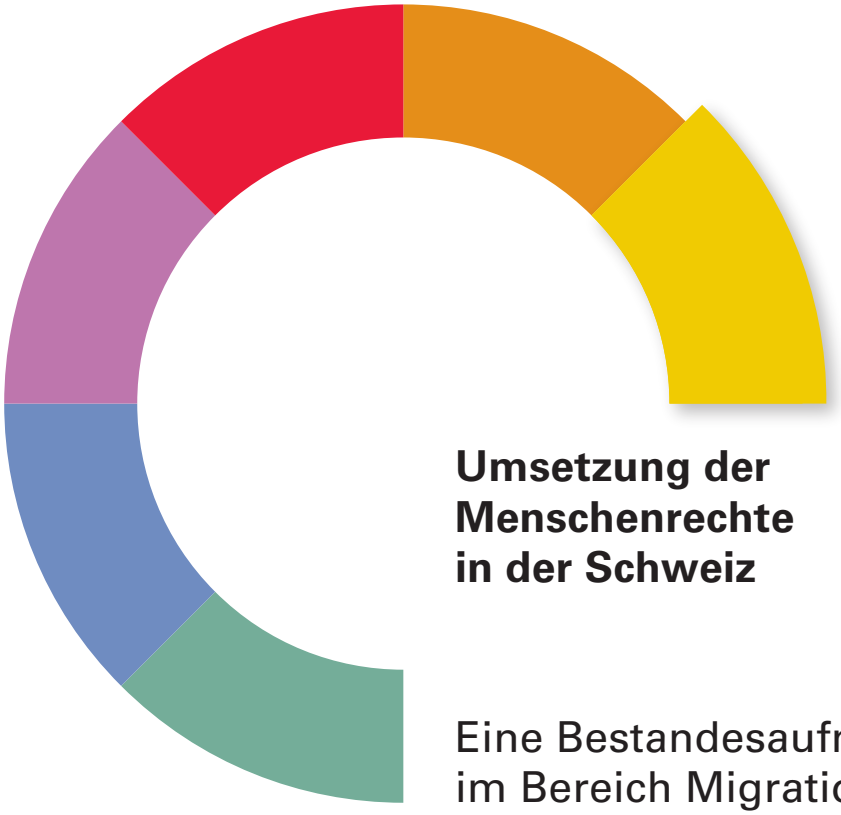

Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz

Eine Bestandesaufnahme im Bereich Migration

SKMR/CSDH I.9

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

www.weblaw.ch

Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz

Eine Bestandesaufnahme im Bereich Migration

Prof. Dr. Pascal Mahon
Prof. Dr. Gianni D'Amato
MA iur. Marie Maillefer
Dr. iur. Fanny Matthey
Lic. phil. Silvia Schönenberger
Dr. phil. Nicole Wichmann

Übersetzung ALPHATRAD INTERNATIONAL
Geltung hat die Originalfassung der Kapitel

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstr. 1, 3012 Bern / skmr@skmr.unibe.ch / Tel: +41 31 631 86 51

Schriftenreihe SKMR
Collection CSDH

Editions Weblaw, Bern(e) 2013

ISBN 978-3-906029-82-5

© Editions Weblaw, Bern(e) 2013
Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

VORBEMERKUNGEN

Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* ist eine Bestandesaufnahme in sechs Teilbänden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheide internationaler Menschenrechtsorgane in Bezug auf die Schweiz. Die Teilbände betreffen die Bereiche Migration, Freiheitsentzug, Polizei und Justiz, Geschlechterpolitik, Kinder- und Jugendpolitik, institutionelle Fragen sowie Menschenrechte und Wirtschaft.

Gegenstand der Studie bilden die Verpflichtungen aus den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen der Vereinten Nationen und des Europarates, die darauf gestützten Empfehlungen der Überwachungsorgane sowie des UNO-Menschenrechtsrates im Rahmen des Universal Periodic Review (UPR) und die gegen die Schweiz in Einzelfällen ergangenen Entscheidungen. Für die Erarbeitung der Teilstudien wurden die Empfehlungen und Entscheide zusammengestellt, eine substantielle Auswertung vorgenommen und für jeden Themenbereich Schwerpunkte definiert. Ausser in der Teilstudie zum Thema Menschenrechte und Wirtschaft beschränkt sich die Untersuchungen auf die durch internationale Menschenrechtsorgane behandelten Themen – auf andere Problembereiche in der Umsetzung der Menschenrechte wird daher nicht näher eingegangen. Gestützt auf diese Grundlagen analysiert die Studie den Ist-Zustand bei der Umsetzung der Verpflichtungen und Empfehlungen in der Schweiz, beleuchtet Implementierungsschwierigkeiten und definiert den bestehenden Handlungsbedarf. Ebenfalls in die vorliegende Untersuchung eingeflossen sind die Ergebnisse aus vorgängigen Konsultationen mit ausgewählten Behörden, Nichtregierungsorganisationen und anderen relevanten Akteuren.

Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* stellt eine Momentaufnahme dar. Die vorliegende Teilstudie im Bereich Migration berücksichtigt dabei die Empfehlungen und Entwicklungen bis im Frühling 2013. Die Studien des SKMR und Hinweise auf weitere Aktivitäten sind unter www.skmr.ch abrufbar.

Das *SKMR* ist ein Netzwerk der Universitäten Bern, Freiburg, Neuchâtel und Zürich sowie des Instituts Universitaire Kurt Bösch (IUKB), des Zentrums für Menschenrechtsbildung (ZMRB) der Pädagogischen Hochschule Zentralschweiz Luzern (PHZ) und des Vereins humanrights.ch/MERS. Das SKMR ist ein vom Bundesrat auf fünf Jahre angelegtes Pilotprojekt mit dem Auftrag, die Kompetenzen zur Umsetzung internationaler Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz auf allen Stufen des Staatswesens, in der Zivilgesellschaft und der Wirtschaft zu stärken und die öffentliche Diskussion über Menschenrechte zu fördern. Zu diesem Zweck verfasst es Expertisen in Form von Gutachten und Studien, führt Tagungen durch, leistet Informationsarbeit und organisiert Weiterbildungen. Es befasst sich jedoch nicht mit Einzelfällen. Im Rahmen eines jährlichen Leistungsauftrages wird das SKMR mit einem Basisbeitrag durch das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) finanziert. Darüber hinaus wird das SKMR auch durch Mandate von öffentlichen Behörden, NGOs und der Privatwirtschaft sowie durch die Ressourcen der Netzwerkinstitutionen getragen. Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* beruht auf einer Eigeninitiative des SKMR. Ihre Publikation wurde durch die Netzwerkpartner finanziert. Nach Ablauf der Pilotphase 2015 wird der Bundesrat über die weitere Zukunft des SKMR entscheiden und prüfen, ob das Zentrum in eine unabhängige Menschenrechtsinstitution umgewandelt werden soll.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis VIII
Zusammenfassung 1
Einleitung 3
Rassismus und Diskriminierung 5
I. Einleitung: Rassismus und Rassendiskriminierung im Lichte der Menschenrechte 5
II. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane 5
1. Überwachungsorgane der UNO 5
2. Überwachungsorgane auf europäischer Ebene 7
3. Vergleich der internationalen Empfehlungen 9
3.1. Gesetzgeberische Massnahmen 9
3.2. Rechtsdurchsetzung und Institutionelle Massnahmen 9
3.3. Soft measures 10
3.4. Monitoring 10
III. Internationale Verpflichtungen 10
1. Pflicht der Nichtdiskriminierung (*duty to not-discriminate*) 10
2. Staatliche Schutzpflichten (*duty to protect*) 11
3. Unterlassungspflichten *(duty to respect)* 13
4. Staatliche Gewährleistungspflichten (*duty to fulfil*) 13
5. Allgemeine Empfehlungen zu Antidiskriminierungsgesetzgebung 14
IV. Interne Umsetzung in der Schweiz 14
1. Allgemeine Einschätzungen zu Rassendiskriminierung in der Schweiz 14
1.1. Arbeitsmarkt 16
1.2. Politische Diskurse und Medien 16
1.3. Polizeiliche Übergriffe 17
1.4. Einbürgerung 17
1.5. Diskriminierung von religiösen Minderheiten und Minarettverbot 18
2. Rechtsgrundlagen 18
2.1. Rechtslage auf Bundesebene 18
2.1.1. Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot 18
2.1.2. Rassendiskriminierungsstrafnorm 19
2.1.3. Gesetzliche Bestimmungen gegen rassistische Diskriminierung 20
2.2. Rechtslage auf kantonaler Ebene 21
2.3. Handlungsbedarf 21
2.3.1. Lücken im Strafrecht 22
A. Straftatbestand für rassendiskriminierende Vereinigungen 22
B. Geschützte Gruppen 22
C. Tatbestand der Leistungsverweigerung 22
2.3.2. Gesetzgebung gegen rassistische Diskriminierung 23
2.3.3. Anpassungen im Privat- und Verwaltungsrecht 23
3. Rechtsanwendung und -durchsetzung 24
3.1. Rassendiskriminierungsstrafnorm 24
3.2. Datenbank des Dokumentations- und Monitoringsystems (DoSyRa) 25
3.3. Schutz vor Diskriminierung 26
3.4. Handlungsbedarf 27

4. Präventions- und Sensibilisierungsmassnahmen (*soft measures*) ... 27
4.1. Bisherige Bestrebungen ... 27
4.2. Handlungsbedarf ... 28
5. Institutionelle Massnahmen ... 29
5.1. Eidgenössische Kommission gegen Rassismus ... 29
5.2. Fachstelle für Rassismusbekämpfung ... 30
5.3. Kantonale und kommunale Stellen ... 31
5.4. Unterstützung und Beratung für Opfer ... 31
5.5. Handlungsbedarf ... 31
6. Monitoring, Dokumentation, Forschung ... 32
6.1. Bisherige Massnahmen ... 32
6.2. Handlungsbedarf ... 33
V. Fazit ... 34
Ausländerrecht ... 36
I. Einleitende Bemerkungen ... 36
II. Eheschliessung bei Personen ohne Aufenthaltsbewilligung ... 36
1. Einleitung und Empfehlung ... 36
2. Problematik ... 36
3. Internationale Rechtsgrundlagen ... 36
4. Interne Umsetzung in der Schweiz ... 38
4.1. Aktuelle Rechtslage ... 38
4.2. Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung und Rechtslehre ... 40
4.2.1. Position des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ... 40
4.2.2. Position der Schweizerischen Rechtslehre ... 41
4.2.3. Position der verschiedenen schweizerischen Gerichte ... 42
A. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23. Juni 2011 ... 42
B. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 30. September 2011 ... 42
C. BGE 137 I 351 vom 23. November 2011 ... 43
5. Schlussfolgerungen ... 46
III. Aufenthaltsrecht von Opfern häuslicher Gewalt ... 47
1. Einleitung und historische Zusammenfassung ... 47
2. Empfehlungen der verschiedenen Überwachungsorgane ... 47
3. Die interne Umsetzung ... 48
3.1. Rechtslage in der Schweiz ... 48
3.2. Bestehende Probleme der Rechtsumsetzung und des behördlichen Ermessens in der Entscheidungspraxis ... 50
3.2.1. Nachweis von ehelicher Gewalt ... 50
3.2.2. Beurteilung der Intensität von Gewalt ... 50
3.2.3. Kriterium Wiedereingliederung im Herkunftsland ... 51
3.2.4. Kriterium der Integration ... 51
3.2.5. Gewichtung des Kindeswohls ... 52
3.3. Neuste Entwicklungen ... 53
4. Fazit ... 54
IV. Ausländerrechtliche Administrativhaft ... 57
1. Einleitung ... 57
2. Die Empfehlungen im Wortlaut ... 57
3. Völker- und europarechtliche Normen zur ausländerrechtlichen Administrativhaft ... 58
3.1. Vereinte Nationen ... 58

3.2. Europarat ... 59
3.3. Europäische Union ... 60
4. Umsetzung in der Schweiz ... 61
4.1. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht ... 61
4.2. Haftgründe ... 62
4.2.1. Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG) ... 62
4.2.2. Ausschaffungshaft (Art. 76 AuG) ... 64
4.2.3. Kleine Ausschaffungshaft (Art. 77 AuG) ... 64
4.2.4. Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG) ... 65
4.3. Haftdauer und Haftbedingungen ... 65
4.4. Haftdauer in der Praxis ... 66
5. Handlungsbedarf ... 67
6. Schlussfolgerungen ... 69
Asylrecht ... 70
I. Einleitende Bemerkungen ... 70
II. Asylverfahren: Rechtsschutz und Fristen ... 70
1. Einleitung und Empfehlungen ... 70
2. Problematik ... 71
3. Internationale Verpflichtungen und verfassungsrechtliche Grundlagen ... 72
3.1. Völkerrechtliche Normen ... 72
3.2. Verfassungsrechtliche Grundlagen ... 73
3.3. Empfehlungen des Europarates ... 74
4. Umsetzung auf interner Ebene ... 75
4.1. Unentgeltlicher Rechtsbeistand ... 75
4.1.1. Aktueller Stand der Dinge ... 75
4.1.2. Neues Recht ... 78
4.1.3. Konsequenzen der Empfehlungen ... 79
4.2. Fristen ... 80
4.2.1. Problematik unter dem Blickwinkel der Menschenrechte ... 80
4.2.2. Entwicklung und Inhalt der gesetzlichen Regelungen ... 81
A. Das im Jahr 2008 in Kraft getretene Asylgesetz und die Änderungsvorschläge von 2010, 2011 und 2012 ... 81
B. Fristen im Zusammenhang mit der Einreichung des Asylgesuchs (I) ... 82
a. Gesetzliche Vorschriften ... 82
b. Analyse ... 82
c. Entwurf von 2010 und parlamentarische Erlasse 2012 ... 83
C. Fristen für die Bearbeitung des Antrags durch das Bundesamt für Migration (II) ... 83
a. Gesetzliche Bestimmungen ... 83
b. Analyse ... 83
c. Änderungsvorschläge von 2010 und parlamentarischer Erlass 2012 ... 84
d. Vorschläge zur Restrukturierung des Asylverfahrens auf mittlere und längere Sicht ... 84
da. Ergänzende Vorschläge von 2011 : ... 84
db. Parlamentarischer Erlass (Dezember 2012) : ... 85
dc. Vorschlag zur Restrukturierung des Asylbereichs (November 2012) : ... 85
D. Fristen für das Einlegen von Rechtsmitteln (III) ... 86
a. Gesetzliche Vorschriften ... 86
b. Analyse ... 86
c. Änderungsvorschläge 2010 ... 87
d. Zusätzliche im Jahr 2011 vorgelegte Änderungsvorschläge ... 88
e. Im Jahr 2012 verabschiedete Lösungen und Vorschläge auf längere Sicht ... 89

E. Frist zur Bearbeitung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht (IV) ... 89
a. Gesetzliche Bestimmung ... 89
b. Analyse ... 90
c. Änderungsvorschläge 2010 ... 90
d. Parlamentarische Erlasse 2012 ... 90
e. Vorschläge auf längere Sicht ... 90
4.2.3. Konsequenzen der Empfehlungen ... 91
5. Schlussfolgerungen ... 92
III. Nothilfe ... 93
1. Einleitung und Empfehlungen ... 93
2. Problematik ... 94
3. Internationale Rechtsgrundlagen ... 95
3.1. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I) ... 95
3.2. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II) ... 96
3.3. Das Internationale Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK) ... 97
3.4. Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ... 98
4. Umsetzung auf interner Ebene ... 98
4.1. Normales Sozialhilfesystem im Asylbereich ... 98
4.2. Die Sonderregelung der Nothilfe ... 99
4.2.1. Einführung der Nothilfe ins Rechtssystem ... 99
4.2.2. Entstehung und Inhalt von Art. 12 der Bundesverfassung ... 100
4.2.3. Erste Entwicklung der Rechtsprechung ... 102
4.2.4. Aktuelles Rechtssystem und parlamentarische Erlasse 2012 ... 103
4.3. Problematik im Zusammenhang mit dem Nothilfesystem ... 105
4.3.1. Merkmale und Inhalt der Nothilfeleistungen ... 105
A. Sachleistungen ... 106
B. Verpflegung ... 106
C. Unterbringung ... 106
D. Gesundheit und medizinische Versorgung ... 107
4.3.2. Standardisierte Leistungen ... 108
4.3.3. Kontrolle der Personen in der Nothilfe ... 108
4.3.4. Soziale Isolation ... 109
4.3.5. Dauer des Nothilfebezugs ... 110
4.3.6. Die Ausweitung des Kreises der Nothilfebeziehenden ... 111
4.3.7. Das Abtauchen in die Illegalität ... 112
4.3.8. Unterschiede bei der Umsetzung der Nothilfe zwischen den Kantonen ... 112
4.4. Auswirkung der verschiedenen internationalen Empfehlungen im Rahmen des Nothilfesystems ... 116
5. Schlussfolgerungen ... 117
Gesamtfazit ... 120
Verzeichnis mehrfach verwendeter Literatur ... 122
Anhang: Materialienverzeichnis ... 125

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, SR 142.20
ARK	Schweizerische Asylrekurskommission
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 SR 142.31
AsylV1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (Asylverordnung 1), SR 142.311
AsylV2	Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999 (Asylverordnung 2), SR 142.312
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
AS	Amtliche Sammlung
Ausschuss für WSK-Rechte	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
BBl	Bundesblatt
BFM	Bundesamt für Migration
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CAT	Ausschuss gegen die Folter / Committee against Torture
CEDAW	Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau / Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CERD	Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung / Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CRC	Ausschuss für Kinderrechte / Child Rights Committee
DoSyRa	Dokumentations- und Monitoringsystem
ECRI	Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz / European Commission against Racism and Intolerance
EFTA	European Free Trade Association
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
EMARK	Entscheide und Mitteilungen der ARK
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten), SR 0.101
EP 03	Bundesgesetz über das Entlastungsprogramm 2003 vom 19. Dezember 2003, AS 2004 1633
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FDK	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108
FoK	Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR. 0.105.
FRB	Fachstelle für Rassismusbekämpfung
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30
GPK	Geschäftsprüfungskommission
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats
HRC	Menschenrechtsrat / Human Rights Council
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102
MRA	Menschenrechtsausschuss
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, SR 321.0
NEE	Nichteintretensentscheid
NRO	Nichtregierungsorganisation
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1
Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2

PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004, SR 211.231
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
RDK	Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
SR	Systematische Rechtssammlung
SPK-N	Staatspolitische Kommission des Nationalrats
SPK-S	Staatspolitische Kommission des Ständerats
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
UNHCR	Uno-Hochkommissariat für Flüchtlinge
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
UPR	Universal Periodic Review / Universelle Periodische Überprüfung
VVWA	Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen, SR 142.281
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201
WSK-Rechte	Wirtschaftliche, soziale und kulturelle (Menschen-)Rechte
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

ZUSAMMENFASSUNG

[1] Die Teilstudie des Themenbereichs Migration stellt die internationalen Verpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist, dem Ist-Zustand gegenüber. Durch den Vergleich der internationalen Vorgaben und der Situation in der Schweiz werden die konkreten Aspekte herausgearbeitet, bei denen aus menschenrechtlicher Perspektive Handlungsbedarf besteht. Die Teilstudie gliedert sich in drei Teile: Rassismus und Diskriminierung (I), Ausländerrecht (II) sowie Asyl (III).

[2] Sie kommt in den analysierten Bereichen zu folgenden Schlussfolgerungen:

[3] Die meisten an die Schweiz gerichteten Empfehlungen haben sich in den letzten Jahren mit dem Themenkomplex *Rassismus/Diskriminierung* befasst. Die wohl markanteste Diskrepanz zwischen den internationalen Standards und der Schweiz dürfte bei den fehlenden konkreten Bestimmungen zu Diskriminierungsverboten im Privatbereich liegen. Die Einschätzung der internationalen Überwachungsorgane, dass im Bereich Rassismus/Diskriminierung auf verschiedenen Ebenen Handlungsbedarf besteht, wird von nichtstaatlichen Akteuren in der Schweiz geteilt. Demgegenüber stellen sich der Bundesrat und das Parlament auf den Standpunkt, dass das Problem durch eine verbesserte Rechtsdurchsetzung und Information behoben werden kann.

[4] Das *Heiratsverbot für Personen ohne Aufenthaltsrecht* ist in den vergangenen Monaten in der Schweiz kontrovers diskutiert worden. International blieb das Verbot nicht unbeachtet, so haben der MRA und der Ausschuss für WSK-Rechte die Schweiz aufgefordert, sämtlichen Personen das Recht auf Eheschliessung zu ermöglichen. Die Analyse im entsprechenden Kapitel zeigt auf, dass die wegweisende Rechtsprechung des Bundesgerichts den Konflikt mit dem Völkerrecht in mehreren Punkten entschärft hat, doch wird zugleich angemerkt, dass eine Reihe von wichtigen Fragen zur Umsetzung des Heiratsverbots für Personen ohne Aufenthaltsrecht noch nicht abschliessend geklärt sind. In der Frage der Heiratsregelung für Personen ohne Aufenthaltsrecht besteht demzufolge weiterhin Handlungsbedarf.

[5] Die Regelung zum *Aufenthaltsrecht für gewaltbetroffene Migrantinnen nach Eheauflösung* wurde in den letzten Jahren von den UNO-Ausschüssen mehrmals kritisiert. Die Überwachungsorgane bemängelten sowohl die Gesetzgebung als auch die Umsetzung. In den letzten Jahren wurden sowohl die Gesetzeslage (neuer Art. 50 AuG) als auch die Bewilligungspraxis, die auf Verordnungen, Weisungen etc. basiert, massgeblich angepasst. Ob der von den internationalen Vertragsorganen geforderte neue Gesetzesartikel und die veränderte Bewilligungspraxis zu einer einheitlicheren Umsetzung der Aufenthaltsregelung nach Art. 50 AuG führen, wird sich künftig weisen.

[6] Mit der Anpassung der schweizerischen Gesetzgebung an die EU-Rückführungsrichtlinie ist einer der konkretesten Empfehlungen im Bereich der *ausländerrechtlichen Administrativhaft* Folge geleistet worden. Da zur Anwendung der ausländerrechtlichen Administrativhaft durch die kantonalen Migrationsbehörden nur spärliche Informationen erhältlich sind, wird bei der Verbesserung der Transparenz Handlungsbedarf ausgemacht.

[7] Handlungsbedarf liegt sowohl aus der Sicht der Überwachungsorgane als auch aus der Sicht der Kapitelautorinnen bei den *Personen im Asylbereich* vor. Am meisten Kritik wurde am Nothilfesystem für Personen mit einem Nichteintretensentscheid und abgewiesene Asylsuchende geäussert. Die Empfehlungen weisen darauf hin, dass es mit der geltenden Rechts-

lage für die Schweiz schwierig wird, den NothilfeempfängerInnen sämtliche WSK-Rechte zu gewähren. Gerügt wird die Schweiz auch für die immer währenden Bestrebungen zur Beschleunigung des Asylverfahrens ohne parallelen Ausbau der Verfahrensgarantien für die betroffenen Personen. Beim Ausbau der Verfahrensgarantien für Asylsuchende macht die Studie demzufolge Handlungsbedarf aus.

EINLEITUNG

[8] Der vorliegende Text bildet den Beitrag des Themenbereichs Migration zur Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz*. Ausgangspunkt der Studie sind die durch die verschiedenen Überwachungsorgane der Vereinten Nationen an die Schweiz gerichteten Empfehlungen.

[9] Da im Themenbereich Migration eine Vielzahl von Empfehlungen an die Schweiz gerichtet wurden, musste eine Auswahl der Schwerpunkte vorgenommen werden. Zu diesem Zweck wurden zunächst sämtliche migrationsrelevante Empfehlungen der jeweils letzten Runde des Staatenberichtsverfahrens nach Vertragsorganen zusammengetragen (d.h. CRC 2002, CERD 2008, MRA 2009, CEDAW 2009, CAT 2010 und Ausschuss für WSK-Rechte 2010). In einem zweiten Schritt haben wir die Empfehlungen, die ausschliesslich kritische Beobachtungen zur Situation in der Schweiz anstellten und diejenigen, die nur weitere Informationen forderten, ausgeschieden. In der vorliegenden Endauswahl sind demnach einzig Empfehlungen, die von der Schweiz konkrete Massnahmen (z.B. Gesetzesanpassungen, Praxisänderungen, institutionelle Anpassungen, Erhöhung von Ressourcen) verlangen.

[10] Bei der Analyse der konkreten Empfehlungen und der Verortung der Empfehlungen im internationalen Regelwerk haben wir uns auf die Ebene der Vereinten Nationen beschränkt. Die jeweiligen Unterkapitel, die die internationalen Verpflichtungen in einem bestimmten Themenbereich (z.B. Rassismus, Asyl etc.) behandeln, beinhalten aber auch Verweise auf regionale bzw. europäische Standards. In vielen Fällen präzisieren die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und die Empfehlungen des Ministerrates des Europarats die Auslegung der internationalen Normen.

[11] Die Gesamtheit dieser internationalen Vorgaben wird, soweit möglich, dem Ist-Zustand in der Schweiz gegenübergestellt. Der Schwerpunkt liegt auf der Umsetzung durch den Bund. Wo immer möglich, werden darüber hinaus Informationen zur Umsetzung in den Kantonen geliefert. Durch den Vergleich der internationalen Vorgaben und der Situation in der Schweiz werden die konkreten Aspekte herausgearbeitet, bei denen aus menschenrechtlicher Perspektive Handlungsbedarf besteht.

[12] Die vorliegende Studie gliedert sich in drei Kapitel: Rassismus und Diskriminierung, Ausländerrecht, und Asyl. Sämtliche Kapitel wurden durch die an der Universität Neuchâtel angestellten Mitarbeitenden des Themenbereichs Migration (Fanny Matthey, Nicole Wichmann, Silvia Schönenberger, Marie Maillefer, Pascal Mahon, Gianni D'Amato) verfasst, gegengelesen und kommentiert. Im Frühjahr 2012 haben Mitarbeitende der anderen SKMR Themenbereiche die ersten Entwürfe der Kapitel kritisch gegengelesen und kommentiert. Am 23. August 2012 wurde in Neuchâtel eine Konsultation mit VertreterInnen des Bundes und verschiedener Nichtregierungsorganisationen durchgeführt. Nach diesen Konsultationen haben die AutorInnen die Beiträge noch einmal überarbeitet und am 14. September 2012 wurde der Bericht der SKMR Geschäftsstelle geschickt. Da die SKMR Geschäftsstelle im November 2012 beschlossen hatte, die Empfehlungen des *Universal Periodic Reviews* 2012 in den Text zu integrieren, wurden im Frühjahr 2013 die Kapitel ein weiteres Mal überarbeitet.

[13] Die Kapitel im vorliegenden Bericht gruppieren die Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane thematisch, stellen die Frage nach deren Relevanz, gehen auf die internationalen Verpflichtungen der Schweiz ein, analysieren die interne Umsetzung und zeigen den

bestehenden Handlungsbedarf auf. Die Gliederung der jeweiligen Kapitel bzw. Unterkapitel ist im vorliegenden Bericht nicht einheitlich, da sich je nach Thema andere Schwerpunktsetzungen aufdrängten. Das Fazit fasst den Handlungsbedarf in den analysierten Bereichen zusammen. Aus Gründen der Vollständigkeit sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Teilstudie des Themenbereichs Migration nicht alle Brennpunkte im Bereich Migration abdeckt. Dies ist eine Folge davon, dass sich viele für den Migrationsbereich relevante Fragen (z.B. Menschenhandel) an der Schnittstelle zu den Aktivitätsfeldern anderer Themenbereiche (z.B. Gender) situieren. Diese Querschnittsfragen wurden innerhalb des SKMR verteilt, und die Themenbereiche behandeln diese Fragen nun jeweils in ihren Berichten.

[14] Für den Migrationsbereich relevante Fragen werden in allen anderen Teilstudien bearbeitet, so behandelt der Themenbereich Justiz und Polizei die Bedingungen in der ausländerrechtlichen Administrativhaft, die Zwangsrückführungen und diskriminierendes Profiling.[1] Der Themenbereich Wirtschaft beleuchtet die menschenrechtssensiblen Bereiche des Arbeitsmarktes, zu denen auch die Situation der MigrantInnen auf dem Arbeitsmarkt gehört.[2] Der Themenbereich Kinder und Jugendpolitik befasst sich mit der Umsetzung des Kindswohls in der schweizerischen Migrationspolitik, der Situation unbegleiteter Minderjähriger im schweizerischen Asylverfahren und der Administrativhaft bei Minderjährigen.[3] Der Themenbereich Geschlechterpolitik geht auf Menschenhandel und Zwangsehen ein[4], und die Studie des Themenbereichs Institutionelles behandelt die Frage der Einbürgerungsverfahren und die Forderung nach einem umfassenden Rahmengesetz gegen Diskriminierung.[5]

---

[1] Siehe Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Freiheitsentzug, Polizei und Justiz“.

[2] Siehe Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft“.

[3] Siehe *Studie* „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Kinder und Jugendpolitik“.

[4] Siehe Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Geschlechterpolitik“.

[5] Siehe Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Institutionelle Fragen“.

RASSISMUS UND DISKRIMINIERUNG

I. EINLEITUNG: RASSISMUS UND RASSENDISKRIMINIERUNG IM LICHTE DER MENSCHENRECHTE

[15] Es gibt zwar kein explizites Menschenrecht auf Schutz vor Rassismus oder Fremdenfeindlichkeit, doch ist das Verbot von Rassendiskriminierung als Kernanliegen der internationalen Menschenrechte bereits in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (1948) verankert, dem Pakt I und Pakt II sowie insbesondere in der Rassendiskriminierungskonvention (RDK).[6] Dieser Grundsatz steht in einem engen Zusammenhang mit der Vernichtungspolitik des zweiten Weltkrieges. Wie zentral das Anliegen im internationalen Recht ist, zeigen die vier Weltkonferenzen zur Bekämpfung von Rassismus, Rassendiskriminierung und Fremdenfeindlichkeit, die 1973 (in Genf), 1983 (in Genf), 2001 (in Durban) sowie deren Nachfolgekonferenz 2009 (in Genf) stattfanden. Da Rassismus und Rassendiskriminierung den Grundprinzipien der Menschenrechte entgegenlaufen, sind Staaten zum Schutz der Menschen vor rassistischer Diskriminierung verpflichtet.

[16] Die Schweiz wird von den internationalen und europäischen Überwachungsorganen für Menschenrechte regelmässig ermahnt, noch grössere Anstrengungen zu unternehmen, um gegen das Phänomen der Fremdenfeindlichkeit, des Rassismus und der rassistischen Diskriminierung auf gesellschaftlicher und institutioneller Ebene vorzugehen. Es handelt sich dabei um keine leichte Aufgabe, die mittels weniger Interventionen gelöst werden könnte, sondern erfordert vielmehr ein beständiges und unermüdliches Engagement seitens der Politik, der Behörden und der Zivilgesellschaft.

II. EMPFEHLUNGEN INTERNATIONALER ÜBERWACHUNGSORGANE

1. Überwachungsorgane der UNO

[17] Der damalige Sonderberichterstatter für Rassismus, Herr Doudou Diène, hat in einem ausführlichen Bericht vom Januar 2007 seine Besorgnis über fremdenfeindliche Tendenzen in der Schweiz geäussert. Er empfiehlt bei künftigen Bestrebungen den Fokus darauf zu legen, sowohl Rassismus und Fremdenfeindlichkeit als reale Probleme anzuerkennen als auch

---

[6] Rassendiskriminierung ist ein anerkannter und klar definierter Rechtsbegriff, während Rassismus und Fremdenfeindlichkeit sozialwissenschaftliche Begriffe sind, die in keinem Übereinkommen so vorzufinden sind (siehe Definition von Rassendiskriminierung in Art. 1 RDK). In der Sozialwissenschaft wird *Rassismus* mehrheitlich als Ideologie verstanden, welche Menschen aufgrund realer oder fiktiver Eigenschaften auf ihre ethnische, nationale oder religiöse Zugehörigkeit reduziert und „die Anderen" als moralisch, kulturell, intellektuell oder physisch minderwertig erachtet. *Fremdenfeindlichkeit* bezieht sich hingegen auf die durch Vorurteile und Stereotype bestimmte Ablehnung von „Fremden". Spezifischer wird der Begriff auf die Programmatik und Strategien von politischen Akteuren angewendet, die Fremdenangst und Fremdenfeindlichkeit in der Bevölkerung zu schüren versuchen, um sie dann für eigene politische Zwecke zu nutzen (DAMIR SKENDEROVIC/GIANNI D'AMATO, Mit dem Fremden politisieren. Rechtspopulismus und Migrationspolitik in der Schweiz seit den 1960er Jahren, Zürich, 2008, S. 19 ff.). *Rassistische Diskriminierung* bezeichnet hingegen die Praxis, die Menschen aufgrund physiognomischer Merkmale, ethnischer Herkunft, kultureller Merkmale (Sprache, Name) oder angenommener religiöser Zugehörigkeit Rechte vorenthält, sie ungerecht oder intolerant behandelt, demütigt, beleidigt, bedroht oder an Leib und Leben gefährdet. Rassistische Diskriminierung kann, muss aber nicht ideologisch begründet sein.

den politischen Willen aufzubringen, entschieden gegen diese Dynamik vorzugehen und politische Plattformen zu verurteilen, welche Fremdenfeindlichkeit propagieren. Weiter empfiehlt er, eine umfassende nationale Gesetzgebung und ein nationales Aktionsprogramm zur Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus zu erarbeiten.[7]

[18] Der Ausschuss gegen Rassendiskriminierung (CERD) hat sich in seinen Schlussbeobachtungen vom August 2008[8] über die Feindseligkeit gegenüber ausländischen Personen und Minderheiten besorgt gezeigt, wie sie in Eidgenössischen Volksinitiativen zum Ausdruck kommen. Er bedauert, dass bei der Bekämpfung rassistischer und fremdenfeindlicher Haltungen bisher kaum Fortschritte erzielt wurden, und empfiehlt sodann der Schweiz, noch stärkere Anstrengungen zu unternehmen, um mittels Informations- und Aufklärungskampagnen Vorurteile gegenüber ethnischen Minderheiten zu bekämpfen (Ziff. 7). Ebenso bedauert er die fehlende Gesetzgebung zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung, und fordert gesetzgeberische Schritte zur effektiven Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung und Intoleranz auf allen Staatsebenen. Weiter ermutigt er die Schweiz, einen nationalen Aktionsplan zu erarbeiten und entsprechende Ressourcen für dessen Umsetzung zur Verfügung zu stellen (Ziff. 9). In der nächsten Berichterstattung erwartet er detaillierte Informationen zum Stand der Umsetzung und zu Massnahmen gegen Diskriminierung in den Kantonen (Ziff. 12). Weiter empfiehlt er die Aufstockung der finanziellen Ressourcen für die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) (Ziff. 10). Schliesslich ersucht er die Schweiz, den Rückzug ihres Vorbehalts[9] zu Art. 4 in Erwägung zu ziehen und empfiehlt, Rechtsvorschriften zu erlassen, die alle Organisationen, welche Rassismus und Rassendiskriminierung fördern oder dazu aufreizen, als gesetzeswidrig zu erklären und zu verbieten (Ziff.15).

[19] Im Rahmen des *Universal Periodic Review* von 2008 hat der UNO-Menschenrechtsrat (HRC) der Schweiz nahegelegt, die Bemühungen um Prävention und Bekämpfung der Fremdenfeindlichkeit fortzusetzen (Empfehlung Nr. 56.1) sowie Massnahmen zu ergreifen, um die bestehenden Mechanismen im Kampf gegen die rassistische Diskriminierung zu verstärken (Empfehlung Nr. 57.6).[10]

[20] Der Menschenrechtsausschuss (MRA) zeigt sich in seinen Abschliessenden Bemerkungen vom Oktober 2009 im Hinblick auf die Volksinitiative zum Verbot des Baus von Minaretten besorgt und hält die Schweiz an, „Aufforderungen zu Diskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und Hass dezidiert zu bekämpfen" und die Achtung der Religionsfreiheit sicherzustellen (Ziff. 8). Weiter fordert er die Schweiz auf, die Bemühungen zu intensivieren, um Toleranz und den interkulturellen Dialog zu fördern, und empfiehlt, das Mandat der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR) dahingehend auszuweiten, dass sie Fälle von Rassendiskriminierung und Aufrufe zu nationalem, rassistischem und religiösem Hass untersuchen kann, oder aber eine unabhängige Stelle zu schaffen, die in Fällen von Diskriminierung gerichtliche Schritte einleitet (Ziff. 10).[11]

---

[7] Special Rapporteur, Racism 2007, Ziff. 86, 87.

[8] CERD, Concluding Observations Switzerland 2008.

[9] Vorbehalt der Schweiz zu Art. 4 CERD: „Die Schweiz behält sich vor, die notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen zur Umsetzung von Art. 4 in gebührender Berücksichtigung der Meinungsäusserungs- und Vereinsfreiheit zu ergreifen, welche unter anderem in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verankert sind."

[10] UPR Switzerland 2008.

[11] MRA, Concluding Observations Switzerland 2009.

[21] Der Ausschuss für WSK-Rechte fordert die Schweiz in seinen Schlussbemerkungen vom November 2010 auf, die kulturelle Diversität der Bevölkerung besser zu schützen und dem Beitrag der kulturellen Vielfalt für die Gesellschaft besser Rechnung zu tragen. Weiter empfiehlt er zielgruppenspezifische Massnahmen, um Toleranz zu fördern. Insbesondere seien die Medien zu ermuntern, Materialien und Programme produzieren, um der zunehmenden Intoleranz und Fremdenfeindlichkeit zu begegnen (Ziff. 31).[12]

[22] Anlässlich des jüngsten *Universal Periodic Review* Verfahrens im Jahr 2012 äusserten sich klar am meisten Staaten zu Aspekten der Nichtdiskriminierung.[13] Viele der Empfehlungen fordern die Schweiz auf, die Prävention und Bekämpfung von Rassismus zu verstärken. Der Bundesrat nahm die allgemein gehaltenen Empfehlungen zum Ergreifen von Massnahmen für die Prävention und Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und die Förderung der Chancengleichheit an (122.5, 122.6, 122.8, 122.9, 122.12). Ferner stimmte er der Fortführung des Trainings für Polizisten, Justizbeamte und Anwälte hinsichtlich Anwendungsbereich und Durchsetzung der Rassismusstrafnorm und zur effektiven Umsetzung ebendieser zu (122.48). Zur Behebung der Lücken auf Gesetzesebene legt der Menschenrechtsrat der Schweiz nahe, eine Gesetzgebung gegen rassistische Diskriminierung (123.32-34) zu verabschieden, die bestehende Gesetzgebung gegen Rassismus zu verstärken (123.30) und ein Gesetz gegen Aufruf zum Hass zu erlassen bzw. die Rassendiskriminierungsstrafnorm auszuweiten (123.37, 49, 58). Der Bundesrat hat den meisten Empfehlungen betreffend gesetzgeberische Massnahme zwar zugestimmt, präzisiert jedoch in den Erläuterungen zur Stellungnahme, dass keine neuen Gesetzesvorlagen geplant sind. Vielmehr unterstreicht er, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen, namentlich Art. 261bis StGB, die Empfehlungen bereits umsetzten, und damit kein weiterer Handlungsbedarf bestehe. Drei Empfehlungen hinsichtlich eines nationalen Aktionsplans gegen Rassismus und Diskriminierung (123.32-34) wurden mit dem Hinweis angenommen, dass die auf gemeinsamen Beschlüssen der Kantone und des Bundes beruhenden Kantonalen Integrationsprogramme (KIP) diese Begehren erfüllten. Schliesslich lehnte der Bundesrat sämtliche Empfehlungen ab, die auf eine Stärkung der institutionellen Mechanismen abzielten: So die Einrichtung von Ombudsstellen (123.23-24) und die Ausdehnung des Mandats der EKR (123.25-26).

2. Überwachungsorgane auf europäischer Ebene

[23] Der damalige Europäische Menschenrechtskommissar, Herr Alvaro Gil-Robles, hat nach seinem Besuch in der Schweiz im Dezember 2004 der Schweiz empfohlen, gesetzgeberische Schritte zu unternehmen, um rassistische Diskriminierung auch im Privatsektor zu sanktionieren, den für Rassismusbekämpfung verantwortlichen Stellen genügend finanzielle Mittel bereit zu stellen und ein wirksames Monitoring-System aufzubauen. Weiter fordert er die Schweiz auf, gegen rassistische und beleidigende öffentliche Kampagnen vorzugehen sowie die Sensibilisierung der Polizeikräfte voranzutreiben und unabhängige Beschwerdeinstanzen in Fällen von Übergriffen und rassistischer Diskriminierung einzusetzen.[14]

[24] Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) zeigt sich in ihrem Bericht vom April 2009 insbesondere über den Ton der politischen Debatten besorgt.[15] Sie

[12] Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010.

[13] UPR Switzerland 2012.

[14] Commissioner for Human Rights, Report 2005, S. 50.

[15] ECRI, 4. Bericht 2009.

drückt ihre Besorgnis über die pauschale Verurteilung von Ausländerinnen und Ausländern, Musliminnen und Muslimen sowie anderen Minderheiten aus sowie über politische Vorstösse mit fremdenfeindlichem Unterton, die gegen die Rassendiskriminierungsstrafnorm und gegen die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) gerichtet sind. Die bisherigen Gegenmassnahmen sind gemäss ECRI zu schwach und unzureichend, um ein Klima des Vertrauens herzustellen. Weiter weist sie auf die problematische Rolle der Medien hin, welche rassistische und fremdenfeindliche Stereotype wiedergeben. Sie empfiehlt schliesslich den Schweizer Behörden, ihre Bemühungen im Kampf gegen Rassismus im politischen Diskurs und in den Medien zu verstärken (Ziff. 96, 102). Die Kommission spricht sich in diesem Zusammenhang dafür aus, die entsprechende Strafnorm strikter anzuwenden und zu erweitern. Ein weiterer zentraler Kritikpunkt der ECRI betrifft die Tatsache, dass die Schweiz kein Gesetz kennt, welches die rassistische Diskriminierung umfassend, also auch im nichtstaatlichen Bereich, verbietet. Sie empfiehlt der Schweiz deshalb dringend, einen zivilen und verwaltungstechnischen Rahmen für den Kampf gegen Diskriminierung zu verabschieden, um alle Arten von Diskriminierung in sämtlichen Lebensbereichen abzudecken (Ziff. 40, 41). Insbesondere rät sie zum Beitritt zu wichtigen internationalen Regelwerken. Weiter regt sie an, die Mittel der bestehenden innerstaatlichen Organe (FRB, EKR, EKM) zu bündeln und auszubauen (Ziff. 46, 49, 51), sowie die Bemühungen bei der Ausbildung von Polizeibeamten, Staatsanwälten, Richtern und Juristen in der Anwendung der Rassendiskriminierungsstrafnorm auszuweiten (Ziff. 25, 26).

[25] Die Delegation der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) hat sich bei ihrem Besuch in der Schweiz im November 2011 besorgt gezeigt über die Zunahme von Intoleranz und Diskriminierung gegenüber Muslimen, über das wachsende Problem von Antisemitismus, Aufrufe zu Rassismus und Hass im Internet sowie über die negative Berichterstattung über Muslime in den Medien.[16] Sie empfiehlt der Schweiz, den Dialog darüber zu fördern, wie in diesem föderalistischen und direktdemokratischen Staat Diskriminierungen gegenüber Minderheiten verhindert werden können. Weiter wird geraten, mit Sensibilisierungsprogrammen vermehrt auf die Rolle von Zugewanderten und Minderheiten für die Entwicklung einer stabilen und erfolgreichen Schweiz aufmerksam zu machen und das gegenseitige Verständnis und Toleranz in der Gesellschaft zu fördern. Mittels Dialogen mit Wirtschaft und Industrie soll präventiv gegen Diskriminierung von Muslimen auf dem Arbeitsmarkt vorgegangen werden. Schliesslich werden auch Massnahmen empfohlen, um den negativen sozialen und kulturellen Konsequenzen der Anti-Minarett-Initiative von 2009 zu begegnen.

[26] Der Menschenrechtskommissar des Europarates, Thomas Hammarberg, hat bei seinem Besuch in der Schweiz im Februar 2012 eine Zunahme von Intoleranz und Rassismus konstatiert.[17] Gemäss seinen Einschätzungen führen gewisse Volksinitiativen (Anti-Minarett- und Ausschaffungsinitiative) und öffentliche Kundgebungen – organisiert durch wichtige politische Kräfte – zu einer Stigmatisierung der Migrationsbevölkerung. Dabei verweist er auf die Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit. Er bemängelt, dass die geltenden Bestimmungen im Strafgesetzbuch sowie ihre Anwendung durch die Gerichte zu schwach seien und keinen wirksamen Schutz vor Rassismus garantierten. Insbesondere die auf fremdenfeindliche Art

[16] OSZE Switzerland, 2011.

[17] Medienmitteilung des Menschenrechtskommissars Hammarberg vom 23. Februar 2012. Siehe auch den Brief des Europäischen Menschenrechtskommissars Hammarberg an Bundesrat Didier Burkhalter vom 12. März 2012.

und Weise geführten politischen Debatten würden kaum so ausgelegt, dass sie unter die geltende Strafnorm fallen würden. Er insistiert in der Notwendigkeit einer umfassenden Gesetzgebung zusammen mit unabhängigen und effizienten Mechanismen zur Überwachung, Wiedergutmachung und Verhütung von Menschenrechtsverletzungen. In diesem Zusammenhang plädiert er für die Stärkung des institutionellen Rahmens: Auf Bundesebene müssten die EKR und EKM weiter gestärkt und besser unterstützt werden, auf Kantonsebene seien schweizweit Ombudsstellen einzurichten. Schliesslich zeigt er sich besorgt über willkürliche Entscheide bei Einbürgerungsverfahren und fordert die Schweiz dringend dazu auf, der Europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit von 1997 beizutreten.

3. Vergleich der internationalen Empfehlungen

[27] Die Empfehlungen der internationalen und europäischen Überwachungsorgane betreffen zusammengefasst folgende vier Schwerpunkte:

- gesetzgeberische Massnahmen: Anpassung der Rassendiskriminierungsstrafnorm sowie gesetzliche Bestimmungen betreffend rassistische Diskriminierung im Privatbereich
- Rechtsdurchsetzung und institutionelle Massnahmen: Ausweitung des Mandats der EKR (inklusive des Rechts in Diskriminierungsfällen an ein Gericht zu gelangen) und anderer Organe, und Bereitstellung genügend finanzieller Mittel
- „soft measures“: Präventionsmassnahmen gegen Fremdenfeindlichkeit, Rassismus und rassistische Diskriminierung sowie Förderung des interkulturellen Dialogs und der Toleranz in Politik und Gesellschaft
- Monitoring von Diskriminierungsfällen sowie Dokumentation ergriffener Gegenmassnahmen und Aktivitäten

3.1. Gesetzgeberische Massnahmen

[28] Der CERD, die ECRI, der UNO-Sonderberichterstatter für Rassismus und die europäischen Menschenrechtskommissare Gil-Robles und Hammarberg gehen in ihren Empfehlungen am weitesten und fordern gesetzgeberische Schritte auf allen Staatsebenen, um rassistische Diskriminierung und Intoleranz – auch im privatrechtlichen Bereich – wirksam zu bekämpfen. Die ECRI und der CERD sprechen sich sodann für eine Ausweitung der Rassendiskriminierungsstrafnorm sowie für deren striktere Anwendung aus. Der CERD ermahnt die Schweiz, dass der Meinungsäusserungs- und Vereinsfreiheit Grenzen gesetzt sind und regt an, Organisationen und deren Aktivitäten, die zu Rassismus und rassistischer Diskriminierung aufrufen, zu verbieten.

3.2. Rechtsdurchsetzung und Institutionelle Massnahmen

[29] Zwei Organe äussern sich in sehr allgemeiner Form zum Vollzug des Rechts: Der MRA legt der Schweiz nahe, Aufforderungen zu Diskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und Hass dezidiert zu bekämpfen, und der Ausschuss für WSK-Rechte empfiehlt der Schweiz, seinen Gesetzen zum Verbot der Diskriminierung wirksam Geltung zu verschaffen. Der CERD, ECRI und der europäische Menschenrechtskommissar Hammarberg empfehlen eine Aufstockung der finanziellen Mittel für die EKR (bzw. auch FRB und EKM) und damit eine Stärkung dieser Institutionen. Herr Hammarberg regt ausserdem die Errichtung von Ombudsstellen in den

Kantonen an. Der MRA legt der Schweiz eine Ausweitung des Mandats der EKR (oder einer unabhängigen Institution) nahe, damit diese gegen rassistische Vorfälle vor Gericht vorgehen kann.

3.3. Soft measures

[30] Die Empfehlungen der verschiedenen Überwachungsorgane gehen grundsätzlich in eine ähnliche Richtung, und es besteht eine weitgehende Einigkeit darüber, dass im Bereich von *soft measures* intensivere Anstrengungen nötig sind. Der Ausschuss für WSK-Rechte und der MRA setzen in ihren Empfehlungen denn auch vordringlich auf *soft measures* zur Prävention und Sensibilisierung, wobei die Empfehlungen relativ offen bleiben. Beide Organe fordern verstärkte Bestrebungen der Schweiz, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vorzubeugen sowie Toleranz und den interkulturellen Dialog zu fördern. Auch der CERD und die OSZE verlangen verstärkte Informations- und Aufklärungskampagnen, um gegen Vorurteile vorzugehen. Hinsichtlich der Prävention empfehlen der CERD und der UNO-Sonderberichterstatter für Rassismus der Schweiz, einen nationalen Aktionsplan zu erstellen und die nötigen Mittel für dessen Umsetzung sicherzustellen.

3.4. Monitoring

[31] Der europäische Menschenrechtskommissar Gil-Robles regt an, mittels eines wirksamen Monitoring-Systems die Rassendiskriminierungsbekämpfung in der Schweiz zu überwachen, während der CERD Informationen zum Stand der Umsetzung und zu Massnahmen gegen Diskriminierung in den Kantonen in der nächsten Berichterstattung verlangt.

III. INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN

1. Pflicht der Nichtdiskriminierung (*duty to not-discriminate*)

[32] Nichtdiskriminierung ist ein wichtiges Grundprinzip der internationalen Menschenrechte und ein Wesensmerkmal im Katalog der Grundrechte modern verfasster Staaten. Verschiedene Konventionen verpflichten die Staaten, die darin anerkannten Rechte zu achten und sie diskriminierungsfrei allen Personen, insbesondere ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der nationalen oder sozialen Herkunft (etc.) zu gewährleisten. Dieses Prinzip ist beispielsweise in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Art. 2 und Art. 7), der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 14), dem Pakt I (Art. 2), Pakt II (Art. 2 und Art. 26[18]) verankert. Folgende allgemeine Bemerkungen konkretisieren diese Pflicht zur Nichtdiskriminierung:

- MRA, Allgemeine Empfehlung Nr. 15 (1986) betreffend Behandlung von Ausländerinnen und Ausländern in der Ausübung der in der Konvention verbrieften Rechte. Allgemein gilt die Regel, dass sämtliche Rechte des Paktes II sowohl für die Bürgerinnen und -bürger ei-

[18] Die Schweiz legt in ihrem Vorbehalt zu Art. 26 (Gleichheit vor dem Recht, gleicher Schutz ohne Diskriminierung durch das Gesetz) dar, dass sie die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und ihr Anspruch ohne Diskriminierung auf gleichen Schutz durch das Gesetz nur in Verbindung mit den im Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet.

nes Staates als auch für die Ausländerinnen und Ausländer, ohne Diskriminierung, gelten.[19]

- MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (1989) betreffend das Prinzip der Nichtdiskriminierung. Darin wird präzisiert, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 des Paktes II die Staaten die im Pakt verbrieften Rechte ohne Diskriminierung aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder anderer Meinungen, nationaler und sozialer Herkunft, Eigentum, Geburt oder eines anderen Status gewährleisten müssen.[20] Der Ausschuss erklärt des Weiteren positive Massnahmen (*affirmative actions*) explizit als geeignet, um fortwährende Diskriminierung zu bekämpfen (Ziff. 10).
- Ausschuss für WSK-Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (2009) betreffend Nichtdiskriminierung bei der Wahrnehmung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte. Demnach ist die Pflicht der Staaten, gegen „formale" wie „materielle", gegen „direkte" wie „indirekte" Diskriminierung[21] aufgrund der Rasse, Hautfarbe, Nationalität und Religion (u.a.) vorzugehen und das Prinzip der Nichtdiskriminierung effektiv durchzusetzen.

2. Staatliche Schutzpflichten (*duty to protect*)

[33] Als Schutzpflicht gilt die Pflicht des Staates, die in den internationalen Übereinkünften verbrieften Menschenrechte vor Beeinträchtigungen durch den Staat sowie durch Privatpersonen zu schützen. Dem Staat obliegt somit die Aufgabe, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, damit Menschen nicht Opfer von rassistischen Übergriffen und Äusserungen oder Diskriminierung (aufgrund der Rasse, Hautfarbe, der nationalen Herkunft, Religion etc.) werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Rechtsgrundlagen so auszugestalten, dass Personen vor rassistischen Übergriffen geschützt werden; die rechtsanwendenden Behörden haben ihrerseits für den effektiven Schutz der Personen zu sorgen. Entsprechende Bestimmungen finden sich bspw. im Pakt II, Art. 20 Abs. 2. Dieser verlangt gesetzliche Verbote gegen Eintreten für Hass und Aufstacheln zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt.[22] Die RDK verlangt in Art. 2, dass Vertragsstaaten Rassendiskriminierung zu verurteilen haben und sich verpflichten, Massnahmen zur Beseitigung der Rassendiskriminierung zu ergreifen. Der Art. 4 fordert die Staaten auf, Propaganda und Organisationen, die Rassendiskriminierung

---

[19] Dabei gibt es zwei Ausnahmen: Art. 25 Pakt II gilt nur für Staatsangehörige in Bezug auf den Zugang zu öffentlichen Ämtern, die Mitwirkung und -gestaltung öffentlicher Angelegenheiten sowie Wahlen und Art. 13 Pakt II gilt nur für Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf die Ausweisung. MRA, General Comment No. 15 (1986), Ziff. 2.

[20] MRA, General Comment No. 18 (1989) Non-discrimination, Ziff. 1.

[21] Ausschuss für WSK-Rechte, General Observation No. 20 (2009). Zur Beseitigung der *formalen* Diskriminierung ist sicherzustellen, dass die Verfassung, die Gesetze etc. eines Staates niemanden aus unzulässigen Gründen diskriminieren (Ziff. 8a). Zur Beseitigung der *materiellen* Diskriminierung in der Praxis muss Gruppen von Personen, die Ziel von Vorurteilen sind, ausreichende Aufmerksamkeit entgegengebracht werden, anstatt lediglich ihre formale Behandlung mit der formalen Behandlung von Personen in ähnlichen Situationen zu vergleichen. Um die materielle Diskriminierung zu beseitigen, sind die Vertragsstaaten unter Umständen verpflichtet, besondere Massnahmen zur Milderung oder Beseitigung der Bedingungen zu treffen, die das Fortbestehen der Diskriminierung bewirken (Ziff. 9). *Direkte* oder *unmittelbare* Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen eines verbotenen Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer ähnlichen Situation (Ziff. 10a). *Indirekte* oder *mittelbare* Diskriminierung bezieht sich auf Gesetze, Politiken oder Praktiken, die dem ersten Anschein nach neutral sind, die sich jedoch für gewisse Personen oder Gruppen unverhältnismässig stark auf deren Ausübung der im Pakt niedergelegten Rechte auswirken (Ziff. 10b).

[22] Damit formuliert dieser Artikel eine Einschränkung der freien Meinungsäusserung nach Art. 19 desselben Übereinkommens.

verbreiten, zu verbieten.[23] Schliesslich verankert der Art. 5 Abs. b das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, sowie den staatlichen Schutz gegen Gewalttätigkeit und Körperverletzung.

[34] Die internationalen und europäischen Menschenrechtsorgane sind sich des Spannungsfelds zwischen dem Menschenrecht auf freie Meinungsäusserung und dem Verbot von (rassistischer) Diskriminierung, Hassreden und Anstachelung zu Rassendiskriminierung bewusst und haben in mehreren Allgemeinen Erklärungen die Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit erläutert:[24]

- MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 10 (1983) betreffend Meinungsäusserungsfreiheit. Der Ausschuss macht auf die Pflichten und Verantwortungen aufmerksam, die mit der Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäusserung verbunden sind und setzt diesen Grenzen, wenn Interessen Dritter oder einer ganzen Gemeinschaft tangiert werden (Art. 19 Abs. 3 lit. a Pakt II).[25]
- MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 11 (1983) betreffend Verbot von Kriegspropaganda und Aufstachelung zu nationalem, rassistischem oder religiösem Hass (Art. 20 des Paktes). Der Ausschuss fordert Staaten auf, gesetzliche Massnahmen zu ergreifen, die jedes Eintreten für nationalen, rassischen oder religiösen Hass, welcher zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufwiegelt, zu verbieten und sieht dabei keine Kompatibilitätsprobleme mit dem Recht auf freie Meinungsäusserung nach Art. 19 desselben Paktes.[26]
- MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 34 (2011) betreffend freie Meinungsäusserung: bekräftigt die Kompatibilität des Art. 19 und 20 des Paktes II.[27]
- RDK, Allgemeine Empfehlung Nr. 15 (1993) betreffend organisierte Gewalt aufgrund der ethnischen Herkunft (Art. 4 des CERD-Übereinkommens). Der Ausschuss betrachtet das Verbot der Verbreitung von Ideen, welche rassische Überlegenheit oder Hass propagieren, als kompatibel mit dem Menschenrecht auf freie Meinungsäusserung. Die Berufung einer Person auf letzteres Recht ist gemäss Art. 29 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte an gewisse Pflichten und Verantwortungen gebunden.[28] Die finanzielle Unterstützung von rassistischen Aktivitäten ist ausserdem unter Strafe zu stellen und Organisationen sowie Propagandaaktivitäten, die Rassismus schüren, als illegal zu erklären (Ziff. 5 und 6).
- Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung Nr. 20 (1997) über die „Hassrede". Die Empfehlung enthält eine Definition von Hassreden und weist darauf hin, dass diese eine noch schädlichere Auswirkung haben, wenn sie über Medien verbreitet werden. Sie gibt weiter zu bedenken, dass zwischen der rechtlichen Verantwortlichkeit der Urheber von Hassreden und derjenigen der Medienleute zu unterscheiden ist.[29]
- Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung Nr. 21 (1997) über die Medien und die Förderung einer Kultur der Toleranz. Sie weist auf die Rolle der Medien bei der Bekämpfung von Intoleranz hin.

---

[23] Die Schweiz formuliert folgenden Vorbehalt zu Art. 4 CERD: „Die Schweiz behält sich vor, die notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen zur Umsetzung von Art. 4 in gebührender Berücksichtigung der Meinungsäusserungs- und Vereinsfreiheit zu ergreifen, welche unter anderem in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrecht verankert sind."

[24] Siehe dazu auch WEBER, S. 7 ff.

[25] MRA, General Comment No. 10 (1983), Ziff. 4.

[26] MRA, General Comment No. 11 (1983), Ziff. 2.

[27] MRA, General Comment No. 34 (2011), Ziff. 50-52.

[28] CERD, General Recommendation No. 15 (1993), Ziff. 4.

[29] Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung Nr. 20 (1997).

- Ministerkomitee des Europarats, Erklärung zur politischen Redefreiheit in den Medien (2004): Sie betont, dass die politische Redefreiheit nicht die Freiheit umfasst, rassistische Auffassungen, Hass, Fremdenfeindlichkeit oder Antisemitismus zu äussern.
- ECRI, Allgemeine Erklärung vom 17. März 2005 betreffend den Gebrauch von rassistischen, antisemitischen und fremdenfeindlichen Elementen in politischen Diskursen. Sie verurteilt die Verwendung solcher Elemente in politischen Reden und erachtet sie als ethisch unannehmbar. Sie fordert des Weiteren die Staaten auf, Führungspersonen von rassistischen Organisationen zu bestrafen sowie die Unterstützung solcher Gruppen und Organisationen unter Strafe zu stellen.[30]

3. Unterlassungspflichten *(duty to respect)*

[35] Die Pflicht der Vertragsstaaten zur Unterlassung von Diskriminierung umfasst zum einen Verbote der staatlichen Diskriminierung. Ihr unterstellt sind Behörden sowie Einrichtungen, die teilweise in staatlicher Hand sind oder die staatliche Aufgaben wahrnehmen. Zum anderen beinhalten Unterlassungspflichten Massnahmen zur Untersuchung und Sanktionierung staatlicher Diskriminierungshandlungen – dies entweder auf Anregung der Diskriminierungsbetroffenen oder von Amtes wegen. Verankert ist die Unterlassungspflicht in Art. 2 Abs. 1 RDK, worin die Vertragsstaaten aufgefordert werden, Rassendiskriminierung zu verbieten und zu verurteilen. So sind die Staaten verpflichtet, Handlungen und Praktiken der Rassendiskriminierung gegenüber Personen, Personengruppen oder Einrichtungen zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass alle staatlichen und örtlichen Behörden und öffentliche Einrichtungen im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln.[31]

[36] Der CERD empfiehlt in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 30 den Vertragsstaaten, ihre Migrationspolitiken daraufhin zu prüfen, dass sie nicht aufgrund der Rasse, Hautfarbe, nationaler und ethnischer Herkunft diskriminierend wirken.[32]

4. Staatliche Gewährleistungspflichten (*duty to fulfil*)

[37] Die Vertragsstaaten haben zu gewährleisten, dass alle Personen von den Menschen- und Grundrechten tatsächlich Gebrauch machen können. In diesem Zusammenhang haben die Staaten – wenn erforderlich – auch positive Massnahmen zu ergreifen, um diese Rechte durchzusetzen. Dazu gehören bspw. Präventions-, Sensibilisierungs- und spezifische Fördermassnahmen oder Massnahmen zum Abbau *struktureller Diskriminierungen*.[33] Die RDK ermahnt in Art. 2 Abs. 2 die Vertragsstaaten, besondere und konkrete Massnahmen zu fördern, um die Entwicklung und den Schutz bestimmter „Rassengruppen und ihnen angehörenden Einzelpersonen" sicherzustellen. Art. 6 fordert die effektive Durchsetzung der Rechte,

---

[30] ECRI declaration 2005.

[31] Die Schweiz formuliert folgenden Vorbehalt zu Art. 2 Abs. 1 lit a: „Die Schweiz behält sich ihre Gesetzgebung über die Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern zum schweizerischen Arbeitsmarkt vor."

[32] CERD, General Recommendation No. 30 (2004), Ziff. 9

[33] Strukturelle Diskriminierung bedeutet, dass Menschen aufgrund sozialer Kategorien wie der des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion etc. in verschiedenen Lebensbereichen systematisch privilegiert oder benachteiligt werden und somit eine gravierende Ungleichbehandlung auftritt. Strukturelle Diskriminierung fokussiert auf Ungleichbehandlungen, die in formalen Rechten, in alltäglichen organisatorischen Strukturen und in Programmen und Routinen grundlegender gesellschaftlicher Institutionen (z.B. Bildungsbereich, Arbeits- und Wohnungsmarkt) verankert sind.

den wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstige staatliche Einrichtungen. Weiter verlangt Art. 7 von den Staaten Präventions- und Sensibilisierungsmassnahmen insbesondere in den Bereichen Unterricht, Erziehung, Kultur und Information.

[38] Der CERD fordert in der Allgemeinen Erklärung Nr. 30 die Staaten auf, Massnahmen gegen fremdenfeindliche Haltungen und Verhalten gegenüber Ausländerinnen und Ausländern sowie gegen Hassreden zu ergreifen. Ferner werden sie dazu aufgerufen, gegen rassistische Gewalt vorzugehen und das Prinzip der Nichtdiskriminierung zu fördern.[34]

5. Allgemeine Empfehlungen zu Antidiskriminierungsgesetzgebung

[39] Wie eine umfassende Gesetzgebung gegen Rassendiskriminierung aussehen sollte, bzw. welche Inhalte der Gesetzgeber beachten müsste, wird in folgenden allgemeinen Bemerkungen erörtert:

- CERD, Allgemeine Bemerkung Nr. 7 (1985) betreffend nationale Gesetzgebungen gegen Rassendiskriminierung.
- Die ECRI gibt in ihrer allgemeine politischen Empfehlung Nr. 1 (1996) detaillierte Anweisungen, welche gesetzgeberischen Massnahmen Staaten zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenhass, Antisemitismus und Intoleranz ergreifen sollten. Sie empfiehlt bspw. allen Mitgliedstaaten des Europarates sicherzustellen, dass die nationale Rechtsordnung auf hoher Ebene (z.B. in der Verfassung) den Staat zur Gleichbehandlung aller Personen sowie zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenhass, Antisemitismus und Intoleranz verpflichtet. Weiter sei sicherzustellen, dass das nationale Straf-, Zivil- und Verwaltungsrecht ausdrücklich und spezifisch Rassismus, Fremdenhass, Antisemitismus und Intoleranz bekämpft, wobei insbesondere auch Diskriminierung am Arbeitsplatz und bei der Lieferung von Waren und Dienstleistungserbringungen erwähnt werden. Zudem seien rechtliche Massnahmen zur Bekämpfung rassistischer Organisationen notwendig.[35]
- In der allgemeinen politischen Empfehlung Nr. 7 (2002) erstellt die ECRI eine noch genauere Liste von gesetzgeberischen Massnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung, wobei sie Anpassungen des Verfassungs-, des Zivil- und Verwaltungsrechts sowie des Strafrechts vorsieht.[36]

IV. INTERNE UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ

1. Allgemeine Einschätzungen zu Rassendiskriminierung in der Schweiz

[40] Während die UNO-Überwachungsorgane, Sonderberichterstatter sowie die europäischen Menschenrechtskommissare wiederholt ihre Besorgnis hinsichtlich Rassendiskriminierung und Fremdenfeindlichkeit in der Schweiz bekunden, besteht hierzulande keine politische Einigkeit betreffend der Dringlichkeit, die Problematik anzugehen. Die Datenlage lässt denn auch kaum abschliessende Beurteilungen über das Ausmass von Rassismus, Fremdenfeind-

[34] CERD, General Recommendation No. 30 (2004), Ziff. 11, 12.

[35] ECRI, Allgemeine politische Empfehlung Nr. 1 (1996).

[36] ECRI, Allgemeine politische Empfehlung Nr. 7 (2002).

lichkeit und rassistischer Diskriminierung in der Schweiz zu; bis heute existieren in der Schweiz keine systematischen und langfristigen Erhebungen hierzu. Berichte von Nichtregierungsorganisationen, der EKR sowie eine beschränkte Anzahl von Studien zeigen jedoch, dass Fremdenfeindlichkeit, Rassismus und Diskriminierung in der Schweiz ein nicht zu vernachlässigendes Problem darstellen.[37]

[41] Noch haben sich in der Schweiz erst vereinzelt wissenschaftliche Studien mit Diskriminierung beschäftigt. In verschiedenen Bereichen gibt es allerdings klare Hinweise auf Diskriminierung, so zum Beispiel auf dem Lehrstellen- und Arbeitsmarkt[38], im Gesundheitswesen[39], aber auch im Umgang von Behörden und Polizei mit Migrantinnen und Migranten.[40] Der Vergleich mit anderen Ländern deutet ausserdem darauf hin, dass bezüglich Diskriminierungsschutz in der Schweiz noch Handlungsbedarf besteht. In der letzten Ausgabe des *Migrant Integration Policy Index* (MIPEX) steht die Schweiz betreffend Gewährung des Diskriminierungsschutzes auf dem zweitletzten Platz von 31 verglichenen Ländern Europas und Nordamerikas.[41]

[42] Im Jahr 2003 wurde das Nationale Forschungsprogramm „Rechtsextremismus – Ursachen und Gegenmassnahmen" (NFP 40+) gestartet und 2009 abgeschlossen. Die Studien lassen eine weit verbreitete Fremdenangst in der Bevölkerung erkennen, wobei eigentlicher Rechtsextremismus vor allem bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen auftritt. Sie zeigten des Weiteren auf, wie die in der Schweiz langjährige Tradition des Rechtspopulismus sich begünstigend auf rechtsextreme Tendenzen auswirkt.[42]

---

[37] Siehe bspw. SANDRO CATTACIN/BRIGITTA GERBER/SARDI MASSIMO/ROBERT WEGENER, Monitoring misanthropy and rightwing extremist attitudes in Switzerland. An explorative study, Genf, 2006. EVA GREEN/NICOLE FASEL/ORIANE SARRASIN, The More the Merrier? The Effects of Type of Cultural Diversity on Exclusionary Immigration Attitudes in Switzerland, International Journal of Conflict and Violence, Vol. 4 (2), 2010, S. 177 – 190. SILVIA SCHÖNENBERGER/NICOLE WICHMANN, Wegweiser zum Schutz vor Diskriminierung in der Zentralschweiz, Neuchâtel, 2011. ALEXANDRA CAPLAZI/TAREK NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit. Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Notwenigkeit, Nützlichkeit und der inhaltlichen Ausgestaltung eines verstärkten Schutzes vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt, Jusletter, 7. Februar 2004. Siehe auch die Jahrbücher „Rassismusfälle in der Beratungspraxis" von humanrights.ch/EKR oder „Chronologie Rassismus in der Schweiz" der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus.

[38] CLAUDIO BOLZMAN, Les immigrés sur le marché du travail : entre discrimination et égalité de chances: le cas de la Suisse, in: MANUEL BOUCHER (Hrsg.), De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes, Paris, 2001, S. 361-376. THERES EGGER/TOBIAS BAUER/KILIAN KÜNZI, Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt: eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten, Bern, 2003. URS HAEBERLIN/CHRISTIAN IMDORF/WINFRIED KRONIG Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht. Bern, 2004. CHRISTIAN IMDORF, Die Diskriminierung "ausländischer" Jugendlicher bei der Lehrlingsauswahl, in: HORMEL ULRIKE/SCHERR ALBERT (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse. Wiesbaden, 2010, S. 197-220.

[39] HUDELSON, P./V. KOLLY/T. PERNEGER, Patients' perceptions of discrimination during hospitalization, Health Expect, 2010, Bd. 13 Heft 1, S. 24-32. PÄRLI KURT, Rechtsgutachten Diskriminierung von Diabetes-Patienten/innen, Winterthur, 2009.

[40] Siehe z.B. TAK 2004; TANGRAM 26 und URSULA BOSSHARD/PETER KEIMER, Rassismusbekämpfung in öffentlichen Verwaltungen als Element der Personalentwicklung, Bern, 2005.

[41] MIPEX III. Siehe mehr zu diesem Benchmarking-Instrument der EU-Gesetzgebung unter www.mipex.eu.

[42] Siehe dazu die Übersicht über die einzelnen Forschungsprojekte: http://www.snf.ch/SiteCollection Documents/ medienmitteilungen/MK_240209/mm_09feb24_zfbuch_d.pdf, konsultiert am 10.02.2012. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse finden sich unter MARCEL A. NIGGLI, Right-Wing Extremism in Switzerland. National and International Perspectives, Baden-Baden 2009. Siehe auch DAMIR SKENDEROVIC/GIANNI D'AMATO, Mit dem Fremden politisieren. Rechtspopulismus und Migrationspolitik in der Schweiz seit den 1960er Jahren, Zürich 2008.

[43] In den letzten Jahren hat auch die „offizielle Schweiz" zunehmend die Problematik der Diskriminierung erkannt. Die offizielle Anerkennung, dass strukturelle Diskriminierung eine Realität ist, hat nicht zuletzt zur Etablierung einer Integrationspolitik geführt, die sich den chancengleichen Zugang zu Ressourcen und Dienstleistungen und den Abbau von strukturellen Hindernissen zum Ziel setzt. Im Bericht der Tripartiten Agglomerationskonferenz vom Juni 2009, einer politischen Plattform von Bund, Kantonen sowie Städten und Gemeinden, welche einen Meilenstein in der Bekämpfung der Diskriminierungen setzt, steht diesbezüglich: „Diskriminierungen stellen ein zentrales Hindernis für die Integration dar. Integrationspolitik bedeutet deshalb immer auch Anti-Diskriminierungspolitik. Analog zur Erwartung an Ausländerinnen und Ausländer, dass sie sich aktiv für ihre Integration einsetzen, muss die Aufnahmegesellschaft auch die Möglichkeiten dazu schaffen. Sie darf keine Hindernisse in den Weg legen bzw. muss diese, wo vorhanden, aktiv abbauen. Auf Bundesebene wie auch in vielen Kantonen sowie Städten und Gemeinden ist diese integrale Sicht auf die Grundprinzipien noch nicht etabliert."[43]

[44] Schliesslich besteht seit dem Bericht des Bundesrates zur Weiterentwicklung der Integrationspolitik des Bundes (dem sogenannten „Bericht Schiesser") ein klarer politischer Auftrag, den Schutz vor Diskriminierung voranzutreiben und die kantonalen Programme so zu gestalten, dass Integrations- und Antidiskriminierungspolitik verknüpft werden.[44] Auch wenn dieser Prozess (noch) nicht dazu geführt hat, auf Gesetzesebene Fortschritte zu erzielen, so wird der Problematik doch zunehmend Aufmerksamkeit geschenkt. Aufgrund von verschiedenen Studien können Brennpunkte und Gesellschaftsbereiche ausgemacht werden, in denen Diskriminierung ein besonders augenfälliges Problem darstellt.

1.1. Arbeitsmarkt

[45] Besonders schwerwiegend für die Betroffenen, wenn auch durch die weitgehend fehlende Rechtsprechung bis anhin nicht sichtbar, ist die Diskriminierung am Arbeitsplatz (Lohnunterschiede und Arbeitsbedingungen) sowie auf dem Arbeitsmarkt, beim Zugang zu Stellen und Positionen. Die Personalrekrutierung sowie die -beförderung sind besonders anfällige Momente, in denen Vorurteile im Selektionsprozess mitspielen. Verschiedene Studien sind solchen Diskriminierungsmechanismen in den Rekrutierungs- und Bewerbungsverfahren nachgegangen (mehr dazu im Kapitel „Menschenrechtssensible Bereiche des Arbeitsmarktes" der Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft").

1.2. Politische Diskurse und Medien

[46] In der Schweiz konnte in den letzten Jahren beobachtet werden, wie Fremdenfeindlichkeit für politische Zwecke bewusst geschürt wurde. Besonders Schwarze und Muslime sind in den letzten Jahren zu Zielscheiben in Wahl- und Abstimmungskampagnen geworden.[45] Die fremdenfeindlichen Tendenzen im öffentlich-politischen Diskurs, insbesondere die repetitive

---

[43] TAK 2009, S. 13.

[44] BUNDESRAT 2010 .

[45] LINARDS UDRIS/PATRICK ETTINGER/KURT IMHOF, Ausländer und ethnische Minderheiten in der Wahlkampfkommunikation – Analyse der massenmedialen Berichterstattung zu den Eidgenössischen Wahlen, Bern, Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, 2007.

Präsenz von politischen Werbeanzeigen und Plakaten im öffentlichen Raum, haben sich in den letzten Jahren verfestigt und weiten die Grenzen des Aussprechbaren kontinuierlich aus. Bei dieser Art von subtilen Transgressionen wird das geltende Recht, die Rassismusstrafnorm, jedoch kaum angewendet. Wegen der fehlenden politischen Ächtung und der nicht vorhandenen gerichtlichen Sanktionierung von Rassismus im politischen Diskurs besteht die Gefahr, dass fremdenfeindliche Anspielungen zur Normalität werden und von den Behörden, Politik und der breiten Öffentlichkeit allmählich akzeptiert werden. Es bedarf deshalb einer sorgfältigen Abklärung, warum in solchen Fällen die gesetzlichen Grundlagen nicht genügend greifen bzw. welche korrektiven Massnahmen ergriffen werden müssten.[46]

1.3. Polizeiliche Übergriffe

[47] In den letzten Jahren haben Beschwerden wegen rassendiskriminierender Übergriffe der Polizei zugenommen; insbesondere dunkelhäutige Männer scheinen verstärkt davon betroffen zu sein. Es gibt jedoch keine wissenschaftlichen Untersuchungen zu dieser Problematik. Die Schweizer Sektion von Amnesty International publizierte 2007 einen detaillierten Bericht zu menschenrechtlichen Defiziten der Polizeiarbeit in der Schweiz.[47] Auch dem Jahresbericht der Ombudsfrau der Stadt Zürich 2010 ist zu entnehmen, dass mit verschiedenen Stellen der Stadtpolizei Diskussionen und Auseinandersetzungen zum Thema „Racial Profiling“ [48] begonnen und im Jahre 2011 fortgesetzt wurden. Die Behandlung dieser Fragestellungen im Jahresbericht 2010 löste nicht zuletzt bei den Medien ein grosses Echo aus, so dass über „Racial Profiling“ berichtet wurde.[49] Nicht in allen Kantonen stehen jedoch unabhängige Beschwerdestellen sowie Untersuchungen von Polizeigewalt zur Verfügung (siehe mehr dazu im Unterkapitel „Rechtsschutz gegen polizeiliche Übergriffe“ in der Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Freiheitsentzug, Polizei und Justiz“).

1.4. Einbürgerung

[48] In ihrem Bericht „Diskriminierung bei der Einbürgerung“ von 2007 weist die EKR daraufhin, dass es bei Einbürgerungsentscheiden, die auf der Gemeindeebene (beim Parlament oder der Gemeindeversammlung) getroffen werden, zu rassendiskriminierenden Ablehnungen von Gesuchen kommen kann. Eine kürzlich erschienene Studie zur Einbürgerungspraxis in verschiedenen Schweizer Gemeinden zeigt auf, dass die Nationalität der Gesuchstellenden der wichtigste Faktor ist, aufgrund dessen eine Einbürgerungsentscheidung getroffen wird, was zu Diskriminierung von Personen aus gewissen Herkunftsländern führt[50] (mehr zu Einbürgerungsverfahren im Unterkapitel „Die Kritik an den Einbürgerungsverfahren oder die Fra-

---

[46] Vgl. dazu TANGRAM 27.

[47] Amnesty International, Polizei.

[48] Auch „ethnisches Profiling“ genannt: Behördenmitarbeiter wenden „Racial Profiling“ dann an, wenn sie Personen u.a. wegen dem was sie sind und wie sie aussehen, statt wegen dem was sie verübt haben, als verdächtig ansehen.

[49] Bericht 2011 der Ombudsstelle der Stadt Zürich, S. 6.

[50] JENS HAINEMUELLER/DOMINIK HANGARTNER, Who gets a Swiss Passport? A Natural Experiment in Immigrant Discrimination, 2011. Siehe auch die Medienmitteilung zu den Resultate dieser Studie: http://www.myscience.ch/news/2013/diskriminiert_durch_die_gemeindeversammlung-2013-snf, konsultiert am 30.1.13.

ge nach der Grund- und Menschenrechtsbindung des Stimmvolkes in der Gemeinde" in der Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Institutioennelle Fragen").

1.5. Diskriminierung von religiösen Minderheiten und Minarettverbot

[49] In den letzten Jahren nahm insbesondere die pauschale Ablehnung des Islams und von Personen, die als Muslime betrachtet werden, zu.[51] Darunter zu leiden haben insbesondere Jugendliche und Frauen mit Kopftuch, die aufgrund negativer Zuschreibungen einen schwierigeren Zugang zu Lehr- und Arbeitsstellen finden. Muslimfeindliche Vorurteile führen zu Diskriminierungen auf der institutionellen, strukturellen und der interpersonellen Ebene. Die EKR hat in ihrem Bericht zu muslimischen Minderheiten 2006 konkrete Empfehlungen an verschiedene Akteure gerichtet, um die Toleranz zu fördern und Diskriminierung zu verhindern.[52] Die OSZE hat sich bei ihrem Besuch im November 2011 ebenfalls von muslimfeindlichen Tendenzen besorgt gezeigt und insbesondere im Zusammenhang mit der Anti-Minarett-Initiative empfohlen, Massnahmen zu ergreifen, um weitere Ausgrenzungen zu vermeiden.[53]

2. Rechtsgrundlagen

2.1. Rechtslage auf Bundesebene

[50] Die derzeit geltende Rechtsgrundlage zur Bekämpfung von Rassendiskriminierung beruht hauptsächlich auf dem Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung einerseits und der Rassendiskriminierungs-Strafnorm in Art. 261bis Strafgesetzbuch und Art. 171c Militärstrafgesetzbuch andererseits.

2.1.1. Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot

[51] Die Bundesverfassung verbietet in Art. 8 Abs. 2 Diskriminierungen u.a. wegen der Herkunft, der Rasse und der religiösen Überzeugungen. Zur Verwirklichung dieses Grundrechts auf Nichtdiskriminierung beitragen müssen gemäss Art. 35 Abs. 2 BV sämtliche Einrichtungen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen. Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 besagt, dass die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen und somit indirekt auch in Beziehungen zwischen Privaten zur Anwendung gelangen. Dass aus dieser indirekten Wirkung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots ein allgemeiner privatrechtlicher Nichtdiskriminierungsgrundsatz hergeleitet werden kann, wird von der Lehre mehrheitlich bestritten.[54] Die Normierung spezieller

---

[51] Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2010.

[52] EKR, 2006, S. 41 ff.

[53] OSCE, 2011, S. 5.

[54] Siehe dazu bspw. KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, St. Gallen, 2009, S. 214 ff; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern, 2007, S. 370 ff; ANDREAS AUER/GIORGIO MAILINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 2. Auflage, Bern, 2006, S. 504 ff; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel, 2009, S. 235.

Gesetzgebungsaufträge zugunsten von Frauen und Menschen mit Behinderungen (Art. 8 Abs. 3 resp. 4 BV) zeigt gemäss PETERS denn auch, dass der Verfassungsgeber in den Diskriminierungsverboten keinen umfassenden Schutzauftrag an den Staat sieht.[55]

2.1.2. Rassendiskriminierungsstrafnorm

[52] Gemäss Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG, die am 1. Januar 1995 in Kraft traten, macht sich strafbar, wer öffentlich Personen oder Personengruppen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Rasse, Ethnie oder Religion diskriminiert. Die strafbaren Handlungen umfassen:

- den öffentlichen Aufruf zu Hass und Diskriminierung,
- die öffentliche Verbreitung von Ideologien, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind
- das Organisieren, Fördern oder Teilnehmen an Propagandaaktionen mit demselben Ziel
- die Herabsetzung (Verstoss gegen die Menschenwürde) oder Diskriminierung namentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit
- sowie die Verweigerung einer für die Allgemeinheit bestimmten Leistung für eine Person oder eine Personengruppe wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion.

[53] Die Einführung des Strafrechtsartikels 261bis StGB hat zweifelsohne gesamtgesellschaftlich Wirkung gezeigt, insofern, als die Strafnorm einen sensibilisierenden und generalpräventiven Effekt hat, was grundsätzlich als positiv zu beurteilen ist. Sie dient dem Schutz potentieller Opfer und ihrer Menschenwürde, wenn auch nur in den limitierten Bereichen, die sie umfasst. Die bestehende Rassendiskriminierungsstrafnorm wird auf politischer Ebene jedoch regelmässig in Frage gestellt, und deren Abschaffung wurde mehrmals beantragt.[56] Es wird jeweils das Recht auf freie Meinungsäusserung geltend gemacht, welches durch die Strafnorm eingegrenzt würde. Wenngleich diese Forderungen von der Mehrheit im Parlament und der Regierung stets abgelehnt wurden, zeigt diese anhaltende Debatte doch auf, dass weiterführende Gesetzesbestimmungen zur Bekämpfung von Rassendiskriminierung derzeit im Parlament kaum mehrheitsfähig sein dürften.[57]

[54] Auf rechtlicher Ebene hat es in den letzten Jahren keine Anpassungen des Verbots von Rassendiskriminierung gegeben. Eine weitergehende Gesetzesvorlage, die auch die Verwendung rassistischer Symbole unter Strafe stellen wollte, wurde im September 2011 nach mehrjähriger Debatte im Parlament vom National- und Ständerat endgültig verworfen, nachdem der Bundesrat bereits im Juni 2010 die Abschreibung der entsprechenden Motion beantragt hatte.[58] Begründet wird die Abschreibung u.a. mit der fragwürdigen Praktikabilität und

---

[55] ANNE PETERS, Diskriminierungsverbote, in: DETLEF MERTEN/HANS-JÜRGEN PAPIER, Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein, Band VII 2, Heidelberg, 2007, S. 297 ff.

[56] Vgl. z.B. Motion der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei 05.3013, „Streichung des Rassismus-Artikels" vom 28.02.2005, Parlamentarische Initiative Bernhard Hess 06.472 „Aufhebung der Rassismusstrafnorm", Interpellation Bernhard Hess/SD 07.3220 „Abschaffung des Antirassismusgesetzes. Abklärung der Gültigkeit einer Volksinitiative" vom 23.03.2007, Motion Mörgeli/SVP 09.3843 „Streichung des Rassismusartikels" vom 29.09.2009.

[57] Vgl. dazu Bundesamt für Justiz, Rassismusstrafnorm.

[58] Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats 04.3224 „Verwendung von Symbolen, welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen, als Straftatbestand" vom 29.04.2004.

der mangelnden Bestimmtheit des Gesetzestextes. Weiter argumentiert der Bundesrat, dass Prävention von Rassismus wirksamer sei als dessen Repression.[59]

[55] Dass die Rassendiskriminierungsstrafnorm das Problem der verschiedenen Formen von rassistischen Diskriminierungen nicht umfassend angehen kann, ist eines der Grundprobleme der schweizerischen Antirassismus- und Antidiskriminierungspolitik. Das Strafrecht reguliert zwar schwerwiegende und öffentliche Formen rassistischer Diskriminierung, ist hingegen für die Prävention und Bekämpfung von subtileren und weniger sichtbaren Formen von Diskriminierung, wie indirekte, institutionelle oder strukturelle Diskriminierung sowie rassistische Diskriminierung in der Privatsphäre unzulänglich.

2.1.3. Gesetzliche Bestimmungen gegen rassistische Diskriminierung

[56] Die Schweiz verfügt über kein umfassendes und konsistentes Instrumentarium zur Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung: sie kennt nach wie vor kein spezifisches Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Herkunft, Hautfarbe, Religion etc., ebenso wenig besteht ein Allgemeines Antidiskriminierungsgesetz, wie es die meisten europäischen Länder aufgrund der EU-Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (2000/78/EG) und der so genannten EU-Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG) eingeführt haben.

[57] Bisherige politische Vorstösse für gesetzgeberische Massnahmen waren erfolglos geblieben. So wurde bspw. die Motion „Bundesgesetz gegen Diskriminierung" (06.3082 Zisyadis Josef), welche auf die Präzisierung des verfassungsrechtlichen Verbots von Diskriminierung in einem Gesetz abzielte, abgeschrieben.[60] Der Motionär beantragte, in den Gesetzesentwurf eine Bestimmung über den Zugang zu Arbeitsstellen im öffentlichen Dienst aufzunehmen. Die Abschreibung wurde vom Bundesrat damit begründet, dass er den von den Sozialpartnern erarbeiteten und frei vereinbarten Instrumenten Priorität einräumen möchte. Weiter verweist er auf die Gleichstellungsgesetze für Frau und Mann sowie für Menschen mit Behinderung. Ebenso wurde die parlamentarische Initiative „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz" (07.422 Paul Rechsteiner) auf Antrag der Kommissionsmehrheit im Nationalrat abgelehnt. Schliesslich wurde auch der Ende 2010 eingegebenen parlamentarischen Initiative (10.523 Prelicz-Huber/Grüne) „für ein Gesetz über die Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung" vom Nationalrat in der Frühjahrssession 2012 keine Folge gegeben. Dies auf Antrag der Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, welche die Vorlage am 13. Oktober 2011 geprüft hat. Sie begründet die Ablehnung damit, dass sie in diesem Bereich keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehe, dass die Schaffung von einklagbaren Rechtsansprüchen problematisch wäre, und dass die Beweislastumkehr zu Gunsten der Opfer von Diskriminierung bspw. im Arbeits- oder Mietrecht zu weit gehen würde.[61]

[58] Der Entwurf zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), welcher am 23. November 2011 in die Vernehmlassung geschickt wurde, hält in Art. 53 Abs. 1 den Grundsatz fest, dass Bund, Kantone und Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Anliegen der Integration und des Schutzes vor Diskriminierung zu berücksichtigen haben. Im erläuternden Bericht des Bundesrats wird diesbezüglich ausgeführt, der

[59] Bericht des Bundesrats zur Abschreibung der Motion 04.3224

[60] Motion Josef Zisyadis 06.3082 „Bundesgesetz gegen Diskriminierung".

[61] Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 13. Oktober 2011.

Bundesrat vertrete die Meinung, dass die bisherigen Regeln des Strafrechts, des Privatrechts, die Erlasse des öffentlichen Rechts sowie die völkerrechtlichen Grundlagen einen ausreichenden Schutz gegen Diskriminierung bieten würden und er deshalb auf Anpassungen des Rechts verzichten wolle. Der Fokus wird deshalb künftig auf die Informationstätigkeit von Bund, Kantonen und Gemeinden gelegt, um das geltende Recht besser durchzusetzen.[62] Zumal der Gesetzesentwurf jedoch kein Verbot von Diskriminierung oder konkrete, fassbare Pflichten vorsieht, genügt diese Gesetzesanpassung den Anforderungen der internationalen Standards nicht.

2.2. Rechtslage auf kantonaler Ebene

[59] In mehreren Kantonen der Schweiz wurden in den letzten Jahren die kantonalen Verfassungen revidiert, und in manchen wurde ein allgemeines Diskriminierungsverbot in die Kantonsverfassungen aufgenommen (so in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Aargau, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Bern, Fribourg, Glarus, Jura, Neuenburg, Nidwalden, Schaffhausen, St. Gallen, Uri, Waadt, Wallis, Tessin und Zürich). Da im föderalistischen Staatsaufbau der Schweiz den Kantonen eine starke und zentrale Funktion zukommt, ist eine solche Verankerung des Diskriminierungsverbots ein wichtiger Schritt zur Schliessung von Durchsetzungslücken. Allerdings entfalten diese verfassungsrechtlichen Bestimmungen keine Drittwirkung.[63] Immer mehr Kantone nehmen Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz oder Rassismusbekämpfung in ihren Integrationsgesetzen auf, wobei auch diese ohne Drittwirkung bleiben (Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg, Solothurn, Tessin, Waadt, Wallis, Zürich).

2.3. Handlungsbedarf

[60] Um den internationalen Menschenrechtsstandards gerecht zu werden, sind im Bereich der Rassismusbekämpfung und Schutz vor rassistischer Diskriminierung verschiedene rechtliche Anpassungen notwendig. Die EKR hat diesbezüglich in ihrem ausführlichen Bericht über das „Recht gegen rassistische Diskriminierung – Analyse und Empfehlungen“ (2010) eine wichtige Vorarbeit zur Verabschiedung gesetzgeberischer Massnahmen im Verfassungs-, Privat- und Verwaltungsrecht sowie Anpassungen des Strafrechts zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung geleistet.[64]

[61] Ein Rückzug der bestehenden Vorbehalte zu den internationalen Menschenrechtsabkommen (insbesondere zu Art. 4 der RDK) sowie die vollständige Übernahme der zentralen internationalen Menschenrechtsinstrumente (Ratifikation des Zusatzprotokolls Nr. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention[65]) wäre dabei ein wichtiger Schritt. In der Folge wird auf einige konkrete Punkte eingegangen, wo nach unserer Analyse gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

---

[62] Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 23. November 2011, S. 13.

[63] Sie sind demnach nicht direkt auf Private anwendbar.

[64] Siehe die Empfehlungen der EKR, 2010, S. 58-66.

[65] Protokoll Nr. 12 des Europarats zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

2.3.1. Lücken im Strafrecht

[62] Das Strafrecht (Art. 261bis StGB) zeigt nach wie vor Lücken auf und deckt nicht alle rassistischen Handlungen wirksam ab:

A. Straftatbestand für rassendiskriminierende Vereinigungen

[63] Nach geltendem Recht sind die Gründung, Mitgliedschaft und Mitgliederanwerbung in rassendiskriminierenden Vereinigungen nicht strafbar.[66] CERD legt der Schweiz in seinen Schlussbemerkungen (2008) nahe, Rechtsvorschriften zu erlassen, welche alle Organisationen, die Rassismus und Rassendiskriminierung fördern, verbieten (diese Forderung entspricht dem Art. 4 Abs. b RDK, demgegenüber die Schweiz einen Vorbehalt geäussert hat). Ebenso erfordert dies die Allgemeine Bemerkung CERD Nr. 15 Ziff. 6; in diesem Punkt erfüllt die Strafnorm die Konventionsverpflichtung (Art. 4 lit. b RDK) nicht.[67] Ähnliche Forderungen sind den Allgemeinen Erklärungen Nr. 1 (1996) und Nr. 7 (2002) der ECRI zu entnehmen.

B. Geschützte Gruppen

[64] Auch hinsichtlich der geschützten Personengruppen geht die Strafnorm, die nur von „Rassen, Ethnien und Religionen" spricht, nicht so weit wie die in Art. 1 RDK aufgeführten schutzbedürftigen Gruppen („[...] jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum [...]" beruhende Diskriminierung ist nicht zulässig).[68] Die Definition von Rassendiskriminierung der RDK deckt sich weitgehend mit der Regelung des Europarats. So ist bspw. im Zusatzprotokoll der Cybercrime-Konvention, welche die Schweiz unterzeichnet hat, von Diskriminierung basierend auf Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler und ethnischer Herkunft oder Religion die Rede (Art. 2 Abs. 1).[69]

C. Tatbestand der Leistungsverweigerung

[65] In der Praxis und Literatur besteht noch wenig Klarheit darüber, wie weit der Tatbestand der Leistungsverweigerung (Art. 261bis StGB Abs. 5) geht.[70] Aufgrund der gesetzgeberischen Hintergrundinformation zur Strafnorm ist davon auszugehen, dass gewisse Lebensbereiche nicht vom Verbot erfasst sind und so ist nach herrschender Meinung der Straftatbestand der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung bspw. nicht auf Arbeitsstellen oder Mietwohnungsangebote anwendbar.[71] Gerade jedoch in diesen zentralen Lebensbereichen ist Diskriminierung und Leistungsverweigerung aufgrund der ethnischen, kulturellen oder nationalen Herkunft ein verbreitetes Problem. Das schweizerische Zivilrecht verfügt ebensowenig über ausdrückliche Verbote der Rassendiskriminierung. Dass Leistungsverwei-

---

[66] Vereinigungen, die einen widerrechtlichen Zweck verfolgen (nach Art. 52 Abs. 3 ZGB) können zwar keine Rechtspersönlichkeit erlangen, bzw. sie können auf Klage der zuständigen Behörden aufgelöst werden (nach Art. 78 ZGB). Allerdings hat diese Regelung eine beschränkte Wirkung (siehe dazu Naguib, S. 32-33).

[67] NIGGLI, S. 69.

[68] Der Bundesrat vertritt demgegenüber in seiner Antwort auf die parlamentarische Anfrage von Ueli Leuenberger vom 12.11.2008 die Meinung, dass Artikel 261bis StGB über die Verpflichtungen der Konvention hinausgehe, indem er die geschützten Gruppen/Identitätsmerkmale weiter fasse, als dies die Konvention vorgebe (Art. 261bis Abs. 1 StGB).

[69] NIGGLI, S. 68-69.

[70] NIGGLI/FIOLKA, S.10 ff.; EKR 2010, S. 30 ff.

[71] NAGUIB, S. 36. Bei der Leistungsverweigerung muss sich der Täter mit seinem Leistungsangebot an die Öffentlichkeit gewandt haben, die Leistungsverweigerung selbst (Tathandlung) braucht dagegen nicht öffentlich vorgenommen zu werden. Siehe NIGGLI, S. 474 ff.

gerungen bei Wohnungs- und Stellenvergabe im Privatbereich kaum sanktioniert werden können, obwohl dies die RDK[72] fordert, stellt somit ein ungelöstes Problem dar.

2.3.2. Gesetzgebung gegen rassistische Diskriminierung

[66] Es bestehen weiterhin grosse Lücken im gesetzlichen Schutz vor rassistischer Diskriminierung. Verschiedenste nationale wie internationale Gremien machen diesbezüglich dringenden Handlungsbedarf aus. Im internationalen Vergleich schneidet die Schweiz wiederholt schlecht ab, was den rechtlichen Schutz vor Diskriminierung betrifft. So ist die Schweiz in diesem Bereich im Integrationsindex (MIPEX) von 2007 und 2011 auf den zweitletzten Platz von 31 verglichenen (mehrheitlich europäischen) Ländern abgerutscht.[73] In ihrem Bericht über die Integration in der Schweiz vom Februar 2012 empfiehlt die OECD, den rechtlichen und institutionellen Rahmen zur Verhütung von Diskriminierung „dringend" zu verstärken.[74] In ähnlicher Weise empfiehlt auch der Bericht der Tripartiten Agglomerationskonferenz von 2009, die Einführung griffiger Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht zu prüfen.[75]

[67] Die Schweiz hat bislang eine Allgemeine Antidiskriminierungsgesetzgebung abgelehnt, und mit dem Gesetz zur Gleichstellung von Mann und Frau und dem Gesetz gegen Diskriminierung von Menschen mit Behinderung einen sektoriellen Ansatz gewählt. Eine spezifische Gesetzgebung gegen rassistische Diskriminierung, welche über die geltende Rassendiskriminierungsstrafnorm (Art. 261bis StGB und Art. 171c MstG) hinausgeht, würde entsprechend den Erfahrungen aus den anderen Sektoren die Prävention und die Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit und rassistischer Diskriminierung in bedeutender Weise stärken. Die Abschreibung der parlamentarischen Initiative (Prelicz-Huber/Grüne) durch den Nationalrat lässt jedoch erwarten, dass solche Vorlagen derzeit kaum durchkommen dürften.

2.3.3. Anpassungen im Privat- und Verwaltungsrecht

[68] Weiter bestehen diverse gesetzgeberische Lücken im Privat- und Verwaltungsrecht, die den effektiven Schutz vor Diskriminierung in verschiedenen Lebensbereichen gewährleisten würden.[76] So bestehen, wie bereits erwähnt, bspw. Unklarheiten bezüglich der Tragweite des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots im Privatrecht. Weder das Zivilgesetzbuch noch das Obligationenrecht verfügen über ausdrückliche Verbote rassistischer Diskriminierung. Gegen Diskriminierung durch Private kann sich zwar vor Gericht wehren, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) greift jedoch nur dann, wenn sich die Verletzung gegen eine bestimmte Person richtet. Er kommt hingegen nicht zum Tragen, wenn eine ganze Gruppe allgemein verun-

[72] Art. 5 Abs. e lit. i (Recht auf Arbeit) und iii (Recht auf Wohnung) RDK.

[73] MIPEX III., S. 136.

[74] OECD 2012, S. 50.

[75] TAK 2009, S. 32.

[76] CHRISTINA HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, Bern, 2008, S. 18; EKR, 2010, S. 10.

glimpft wird. Der Beweis der Persönlichkeitsverletzung muss ausserdem vom Verletzten erbracht werden.[77]

[69] Eine explizite Nennung von Diskriminierungsverboten könnte gemäss NAGUIB insbesondere dort von zentraler Bedeutung sein, wo private Akteure staatliche Aufgaben übernehmen oder der staatlichen Aufsicht unterstellt sind, wie bspw. im Privatversicherungswesen, Privatschulen, Sicherheitsbranche, oder medizinische Dienstleistungen.[78] Die Verankerung und Konkretisierung von Massnahmen zur Vermeidung von Diskriminierung in Pflichtenheften, Reglementen, Handbüchern, Dienstanweisungen sowie die Sensibilisierung des Personals durch Aus- und Weiterbildung würde zudem zur effektiven Umsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips beitragen.

[70] Das Fehlen von expliziten Diskriminierungsverboten kann in der Praxis zu Rechtsunsicherheit führen und Opfer davon abhalten, gegen rassistische Diskriminierung vorzugehen. Klare Richtlinien hätten auch präventive Wirkung auf die Handlungen von potentiell Diskriminierenden. Solange nicht deutlich ersichtlich ist, was z.B. bei der Vergabe von Wohnungen, Stellen oder beim Einlass zu Clubs zulässig ist und was nicht, besteht auch keine abschreckende Wirkung, die Diskriminierung verhindern könnte.

3. Rechtsanwendung und -durchsetzung

3.1. Rassendiskriminierungsstrafnorm

[71] Wenig ist bisher bekannt über die Wirkung und die tatsächliche Umsetzung der Rassendiskriminierungsstrafnorm. Insbesondere bleibt noch zu untersuchen, in wie vielen Fällen von rassistischer Diskriminierung und aus welchen Gründen der Rechtsweg nicht eingeleitet wird bzw. warum die Strafnorm nicht zur Anwendung kommt.

[72] Sämtliche Rechtsfälle von rassistisch motivierten und in *die Öffentlichkeit getragenen Taten* (nach Art. 261bis StGB), welche die Kantone an das Bundesamt für Polizei einreichen müssen, werden ab dem Jahr 1995 von der EKR gesammelt und statistisch ausgewertet. Insgesamt hat die EKR Kenntnis von 501 Anzeigen (Fällen), die zwischen 1995 und 2009 bei den zuständigen Behörden eingegangen sind. Die Untersuchungsbehörden haben in knapp der Hälfte dieser Anzeigen (228 von 501) das Strafverfahren nach einer summarischen Überprüfung des Sachverhaltes nicht eröffnet bzw. eingestellt oder sind auf die Strafanzeigen nicht eingetreten. Bei der anderen Hälfte (273 von 501) wurde materiell-rechtlich auf die Anzeigen eingegangen, und die Fälle endeten mit einem materiellen Urteil. In insgesamt 43 Fällen (15.7% der Urteile) sprachen die gerichtlichen Behörden die angeschuldigten Personen vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei, während 230 Fälle (84.2% der Urteile) zu einer Verurteilung der Angeschuldigten führten.[79]

---

[77] CHRISTINA HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, Bern, 2008 S. 18.

[78] TAREK NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung als integrationspolitische Aufgabe des Kantons. Grund- und menschenrechtlich fundierter Diskriminierungsschutz im Rahmen kantonaler Integrationspolitik. Rechtsexpertise und Empfehlungen im Auftrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, *(noch nicht veröffentlicht),* S. 242 ff.

[79] Siehe Datenbank zur Sammlung der Rechtsfälle der EKR: http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/index.html?lang=de, konsultiert am 15.02.2012.

[73] Eine detaillierte Analyse der Fälle 1997-2004 ergab, dass ein grosser Teil der Verfahren nach Art. 261bis StGB aus Mangel an Beweisen eingestellt und die Anwendung der Rassendiskriminierungsstrafnorm vielfach bereits wegen „fehlender Öffentlichkeit" ausgeschlossen wurde.[80] Die Gerichte sind lange Zeit von einem restriktiven Öffentlichkeitsbegriff ausgegangen. Damit sollte der Befürchtung, Rassismus in der privaten Sphäre könne vom Straftatbestand erfasst werden, entgegengewirkt werden. Diese Praxis führte laut Rechtsexperten zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Ein Bundesgerichtsentscheid vom Mai 2004 stellt das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit wegweisend klar.[81] Die von einem Teil der Kritiker geäusserten Befürchtungen, die Rassendiskriminierungsstrafnorm würde das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit auf eine unzulässige Weise beschränken oder verletzen, wurden im Urteil nicht bestätigt. Die Studie zur Kasuistik der Rassendiskriminierungsstrafnorm kommt zum Schluss, dass die rechtsprechenden Behörden insgesamt vorsichtig mit besagtem Artikel umgehen.[82] Der Föderalismus fördert zudem erwartungsgemäss Diskrepanzen in der Rechtspraxis, und so fallen die Urteile zu Art. 261bis StGB kantonal ungleich aus.

[74] Die Rassendiskriminierungsstrafnorm scheint in vielen Bereichen nicht oder zu wenig zu greifen. Beispielsweise wird moniert, dass der Strafrechtsartikel gegenüber politisch motivierten fremdenfeindlichen Äusserungen von Parteien und Politikern oder im Zusammenhang mit Einlassverweigerungen in Clubs zögerlich angewandt wird.[83] Weiter wird von NGO-Seite beanstandet, dass trotz Kenntnis von Vorfällen die Untersuchungsbehörden oft keine Untersuchung einleiten würden, obwohl sie aufgrund der Rassendiskriminierungsstrafnorm von Amtes wegen dazu verpflichtet wären.[84] Zu den Gründen dieser zögerlichen oder mangelhaften Rechtsanwendung gibt es bisher keine gesicherten Daten, weshalb sich eine entsprechende Untersuchung aufdrängt.

3.2. Datenbank des Dokumentations- und Monitoringsystems (DoSyRa)

[75] Die Datenbank des Dokumentations- und Monitoringsystems (DoSyRa) der EKR und Humanrights.ch/MERS dokumentiert Beratungsfälle von Rassismusopfern. Die jährlich herausgegebenen Berichte zu den Rassismusfällen in der Beratungspraxis zeigen, dass das Beratungsangebot von Betroffenen zunehmend genutzt wird. Des Weiteren fällt auf, dass im Jahr 2010 ein beachtlicher Anteil der gemeldeten 178 Fälle rassistischer Diskriminierung in Zusammenhang standen mit einer sowohl unterschwelligen, latenten, nicht näher definierten Ausländer- oder Fremdenfeindlichkeit als auch der Hautfarbe oder der muslimischen Religion, also mit Themen, welche in der schweizerischen Öffentlichkeit stark präsent waren.[85] Diese Fälle sind rechtlich schwer zu verfolgen, da sie nicht unter die Rassendiskriminierungsstrafnorm fallen. Entsprechend selten kommt es in der Folge zu einem Strafverfahren.

---

[80] EKR, 2007, S. 38. Für eine detaillierte Analyse siehe NIGGLI, 2007.

[81] BGE 130 IV 111. Das Bundesgericht definiert in diesem Urteil diejenigen Äusserungen als „öffentlich", welche nicht im privaten Rahmen erfolgen. Privat sind Äusserungen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld, wobei auch die Zahl der anwesenden Personen eine Rolle spielen kann. Im zu beurteilenden Fall werden Äusserungen an einem Vortrag als „öffentlich" definiert, der im Rahmen einer geschlossenen Veranstaltung in einer Waldhütte gehalten wurde, an welcher 40 bis 50 geladene Skinheads teilnahmen, die verschiedenen Gruppierungen angehörten (E. 6).

[82] EKR, 2007.

[83] EKR, 2009.

[84] NGO-Bericht, CERD 2008.

[85] Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2010.

3.3. Schutz vor Diskriminierung

[76] Nur sehr wenige Fälle wurden bisher aufgrund des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots gerichtlich entschieden, da sich das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot in erster Linie an den Staat bzw. den öffentlichen Sektor richtet und keine direkte Drittwirkung entfaltet.[86] Die Option eines Gesetzgebungsauftrags, wie im Fall von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 8 Abs. 3 BV) oder von Menschen mit Behinderung (Art. 8 Abs. 4 BV), könnte im Hinblick auf den verbesserten Schutz vor rassistischer Diskriminierung in Erwägung gezogen werden.

[77] Nebst den fehlenden griffigen Rechtsgrundlagen erschweren auch zahlreiche Durchsetzungshindernisse die wirkungsvolle Umsetzung der bestehenden Normen. Hürden in der Durchsetzung sind bspw. die lange Verfahrensdauer, der schwierige Zugang zum Verfahren, die Kostenunsicherheit, die Beweislast sowie die Angst vor negativen Konsequenzen.[87] Die EKR auf Bundesebene und verschiedene Beratungsstellen auf regionaler Ebene stehen mit finanzieller Unterstützung der FRB den Opfern von rassistischer Diskriminierung zwar unterstützend und beratend zur Seite, doch sind sie nicht befugt, selbst Rechtsschritte einzuleiten. Diesen Umstand beanstandete der MRA in seinen Schlussbemerkungen zur Schweiz 2008. Im Jahr 2010 wurden bspw. gesamtschweizerisch gerade 23 Fälle von Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt vom Netzwerk der Beratungsstellen behandelt. Diese tiefe Fallzahl dürfte auf die Rechtsunsicherheit bezüglich der Sanktionsmöglichkeiten zurückzuführen sein, sowie auf das Primat der Vertragsfreiheit der Arbeitgebenden.[88]

[78] Derweilen anerkennt auch der Bundesrat die Herausforderungen bei der Rechtsanwendung. In seinem Bericht zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom Januar 2012 gibt er zu bedenken, dass in der Praxis nur wenige Gerichtsverfahren wegen Diskriminierung angestrengt werden.[89] Nach Auffassung der Schweizer Regierung könnte das geltende Recht häufiger angewandt werden, wenn die breite Öffentlichkeit – also sowohl die potentiellen Opfer von Diskriminierung als auch die Gesellschaft insgesamt – besser informiert wäre. Daher will der Bundesrat künftig gesamtheitlich und koordiniert auf das Thema Integration und Bekämpfung der Diskriminierung eingehen. Im Rahmen der Integrationsförderung will sich der Staat deshalb verstärkt für den Abbau von Defiziten und Diskriminierungen in den Bereichen Sprache, Bildung und Information einsetzen. Der Bund schlägt namentlich die folgenden Massnahmen vor:

- In allen Kantonen sollen den betroffenen Personen kompetente Beratung zum rechtlichen Schutz vor Diskriminierung und zum Verfahren angeboten werden.
- Niederschwellige, kooperativ ausgerichtete Streitbeilegungsmechanismen werden gefördert.
- Neuzuziehende aus dem Ausland werden bspw. bei Erstinformationsgesprächen oder auf anderem Wege über die bestehenden Möglichkeiten informiert, sich gegen Diskriminierung zu wehren.

---

[86] EKR, 2010, S. 46.

[87] EKR, 2010, S. 52 ff.

[88] OECD, 2012, S. 47.

[89] Der Bundesrat bemerkt weiter, dass der Rechtsweg manchen Betroffenen wenig attraktiv erscheinen mag, weil die Kosten im Vergleich zum relativen Nutzen eines Erfolgs recht hoch seien. Unsicherheit und Angst sowie die mit einem Prozess verbundenen Risiken würden Diskriminierungsopfer oftmals davon abhalten, den Rechtsweg zu beschreiten. Siehe Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom Januar 2012, S. 16.

- Die Fachstellen Integration bemühen sich in Zusammenarbeit mit den Regelstrukturen, Strukturen oder Prozesse, die indirekt diskriminierend wirken, zu erkennen und abzubauen.

[79] Der Bundesrat setzte 2010 mit seinem Bericht zur Weiterentwicklung der Integrationspolitik des Bundes (dem so genannten "Bericht Schiesser") neue Eckwerte zum Schutz vor Diskriminierung im Ausländerbereich. Die Kantone sind künftig angehalten, in den kantonalen Integrationsprogrammen Massnahmenpläne zum Schutz vor Diskriminierung aufzunehmen.[90] Diese Auflage ist Bedingung, damit die kantonalen Integrationsprogramme vom Bund finanzielle Unterstützung erhalten. Der Ausbau des Diskriminierungsschutzes in der Integrationspolitik ist somit vom Bundesrat initiiert und der Verantwortung der FRB unter Federführung des BFM übertragen worden; wie weit diese Bestrebungen greifen werden, wird sich jedoch erst noch erweisen müssen.

[80] Ein im Juni 2012 eingereichtes Postulat (Naef 12.3543) fordert vom Bundesrat einen ausführlichen Bericht zum Diskriminierungsschutzrecht. Dieser soll die bestehenden gesetzlichen Regelungen im Diskriminierungsschutz und deren Wirksamkeit darlegen, in dem er u.a. den Erfolgsquoten der eingesetzten Rechtsinstrumente nachgeht.

3.4. Handlungsbedarf

[81] Abgesehen von den notwendigen gesetzgeberischen Schritten ist nach wie vor Handlungsbedarf bei der Durchsetzung des bestehenden Rechts zu verorten. So dürfte die Schaffung wirksamer Durchsetzungsinstrumente und der Abbau prozessualer Hürden künftig noch mehr vorangetrieben werden.[91] Um eine wirksame Anwendung des bestehenden Rechts zu gewährleisten, drängt sich ausserdem Informationsarbeit sowohl bei den Rechtsberatenden und -vertretenden als auch bei der (potentiell betroffenen) Bevölkerung auf.

4. Präventions- und Sensibilisierungsmassnahmen (*soft measures*)

4.1. Bisherige Bestrebungen

[82] Für Prävention und Sensibilisierung im Bereich Fremdenfeindlichkeit und Rassismus ist auf Bundesebene insbesondere die eidgenössische Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB), und in beschränkterem Ausmass auch die EKR, zuständig. Diverse Aktivitäten und Projekte werden von der FRB finanziell unterstützt, wofür ihr jährlich ein Budget von rund 900'000 Franken zur Verfügung steht.

[83] Diese Sensibilisierungsmassnahmen gehen von Fachtagungen, Schul- und Theaterprojekten, bis hin zu Plakatkampagnen und Aktionswochen gegen Rassismus. Nebst der finanziellen Unterstützung für Schulprojekte gegen Rassismus und für Menschenrechte bietet die FRB seit Jahren kantonalen und kommunalen Polizeikorps und Polizeischulen ihre Unterstützung zur Entwicklung und Durchführung von Weiterbildungen an. Im Rahmen des interdepartementalen Programmes „Projets Urbains" werden Quartierentwicklungsprojekte mit dem Ziel unterstützt, die Lebensqualität in Quartieren mit besonderen Anforderungen nachhaltig zu

[90] Bundesrat 2010, S. 41 ff.

[91] Vgl. Empfehlungen in EKR, 2010, S. 63-64, 66.

verbessern, günstige Voraussetzungen für die gesellschaftliche Integration zu schaffen und damit präventiv gegen Ausgrenzung vorzugehen.

[84] Diverse Medien- und Plakatkampagnen gegen Rassismus und Ausgrenzung wurden in den letzten Jahren lanciert. Federführend war auf Bundesebene die EKR mit insgesamt vier schweizweiten Kampagnen in den Jahren 1997, 2005 und 2006. Die beiden Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft haben im Jahr 2000 eine dreijährige Kampagne mit dem Slogan „Tatsachen gegen Vorurteile" lanciert, mit dem erklärten Ziel, eine breite Bevölkerung mit gezielten sachlichen Informationen zu einer offenen und kritischen Auseinandersetzung mit Migrations- und Integrationsfragen zu motivieren. Die Kampagne umfasste drei Produkte: eine Migrationszeitung, eine Anzeigekampagne mit Textinseraten in verschiedenen regionalen und nationalen Zeitungen sowie eine Webseite mit Hintergrundinformation zur Kampagne. In Anknüpfung an diese Erfahrungen haben die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern und Solothurn im Jahr 2005 gemeinsam eine Folgekampagne mit dem Slogan „Aller Anfang ist Begegnung" lanciert. Auch andernorts gab es vereinzelt lokale Initiativen seitens zivilgesellschaftlicher Organisationen oder kommunaler Fachstellen für Integration.

[85] Von Seiten des Bundes wurde ein „Muslim-Dialog" lanciert, um Ängsten und Vorurteilen gegenüber dem Islam in der Mehrheitsgesellschaft und der zunehmenden Feindseligkeit und Stigmatisierung aller Menschen die als Musliminnen und Muslimen angesehen wurden, entgegen zu treten. Dieser Dialog wurde nach der Abstimmung zur Anti-Minarett-Initiative intensiviert.

[86] Die Verantwortung für die Umsetzung von Präventionsmassnahmen liegt sowohl beim Bund als auch bei den Kantonen und Gemeinden. Im Zusammenhang mit letzteren sind insbesondere die Initiativen mehrerer Schweizer Städte zu erwähnen, die sich der internationalen Städtekoalition gegen Rassismus der UNESCO angeschlossen und im Rahmen dieser Koalition Aktionspläne zur Bekämpfung von Rassismus erarbeitet haben.[92] In mehreren Städten werden jeweils im März Aktionswochen gegen Rassismus organisiert. So haben sich bspw. die Westschweizer Kantone und das Tessin zu einer gemeinsamen Kampagne (*Campagne latine contre le racisme*) im Kontext des internationalen Tages gegen Rassismus 2012 zusammengeschlossen.[93] Diese Aktivitäten werden vom Bund bzw. der FRB mitfinanziert.

4.2. Handlungsbedarf

[87] Trotz beschränkter Mittel wurden in den letzten Jahren verschiedentlich Anstrengungen unternommen, um präventiv gegen Fremdenfeindlichkeit und Rassismus vorzugehen. Die Wirksamkeit der einzelnen Projekte ist bisher jedoch noch kaum untersucht worden.[94] Um jedoch von guten Beispielen zu lernen und die Zielerreichungen zu überprüfen, wären vermehrt Evaluationen und Wirksamkeitsstudien notwendig.

[88] Damit die Ursachen rassistischer Diskriminierung effektiv bekämpft werden können, sind zusätzliche Massnahmen notwendig, die das Problem gesamtgesellschaftlich betrachten

---

[92] Bern, Genf, Lausanne, Luzern, Winterthur und Zürich.

[93] http://www.semainecontreleracisme.ch/fr/semaine-contre-le-racisme, konsultiert am 10.04.2011.

[94] Mit Ausnahme von einigen Projektevaluationen, die von der FRB unterstützt wurden (Jahresbericht FRB 2011). Siehe auch THOMAS BÜRGISSER, Die Unterstützung von Projekten für Menschenrechte und gegen Rassismus durch die Fachstelle für Rassismusbekämpfung. Eine Zusammenstellung zu Interpretationsansätzen bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Antirassismusprojekten, Bern, 2008.

und mit umfassenden Strategien angehen. Um kohärente und wirksame Massnahmen zu planen und koordinieren, wird von internationalen Menschenrechtsakteuren (CERD und UNO-Sonderberichterstatter für Rassismus) ein nationaler Aktionsplan gegen Rassismus und Diskriminierung empfohlen. Die FRB steht einem vom Bund vorgegebenen Aktionsplan allerdings eher skeptisch gegenüber, denn dieser müsste zwingend von allen drei staatlichen Ebenen getragen werden.[95] Ob in der föderalistischen Schweiz ein anderes Vorgehen politisch tragbarer und dadurch wirkungsvoller wäre, ist offen.

[89] Bei der zielgruppenspezifischen Sensibilisierung im Kampf gegen Intoleranz, Fremdenfeindlichkeit und Rassismus besteht nach wie vor Handlungsbedarf. Ebenso könnten transkulturelle Kompetenzen sowie die (transkulturelle) Öffnung von Institutionen weit stärker gefördert werden. Bisher gibt es erst vereinzelte professionelle und kompetente Anbieter von solchen Modulen in der Schweiz. Sinnvollerweise würden solche Module vermehrt bereits in die beruflichen Grundausbildungen (z.B. bei der Polizei, Sozialarbeit, Lehrerausbildung, Gesundheitsvorsorge etc.) integriert.

[90] Um der Normalisierung bzw. Banalisierung des latent bis offen fremdenfeindlichen politischen Diskurses entgegenzutreten, fehlt es gegenwärtig an Prozessen, die die Grenzen des Tolerierbaren in der freien Meinungsäusserung im öffentlichen politischen Diskurs thematisieren. Dabei wäre insbesondere auch an Massnahmen zur Sensibilisierung der Medien als Vermittler von diskriminierenden und fremdenfeindlichen Diskursen zu denken.

[91] Schliesslich besteht Handlungsbedarf in der Dokumentation und aller bisherigen Bemühungen hinsichtlich Diskriminierungsbekämpfung in der Schweiz im Sinne einer Bestandaufnahme. Nur so könnte ein umfassender Überblick gewonnen werden, der als Basis für die künftige Monitoringarbeit (s.u.) dienen kann.

5. Institutionelle Massnahmen

[92] In der Schweiz haben auf nationaler Ebene zwei Institutionen Mandate zur Bekämpfung von Rassismus, die EKR und die FRB. Die EKM ihrerseits ist mit Fragen von Migration und Integration beauftragt, wozu auch die Diskriminierungsbekämpfung gehört. Auf kantonaler Ebene gibt es nur vereinzelt Stellen, die explizit mit dieser Aufgabe betraut sind (so z.B. in den meisten Westschweizer Kantonen). Die Unterstützung und Beratung von Opfern wird weitgehend – aber nicht exklusiv – von zivilgesellschaftlichen Organisationen übernommen und teils staatlich finanziert.

5.1. Eidgenössische Kommission gegen Rassismus

[93] Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) wurde vom Bundesrat als ausserparlamentarische Kommission am 23. August 1995 zur Umsetzung der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung eingesetzt. Sie ist beauftragt, jegliche Form von direkter oder indirekter Rassendiskriminierung zu bekämpfen, wirksame Präventionsarbeit und Öffentlichkeitsarbeit zu leisten sowie Sensibilisierungs- oder Präventionskampagnen zu initiieren oder zu unterstützen sowie eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler oder ethnischer Herkunft

[95] Jahresbericht FRB 2011, S. 4.

oder Religion zu fördern. Die EKR hat auch eine Ombudsfunktion: Sie kann Menschen, die sich als Opfer rassistischer Diskriminierung fühlen, beraten und in Konfliktfällen recherchieren und vermitteln. Schliesslich beobachtet, dokumentiert und analysiert sie die Anwendung der Rassendiskriminierungsstrafnorm.

[94] Das Sekretariat der Kommission (200 Stellenprozente verteilt auf drei Personen) ist dem Generalsekretariat des Eidgenössische Departements des Innern angegliedert. Wurde das Budget der EKR 2008 von 174‘000 auf 155‘000 Franken gekürzt, stieg es 2010 auf 200‘000 Franken an.[96] Damit kann sie keine finanziellen Unterstützungen an Drittprojekte gewähren.

[95] Die Legitimität der EKR wurde im Parlament mehrmals in Frage gestellt. So hatten verschiedene Vorstösse in den letzten Jahren erfolglos entweder die Einschränkung ihres Mandats, die Kürzung der finanziellen Mittel oder aber die Abschaffung der Kommission beantragt.[97] Im März 2007 hat sich jedoch das Parlament mit einer Zweidritttel-Mehrheit für die Beibehaltung der EKR entschieden.[98]

5.2. Fachstelle für Rassismusbekämpfung

[96] Die Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB) hat einerseits zur Gestaltung der Politik des Bundes zur Prävention von Diskriminierung und Rassismus und zur Förderung der Menschenrechte beizutragen, andererseits ist sie beauftragt, diese umzusetzen. Weiter ist sie zuständig für die fachliche und finanzielle Förderung und Koordination entsprechender Aktivitäten auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene.[99] Sie führt selber oder in Zusammenarbeit Projekte zur Prävention in allen Bereichen gesellschaftlichen Lebens durch und bietet Behörden, Organisationen der Zivilgesellschaft und Privaten fachliche Unterstützung an. Sie kann ausserdem Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte finanziell unterstützen. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben standen der FRB im Jahr 2011 vier Stellen (270 Stellenprozente) und eine Praktikumsstelle zur Verfügung. Die der FRB administrativ angegliederte Fachstelle Extremismus in der Armee verfügt über 50 Stellenprozente.

[97] Mit dem Fonds „Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte“ standen 2001 bis 2005 15 Mio. Franken zur Unterstützung von Bildungs-, Sensibilisierungs- und Präventionsprojekten bereit.[100] Seit 2006 stellt der Bundesrat für die Unterstützung von Projekten Dritter jährlich nur noch 900'000 Franken zur Verfügung. Davon sind 500'000 für allgemeine Projekte und 400'000 spezifisch für Projekte im schulischen Bereich bestimmt. Die Verknappung der finanziellen Mittel für Projektunterstützungen gegenüber früheren Jahren kann dazu führen, dass Beratungsstrukturen nach einer ersten Anschubfinanzierung nicht mehr weiterlaufen können, womit die längerfristige Wirkung nicht mehr gewährleistet ist.

[98] Die FRB hat den Auftrag, die künftige Politik des Diskriminierungsschutzes, deren Federführung das Bundesamt für Migration BFM innehat, fachlich zu betreuen. In mehreren Ta-

---

96 Jahresberichte EKR 2008-2010.

97 Postulat Mörgeli 99.3645; Motion SVP-Fraktion 04.3771; Interpellation Reimann 07.3076; Motion Dunant 07.3032; Motion 09.4187 Wasserfallen.

98 TANGRAM 19.

99 Jahresbericht FRB 2011.

100 Fonds Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte, Bericht 2001-2005 der Fachstelle für Rassismusbekämpfung.

gungen und Workshops hat die FRB die Mitarbeitenden der Integrationsbüros und Kompetenzzentren auf kantonaler und städtischer Ebene über die Bundesvorgaben informiert und gemeinsam mit ihnen Ziele und Indikatoren für den Ausbau des Diskriminierungsschutzes auf kantonaler und lokaler Ebene erarbeitet. Diese Grundlagen werden von zahlreichen Kantonen als Richtschnur für die Erarbeitung ihrer Politiken genutzt.

5.3. Kantonale und kommunale Stellen

[99] Auf kantonaler Ebene sind teils seit mehreren Jahren, teils seit kurzem, Ansprech- oder Fachstellen für Integration für die Koordination der Integrationsmassnahmen zuständig. In den Kantonen Basel-Stadt, Freiburg, Neuenburg, Jura, Waadt und Wallis sind die kantonalen Integrationsfachstellen auch explizit für Rassismusbekämpfung und -prävention zuständig. Analog gehören Integration sowie Rassismusprävention ausdrücklich zu den Aufgabenbereichen des kommunalen Kompetenzzentrums in Lausanne (*Bureau lausannois pour l'intégration des immigrés* - BLI). Das BLI bietet einerseits Beratung für Rassismusopfer (inklusive Rechtsberatung) und Mediation sowie andererseits Weiterbildungsmodule für Gemeindebehörden und Quartierorganisationen an. Die kommunalen und kantonalen Ansprech- oder Fachstellen für Integration sind im Rahmen der künftigen kantonalen Integrationsprogramme ab 2014 auch für den Schutz vor Diskriminierung zuständig. Entsprechende fachliche Kompetenzen werden mit einem Coaching-Angebot der FRB aufgebaut werden.

5.4. Unterstützung und Beratung für Opfer

[100] Schweizweit sind in den letzten Jahren zehn teilweise staatlich geförderte Anlauf- und Beratungsstellen für Opfer von rassistischer Diskriminierung entstanden, die im Beratungsnetz für Rassismusopfer zusammengeschlossen sind.[101] In vielen Kantonen und Regionen gibt es jedoch noch keinerlei entsprechende Angebote, und so finden Opfer von Rassendiskriminierung in weiten Teilen der Schweiz keine fachliche Beratung und Unterstützung mit der Folge, dass viele Diskriminierungsfälle gar nicht an die Oberfläche gelangen.[102] Bisher existieren schweizweit lediglich zehn städtische bzw. kantonale (parlamentarisch gewählte) Ombudsstellen.[103]

5.5. Handlungsbedarf

[101] Um wirksame Rechtsbehelfe bereitzustellen, sind institutionelle Strukturen notwendig, die auf allen Staatsebenen die Bekämpfung und die Prävention von Rassismus und Diskriminierung vorantreiben können. Dafür ist eine gute Koordination zwischen den spezialisierten staatlichen Institutionen, den Behörden sowie den zivilgesellschaftlichen Organisationen unerlässlich, ebenso wie entsprechende finanzielle Mittel, um die Massnahmen wirkungsvoll umzusetzen und zu evaluieren.

---

[101] Beratungsnetz für Rassismusopfer: http://d102352.u28.netvs.ch/bfr/izr/izr_index.asp?lang=d&num=35.

[102] Siehe SCHÖNENBERGER/WICHMANN.

[103] So in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt, Zug und Zürich sowie in den Städten Bern, Rapperswil-Jona, St. Gallen, Winterthur und Zürich.

[102] Den kantonalen (und kommunalen) Integrationsfachstellen wird im Rahmen der künftigen Politik zum Schutz vor Diskriminierung eine wichtige Rolle zukommen. Ob und inwieweit sie diese Rolle einnehmen werden bzw. umsetzen können, ist noch ungewiss. In einem ersten Schritt sind die notwendigen fachlichen Kompetenzen aufzubauen, um als kompetente Fachstellen für Integration und gegen Diskriminierung wahrgenommen zu werden. Das Selbstverständnis dieser Fach- oder Ansprechstellen wäre dahingehend zu entwickeln, dass Antidiskriminierung zu einem wesentlichen Bestandteil der Integrationsarbeit wird. In ihrer Verantwortung liegt sowohl die Konzipierung als auch die strategische Ausrichtung der Antidiskriminierungs- und Integrationspolitik. Schliesslich ist die Etablierung von weiteren Beschwerde- und Ombudsstellen in den Kantonen und Städten voranzutreiben.

6. Monitoring, Dokumentation, Forschung

6.1. Bisherige Massnahmen

[103] Auf Bundesebene wurde sukzessive ein Monitoringsystem für Fälle rassistischer Diskriminierung entwickelt. Das Dokumentations- und Monitoringsystem (DoSyRa) sammelt seit 2008 Rassismusvorfälle aus der Beratungspraxis und stellt seine Ergebnisse in Form von Jahresberichten vor. Herausgegeben werden diese von Humanrights.ch/MERS und der EKR. In den letzten Jahren kamen laufend neue Melde- und Beratungsstellen zum „Beratungsnetzwerk für Rassismusopfer“ hinzu.

[104] Seit dem Jahr 1992 geben die Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) und die Gesellschaft Minderheiten in der Schweiz (GMS) gemeinsam die „Chronologie Rassismus in der Schweiz“ heraus.[104] Gestützt auf Medienberichte und -mitteilungen werden alle öffentlich gewordenen Vorfälle, die auf rassistische und/oder rechtsextreme Motivationen zurückgehen, erfasst. Dokumentiert werden auch öffentliche Äusserungen, welche nicht unter den Geltungsbereich der Rassendiskriminierungsstrafnorm (Art. 261bis StGB) fallen.

[105] Die FRB ist mit der Beobachtung und Berichterstattung der Lage in der Schweiz, auf nationaler und internationaler Ebene beauftragt. Zu diesem Zweck ist vorgesehen, künftig alle zwei Jahre einen periodischen Monitoringbericht zu veröffentlichen, der zuhanden der Behörden, der Öffentlichkeit und als Grundlage internationaler Berichtsverfahren die Lage im Bereich von Rassismus und antirassistischen Massnahmen in der Schweiz darlegt. Ein erster Pilotbericht ist Ende 2012 zu erwarten.[105]

[106] Zur besseren Kenntnis der Verbreitung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und zur Einstellungen zur Integration von AusländerInnen und MigrantInnen hat die FRB eine Studie in Auftrag gegeben. Die Bevölkerungsumfrage "Zusammenleben in der Schweiz" will in drei Erhebungsphasen (2010, 2012, 2014) eruieren, wie das Zusammenleben in der Schweiz sowohl von der schweizerischen als auch von der ausländischen Bevölkerung (bei 1000 SchweizerInnen und 600 AusländerInnen) wahrgenommen wird. Anhand der Ergebnisse sollen die bestehenden Massnahmen zur Bekämpfung des Rassismus überprüft werden.

---

[104] http://chronologie.gra.ch/.

[105] Jahresbericht FRB 2011. Siehe auch SANDRO CATTACIN/BRIGITTA GERBER/MASSIMO SARDI/ROBERT WEGENER, Monitoring misanthropy and rightwing extremist attitudes in Switzerland. An explorative study, Genf, 2006. PATRIK MANZONI, Machbarkeitsstudie zu einem Monitoring über Fremdenfeindlichkeit und rechtsextreme Orientierungen in der Schweiz, Bern, 2007.

Die Entwicklung, Begleitung und Finanzierung der Umfrage geschieht in enger Zusammenarbeit mit weiteren Bundesstellen.[106]

[107] Des Weiteren veröffentlicht die FRB auf ihrer Homepage Publikationen zum Thema Rassismus und Diskriminierung. Die EKR gibt ihrerseits zweimal jährlich die Zeitschrift TANGRAM jeweils zu einem spezifischen Thema heraus.

[108] Im Zusammenhang mit den Daten zu rassistischen Handlungen ist zu erwähnen, dass bei der laufenden eidgenössischen Volkszählung im Rahmen der thematischen Umfrage „Sprache, Religion und Kultur" auch Diskriminierungserfahrungen erhoben werden. Die erste Fassung des Fragebogens wird im September 2012 ausgearbeitet.[107] Im neuen Integrationsmonitoring des BFS wird ein Indikator Auskunft über das Ausmass diskriminierender Erfahrungen aufgrund von Fremdenfeindlichkeit, Rassismus oder Antisemitismus geben.

6.2. Handlungsbedarf

[109] Für ein besseres Verständnis des Phänomens der Fremdenfeindlichkeit, Rassismus und Diskriminierung sind verschiedene Stossrichtungen in Betracht zu ziehen. Einerseits sind schweizweit mehr Melde- und Beratungsstellen zu designieren, an welche sich Opfer oder Zeugen von Rassismus und Diskriminierung wenden und Vorfälle rapportieren können.[108] Dies können beispielsweise regional verankerte Beratungsstellen in den Gemeinden oder Kantonen sowie Ombudsstellen sein. Voraussetzung für die effektive Meldung ist das Bekanntmachen dieser Stellen sowohl bei den Behörden als auch bei der breiten Bevölkerung.

[110] In Ergänzung zu dieser Erfassung der Beratungsfälle besteht ein zweiter Pfeiler darin, dem Vorkommen von Diskriminierung innerhalb der öffentlichen Verwaltung, von bestimmten Verwaltungseinheiten (Departementen, Ämtern) oder einer Regelstruktur (Schule, Sozialdienste, RAV, etc.) nachzugehen. Im Gegensatz zum oben beschriebenen Vorgehen, bei dem gemeldete Fälle systematisch erfasst werden, ginge es bei dieser Option vielmehr um eine einmalige Problemanalyse innerhalb einer bestimmten Institution (*Screening*) oder aber um eine periodische Beobachtung und Berichterstattung seitens einer unabhängigen Arbeitsgruppe oder einer privaten Institution. Eine umfassende Erhebung zum Rassismusvorkommen in einer Stadt, wie dies der Rassismusbericht der Stadt Zürich pionierhaft zeigt, oder eine Situationsanalyse in den Kantonen wären ebenso mögliche Vorgehensweisen.[109]

[111] Weiter sind gezielte Studien in verschiedenen Lebensbereichen nötig, um bzw. der strukturellen und institutionellen Diskriminierung nachzugehen, aber auch um rassistische Diskriminierung im Privatbereich, z.B. auf dem Wohnungs- und Arbeitsmarkt zu erforschen.

[112] Schliesslich wäre die Umsetzung der im Bericht Schiesser erwähnten Massnahmen zum verbesserten Schutz vor Diskriminierung durch ein adäquates Monitoring zu begleiten.

---

[106] Politische Abteilung IV Menschliche Sicherheit des EDA, Bundesamt für Statistik BFS, Direktion für Völkerrecht DV, Bundesamt für Sozialversicherung BSV, Bundesamt für Polizei fedpol, Dienst für Analyse und Prävention DAP (später Nachrichtendienst des Bundes NDB), BFM, EKM, EKR. Siehe Jahresbericht FRB 2011, S. 9.

[107] Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom Januar 2012, S. 18.

[108] Vgl. dazu MARTINA KAMM/SANDRO CATTACIN, Hilfe für Opfer rassistischer Diskriminierung: eine Analyse des Angebots in der Schweiz, Neuchâtel, 2002.

[109] Vgl. dazu Rassismusbericht Zürich 2009 sowie die Bestandsaufnahme zu Diskriminierung in der Zentralschweiz (SCHÖNENBERGER/WICHMANN).

Dazu gehören Evaluationen der ergriffenen Massnahmen und Projekte sowie der Ausbau des Monitorings der Rassismus- und Diskriminierungsfälle durch das Dokumentations- und Monitoringsystems (DoSyRa) und die EKR.

V. FAZIT

[113] Kaum ein Staat wird im Bereich Bekämpfung von Rassendiskriminierung den internationalen Standards hinreichend gerecht. Auch die Schweiz sieht sich hinsichtlich der anhaltenden Probleme der Fremdenfeindlichkeit und der Rassendiskriminierung weiterhin vor zahlreiche Herausforderungen gestellt. Drei UNO-Ausschüsse (MRA, Ausschuss für WSK-Rechte und CERD) monierten in bisher jeder ihrer Staatenüberprüfungen die diesbezügliche Situation in der Schweiz. Trotz der Anerkennung von gewissen Fortschritten bedauern sie das fortwährend fremdenfeindliche Klima, wobei sie sich zu jeweils aktuellen Gegebenheiten äussern (z.B. politische Kampagnen im Vorfeld einer Volksinitiative). Die entsprechenden Empfehlungen gehen insgesamt in eine ähnliche Richtung, allerdings zeichnen sich je nach Spezialgebiet eines UNO-Organs gewisse Schwerpunkte ab: während CERD insbesondere eine der RDK entsprechende Gesetzesanpassung fordert (was eine Änderung von Art. 261bis StGB und Art. 171 MStG erfordern würde), setzen der MRA und der Ausschuss für WSK-Rechte vielmehr auf gesetzliche Bestimmungen gegen rassistische Diskriminierung bzw. eine allgemeine Antidiskriminierungsgesetzgebung, welche es erlauben würden, insbesondere auch gegen Diskriminierungen im Privatbereich wirksam vorzugehen. Übereinstimmung herrscht auch bezüglich die Wichtigkeit starker Institutionen (insbesondere die EKR) zur effektiven Durchsetzung des Rechts auf Schutz vor Diskriminierung und Rassismus.

[114] Ein Spannungsfeld zwischen den internationalen Standards und der Schweiz ist rund um die Auslegung und die Reichweite des Menschenrechts auf freie Meinungsäusserung im Verhältnis zum Schutz vor Rassendiskriminierung zu verorten. Während die Überwachungsorgane der UNO und des Europarats dem Recht auf freie Meinungsäusserung klare Grenzen setzen, insbesondere wenn die Interessen Dritter tangiert werden, gewichtet die Schweiz das Recht auf freie Meinungsäusserung vergleichsweise hoch. Der Vorbehalt zum Art. 4 der RDK bleibt dem CERD denn auch ein Dorn im Auge, weshalb er die Schweiz dazu drängt, die Rassendiskriminierungsstrafnorm anzupassen und die Mitgliedschaft und Mitgliederanwerbung von Organisationen, welche Rassismus und Rassendiskriminierung fördern, unter Strafe zu stellen. Mit seinem Vorbehalt will der Bundesrat seinerseits sicherstellen, dass die Schweiz nicht verpflichtet ist, die Mitgliedschaft in einem rassistischen Verein strafrechtlich zu ahnden und damit die Versammlungsfreiheit einzuschränken.[110]

[115] Die wohl markanteste Diskrepanz zwischen den internationalen Standards und der Schweiz dürfte jedoch bei den fehlenden konkreten Bestimmungen zu Diskriminierungsverboten im Privatbereich liegen.[111] Während die Menschenrechtsorgane der UNO und des Europarats einen angemessenen Schutz vor Diskriminierung auch im Privatbereich verlangen, wird aus verschiedenen Quellen ersichtlich, dass weder der Gesetzgeber noch der Bundesrat der-

[110] CERD, Concluding Observations Switzerland, 2008.

[111] Siehe dazu MARTIN PHILIPP WYSS, Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz? In: WALTER KÄLIN (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, Bern, 1999, S. 115-140.

zeit bereit sind, Beschränkungen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit zugunsten eines effektiven Diskriminierungsschutzes einzuführen.[112]

[116] Betreffend Ausbau des rechtlichen Rahmens zum Schutz vor Diskriminierung ist wohl mit beträchtlichen politischen Widerständen auch in den nächsten Jahren zu rechnen. Es wird sich erweisen, ob die derzeitige Strategie des Bundes – keine Änderungen an den Gesetzesgrundlagen und Fokus auf die verbesserte Durchsetzung des geltenden Rechts – effektive Verbesserungen induzieren wird. Die Umsetzung des Berichts Schiessers, welche den Diskriminierungsschutz im Rahmen der Integrationspolitik bundesweit anzugehen beabsichtigt, wird zumal beobachtet und durch ein Monitoring begleitet werden müssen.

[117] Nebst gesetzgeberischen Anpassungen und der Unterzeichnung wichtiger Menschenrechtsinstrumente (wie das 12. Zusatzprotokoll der EMRK) ist bei der Anwendung und Durchsetzung der bestehenden Regelungen nach wie vor grosser Handlungsbedarf auszumachen. Für eine wirksame Präventionsarbeit sind alle wichtigen Akteure der Behörden auf allen Staatsebenen, der Regelstrukturen sowie die Fach- und Ansprechstellen für Integration ins Boot zu holen. Zielgruppenspezifische Sensibilisierungsmassnahmen (z.B. der Sicherheitskräfte, der Medien etc.) sowie weitere Bestrebungen zur (transkulturellen) Öffnung der Institutionen sind dabei zentral. Inwiefern sich ein nationaler Aktionsplan oder ein dezentrales Vorgehen auf kantonaler und lokaler Ebene besser eignen, wird für eine kohärente und wirksame Antirassismus- und Antidiskriminierungspolitik, bleibt eine offene Frage. Dass genügend Mittel dafür zur Verfügung gestellt und klare Verantwortlichkeiten erteilt werden müssen, ist hingegen eine zentrale Voraussetzung.

[118] Ausschlaggebend für jegliche künftige Bemühungen zur Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit und Rassendiskriminierung ist schliesslich aber der politische Wille und eine klare Haltung der offiziellen Schweiz gegenüber untolerierbaren und unethischen Handlungen und Diskursen, die bewusst auf die Herabwürdigung und Ausgrenzung von bestimmten Personengruppen abzielen.

Autorin:

Silvia Schönenberger, Lic. phil., Themenbereich Migration, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Universität Neuchâtel

Geltung hat die deutsche Fassung dieses Kapitels.

[112] Siehe z.B. Nationalratsdebatte zur Parlamentarischen Initiative Prelicz-Huber 10.523.

AUSLÄNDERRECHT

I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[119] Dieses Kapitel über das Ausländerrecht behandelt diejenigen Punkte, die in den letzten Jahren von verschiedenen Organen der Vereinten Nationen bzw. des Europarates kritisiert wurden.

[120] Die wichtigsten hierin behandelten Punkt betreffen die Frage der Eheschliessung bei Personen ohne Aufenthaltsbewilligung, das Verbleiberecht von Opfern ehelicher Gewalt sowie die ausländerrechtliche Administrativhaft.

II. EHESCHLIESSUNG BEI PERSONEN OHNE AUFENTHALTSBEWILLIGUNG

1. Einleitung und Empfehlung

[121] Im Jahr 2009 hat der MRA die Frage des Rechts auf Eheschliessung für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung thematisiert. Der MRA hat dabei folgende Empfehlung ausgesprochen: „Der Ausschuss nimmt die Änderung des Zivilgesetzbuches vom 12. Juni 2009, welche die Heirat mit einer Person ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verbietet, mit Besorgnis zur Kenntnis. Diese neue Bestimmung überschreitet die Grenzen der blossen Regulierung des durch Artikel 23 garantierten Rechts auf Ehe und Familie (Artikel 2, 17, 23, 26). Der Vertragsstaat sollte dringend seine Gesetzgebung überprüfen und sie in Übereinstimmung mit dem Pakt bringen."[113].

[122] Im darauffolgenden Jahr hat der Ausschuss für WSK-Rechte dieselben Bedenken geäussert und der Schweiz empfohlen, „alle geeigneten Massnahmen zu ergreifen, um in seiner Gesetzgebung das Recht auf Eheschliessung jeder Person auf dem Staatsgebiet des Vertragsstaates zu garantieren."[114]

2. Problematik

[123] Diese Empfehlungen greifen zwei Schwierigkeiten auf: Einerseits muss erörtert werden, wie das Recht auf Eheschliessung in den internationalen Menschenrechtsinstrumenten definiert wird. Andererseits erinnern diese beiden Empfehlungen die Schweiz an die Verpflichtung, das nationale Recht auf eine Art und Weise zu interpretieren, die mit diesen Vorgaben in Einklang steht.

3. Internationale Rechtsgrundlagen

[124] Das Recht auf Eheschliessung ist in mehreren internationalen Texten garantiert.

---

[113] MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 21.

[114] Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 28.

Absatz 2 Artikel 23 des Pakts II legt fest, dass „das Recht von Mann und Frau, im heiratsfähigen Alter eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, anerkannt wird." Dieser Artikel wird durch die Allgemeine Bemerkung Nr. 19 vom 27. Juli 1990 ergänzt. Der Absatz betreffend das Recht auf Eheschließung lautet wie folgt: „Article 23, paragraph 2, of the Covenant reaffirms the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family. [...] States parties' reports should indicate whether there are restrictions or impediments to the exercise of the right to marry based on special factors such as degree of kinship or mental incapacity. [...]".
[125] Die Eheschliessung wird auch im Pakt I erwähnt. Artikel 10 Absatz 1 besagt, dass „die Familie als die natürliche Kernzelle der Gesellschaft grösstmöglichen Schutz und Beistand geniessen soll, insbesondere im Hinblick auf ihre Gründung und solange sie für die Betreuung und Erziehung unterhaltsberechtigter Kinder verantwortlich ist. Eine Ehe darf nur im freien Einverständnis der künftigen Ehegatten geschlossen werden".

[126] Das Recht auf Eheschliessung stellt darüber hinaus einen integralen Bestandteil der RDK dar, die in Artikel 5, lit. d, Ziff. iv das Recht auf Eheschliessung und Wahl des Ehepartners beinhaltet. Artikel 16, Abs. 1, lit. a und b der FDK präzisiert, dass „die teilnehmenden Staaten [...] auf Grundlage der Gleichheit von Mann und Frau folgende Rechte gewährleisten: a) gleiches Recht auf Eheschliessung; b) gleiches Recht auf freie Wahl des Ehegatten sowie auf Eheschliessung nur mit freier und voller Zustimmung".

[127] Schliesslich anerkennt auf regionaler Ebene die EMRK in ihrem Artikel 12 das Recht auf Eheschliessung, indem sie statuiert, dass „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter das Recht haben, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen".

[128] Aus den verschiedenen vorstehend aufgeführten Bestimmungen geht hervor, dass es ein Recht auf Eheschliessung gibt, das nur unter Wahrung der in den Übereinkommen erwähnten Bedingungen eingeschränkt werden kann: die beiden Ehegatten müssen einverstanden sein, die Wahl des Ehegatten muss aus freiem Willen erfolgen und die Eheleute müssen das heiratsfähige Alter erreicht haben.

[129] Die verschiedenen Übereinkommen, wie auch die Allgemeine Bemerkung Nr. 19, wurden zu einer Zeit verabschiedet, in der „moderne" Problemstellungen, wie ein Eheverbot für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung, noch nicht an der Tagesordnung standen. Diese Feststellung trifft auch auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 19 zu, in der als einzige zu beachtende Einschränkungen der Verwandtschaftsgrad und die Unzurechnungsfähigkeit infolge einer geistigen Beeinträchtigung erwähnt sind.

[130] Obwohl die Ausübung dieses Rechts im nationalen Recht geregelt wird, geht aus den Texten der Übereinkommen ziemlich klar hervor (wie auch aus der Allgemeinen Bemerkung Nr. 19), dass das Recht auf Eheschliessung nicht durch Gründe, wie das Fehlen einer Aufenthaltsbewilligung für ein Staatsgebiet, eingeschränkt werden kann. Diese Tatsache hat die Schweiz im Übrigen durch die Einführung von Art. 98, Abs. 4 ZGB anerkannt, wie wir im Folgenden zeigen werden.

[131] Die an die Schweiz adressierten Empfehlungen bezüglich des Eheverbots für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung, die vom MRA und dem Ausschuss für WSK-Rechte ausgesprochen wurden, überschneiden sich weitgehend. Die beiden Empfehlungen betreffen eine Änderung des ZGB, die aus einer parlamentarischen Initiative hervorgeht, die im Dezember 2005 eingereicht wurde und im Januar 2011 in Kraft getreten ist.

4. Interne Umsetzung in der Schweiz

4.1. Aktuelle Rechtslage

[132] Die Ereignisse, die zur Einführung eines Eheverbots für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung geführt haben, können wie folgt chronologisch zusammengefasst werden:

[133] Am 16. Dezember 2005 reichte Toni Brunner, Nationalrat der Schweizerischen Volkspartei (SVP), eine parlamentarische Initiative mit dem Titel „Scheinehen unterbinden" ein[115]. Er forderte, Artikel 98 ZGB um einen vierten Absatz zu ergänzen, der das Vorbereitungsverfahren für Eheschliessungen behandelt. Dieser neue Absatz sollte wie folgt lauten: „Verlobte, die nicht Schweizer Bürger sind, müssen eine gültige Aufenthaltserlaubnis oder ein gültiges Visum vorlegen."

[134] Nationalrat Brunner begründete diese Gesetzesänderung wie folgt: „Auch mit der neuen Regelung im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer besteht nicht Gewähr, dass Scheinehen verhindert werden können, da die Regelung den Zivilstandsämtern Erwägungsspielraum ohne klare rechtliche Grundlagen zur Verweigerung des Verfahrens überlässt. Mit einer Verankerung des Grundsatzes des geregelten Aufenthaltes in der Schweiz auf der Stufe des Zivilgesetzbuches würde diese Lücke einfach und wirkungsvoll geschlossen. Damit würde sichergestellt, dass sich rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende und Illegale, welche die Schweiz verlassen müssen, nicht durch Heirat der Ausreise entziehen können"[116]. Die parlamentarische Initiative Brunner bezog sich auf Änderungen, die durch das Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 hervorgingen. Dessen Verabschiedung hatte zur Folge, dass Art. 105 ZGB um einen Absatz ergänzt wurde, der festlegte, dass eine Eheschliessung als ungültig zu erklären sei, „wenn einer der Ehegatten nicht eine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will". Ausserdem wurde der Artikel 97a ZGB verabschiedet, der in Abs. 1 vorsieht, dass die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte auf das Gesuch nicht eintritt, „wenn die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will." Diese Bestimmungen schienen Nationalrat Brunner ungenügend, weshalb er die Einführung von Art. 98 Abs. 4 ZGB forderte, um Scheinehen wirksamer zu bekämpfen.

[135] Seine Auffassung wurde auch von den Staatspolitischen Kommissionen der Räte geteilt, die im Jahr 2006 der parlamentarischen Initiative mit der folgenden Begründung stattgaben: „die Zahl der jährlich 500-1000 Ehen zu verringern, die gemäss einer 2004 veröffentlichten Schätzung des eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen lediglich zur Umgehung der Bestimmungen des Ausländerrechtes geschlossen werden"[117]. Allerdings hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) eine alternative Formulierung für den neuen Art. 98 Abs. 4 ZGB vorgeschlagen: „Verlobte, die nicht Schweizerbürgerinnen oder Schweizerbürger sind, müssen während des Vorbereitungsverfahrens ihren rechtmässi-

[115] Parlamentarische Initiative 05.463, „Scheinehen unterbinden" vom 16.12.2005, http://www.parlament.ch/d/ suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20050463.

[116] Ibid.

[117] Bericht der SPK-N 2008, BBl 2008 2467, 2469.

gen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen."[118] Darüber hinaus schlug die Kommission vor, eine neue Bestimmung, Art. 99 Abs. 4 ZGB, einzuführen. Sie verpflichtete die Zivilstandsbeamtinnen und -beamten dazu, der zuständigen Migrationsbehörde die Identität der Verlobten mitzuteilen, die ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nicht nachweisen konnten.

[136] In ihrem Bericht vom 31. Januar 2008 hat die SPK-N präzisiert, was unter einem rechtmässigen Aufenthalt zu verstehen ist, der die Bedingung für eine Eheschliessung gemäss Art. 98 Abs. 4 ZGB erfüllt. Ein rechtmässiger Aufenthalt liegt demnach vor, wenn die Ausländerinnen und Ausländer:[119]

- eine gültige Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzen (Ausweise L, B und C);
- sich im Rahmen eines Asylverfahrens oder einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz aufhalten (Ausweise N und F)
- das erforderliche Visum besitzen und sich im Rahmen des bewilligungsfreien Aufenthalts in der Schweiz aufhalten (d.h. bis zu drei Monaten ohne Erwerbstätigkeit);
- nicht der Visumpflicht unterstehen und sich im Rahmen des bewilligungsfreien Aufenthalts in der Schweiz aufhalten (d.h. bis zu drei Monaten ohne Erwerbstätigkeit). Von der Visumpflicht befreit sind insbesondere Angehörige der EU- und EFTA-Staaten;
- eine Frist zur Ausreise erhalten haben (z.B. abgewiesene Asylsuchende), die noch nicht abgelaufen ist.

[137] Zu dieser von der Kommission vorgesehenen Liste hat das Bundesamt für Migration zwei weitere Fälle hinzugefügt[120] :

- Ausländerinnen und Ausländer mit einem Ausweis G (Grenzgängerbewilligung) oder Ci (Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit für Familienangehörige von Beamten intergouvernamentaler Organisationen und für Mitglieder ausländischer Vertretungen);
- Ausländerinnen und Ausländer, die über einen gültigen Aufenthaltstitel eines Schengen-Mitgliedstaats verfügen, der zur visumsfreien Einreise berechtigt (während max. 3 Monaten innerhalb von 6 Monaten).

[138] Die SPK-N stellt auch dar, welche Möglichkeiten für Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung bestehen, um sich mit einem Schweizerbürger bzw. einer Schweizerbürgerin zu verheiraten. Sie ist zum Schluss gelangt, dass „Personen, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten und sich hier verheiraten wollen, ihren Aufenthalt zuerst legalisieren [müssen]. Während der Behandlung des Gesuchs müssen sie sich grundsätzlich im Ausland aufhalten. Ausnahmen sind aber möglich, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nach der Heirat offensichtlich erfüllt sind und keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Bestimmungen über den Familiennachzug vorliegen (analog Art. 17 AuG). Zur Vermeidung eines überspitzten Formalismus und zur Wahrung der Verhältnismässigkeit kann in diesen Fällen eine Ausreisefrist angesetzt werden, während der die Heirat und die Regelung des Aufenthalts in der Schweiz zu erfolgen hat. Die Behörden haben auch hier das verfassungsmässige Recht auf Ehe (Art. 14 BV) und das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens (Art. 8 EMRK) zu wahren."[121] Diese Passage belegt, dass die Kom-

[118] Diese Bestimmung gilt gleichermassen für das Schweizer Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG, SR 211.231).

[119] Bericht der SPK-N 2008, BBl 2008 2467, 2473-2474.

[120] Weisung I. 6, Kap. 6.13.2.

[121] Bericht der SPK-N 2008, BBl 2467, 2474.

mission bedacht ist, das Recht auf Eheschliessung zu gewähren. Sie hält überdies im Abschnitt „Verfassungs- und Gesetzmässigkeit" fest, dass „die vorgeschlagene Regelung insofern eine Einschränkung des in Artikel 14 BV gewährleisteten Rechts auf Ehe bildet, als sie eine zusätzliche Formalität einführt. Ihre Verfassungsmässigkeit ist somit den Erfordernissen von Artikel 36 BV unterstellt. Die vorgeschlagene Bestimmung ist zwar verfassungskonform; allerdings muss zur Erfüllung der damit einhergehenden Erfordernisse, insbesondere desjenigen der Verhältnismässigkeit, auch dafür gesorgt werden, dass die Bestimmung auf eine Weise umgesetzt wird, dass das verfassungsmässig garantierte Eherecht gewahrt bleibt."[122]

[139] Am 14. März 2008 hat sich der Bundesrat zugunsten der Änderungsvorschläge ausgesprochen, da er einerseits „die heute unterschiedliche Praxis der Kantone und Zivilstandsämter vereinheitlicht. Andererseits verbessern die Vorschläge die Kohärenz staatlichen Handelns der Behörden, welche mit dem Vollzug der ausländerrechtlichen Vorschriften betraut sind, und des Zivilstandswesens, das für die Eheschliessung und die Beurkundung von eingetragenen Partnerschaften zuständig ist. Dies erhöht die Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des Rechts"[123]. Sowohl der Bundesrat als auch die SPK-N haben sich die Frage gestellt, ob die Vorlage mit der Schweizerischen Verfassung und dem internationalen Recht in Einklang steht. Sie kommen zum Schluss, dass „die Vorlage verfassungs- und EMRK-konform ist. Wie der Bericht der Kommission festhält, wird bei der Anwendung der vorgeschlagenen Massnahmen im Einzelfall darauf zu achten sein, dass das verfassungsmässig garantierte Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV; Art. 12 EMRK) sowie das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK) gewahrt bleiben und dass keine unüberwindbaren Hindernisse für das Eingehen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft eingeführt werden."[124]

[140] Am 4. März 2009 hat der Nationalrat die Vorlage verabschiedet, gefolgt am 25. Mai 2009 vom Ständerat. Die Bundesversammlung hat den Text in der Schlussabstimmung am 12. Juni 2009 genehmigt. Die Bestimmung ist, nach Ablauf der Referendumsfrist, am 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

[141] Der MRA und der Ausschuss für WSK-Rechte haben ihre Empfehlungen gegenüber der Schweiz zwischen der Verabschiedung und dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen ausgesprochen. Die Ausschüsse haben die Gesetzesvorlage gerügt, da der neue Art. 98 Abs. 4 ZGB ihrer Meinung nach einen unzulässigen Eingriff in das durch Pakt I und Pakt II geschützte Recht auf Eheschliessung darstellt.

4.2. Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung und Rechtslehre

[142] Seit den Empfehlungen, die vom MRA und dem Ausschuss für WSK-Rechte verabschiedet wurden, hat sich die Ausgangslage grundlegend verändert.

4.2.1. Position des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

[143] Kurz vor Inkrafttreten des neuen Artikels 98 Abs. 4 ZGB, am 14. Dezember 2010, hat der EGMR ein Urteil gefällt, welches die Anwendbarkeit des schweizerischen Gesetzestextes

[122] Idem, BBl 2467, 2477.

[123] Parlamentarische Initiative Scheinehen unterbinden. Bericht vom 31. Januar 2008 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates. Stellungnahme des Bundesrates vom 14. März 2008, BBl 2481, 2482.

[124] Idem, BBl 2481, 2483.

in Frage stellte. Dem Urteil O'Donoghue et al. gegen Grossbritannien[125] lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein nigerianischer Staatsangehöriger, der im Jahr 2006 Asyl beantragt hatte, hatte eine Frau mit doppelter Staatsangehörigkeit, der britischen und der irischen, kennengelernt und war mit ihr eine Liebesbeziehung eingegangen. Das Paar bekam ein Kind und beschloss zu heiraten. Der nigerianische Kläger besass zu jenem Zeitpunkt eine ausserordentliche Aufenthaltsbewilligung, die bis 2011 gültig war[126]. Die zu dem Zeitpunkt in Grossbritannien geltende Gesetzgebung sah zunächst vor, dass ein ausländischer Staatsangehöriger eine Einreisegenehmigung zwecks Heirat oder ein „Certificate of Approval" beantragen musste. Letztere wurde nur ausgestellt, wenn der ausländische Staatsangehörige über eine mindestens sechs Monate gültige Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung - mit einer Restlaufzeit von drei Monaten zum Zeitpunkt der Antragstellung - verfügte. In einer zweiten Fassung des Gesetzes konnten Heiratswillige ohne unbefristeten Aufenthaltstitel ihren tatsächlichen Ehewillen belegen, auch wenn die Aufenthaltsbewilligung abgelaufen war. Gelang der Nachweis, konnte die Ehe geschlossen werden. In der dritten Version stand diese Beweismöglichkeit auch Staatsangehörigen ohne Aufenthaltsrecht bzw. mit ausstehendem Entscheid betreffend den rechtmässigen Aufenthalt offen. Der EGMR ist der Ansicht, dass ein allgemeines, automatisches und undifferenziertes Heiratsverbot einen unzulässigen Eingriff in das durch Art. 12 EMRK geschützte Recht auf Eheschliessung darstellt. Nach Auffassung des Gerichts haben die Staaten zwar die Möglichkeit, eine Gesetzgebung zu erlassen, die darauf abzielt, Scheinehen zu verhindern, diese Gesetzgebung darf aber auf keinen Fall zu einem generalisierten Heiratsverbot für bestimmte Personengruppe werden.

4.2.2. Position der Schweizerischen Rechtslehre

Dieses Urteil des EGMR, welches am Vortag des Inkrafttretens des neuen Art. 98 Abs. 4 ZGB erging, hat in der Schweiz für Aufsehen gesorgt. Die schweizerische Rechtslehre liess mit einer Reaktion nicht lange auf sich warten. Als Beispiel sei hier der Artikel von MEIER und CARANDO vom 14. Februar 2011[127] angeführt, der die Initiative Brunner in Frage stellte, da diese von der Annahme ausgehe, dass eine unrechtmässig in der Schweiz anwesende Person nichts anderes im Sinn haben könne, als ihren Aufenthaltstitel mit allen Mitteln, einschliesslich durch Eheschliessung, zu legalisieren[128]. Nach Auffassung der Autoren hat der EGMR mit dem O'Donoghue-Urteil den neuen Artikel 98 Abs. 4 ZGB noch vor dessen Inkrafttreten am 1. Januar 2011 zum Scheitern verurteilt. Diese Gesetzesänderung, die aus politischen Erwägungen heraus verabschiedet wurde, müsste daher unbeachtet bleiben[129]. PAPAUX VAN DELDEN betont, dass das öffentliche Interesse, das für einen so schwerwiegenden Eingriff notwendig wäre, wie ihn Art. 98 Abs. 4 ZGB vorsieht, nicht erkennbar ist und dass das Verhältnismässigkeitsgebot verletzt werde, da den ausländischen Heiratswilligen eine unwiderlegliche Vermutung unterstellt werde; somit handle es sich bei der vorgeschlagenen Bestimmung um eine Diskriminierung infolge der Herkunft, eines höchst verdächtigen Kriteriums, welches vom verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot verpönt werde. Entgegen seinen menschenrechtlichen Verpflichtungen schliesse der Gesetzgeber hier eine Ka-

[125] EGMR, *O'Donoghue and others v. The United Kingdom*, 34848/07 (2011).

[126] Es handelt sich um eine „Discretionary Leave to Remain", idem, Ziff. 33.

[127] MEIER Philippe/CARANDO Laura, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse ?, Jusletter, 14. Februar 2011.

[128] Ibid., S. 4.

[129] Ibid., S. 8.

tegorie von Personen vom Recht auf Eheschliessung aus[130]. Dieselbe Auffassung vertreten AMARELLE, NGUYEN und SOW, die in ihrer Chronik der Rechtsprechung im Ausländerrecht Bezug nehmend auf das O'Donoghue-Urteil festhalten, dass diese Rechtsprechung die Anwendung des neuen Art. 98 Abs. 4 ZGB und 99 Abs. 4 ZGB, die am 1. Januar 2011 in Kraft traten, verunmöglicht[131]. Die Auffassung, dass Art. 98 Abs. 4 ZGB nicht anwendbar ist, wird ausserdem auch von CARONI und SCHÄDLER[132] geteilt. Einige Monate später wurden diese Überlegungen der Rechtslehre zunächst von Richtern auf Kantonsebene und anschliessend auch von den Richtern am Bundesgericht aufgenommen.

4.2.3. Position der verschiedenen schweizerischen Gerichte

A. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23. Juni 2011

[144] Die Richter des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern waren unter den Ersten, die sich zur Anwendbarkeit des neuen Art. 98 Abs. 4 ZGB äusserten. Im Urteil vom 23. Juni 2011[133] haben sie eingeräumt, dass es möglich sei, den fraglichen Artikels so auszulegen, und dass er mit dem von der Schweizerischen Verfassung garantierten Recht auf Eheschliessung vereinbar sei. Gemäss den Berner Richtern müssen Personen ohne geregelten Aufenthalt eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Eheschliessung erhalten, wenn keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorliegen und die Zulassungsvoraussetzungen nach der Heirat offensichtlich erfüllt sind[134].

B. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 30. September 2011

[145] Drei Monate nach dem Berner Urteil befasste sich das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt im Urteil vom 30. September 2011[135] mit derselben Frage. Die Waadtländer Richter erinnerten zunächst daran, dass im Fall eines Konflikts zwischen dem internationalen und dem nationalen Recht das erstgenannte Vorrang vor dem zweitgenannten hat, und dass die Richter daher eine Bestimmung des nationalen Rechts, die ein in einem internationalen Übereinkommen definiertes Grundrecht verletzt, nicht anwenden könnten. Daraufhin erklärten sie, dass das Recht auf Eheschliessung, das in den Artikeln 12 EMRK und 14 BV garantiert ist, kein absolutes Recht sei. Es kann in der Tat eingeschränkt werden, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind: der Kerngehalt des Rechts wird durch die Einschränkung nicht angetastet, sie beruht auf einer gesetzlichen Grundlage und ist für die Verfolgung eines legitimen öffentlichen Interesses notwendig, d.h. verhältnismässig. Das Waadtländer Verfassungsgericht wandte sich daraufhin dem O'Donoghue-Urteil zu und befand, dass im Einklang mit der zuvor zitierten O'Donoghue-Rechtsprechung eine allgemeine, systematische und automatische Anwendung von Art. 98 Abs. 4 ZGB nicht mit den Artikeln 12 EMRK und 14 BV

---

[130] PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Le droit au mariage et à la famille. Analyse critique des restrictions (2ème partie), FamPra.ch 2011, S. 600-601.

[131] AMARELLE Cesla/NGUYEN Minh Son/SOW Dieyla, Chronique de jurisprudence relative au droit des migrations - (1er juillet 2010 au 31 décembre 2010), PJA 2011, S. 687.

[132] CARONI Martina/SCHÄDLER Simon, Lex Brunner und EMRK, ASYL 4/11, S. 26.

[133] Zum Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23. Juni 2011, siehe http://www.beobachtungsstelle.ch/fileadmin/user_upload/pdf_divers/Gerichtsurteile/110623VerwGerBEehe-1.pdf.

[134] http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/interieure/Politique-etrangers/Sans-Papiers/idart_8964-content.html.

[135] Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt, GE.2011.0082, vom 30. September 2011.

vereinbar sei[136]. Und da nach Auffassung der Richter der Artikel 98 Abs. 4 ZGB keine Ausnahmeregelung vorsehe, nach der die Eheschliessung von Personen ohne Aufenthaltsbewilligung zulässig wäre, könne diese nicht in Einklang mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz angewendet werden. Das Waadtländer Gericht hat daher die Beschwerde gutgeheissen und das angefochtene Urteil annulliert.

[146] Nach Ergehen dieses Urteils wurde der Art. 98 Abs. 4 ZGB im Kanton Waadt nicht mehr angewendet, was zu bedeutenden Disparitäten in der Umsetzung zwischen den Kantonen führte, da manche weiterhin die Eheschliessung systematisch verweigerten, wenn einer der Heiratswilligen keinen rechtmässigen Aufenthalt nachweisen konnte, während andere Kantone sich nachgiebiger zeigten. Das Bundesgericht liess mit einer Antwort nicht lange auf sich warten, bis es die Frage der Anwendbarkeit von Art. 98 Abs. 4 ZGB in einem Entscheid vom 23. November 2011 aufgriff.

C. BGE 137 I 351 vom 23. November 2011

[147] Die Richter des Bundesgerichtes haben zwei Grundsätze in Erinnerung gerufen, die im O'Donoghue-Urteil dargelegt wurden: erstens darf das Recht auf Eheschliessung nicht „generell, automatisch und undifferenziert allen Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel verweigert werden. [...] zweitens sind Massnahmen zur Bekämpfung von Scheinehen nur dann zulässig, wenn sie begründet und angemessen sind“[137]. Sie gelangten zur Feststellung, dass die vom Schweizerischen Gesetzgeber verabschiedete Regelung sich dann als im Widerspruch zu Art. 12 EMRK stehend erweisen kann, wenn eine ausländische Person sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält und in der Tat ehrliche Heiratsabsichten hegt.[138] Art. 98 Abs. 4 ZGB würde überdies Art. 12 EMRK verletzen, wenn die Migrationsbehörde von der unwiderlegbaren Annahme ausginge, dass ein Ausländer, der sich widerrechtlich in der Schweiz befindet, ausschliesslich zum Zweck der Legalisierung seines Aufenthalts heiraten wolle. Den Gesetzgebungsprozess in Erinnerungrufend, in dem sich sowohl die SPK-N als auch der Bundesrat zur Vorlage äusserten, kommt das Bundesgericht indes zum Schluss, dass Art. 98 Abs. 4 ZGB so ausgelegt werden kann, dass er den internationalen Normen entspricht. Nach Auffassung des Bundesgerichts sind unter Beachtung der Grundsätze von Art. 12 EMRK und Art. 14 BV die kantonalen Migrationsbehörden gehalten, Heiratswilligen ohne rechtmässigen Aufenthaltstitel für die Eheschliessung einen provisorischen Aufenthaltstitel auszustellen, sofern keine Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch vorliegen und klar erscheint, dass die betroffene Person - einmal verheiratet - aufgrund ihrer persönlichen Situation die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz erfüllt (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG)[139]. Es obliegt daher nicht dem Zivilstandsbeamten, dem kraft Wortlaut von Art. 98 Abs. 4 ZGB jeder Handlungsspielraum genommen ist, sondern der kantonalen Migrationsbehörde verhältnismässig zu handeln.[140]

---

[136] Idem, Erw. 3.d.

[137] BGE 137 I 351, Erw. 3.5.

[138] Ibid.

[139] Idem, Erw. 3.7.

[140] Bezüglich der Praktikabilität dieser Massnahme siehe MATTHEY FANNY, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_349/2011, Newsletter DroitMatrimonial.ch, Januar 2012, in fine. Ein späteres Urteil des Bundesgerichts (5A_814/2011 vom 17. Januar 2012, zur Veröffentlichung bestimmt) hat diese Aufteilung der Kompetenzen zwischen der Migrationsbehörde und den Zivilstandsamtsbeamten bestätigt. Siehe in diesem Sinne Erwägung 5.

[148] Mit diesem Urteil haben sich die Bundesrichter der Berner Lösung angenähert, da sie im Gegensatz zu den Richtern des Kantons Waadt nicht davon ausgehen, dass Art. 98 Abs. 4 ZGB keinen Raum für eine mit internationalem Recht in Einklang stehende Auslegung zulässt.

[149] Auch wenn das Urteil des Bundesgerichts zu dieser Frage insofern zu begrüssen ist, als es eine Klärung der Sachlage auf Bundesebene liefert und manche Fragen abschliessend beantwortet, so wirft diese Rechtsprechung paradoxerweise aber auch neue Fragen auf. Insgesamt vereinfacht die Rechtsprechung die Situation nicht unbedingt in dem Mass, wie man sich das hätte erhoffen können. Indem das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid die Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens gemäss Art. 14 Abs. 1 Asylgesetz erwähnt, versperrt sich das Bundesgericht den Weg, den es sich mit der (äusserst entgegenkommenden) historischen Betrachtung von Art. 98 Abs. 4 ZGB zu öffnen versucht hatte.

[150] Art. 14 Abs. 1 AsylG verhindert in der Tat, dass ein Ausländer, der einen Asylantrag eingereicht hat, ein ausländerrechtliches Bewilligungsverfahren eröffnet, bevor nicht das Asylverfahren abgeschlossen ist. Bei diesem Prinzip gibt es jedoch eine Ausnahme, und zwar, wenn die Person offensichtlich Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung hat, d.h. wenn sie sich mit jemandem verheiratet, der oder die in der Schweiz über ein „gesichertes Anwesenheitsrecht" verfügt. Über ein solches verfügen Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit oder Personen mit einer Niederlassungsbewilligung C[141]. Wie weiter oben gezeigt, kann es jedoch vorkommen, dass Personen mit einer „einfachen" Aufenthaltsbewilligung *de facto* über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies war im soeben erwähnten Urteil offensichtlich der Fall, denn die künftige Ehefrau hatte einen Schweizer Sohn und infolge dessen konnte sie ein Recht auf umgekehrten Familiennachzug geltend machen, welches ihr eine "stabile" Aufenthaltsbewilligung B verlieh.

[151] Da das Bundesgericht – im Rahmen des in Art. 98 Abs. 4 ZGB vorgesehenen Verfahrens – die bisherige Interpretation von Art. 14 Abs. 1 Asylgesetz beibehält, können ausländische Personen, die offensichtlich keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung haben, nicht heiraten. Das deutlichste Beispiel hierfür sind zwei abgewiesene Asylsuchende, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten und offensichtlich kein Aufenthaltsrecht haben. Ihnen wird das Recht auf Ehe generell, automatisch und systematisch verweigert. Es muss jedoch hier noch präzisiert werden, dass diese Personen bis zum Ablauf der Ausreisefrist, die ihnen auferlegt wird, die Möglichkeit haben, zu heiraten, solange das Ehevorbereitungsverfahren und die Heirat selbst erfolgen, bevor diese Frist abläuft.

[152] Unter diesen Umständen wird das Recht dieser Personen auf Eheschliessung, das, wie es das Bundesgericht zurecht in Erinnerung ruft, ein Menschenrecht und kein Bürgerecht ist, und das daher jeder volljährigen natürlichen Person zusteht, nicht geachtet. Indem Art. 98 Abs. 4 ZGB so ausgelegt wurde, dass er mit dem internationalen Recht vereinbar ist, hat das Bundesgericht das Problem, zumindest für bestimmte Personengruppen, auf die lange Bank geschoben. Es ist festzuhalten, dass Art. 14 Abs. 1 AsylG in diesem hypothetischen Fall nicht mit dem internationalen Recht vereinbar ist[142].

---

[141] Es besteht eine zweite Ausnahme, die in Abs. 2 von Art. 14 AsylG festgeschrieben ist. Sie erlaubt es den Kantonen, unter Einhaltung bestimmter Bedingungen (darunter insbesondere fünf Jahre Aufenthaltsdauer und eine fortgeschrittene Integration in der Schweiz), eine Aufenthaltsbewilligung „für Härtefälle" auszustellen.

[142] In diesem Sinne siehe MATTHEY FANNY, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_349/2011, Newsletter DroitMatrimonial.ch, Januar 2012. Dieser Entscheid wur-

[153] Es gibt im Übrigen noch zwei weitere Fälle, für die die Rechtsprechung (noch) keine Lösungen hat, um eine mit dem Völkerrecht konforme Anwendung von Art. 98 Abs. 4 ZGB sicherzustellen.

[154] Es handelt sich erstens um Fälle, in denen eine Person ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus einen bzw. eine Drittstaatsangehörige heiraten möchte, die im Besitz einer regulären Aufenthaltsbewilligung oder einer Kurzaufenthaltsbewilligung ist. Diese Personen sind in Übereinstimmung mit den geltenden Bestimmungen ebenfalls von diesem Recht ausgeschlossen, wenn der zukünftige Ehegatte bzw. die zukünftige Ehegattin nicht beweisen kann, dass er bzw. sie gemäss den SKOS-Normen über ausreichende finanzielle Mittel verfügt. Dies bedeutet, dass Drittstaatsangehörige mit einer Aufenthaltsbewilligung oder einer Kurzaufenthaltsbewilligung, die nicht über die nötigen Mittel verfügen, ab jetzt in der Schweiz ihr Recht auf Eheschliessung nicht geltend machen können, was vor Inkrafttreten des neuen Art. 98 Abs. 4 ZGB nicht der Fall war. Die Frage, die sich diesbezüglich nun stellt, ist, ob das Urteil des Bundesgerichts im Einklang mit den Bestimmungen in Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 (und damit auch Art. 12) EMRK steht.

[155] Zudem neigt die aktuelle Praxis – zumindest auf Seiten der Genfer Behörden – ebenfalls dazu, Personen ohne rechtmässigen Aufenthaltstitel, die mit einem Schweizerbürger (oder einer Schweizerbürgerin) verlobt sind, vom Recht auf Eheschliessung auszuschliessen, wenn sie nicht nachweisen können, dass sie über ausreichende finanzielle Mittel für zwei Personen verfügen. In der Tat behandelt die kantonale Migrationsbehörde die Anträge auf befristete Aufenthaltsbewilligungen zur Ehevorbereitung auf der Grundlage von Art. 31 VZAE, und nicht, indem es sich auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts stützt. Die Weisung „Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, aus wichtigen öffentlichen Interessen und als schwerwiegender persönlicher Härtefall“[143] des BFM besagt, dass die Erfordernis der ausreichenden finanziellen Mittel eine der Bedingungen darstellt, um eine befristete Aufenthaltsbewilligung zwecks Ehevorbereitung zu erhalten. Das kantonale Migrationsamt fordert somit von Seiten der Schweizer Verlobten ausreichende finanzielle Mittel, sowie die Unterzeichnung einer fünf Jahre gültigen finanziellen Verpflichtung gegenüber ihrem bzw. ihrer Verlobten. Das Problem, das in diesem Moment auftritt, besteht darin, dass Art. 31 VZAE, wie auch die oben erwähnte Richtlinie, auf die *Möglichkeit* der Behörden, eine solche Genehmigung auszustellen, verweisen. Das Bundesgericht bekräftigt hingegen, dass die Migrationsbehörde *gehalten ist* [Hervorhebung durch die Autoren], Heiratswilligen ohne rechtmässigen Aufenthaltstitel im Hinblick auf die Eheschliessung einen provisorischen Aufenthaltstitel auszustellen, sofern keine Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch vorliegen und klar erscheint, dass der Betroffene - einmal verheiratet - aufgrund seiner persönlichen Situation die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz erfüllen wird. In diesem Fall sollten vielmehr die Bedingungen für die Familienzusammenführung für die Ehepartner bzw. Ehepartnerinnen schweizerischer Staatsangehöriger, zur Anwendung kommen (im Sinne von Art. 42 Abs. 1 AuG). Diese Bestimmung beinhaltet den Nachweis der ausreichenden finanziellen Mittel nicht. Das kantonale Migrationsamt wendet somit eine Praxis an, die im Widerspruch zur geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts steht. Darüber hinaus verstösst diese Praxis,

---

de im Newsletter des CSDH vom 1. Februar 2012 (http://www.skmr.ch/frz/domaines/migration/nouvelles/droit-au-mariage-et-sejour-irregulier.html?zur=89) ebenfalls zusammenfassender analysiert. Im selben Sinn siehe auch NGUYEN MINH SON, Migrations et relations familiales: de la norme à la jurisprudence et *vice versa*, in AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN (éd.), Migrations et regroupement familial, Bern 2012, S. 134 ff., insb. S. 139.

[143] Weisung I. 5, Kap. 5.6.2.2.3 Aufenthalt zur Vorbereitung der Heirat, S. 21.

indem sie gewisse Schweizerbürgerinnen und -bürger vom Recht auf Eheschliessung ausschliesst, gegen Art. 8. Abs. 2 BV sowie Art. 14 (sowie 12) EMRK. Insofern, als sich die Genfer Behörden auf eine Weisung des BFM stützten, ist eine vergleichbare Praxis in anderen Kantonen nicht auszuschliessen.

5. Schlussfolgerungen

[156] Wie wir im Fall des Verbots der Eheschliessung für Personen ohne rechtmässigen Aufenthaltstitel feststellen konnten, haben der MRA und der Ausschuss für WSK-Rechte rasch reagiert. Ihre Empfehlungen ergingen noch bevor der fragliche Gesetzesartikel in Kraft trat.

[157] In der Frage des Eheverbots hat die Schweiz ihre Praxis weitgehend nach den internationalen Vorgaben ausgestaltet. Insbesondere ermöglicht sie einem Teil der Personen ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus, trotz Inkrafttreten des neuen Art. 98 Abs. 4 ZGB, die Eheschliessung. Diese Entwicklung ist auf die Rechtsprechung mehrerer Organe zurückzuführen, insbesondere auf das O'Donoghue-Urteil, welches der EGMR erliess.

[158] Mit Blick auf das Recht auf Eheschliessung bleibt in unseren Augen die Frage des Rechts auf Eheschliessung für abgelehnte Asylbewerber weiterhin problematisch (aufgrund des Prinzips der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG). Dasselbe gilt für Personen ohne Bleiberecht, die einen bzw. eine Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltsbewilligung bzw. Kurzaufenthaltsbewilligung (Erfordernis der ausreichenden finanziellen Mittel) heiraten möchten und für Personen ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus, die mit einem Schweizerbürger bzw. einer Schweizerbürerin eine Ehe schliessen möchten (analoge Anwendung der Bedingungen aus Art. 31 VZAE in Bezug auf die finanziellen Mittel). Die Empfehlungen des MRA und des Ausschusses für WSK-Rechte sind in diesen Fällen weiterhin von Bedeutung.

[159] Es muss im Übrigen darauf hingewiesen werden, dass in keinem der Urteile betreffend das Eheverbot von Personen ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus in der Schweiz, die jeweiligen Bestimmungen des Pakts I und des Pakts II erwähnt wurden. Daher kann nicht abschliessend geprüft werden, wie gross der Einfluss der vom MRA und vom Ausschuss für WSK-Rechte ausgesprochenen Empfehlungen bei der abgeschwächten Umsetzung des Eheverbots war.

Autorinnen:

Marie Maillefer, MA iur und Fanny Matthey, Dr. iur, Themenbereich Migration, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Universität Neuchâtel

Geltung hat die französische Fassung dieses Kapitels.

III. AUFENTHALTSRECHT VON OPFERN HÄUSLICHER GEWALT

1. Einleitung und historische Zusammenfassung

[160] Eine durch Heiratsmigration im Familiennachzug zugewanderte Person aus einem Drittstaat erhält in der Schweiz kein eigenständiges Aufenthaltsrecht, sondern ein sogenannt abgeleitetes Aufenthaltsrecht, welches den Verbleib beim Ehepartner oder der Ehepartnerin zum Zweck des Ehelebens bewilligt. Geht die Beziehung in Brüche und wird die Ehegemeinschaft aufgelöst, erlöschen grundsätzlich der Aufenthaltszweck und damit das Verbleiberecht. Wird die Ehegemeinschaft noch vor Ablauf der ersten drei Ehejahre in der Schweiz aufgelöst, riskiert die nachgezogene Person den Verlust der Aufenthaltsbewilligung. Diese Rechtslage konnte in der Praxis dazu führen, dass Personen ohne eigenständiges Aufenthaltsrecht aus Furcht vor einer Wegweisung trotz ehelicher bzw. häuslicher Gewalt[144] im gemeinsamen Haushalt ausharrten. Die Schweiz stand wegen dieser ausländerrechtlichen Regelung mehrere Jahre unter Kritik – sowohl international als auch von Seiten zivilgesellschaftlicher Organisationen in der Schweiz.

[161] Mit dem neuen Ausländergesetz (AuG), das am 1. Januar 2008 in Kraft trat, sieht der Gesetzgeber eine Ausnahme von der Regelung der mindestens drei Jahre Ehe für den spezifischen Fall von gewaltbetroffenen Eheleuten vor. Mit einem neuen Art. 50 AuG, welcher zudem durch einen Entscheid des Bundesgerichtes vom 4. November 2009 geändert wurde, haben Frauen und Männer[145] in gewaltgeprägten Ehen, wenn sie häusliche Gewalt nachweisen können, nun ein Anrecht auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Die Rechtslage hat sich somit in den letzten Jahren deutlich zugunsten der Opfer häuslicher Gewalt verbessert. Dennoch bleiben in der Praxis und in der Umsetzung verschiedene Hürden bestehen.

2. Empfehlungen der verschiedenen Überwachungsorgane

[162] Der Menschenrechtskommissar des Europarats hatte bei seinem Besuch 2004 die Schweiz aufgefordert, die damals geltende Gesetzesgrundlage sowie die Praxis dahingehend zu ändern, dass Opfer von häuslicher Gewalt nicht den Verlust ihres Aufenthaltsrechts riskieren, wenn sie sich aus der gewaltgeprägten Ehegemeinschaft befreien.[146] Seinerseits empfiehl der UNO-Menschenrechtsrat (HRC) der Schweiz im Rahmen des *Universal Periodic Review* von 2008, die Nichtverlängerung von Aufenthaltsbewilligungen von Migrantinnen, die Opfer von häuslicher Gewalt wurden, nicht vorzunehmen ohne eine vorgängige gründliche Prüfung der möglichen Auswirkungen auf die betroffenen Frauen und ihre Kinder.[147] Der UNO-Ausschuss für Frauenrechte (CEDAW) zeigte sich in seinen Schlussbemerkungen vom August 2009 besorgt um die Anforderungen des neuen Ausländergesetzes betreffend die Pflicht von Opfern von häuslicher Gewalt, Beweise für Probleme bei ihrer sozialen Wieder-

---

[144] In der Folge werden die Begriffe eheliche und häusliche Gewalt synonym verwendet.

[145] Obschon sowohl Frauen als auch Männer von dieser Regelung betroffen sind, sind Frauen in der Praxis weit häufiger Opfer häuslicher Gewalt. Die internationalen Empfehlungen legen ebenfalls den Fokus auf den Schutz von Frauen vor Gewalt. In der Folge wird deshalb meist der Begriff „Frauen" oder „Migrantinnen" gebraucht, auch wenn männliche Opfer von Gewalt denselben Anspruch haben und somit ebenso gemeint sind.

[146] Commissioner for Human Rights 2005, Ziff. 104-106.

[147] UPR Switzerland 2008, Ziff. 57.8.

eingliederung im Herkunftsland zu erbringen. Er rief die Schweiz auf, die Auswirkungen der gesetzlichen Vorschriften und ihrer Politik im Hinblick auf Migrantinnen sorgfältig zu überwachen und nötigenfalls Abhilfemassnahmen zu ergreifen, um auf die effektiven Bedürfnisse dieser Frauen einzugehen.[148] Im November desselben Jahres legte der UNO-Menschenrechtsausschuss (MRA) in seinen Schlussbemerkungen der Schweiz nahe, die Gesetzgebung betreffend Aufenthalt dahingehend anzupassen, dass Opfer von häuslicher Gewalt in der Praxis nicht in gewaltbelasteten Beziehungen verbleiben.[149] Demgegenüber empfiehlt der UNO-Ausschuss gegen Folter (CAT) in seinen Schlussbemerkungen vom Mai 2010 konkret, den Gesetzesartikel Art. 50 AuG der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 136 II 1 vom November 2009) anzupassen.[150] Schliesslich empfahl Neuseeland im Rahmen des *Universal Periodic Review* von 2012, dass die Schweiz die Kriterien für die Berücksichtigung von Gewalt bei Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für Opfer häuslicher Gewalt präzisiere, um eine gerechte, einheitliche und transparente Anwendung zu erleichtern.[151] Südafrika regte ferner an, das Gesetz über die Aufenthaltsbewilligungen daraufhin zu überprüfen, ob die Anwendung des Gesetzes nicht Frauen dazu zwinge, in gewalttätigen Beziehungen auszuharren.[152] Der Bundesrat hat beide Empfehlungen angenommen.

3. Die interne Umsetzung

[163] Die anhaltende Kritik sowie die mehr oder weniger weitgehenden Empfehlungen der UNO-Ausschüsse warfen die Frage auf, ob sich weitere gesetzgeberische Anpassungen und Praxisänderungen aufdrängten, um den grund- und menschenrechtlichen Schutz von Gewaltopfern zu gewährleisten. Das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit konnten die gewaltbetroffenen Migrantinnen nicht vollumfänglich beanspruchen, ohne eine Wegweisung zu riskieren. Allerdings wurde der Situation in der Schweiz mit einem Entscheid des Bundesgerichtes und mit einer bevorstehenden Änderung des Art. 50 AuG massgeblich Rechnung getragen.

3.1. Rechtslage in der Schweiz

[164] Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren gewichtige Gesetzesanpassungen vorgenommen und Massnahmen eingeleitet. Namentlich wurde mit Art. 50 erstmals eine Bestimmung ins neue Ausländergesetz (AuG) – welches am 1. Januar 2008 in Kraft trat – aufgenommen, welche explizit auf die Problematik des Aufenthaltsrechts nach aufgelöster Ehegemeinschaft eingeht. Der Art. 50 hält sodann fest, dass nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft Ehegattinnen und -gatten und deren Kinder einen Anspruch auf eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben, wenn entweder die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine „erfolgreiche Integration" nachgewiesen werden kann (Art. 50 Abs. 1 lit. a; Art. 77 Abs. 1 lit. a VZAE), oder wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Abs. 1 lit. b). Eine erfolgreiche Integration liegt nach Art. 77 lit. 1 Bst. a VZAE insbesondere dann vor, wenn die betref-

[148] CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 43 und 44.
[149] MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 11.
[150] CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 21.
[151] UPR Switzerland 2012, Ziff. 123.70.
[152] UPR Switzerland 2012, Ziff. 123.71.

fenden Migranten die rechtsstaatliche Ordnung und die Werte der Bundesverfassung respektieren bzw. den Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben und zum Erwerb einer Landessprache bekunden.

[165] Der Absatz 2 von Art. 50 AuG präzisierte sodann, dass wichtige persönliche Gründe namentlich dann vorliegen könnten, wenn *sowohl die* Ehegattin oder der Ehegatte Opfer von häuslicher Gewalt wurde *als auch* die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erschien. In einem Urteil von November 2009 (BGE 136 II 1) hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass die beiden Voraussetzungen „häusliche Gewalt" und „Gefährdung der sozialen Wiedereingliederung im Herkunftsland" nicht (mehr) kumulativ erfüllt sein müssen. Es genüge, wenn nur eine der beiden Voraussetzungen gegeben sei. In formeller Hinsicht wurde die Rechtslage den tatsächlichen Umständen angepasst: Wichtige persönliche Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 2 liegen nun namentlich dann vor, wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer von häuslicher Gewalt wurde *oder* die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet ist. Die ausländerrechtlichen Behörden können gemäss Art. 77 Abs. 5 VZAE bei der Geltendmachung ehelicher Gewalt Nachweise wie Arztzeugnisse, Polizeirapporte oder Strafanzeigen, Massnahmen im Sinne von Art. 28*b* ZGB (Klage bei Drohung, Gewalt oder Nachstellung) oder eine strafrechtliche Verurteilung verlangen. Zudem muss gemäss einem neueren Bundesgerichtsurteil (BGer 2C_690/2010, Urteil vom 25. Januar 2011, E. 3.2.) die eheliche Gewalt eine gewisse Intensität aufweisen, d.h. dass man von der betroffenen Person nicht erwarten kann, die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen. In letzter Zeit hat sich die Rechtslage bezüglich der Interpretation der wichtigen persönlichen Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG weiter entwickelt. Der Entscheid (BGE 138 II 229) betrifft einen Härtefall infolge Auflösung der Familiengemeinschaft aufgrund ehelicher Gewalt. Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass eine psychische Zwangsausübung von einer gewissen Konstanz und Schwere einen nachehelichen Härtefall begründen kann (E. 3.1 und 3.2). Die häusliche Gewalt muss so ausgeprägt sein, dass Würde und Persönlichkeit des Opfers verletzt werden, so dass vom Opfer nicht verlangt werden kann, die Beziehung weiterzuführen. In einem zweiten Entscheid (BGer 2C_993/2011) hält das Bundesgericht zudem fest, dass der Tod eines Ehepartners an sich einen wichtigen persönlichen Grund im Sinne von Art. 50 al. 1 lit. b AuG darstellt, was eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des überlebenden ausländischen Ehepartners in der Schweiz zur Folge hat, sofern kein besonderer Umstand die Ehe oder die echte und tiefe eheliche Verbindung zwischen den Ehepartnern in Frage stellt.

[166] Schliesslich hat die Bundesversammlung im Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten unter anderem beschlossen, Art. 50 Abs. 2 AuG insoweit zu ändern, dass wichtige persönliche Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b auch dann vorliegen können, wenn die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen wurde. Bei diesem neuen Absatz wurde zudem BGE 136 II 1 Rechnung getragen, indem die wichtigen persönlichen Gründe (nur) alternativ gegeben sein müssen. So können wichtige Gründe namentlich dann vorliegen, wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde *oder* die Ehe nicht aus freien Willen geschlossen hat *oder* die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint. Die am 1. Juli 2013 in Kraft tretende Gesetzesänderung ist zu begrüssen.

3.2. Bestehende Probleme der Rechtsumsetzung und des behördlichen Ermessens in der Entscheidungspraxis

[167] Zwei Berichte von NGOs aus dem Jahr 2011 hatten sich eingehend mit der Problematik der Umsetzung von Art. 50 auseinandergesetzt.[153] Anhand von dokumentierten Fällen von betroffenen Frauen zeigten sie beispielhaft auf, dass die Interessensabwägung der zuständigen Behörden und Gerichte teilweise zu Ungunsten der Gewaltopfer ausfiel.

3.2.1. Nachweis von ehelicher Gewalt

[168] Ist eine Migrantin Opfer von ehelicher Gewalt geworden, und will sie dies bei einem Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung geltend machen, muss sie die erlittene Gewalt vor den kantonalen Migrationsbehörden glaubhaft machen können, wobei die Beweislast weitgehend bei der Betroffenen liegt. Die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) präzisiert in Art. 77 Abs. 6, welche Art von Nachweisen für eheliche Gewalt von den Behörden verlangt werden kann. Sie führt beispielhaft Arztzeugnisse, Polizeirapporte, Strafanzeigen, Massnahmen im Sinne von Art. 28*b* des Zivilgesetzbuches oder entsprechende strafrechtliche Verurteilungen auf, wobei diese Liste nicht abschliessend ist.

[169] Die kantonalen Migrationsbehörden gingen bisher unterschiedlich mit verlangten Indizien zur Beweisführung um, insbesondere was Informationsmaterial und Auskünfte von Frauenhäusern betrifft. Während einige Kantone Berichte und Hinweise von Opferberatungsstellen oder Frauenhäusern berücksichtigten, hegten andere grosse Bedenken über diese Informationsquellen, und bemängelten, dass diese wegen ihrer Parteinahme für die Opfer nicht objektiv genug seien. In der Zwischenzeit wurde jedoch auf Verordnungsstufe festgelegt, dass auch Berichte und Hinweise solcher Stellen mitberücksichtigt werden (Art. 77 Abs. 6bis VZAE).

[170] Problematisch aus der Perspektive der Betroffenen ist die Praxis gewisser Kantonsbehörden, den Nachweis ehelicher Gewalt an eine Strafanzeige zu knüpfen, zumal bekannt ist, dass Gewaltbetroffene aus Angst vor Repressalien des Partners eine solche oftmals nicht erwägen oder aber die Anzeige später aufgrund von Drohungen zurückziehen. Die beiden NGO-Berichte hinterfragen zudem die Praxis von Behörden, welche eine freiwillige Rückkehr des Opfers in den gemeinsamen Haushalt (zum Täter) als Indiz interpretieren, dass eine Weiterführung der Ehegemeinschaft zumutbar ist, wodurch dies gegen die Antragstellende verwendet wird.

3.2.2. Beurteilung der Intensität von Gewalt

[171] Ein weiteres Spannungsfeld ergibt sich bei der Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Ermessen des Grades von Gewaltausübung. Ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2009 hält fest, dass die Fortführung der Ehe nicht mehr zumutbar ist, wenn eine ernsthafte Gefährdung der Persönlichkeit vorliegt.[154] Ist die Fortführung der ehelichen Beziehung nicht mehr zumutbar, ist dies bei der Bewilligungserteilung bzw. -verlängerung angemessen zu berücksichtigen. Ein weiteres Bundesgerichtsurteil vom No-

[153] DUBACHER/REUSSER; ODAE 2011.

[154] Urteil des Bundesgerichts 2C_554/2009 E.2.1.

vember 2009 hält fest, dass eheliche Gewalt einen gewissen Schweregrad bzw. Intensität aufweisen muss. Demnach entspricht Anschreien, eine einmalige Ohrfeige oder eine einmalige Vertreibung aus der gemeinsamen Wohnung nicht dem gesetzlich verlangten Schweregrad von häuslicher Gewalt.[155]

[172] Für die zuständigen Behörden (auf Kantons- und Bundesebene) dürfte es in der Entscheidungspraxis schwierig sein, Kriterien für die Messung der Intensität bzw. einer tolerierten Gewaltuntergrenze festzulegen. In den Kantonen werden für die Beurteilung der Intensität denn auch unterschiedliche Kriterien verwendet. Der Ermessenspielraum ist gerade betreffend Auslegung der verlangten minimalen Gewaltintensität jedoch problematisch. Für die Beurteilung der Intensität ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts massgebend. Da das AuG ein relativ neues Gesetz ist, muss sich eine detaillierte Rechtsprechung noch herausbilden.

3.2.3. Kriterium Wiedereingliederung im Herkunftsland

[173] Als weiterer „wichtiger persönlicher Grund" kann gemäss Art. 50 Abs. 2 AuG (und Art. 77 Abs. 2 VZAE) die gefährdete soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland nach Auflösung der Ehegemeinschaft zur Geltung kommen, und dies gemäss wegweisendem Bundesgerichtsentscheid vom November 2009 unabhängig von erlittener ehelicher Gewalt.[156] Diese Rechtsprechung wurde in einem weiteren Bundesgerichtsurteil bestätigt.[157] Dabei wird abgewogen, ob eine Rückkehr für die betroffene Person hinsichtlich der Wiedereingliederung unter Berücksichtigung gesellschaftlicher, beruflicher und familiärer Aspekte zumutbar ist.

3.2.4. Kriterium der Integration

[174] Welche Rolle die Integration beim behördlichen Ermessen im Falle von Opfern ehelicher Gewalt spielen soll, ist umstritten. Nach Gesetz (Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG sowie Art. 77 Abs. 1 lit. a VZAE) wird im Fall einer Eheauflösung nach dreijähriger Ehe die Frage der erfolgreichen Integration als Voraussetzung für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung relevant. Bei Opfern von ehelicher Gewalt (gemäss Art. 50 Abs. 2 AuG sowie 77 Abs. 2 VZAE) ist Integration hingegen keine zwingende Bedingung für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Der Bundesrat liess in seiner Antwort auf die Motion Roth-Bernasconi (09.3414) vom August 2009 verlauten: „Ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung besteht unabhängig von der bisherigen Aufenthaltsdauer und dem Integrationsgrad, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt erforderlich machen".

[175] Für das Bundesgericht spielt bei der Abwägung der Chancen der Wiedereingliederung im Herkunftsland auch der Grad der Integration in der Schweiz eine Rolle. Umgekehrt stellt gemäss Rechtsprechung eine gute Integration in der Schweiz alleine keinen genügenden Grund für einen weiteren Verbleib in der Schweiz dar.[158] In der Entscheidungspraxis der kan-

[155] Urteil des Bundesgerichts 2C_358/2009.
[156] BGE 136 II 1, E. 5.3.
[157] BGE 137 II 345.
[158] Urteil des Bundesgerichts 2C_540/2009, E. 3.

tonalen Migrationsbehörden scheint der Integrationsgrad tendenziell eine gewichtigere Rolle zu spielen, als vom Gesetzgeber vorgesehen.[159]

[176] Zur Beurteilung der wichtigen persönlichen Gründe können die in der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (Art. 31 Abs. 1 VZAE) erwähnten Kriterien, welche auf einen persönlichen schweren Härtefall hinweisen, ebenfalls „eine wesentliche Rolle spielen", wie die neuste Weisung des Bundesamtes für Migration vom Juli 2011 ausführt.[160] Die Gewichtung dieser zusätzlichen Kriterien ist im Fall von ehelicher Gewalt jedoch entscheidend. Das Bundesgericht grenzt die „wichtigen persönlichen Gründe" nach Art. 50 von der allgemeinen Härtefallregelung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG denn auch ab, da im ersten Fall ein Anspruch auf eine Bewilligung besteht, während die allgemeinen ausländerrechtlichen Härtefälle dem Ermessen der Behörden unterliegen. Obwohl die Präzisierungen der zu berücksichtigenden Kriterien laut Verordnung (Art. 31. Abs. 1 VZAE) auf beide Artikel verweisen, sind sie aufgrund der unterschiedlichen Ausganglagen (Anspruch vs. Ermessen) entsprechend anders zu gewichten.[161]

3.2.5. Gewichtung des Kindeswohls

[177] Die geltende Regelung zur Auflösung der Familiengemeinschaft (Art. 50) betrifft – analog zu den Ehepartnerinnen – explizit auch Kinder. In diesem Zusammenhang stellt sich auch hier die Frage, ob in der Umsetzung, sprich bei Behördenentscheiden hinsichtlich der Verlängerung des Aufenthaltsrechtes von Migrantinnen und deren Kinder, das Kindeswohl genügend berücksichtigt wird, wie dies die Kinderrechtskonvention verlangt (und der Kinderrechtsausschuss in seinem *General Comment* Nr. 13 präzisiert)[162].

[178] Die bundesrätliche Botschaft zum AuG erwähnt, dass neben häuslicher Gewalt auch gemeinsame Kinder ein wichtiger persönlicher Grund für eine Aufenthaltsverlängerung sein können.[163] Die neue Weisung des Bundesamtes für Migration vom Juli 2011 bekräftigt, dass ein weiterer Aufenthalt in der Schweiz namentlich dann erforderlich sein kann, „wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, zu denen eine enge Beziehung besteht und die in der Schweiz gut integriert sind".[164] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes fordert zudem, das Kindesinteresse im behördlichen Ermessensspielraum stärker zu gewichten.[165] Dennoch führen nach wie vor behördliche Entscheide zu Wegweisungen von Müttern mit ihren Kindern, wie der NGO-Bericht mit dokumentierten Fallbeispielen aus der Praxis darzustellen vermag.[166]

---

[159] WICHMANN/HERMANN/D'AMATO/EFIONAYI-MÄDER/FIBBI/MENET/RUEDIN.

[160] Weisung I. 6., S. 30.

[161] MEYER, S. 218 ff.

[162] CRC, General Comment No. 13 (2011).

[163] Botschaft zum AUG (02.024), S. 46.

[164] Weisung I. 6, S. 30.

[165] BGE 135 I 143 E. 2.2.; BGE 135 I 153.

[166] DUBACHER/REUSSER, S. 18-22.

3.3. Neuste Entwicklungen

[179] Verschiedene parlamentarische Vorstösse behielten die bestehende Problematik über die letzten Jahre auf der politischen Agenda. Die Motion Roth-Bernasconi (10.3515) zum „Schutz von Migrantinnen, die Opfer ehelicher Gewalt wurden" beantragte eine Änderung des Art. 50 Abs. 2 AuG unter Berücksichtigung des Bundesgerichtsurteils BGE 136 II 1 dahingehend, dass eheliche Gewalt als Grund für die Verlängerung des Aufenthaltsrechts nach Auflösung der Ehe ausreicht. Die Motion wurde vom Bundesrat im September 2009 mit der Begründung abgelehnt, dass die rechtsanwendenden Behörden schon heute an die Auslegung des Bundesgerichtes gebunden seien und er damit vorerst keine gesetzliche Anpassung als notwendig erachte. Der Bundesrat wolle des Weiteren den Bericht zur Beantwortung des Postulats Goll (s.u.) abwarten, welcher aufzeigen werde, ob weiterer Handlungsbedarf bestehe. Das Anliegen wurde wie gesagt in dem Sinne realisiert, indem das vom Parlament verabschiedete Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten die Rechtslage auf Gesetzesebene an die Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst hat. Auf die zusätzliche Forderung der Motionärin nach einer Gleichbehandlung für Ehegattinnen von Personen mit Aufenthaltsbewilligung B, die bis anhin keinen Anspruch auf Verlängerung haben, ging der Bundesrat in seiner Antwort nicht ein.

[180] Das Postulat Goll (10.3459) beauftragte den Bundesrat, einen Bericht über die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von gewaltbetroffenen Migrantinnen vorzulegen und zu prüfen, ob die Gesetzesänderung (Art. 50 AuG) seit 2008 sowie die eingeführten Massnahmen das Ziel erreichen, den ausreichenden Schutz der Betroffenen vor Gewalt zu gewährleisten, „ohne sie mit dem Entzug des Aufenthaltsrechts zu bestrafen". Der Bundesrat hatte sich in seiner Antwort bereit erklärt, in den folgenden drei Jahren eine Evaluation über die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts vorzulegen.[167]

[181] Die beiden Vorstösse haben Gespräche ins Rollen gebracht, und das BFM hat eine Arbeitsgruppe mit Vertretenden des Bundesamtes, der kantonalen Migrationsämter, des Eidgenössischen Büros für Gleichstellung sowie von Frauenhäusern zur Umsetzung des Art. 50 einberufen. Ein erstes Treffen von verschiedenen Expertinnen und Experten hat im September 2011 stattgefunden, wo das Thema der erforderlichen „Intensität von Gewalt" diskutiert wurde. Eine Konkretisierung wird von der künftigen Rechtsprechung erwartet, zumal in diesem Zusammenhang mehrere Fälle beim Bundesgericht hängig sind.

[182] Weiter hat das BFM Anfang 2011 eine Umfrage bei den kantonalen Migrationsbehörden lanciert, um eine Übersicht zur kantonalen Bewilligungspraxis (Art. 50) zu gewinnen. Die Resultate werden Mitte 2013 mit dem Bericht zum Postulat Goll veröffentlicht. Zum andern wurde entschieden, die Datenlage zu den Fallzahlen schweizweit zu verbessern, da bislang keinerlei gesicherte Daten über die Anzahl Fälle betreffend Art. 50 AuG bestehen. Das Bundesamt für Migration erfasst nun seit Anfang 2011 alle eingegangenen Gesuche, und die Kantone sind angehalten, dasselbe zu tun. Erste statistische Daten sind im Laufe des Jahres 2013 zu erwarten.

[183] Die Weisung des BFM wurde per 1. Juli 2011 insoweit angepasst, als die bundesgerichtliche Rechtsprechung integriert wurde. Die wichtigste Änderung besteht darin, dass „nicht erforderlich ist", die Voraussetzungen für den weiteren Verbleib in der Schweiz (eheli-

[167] Antwort des Bundesrats vom 17.09.2010 zum Postulat Goll (10.3459).

che Gewalt und erschwerte soziale Wiedereingliederung) kumulativ zu erfüllen.[168] Weiter wurde die Weisung dahingehend angepasst, dass als glaubwürdige Beweismittel für das Vorliegen häuslicher Gewalt Hinweise und Auskünfte von spezialisierten Fachstellen (wie Frauenhäuser oder Opferberatungsstellen) explizit auch „mitberücksichtigt werden". Standen in der Vergangenheit einige Kantone diesen Beweisquellen skeptisch, wenn nicht gar ablehnend gegenüber, so sollte künftig in dieser Hinsicht die Beweisführung für die Betroffenen erleichtert werden. Da die Beurteilung der Indizien noch immer im Ermessen der Behörden liegt, wird sich in der Praxis zeigen müssen, wie diese gewichtet werden (bzw. wie viele und welche Indizien verlangt werden). Als letzte wichtige Änderung wurde das Kriterium der Intensität von Gewalt in die Weisung aufgenommen („Wird das Vorliegen ehelicher Gewalt geltend gemacht, ist erforderlich, dass diese eine gewisse Intensität aufweist")[169].

[184] Die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) wurde ebenfalls dahingehend angepasst, dass bei der Prüfung der wichtigen persönlichen Gründe Hinweise und Auskünfte von spezialisierten Fachstellen mit berücksichtigt werden (Art. 77 Abs. 6bis VZAE). Dieser neue Absatz ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten.

[185] Das Ministerkomitee des Europarates hat am 7. Mai 2011 die Konvention zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt verabschiedet. Damit wurde das erste rechtlich bindende Instrument in Europa zum Schutz von Opfern häuslicher Gewalt geschaffen. Art. 59 fordert die Signaturstaaten auf, eine gesetzliche Regelung zu verabschieden, welche garantieren soll, dass Opfer von häuslicher Gewalt bei der Trennung oder Scheidung – ungeachtet der Dauer der Ehe – ihr Aufenthaltsrecht nicht verlieren. Den betroffenen Personen soll auf Antrag hin eine zivilstandunabhängige Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn besonders schwierige Umstände geltend gemacht werden können. Dies entspricht grundsätzlich dem Konzept der Schweiz nach geltendem Recht. Ob die Schweiz die Konvention unterzeichnen wird, ist derzeit noch ungewiss.[170] Das Bundesamt für Justiz liess verlauten, dass die Schweiz die Konvention als wichtig erachte, dass jedoch vor einer allfälligen Unterzeichnung einige Abklärungen bezüglich des rechtlichen Anpassungsbedarfs getroffen werden müssten.[171] Da diese Konvention den Vertragsstaaten einige Massnahmen im Bereich Schutz von Gewaltopfern ziemlich detailliert vorschreibt, wäre mit diversen gesetzlichen Anpassungen zu rechnen. Wie in einem Arbeitspapier des Europarates vom Januar 2011 ersichtlich ist, hat die Schweiz gegenüber Art. 59 der Konvention bereits gewisse Vorbehalte geäussert.[172]

4. Fazit

[186] Die Schweiz hat in den letzten Jahren, insbesondere seit Inkrafttreten des Ausländergesetzes 2008 und dank der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 136 II 1) die Rechtslage für Opfer ehelicher Gewalt eindeutig verbessert. Die Rechtsprechung sowie die Anpassungen auf Verordnungs- und Weisungsebene haben ebenfalls dazu beigetragen, dass

[168] Auch das Gesetz sollte in diesem Sinne angepasst werden.

[169] Weisung I. Ausländerbereich, 6 Familiennachzug, S. 30.

[170] Siehe Interpellation von Aubert Josiane (11.4075) Europaratskonvention gegen Gewalt an Frauen und häusliche Gewalt: Wann wird die Schweiz die Konvention unterzeichnen?

[171] HAUSAMMANN, CHRISTINA, Ministerkomitee des Europarates verabschiedet Konvention betreffend Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Newsletter SKMR, 6. Mai 2011.

[172] CAHVIO 2011.

Betroffene nun vor einer Ausweisung aufgrund der aufgelösten Ehegemeinschaft geschützt sind und damit das Verlassen der gewaltgeprägten Ehe für sie weniger Risiken birgt. Eine bestimmte Rechtsunsicherheit bleibt bestehen, zumal beim Vorliegen ehelicher Gewalt erforderlich ist, dass diese eine gewisse Intensität aufweist. Eine weitergehende Gesetzesänderung, nämlich ein unabhängiges, individuelles Aufenthaltsrecht für Migrantinnen im Familiennachzug, wie dies der Europarat in zwei Resolutionen (2009 und 2011) den Mitgliedstaaten empfiehlt, dürfte in der Schweiz derzeit kaum eine politische Mehrheit finden.[173]

[187] Während auf rechtlicher Ebene in den letzten Jahren viele Fortschritte erzielt worden sind, besteht in der Umsetzung nach wie vor Handlungsbedarf. Der tatsächliche (*de facto)* Schutz von Gewaltbetroffenen ist erst gewährleistet, wenn für sie kein Risiko mehr besteht, ihr Aufenthaltsrecht aufs Spiel zu setzen, wenn sie Hilfe suchen und sich trauen, aus der Gewaltbeziehung hinauszutreten. Entscheidend wird deshalb die Rechtsumsetzung der kantonalen und nationalen Migrationsbehörden sein. Um eine flächendeckende menschenrechtskonforme Umsetzung des Rechts in der ganzen Schweiz zu garantieren, ist in Erwägung zu ziehen, die verantwortlichen Entscheidungsträger auf Bundes- und Kantonsebene durch Weiterbildung im Umgang mit diesen Dossiers zu sensibilisieren. Ein weitergehender Austausch zwischen den relevanten Akteuren auf Bundes- und Kantonsebene sowie lokalen Akteuren könnte zu gemeinsamen Lösungen hinsichtlich der aufgezeichneten Brennpunkte führen. Die Unterzeichnung der Konvention zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt des Europarats wäre ein bedeutender Schritt in Richtung verbesserter Schutz für Opfer häuslicher Gewalt.

[173] Council of Europe Resolution 1697 (2009), Ziff. 4.1.1. Council of Europe Resolution 1811 (2011), Ziff. 7.2.1.

Autorin:

Silvia Schönenberger, Lic. phil., Themenbereich Migration, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Universität Neuchâtel

Geltung hat die deutsche Fassung dieses Kapitels.

IV. AUSLÄNDERRECHTLICHE ADMINISTRATIVHAFT

1. Einleitung

[188] Eine Antwort der industrialisierten Staaten auf die Zunahme der Asylgesuche und die Schwierigkeiten bei der Rückführung abgewiesener Asylsuchender ist der vermehrte Rückgriff auf diverse Formen der Administrativhaft. Diese spezifische Form der Haft wird in den industrialisierten Staaten in verschiedenen Situationen eingesetzt, namentlich bei Asylsuchenden, die illegal eingereist sind, bei Personen mit einem abgelehnten Asylantrag und bei ausländischen Personen, deren Ausweisung vollstreckt werden muss. Grundsätzlich muss aus Sicht der Menschenrechte jeder Freiheitsentzug mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen werden. Dies gilt insbesondere bei ausländischen Personen, die keine Straftat verübt haben, sondern die dazu bewegt werden sollen, das Land zu verlassen.

[189] Bei der Anordnung einer Inhaftierung im Einklang mit den ausländerrechtlichen Bestimmungen muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten werden. Dieser Grundsatz wird in mehreren internationalen Menschenrechtsinstrumenten, in der Praxis der UNO-Ausschüsse und des EGMR und in der BV präzisiert. Zudem verlangt die Rückführungsrichtlinie der Europäischen Union die Schaffung eines abgestuften Verfahrens zur Vollstreckung einer Ausweisungsanordnung.

[190] Das vorliegende Kapitel befasst sich mit den Haftgründen und der Haftdauer, da die allgemeinen Haftbedingungen im Kapitel „Freiheitsentzug" der Studie „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Freiheitszentzug, Polizei und Justiz" behandelt werden.

2. Die Empfehlungen im Wortlaut

[191] Der CAT hat sich in der letzten Runde der Berichterstattung mit der Administrativhaft in der Schweiz auseinandergesetzt. Er hat diesbezüglich die folgende Empfehlung formuliert: „L'État partie devrait revoir la durée maximale de la détention administrative, n'y recourir que dans des cas exceptionnels et en limiter la durée eu égard au principe de proportionnalité". [174]

[192] Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) empfiehlt der Schweiz sowohl das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer als auch die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zu überprüfen. Am AuG kritisierte die ECRI konkret, dass die Dauer der Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft erhöht wurde.[175]

[174] CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff 3.

[175] ECRI, 4. Bericht.

3. Völker- und europarechtliche Normen zur ausländerrechtlichen Administrativhaft

3.1. Vereinte Nationen

[193] Sowohl Pakt II als auch die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) enthalten Vorgaben, die sich auf die ausländerrechtliche Haft beziehen. Die Vorgaben der GFK kommen bei Personen im Asylverfahren bzw. bei Flüchtlingen zur Anwendung, während die Garantien des Pakts II auf alle Ausländerinnen und Ausländer anwendbar sind.

[194] Die Frage der Inhaftierung von Asylsuchenden sorgt seit Jahren für Kontroverse zwischen dem UNHCR und den industrialisierten Staaten des Westens.[176] Art. 31 GFK verfügt ausdrücklich, dass gegen Flüchtlinge, die unmittelbar aus einem Verfolgerland kommen, keine Strafe wegen unrechtmässiger Einreise oder unrechtmässigen Aufenthalts verhängt wird, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und gute Gründe darlegen, die ihre unrechtmässige Einreise oder ihren unrechtmässigen Aufenthalt rechtfertigen. In dem Artikel heisst es ferner, dass die Vertragsstaaten den Flüchtlingen in ihrer Bewegungsfreiheit ausschliesslich notwendige Beschränkungen auferlegen, und dass diese Beschränkungen nur solange Anwendung finden dürfen, bis die Rechtsstellung dieser Flüchtlinge geregelt ist oder sie in einem anderen Land aufgenommen werden. Im Sinne der GFK sollte eine Inhaftierung dementsprechend nur in zwingend notwendigen Fällen verhängt werden. Diese Bestimmung gilt nicht nur für anerkannte Flüchtlinge, sondern auch für Asylsuchende bis zur Feststellung ihres Status, d.h. nicht für rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende. Festgehalten sei hier, dass das UNCHR grundsätzlich die Inhaftierung von Asylsuchenden ablehnt, sie aber akzeptiert, wenn sie sich als „notwendig" erweist.[177]

[195] Im Beschluss Nr. 44 des Exekutiv-Komitees über die Inhaftierung von Flüchtlingen und Asylsuchenden[178] wird konkret erläutert, was unter dem Begriff "notwendig" zu verstehen ist. Gemäss den UNHCR Richtlinien sollen „Inhaftierungen nur aus solchen Gründen erfolgen, die gesetzlich vorgesehen sind, und zwar zur Klärung der Identität, zur Feststellung der Tatsachen, auf denen der Antrag auf Gewährung der Flüchtlingseigenschaft oder auf Asyl beruht, zur Handhabung von Fällen, in denen Flüchtlinge oder Asylsuchende ihre Reise- oder Identitätsdokumente vernichtet bzw. gefälschte Dokumente benutzt haben, um die Behörden des Zufluchtsstaates irrezuführen, oder aber zum Schutz nationaler Sicherheit oder öffentlicher Ordnung." Ferner hat eine Inhaftierung *ultima ratio* zu sein.[179] Kommt der Staat zum Schluss, dass die Inhaftierung einer asylsuchenden Person notwendig ist, sollte geprüft werden, ob die angeordnete Haft angemessen und verhältnismässig gegenüber dem angestrebten Ziel ist. Zudem sollte sie ausschliesslich in nichtdiskriminierender Weise und für die kürzest mögliche Dauer verhängt werden.

[196] In Art. 9 Abs. 1 Pakt II wird festgehalten, dass „jedermann ein Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit hat. Niemand darf willkürlich festgenommen oder in Haft gehalten werden. Niemand darf seine Freiheit entzogen werden, es sei denn aus gesetzlich bestimmten Gründen und unter Beachtung des im Gesetz vorgeschriebenen Verfahrens." Diese Garantie gilt nicht nur für Flüchtlinge und Asylsuchende vor rechtskräftigem Entscheid, sondern

---

[176] Siehe WILSHER, S. 132-133.

[177] UNHCR, Standards betr. Haft (1999), Einleitung Ziff. 1 und 3.

[178] UNHCR, ExCom-Beschluss Nr. 44 (1986), S. 100.

[179] UNHCR, Standards betr. Haft (1999), Richtlinie 3.

auch für abgewiesene Asylsuchende, deren Wegweisung angeordnet wurde. Die Rechtsprechung des MRA stellt die Grundsätze der „Notwendigkeit", der „Verhältnismässigkeit" und der „richterlichen Überprüfung der Haft" in den Mittelpunkt. Willkürlich ist eine Inhaftierung nicht nur, wenn sie nicht im Gesetz vorgesehen ist, sondern auch wenn sie unangebracht, ungerecht und unvorhersehbar ist. In *A. v. Australien*[180] befand der MRA, dass die Inhaftierung von asylsuchenden Personen willkürlich sei, wenn sie nicht notwendig sei beispielsweise zur Verhinderung einer Flucht oder zur Sicherung von Beweisen.[181] Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit wird auf die Dauer der Administrativhaft und auf die Notwendigkeit der Inhaftierung geachtet. Der MRA hat in der Vergangenheit die Schweiz für die Dauer der Administrativhaft bei Asylsuchenden und bei Minderjährigen gerügt.[182]

3.2. Europarat

[197] In der EMRK gibt es keine Bestimmung, die die willkürliche Inhaftierung explizit verbietet. Artikel 5 Abs. 1 besagt lediglich, dass jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit hat. „Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden, [...] lit. b, rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung; lit. f, rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist". Die Haltung des Europarats in der Frage der Administrativhaft hat sich im Verlauf der Zeit geändert: Während die Organe des Europarats in den frühen Jahren meistens die von den Mitgliedstaaten angeordnete ausländerrechtliche Haft stützten, bauten sie in den letzten Jahren ihre Kontrollfunktion in diesem Bereich aus. Es ist insbesondere der EGMR, der in seiner Rechtsprechung immer präzisere Anforderungen an die Rechtmässigkeit einer ausländerrechtlichen Inhaftierung stellt.[183]

[198] Der Ministerrat des Europarats hat sich im Jahre 2003 zum ersten Mal mit der Inhaftierung von Asylsuchenden befasst. Er empfiehlt den Mitgliedstaaten, sich bei der Inhaftierung von Asylsuchenden an Beschluss Nr. 44 des Exekutiv-Komitees des UNHCR zu halten. Gemäss dem Ministerrat soll die Inhaftierung von Asylsuchenden „nur in spezifischen Fällen, nicht willkürlich, vorübergehend und für die kürzest mögliche Frist" erfolgen. Zudem müsse die Haft die im Gesetz vorgeschriebene Maximaldauer entweder einhalten, oder die Haftdauer müsse richterlich überprüft werden können.[184] In der Rechtsprechung *Saadi v. United Kingdom* urteilte der EGMR, dass die Dauer der Inhaftierung von Asylsuchenden verhältnismässig sein müsse.[185] Ferner müsse die gesetzlich vorgesehene und im richtigen Verfahren angeordnete Inhaftierung dem vorgesehen Zweck, d.h. der Sicherstellung eines schwebenden Ausweisungs- und Auslieferungsverfahrens, dienen.

---

[180] MRA, *A. v. Australia,* 560/1993 (1997).

[181] „If it is not necessary in all the circumstances of the case, for example, to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context" (ibid, Ziff. 9.2).

[182] MRA, Concluding Observations Switzerland 1996, Ziff. 15.

[183] Siehe WILSHER, S. 143 ff.

[184] Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 5 (2003), Ziff. 4-6.

[185] EGMR, *Saadi and Others v. United Kingdom*, Application No. 13229/03 (2008), Ziff. 70.

[199] Konfrontiert mit zunehmenden Schwierigkeiten bei der Rückführung von abgewiesenen Asylsuchenden hat der Ministerrat des Europarats sich im Jahre 1999 in einer Reihe von Empfehlungen mit der Rückführung von abgewiesenen Asylsuchenden beschäftigt.[186] Die Empfehlungen billigen ausdrücklich die Inhaftierung von abgewiesenen Asylsuchenden, die die Rückschaffung willentlich behindern. Die Inhaftierung sei in diesen Fällen keine strafrechtliche Sanktion sondern eine verwaltungsrechtlich spezifische, vorübergehende und unwillkürliche Massnahme, die das nationale Recht und die internationalen Verpflichtungen einzuhalten habe. Da die Fälle der längerfristigen Inhaftierung von Ausländerinnen und Ausländern stetig zunahmen, entwickelte der EGMR in der Rechtsprechung *Mikolenko v. Estonia* den „realistic prospect of removal" Test, gemäss dem der Mitgliedstaat nachweisen muss, dass die Rückführung der betroffenen Person absehbar und möglich ist.[187] Der Gerichtshof war im Urteil *Mikolenko v. Estonia* der Ansicht, dass die Vollstreckung der Wegweisung nach dreieinhalb Jahren gewissermassen unmöglich sei, weil der Betroffene die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigerte.[188] Der EGMR relativierte im Urteil *Mikolenko v. Estonia* somit die Verschuldensprüfung, die es den Mitgliedstaaten bisher ermöglicht hatte, die Inhaftierung einer Person damit zu begründen, dass sie die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigere. Dieser Aspekt des Urteils wird seither kontrovers diskutiert.

3.3. Europäische Union

[200] Die Bestrebungen der Europäischen Union (EU) zur Regelung der ausländerrechtlichen Administrativhaft verdienen Erwähnung, weil die EU-Institutionen zu einem wichtigen Akteur in diesem Bereich geworden sind. Sowohl die rechtsetzenden Institutionen als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) haben sich in den letzten Jahren mit der ausländerrechtlichen Administrativhaft befasst. Da die Schweiz das Schengener Assoziierungsabkommen unterzeichnet hat, muss sie heute Schengen relevante Rechtsakte im nationalen Recht umsetzen. Insbesondere die Richtlinie 2008/115 EG, die sogenannte Rückführungsrichtlinie, die Art. 23 und 24 des Schengener Durchführungsabkommens ersetzt, musste sie in den letzten Jahren übernehmen.[189]

[201] Die Rückführungsrichtlinie setzt sich zum Ziel, eine wirksame Rückkehr- und Rückführungspolitik festzulegen, die auf gemeinsamen Normen beruht, welche zugleich gewährleistet, dass die Personen unter vollständiger Achtung der Grundrechte auf menschenwürdige Weise zurückgeführt werden.[190] Die Mitgliedstaaten dürfen nationale Vorschriften erlassen, die illegal anwesende Drittstaatsangehörige bei der Rückführung besser behandeln als die in der Richtlinie festgeschriebenen Standards, aber eine schlechtere Behandlung ist nicht gestattet.[191] Die Richtlinie schreibt einerseits das bei einer Rückführung anzuwendende Verfahren vor, andererseits definiert sie ein abgestuftes Verfahren zur Vollstreckung einer Wegweisung.[192] In einem ersten Schritt ist eine freiwillige Ausreisefrist, die zwischen sieben und

[186] Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 12 (1999).

[187] EGMR, *Mikolenko v. Estonia*, 10664/05 (2009), Ziff.68.

[188] Idem, Ziff.65.

[189] Richtlinie 2008/115 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, L 348/98. In der Schweiz in Kraft seit dem 1. Jan. 2011 (AS 2010 5925; BBl 2009 8881).

[190] Art. 1 Richtlinie 2008/115 EG.

[191] Art. 4 Richtlinie 2008/115 EG.

[192] Art. 7 Richtlinie 2008/115 EG.

dreissig Tagen zu betragen hat, anzusetzen. Unter besonderen Umständen können die Behörden den Betroffenen eine Meldepflicht auferlegen oder die Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit fordern. Besteht Fluchtgefahr oder ist der Antrag auf einen Aufenthaltstitel offensichtlich unbegründet, kann der Mitgliedstaat eine kürzere Frist ansetzen oder auf die Festsetzung einer Ausreisefrist verzichten.

[202] Wenn ein Mitgliedstaat *ultima ratio* die zwangsweise Rückführung (Abschiebung) einer Widerstand leistenden Person anordnet, so müssen gewisse Grundsätze respektiert werden. Art. 8 Abs. 4 hält diesbezüglich fest [...] „diese Massnahmen müssen verhältnismässig sein und dürfen nicht über die Grenzen des Vertretbaren hinausgehen. Sie müssen nach dem einzelstaatlichen Recht im Einklang mit den Grundrechten und unter gebührender Berücksichtigung der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen angewandt werden." Der EuGH folgert auf der Grundlage dieser Bestimmung, dass die Mitgliedstaaten stets die am wenigsten intensive Zwangsmassnahme anzuwenden haben. Eine Inhaftnahme kann somit nur angeordnet werden, wenn eine Person durch ihr Verhalten die Abschiebung behindert.[193] Die Massnahme müsste das letzte wirksame Mittel sein, um die Ausschaffung zu realisieren.[194]

[203] Grundsätzlich hat die Haftdauer so kurz wie möglich zu sein und sich nur auf die Dauer der laufenden Abschiebungsvorkehrungen zu erstrecken. Gemäss Art. 15 Abs. 5 und 6 der Rückführungsrichtlinie wird die Haft so lange aufrechterhalten, wie dies erforderlich ist, um den erfolgreichen Vollzug der Abschiebung zu gewährleisten. Jeder Mitgliedstaat legt eine Höchsthaftdauer fest, die *sechs Monate* nicht überschreiten darf. Die Mitgliedstaaten dürfen die Haftdauer gemäss Art. 15 Abs. 6 in den Fällen um *zwölf Monate* verlängern, in denen mangelnde Kooperationsbereitschaft seitens der betroffenen Drittstaatsangehörigen oder Verzögerungen bei der Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten dazu führen, dass die Abschiebung länger dauern wird. Diese Haftverlängerung muss im Einklang mit dem nationalen Recht geschehen. Diese Bestimmung zur Haftdauer widerspiegelt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Zudem widerspiegelt sie die zwanzig Richtlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr, die vom Ministerkomitee des Europarats am 4. Mai 2005 verabschiedet wurden.[195]

4. Umsetzung in der Schweiz

4.1. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

[204] Die Ausschaffung, der zwangsweise Vollzug einer Wegweisung, kommt erst zum Zug, wenn die ausländische Person die angesetzte Ausreisefrist ungenutzt hat verstreichen lassen (Art. 69 Abs. 1 lit. a AuG). Zur Sicherung der Ausreise können die kantonalen Migrationsämter Zwangsmassnahmen anordnen. Die Bedingungen zur Anwendung der Zwangsmassnahmen werden im AuG geregelt (Art. 73-79 AuG). Die Bestimmungen zur Vollstreckung der Wegweisung sehen zunächst „milde Zwangsmassnahmen" (Meldepflicht, kurzfristige Fest-

[193] EuGH, PPU El-Dridi v. Italien, C-61/11 (2011), Ziff. 39.

[194] THOMAS HUGI YAR, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, in Jusletter 11. Juli 2011.

[195] Ministerkomitee des Europarats, Richtlinien (2005).

haltung, Ein- und Ausgrenzung, Leistung einer finanziellen Sicherheit oder die Hinterlegung von Reisedokumenten) vor, die erst in einem Folgeschritt zur Inhaftierung führen können.[196]

[205] Die kantonalen Migrationsbehörden können verschiedene Arten der Administrativhaft anordnen. Die Vorbereitungshaft soll die Durchführung des Wegweisungsverfahrens sicherstellen. Die Ausschaffungshaft bezweckt die Sicherstellung des Vollzugs eines erstinstanzlichen aber noch nicht zwingend rechtskräftigen Wegweisungsentscheids. Die Durchsetzungshaft verfolgt das Ziel, eine Person zur freiwilligen Ausreise zu bewegen. Die Anordnung der Haft setzt voraus, dass eine rechtskräftige Wegweisungs- bzw. Ausweisungsverfügung vorliegt und die Ausreisefrist abgelaufen ist. Sie kommt zur Anwendung, wenn trotz behördlichen Bemühungen der Vollzug der Wegweisung ohne Kooperation der betroffenen Person unmöglich ist. Die Durchsetzungshaft ist eine Beugehaft.[197] Grundsätzlich kann eine Administrativhaft nur angeordnet werden, wenn ein Weg- oder Ausweisungsverfahren gegen die Person läuft. Dies bedeutet, dass die Weg- bzw. Ausweisung der Person möglich und zulässig sein muss. Wesentlich ist nicht der formelle Abschluss des Wegweisungsverfahrens, sondern dass mit „genügender Wahrscheinlichkeit feststeht, ob der Vollzug einer Entfernungsmassnahme innert absehbarer Frist durchführbar ist oder nicht."[198]

[206] Die Kantone sind für den Vollzug der Administrativhaft zuständig. Sie entscheiden im Einzelfall über die Anordnung einer ausländerrechtlichen Administrativhaft. Die Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle und der Länderbericht des *Global Detention Project* enthalten Informationen zur kantonalen Praxis. Die soeben genannten Untersuchungen legen den Schluss nahe, dass es bei der Anwendung der Zwangsmassnahmen Unterschiede gibt.[199]

4.2. Haftgründe

[207] Die Haftgründe für die Anordnung der jeweiligen Haftarten werden in den entsprechenden Gesetzesartikeln abschliessend dargelegt. Die Migrationsbehörden können demzufolge aus keinem anderen Grund eine ausländische Person in Haft nehmen.

4.2.1. Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG)

[208] Vorbereitungshaft kann gegenüber ausländischen Personen, die über keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügen und die einen der in Art. 75 Abs. 1 lit. a bis h erwähnten Haftgründe erfüllen, angeordnet werden. Sie betrifft Personen ohne Aufenthaltsbewilligungen, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, aber auch Personen, die ein gesetzliches Anwesenheitsrecht haben (Art. 10 AuG) oder hier ihren Asylentscheid abwarten (Art. 42 AsylG). Eine Person kann in Vorbereitungshaft genommen werden, wenn die Wegweisung absehbar ist und die betroffene Person sich missbräuchlich verhält.[200]

---

[196] MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, S. 252 ff.

[197] GÖKSU, S. 759-760.

[198] Siehe BFM, Weisung I. 9, Ziff. 9.1.1.

[199] PARLAMENTARISCHE VERWALTUNGSKONTROLLE, Evaluation der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, Bern 2005; MICHAEL FLYNN/CECILIA CANNON, Immigration Detention in Switzerland – A Global Detention Project Special Report, Geneva 2011.

[200] GÖKSU, S. 732-733.

Die verschiedenen missbräuchlichen Handlungen, die zur Anordnung einer Haft führen können, werden in Art. 75 AuG konkretisiert.

[209] Eine ausländische Person kann in Vorbereitungshaft genommen werden, „wenn sie sich im Asyl- oder Wegweisungsverfahren weigert, ihre Identität offenzulegen, mehrere Asylgesuche unter verschiedenen Identitäten einreicht oder wiederholt einer Vorladung ohne ausreichende Gründe keine Folge leistet oder andere Anordnungen der Behörden im Asylverfahren missachtet" (Art. 75 Abs. 1 lit. a AuG). Eine Vorbereitungshaft kommt somit bei groben Pflichtverletzungen und der absichtlichen Täuschung der Behörden zur Anwendung. Die Vorbereitungshaft rechtfertigt sich ebenfalls, wenn mildere Zwangsmassnahme, bspw. die Ein- bzw. Ausgrenzung (gemäss Art. 74 AuG), ohne Erfolg blieben (Art. 75 Abs. 1 lit. b AuG). Die Anordnung einer Vorbereitungshaft ist auch zulässig, wenn die ausländische Person „trotz Einreiseverbot das Gebiet der Schweiz betritt und nicht weggewiesen werden kann" (Art. 75 Abs. 1 lit. c AuG). Es geht in diesen Fällen darum, künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern. Die Anordnung einer Vorbereitungshaft ist gestützt auf Art. 75 Abs. 1 lit. d AuG möglich, wenn aufgrund einer Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder wegen Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit eine Bewilligung rechtskräftig widerrufen oder nicht verlängert wurde (Art. 62 und 63 AuG), eine Wegweisung vorliegt, und die betroffene Person ein Asylgesuch einreicht. Zudem kann eine Person in Vorbereitungshaft genommen werden, wenn sie nach einer Ausweisung ein Asylgesuch einreicht (Art. 75 Abs. 1 lit. e AuG). Die Behörden begründen die Inhaftierung der Betroffenen damit, „dass in diesen Situationen das Asylverfahren eine leere Formalität darstellt, die genutzt wird, um unterzutauchen."[201]

[210] Wenn eine Person sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält, ein Asylgesuch einreicht und damit offensichtlich bezweckt, den drohenden Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu vermeiden, kann sie ebenfalls in Vorbereitungshaft genommen werden. Dies wird von Gesetzeswegen vermutet, wenn eine Person ohne Aufenthaltsbewilligung das Asylgesuch zu einem früheren Zeitpunkt hätte einreichen können. Geprüft werden muss im Einzelfall, ob die Person das Gesuch aus entschuldbaren Gründen verspätet eingereicht hat. Die Behörden gehen von einem missbräuchlichen Asylgesuch aus, wenn eine Person ihr Gesuch in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit einer Verhaftung, einem Strafverfahren, dem Vollzug einer Strafe oder dem Erlass einer Wegweisungsverfügung stellt (Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG). Eine Inhaftierung ist ferner möglich, wenn die betroffene Person „Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist" (Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG). Dieser Haftgrund war bei der Einführung der Zwangsmassnahmen besonders umstritten, weil er enge Berührungspunkte zum Strafrecht aufweist.[202] Die Vorbereitungshaft kann gestützt auf Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG gegen eine Person ohne Aufenthaltsbewilligung während der Vorbereitung des Ausweisungsentscheids angeordnet werden, wenn sie wegen eines Verbrechens rechtkräftig verurteilt worden ist. Art. 75 Abs. 1 lit. h al. 1bis AuG regelt schliesslich die Inhaftierung der Dublin-Fälle, also derjenigen Personen, die auf die Rückführung in den Erstasylstaat warten.

[201] HUGI YAR, Ziff. 10.65.

[202] Ibid, Ziff. 10.69.

4.2.2. Ausschaffungshaft (Art. 76 AuG)

[211] Liegt ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid vor, besteht ein Haftgrund und sind die Grundvoraussetzungen (Absehbarkeit des Wegweisungsvollzugs, Verhältnismässigkeit etc.) für eine Inhaftierung erfüllt, so kann Art. 76 AuG bei jeder in der Schweiz anwesenden ausländischen Person angewendet werden. Der Vollzug der Wegweisung muss objektiv möglich und auch gegen den Willen der betroffenen Person durchsetzbar sein. Die zuständige Behörde hat die im Hinblick auf den Wegweisungsvollzug notwendigen Schritte *umgehend* einzuleiten und voranzutreiben (Beschleunigungsgebot). Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots liegt laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn während mehr als zwei Monaten keinerlei Vorkehrungen im Hinblick auf den Wegweisungsvollzug getroffen wurden.[203]

[212] Wer bereits auf der Grundlage von Art. 75 AuG festgehalten wird, kann auf der Grundlage von Art. 76 Abs. 1 lit. a AuG in Haft belassen werden. Es soll verhindert werden, dass eine vorgängig weggewiesene und inhaftierte Person sich der Ausschaffung durch Untertauchen entzieht. Eine Untertauchensgefahr liegt auf der Grundlage von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AuG vor, wenn eine ausländische Person ihre Mitwirkungspflichten gemäss Art. 90 AuG und Art. 8 Abs. 1 lit. a AsylG verletzt. Die Nicht-Erfüllung dieser Pflichten wird als Anzeichen dafür gewertet, dass sich die Person der Ausschaffung entziehen will bzw. untertauchen wird. Lässt das bisherige Verhalten der Person darauf schliessen (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 AuG), dass sie sich den behördlichen Anordnungen widersetzen wird, so kann sie ebenfalls in Ausschaffungshaft genommen werden.

[213] Asylsuchende, die einen Nichteintretensentscheid erhalten haben, können zur Sicherung des Wegweisungsentscheids in Ausschaffungshaft genommen werden (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 AuG). Die Bestimmung betrifft diejenigen Asylsuchenden, die ihre Identitätspapiere nicht innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen 48 Stunden eingereicht haben, die ihre Mitwirkungspflichten grob verletzt haben, die ein Gesuch einreichen, welches den Zweck verfolgt, den Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu verhindern und denen Identitätstäuschung nachgewiesen werden kann.[204] In Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 AuG wird die Empfangsstellenhaft geregelt. Das BFM kann sie verfügen, wenn der Nichteintretensentscheid in einer Empfangsstelle eröffnet wird und der Vollzug der Wegweisung absehbar ist. Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff 6 AuG regelt schliesslich die Inhaftierung von Dublin-Fällen.

4.2.3. Kleine Ausschaffungshaft (Art. 77 AuG)

[214] Die „Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Papierbeschaffung" kann für eine Maximaldauer von 60 Tagen angeordnet werden. Die zuständige Behörde kann eine ausländische Person auf der Grundlage von Art. 77 AuG inhaftieren, wenn ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt, die Schweiz in der angesetzten Ausreisefrist nicht verlassen wurde und die Behörde die Papiere beschaffen musste.[205]

---

[203] Vgl. BGE, 124 II 49, E. 3a.

[204] HUGI YAR, Ziff. 10.95.

[205] Ibid, Ziff. 10.117.

4.2.4. Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG)

[215] Die Durchsetzungshaft kann angeordnet werden, wenn die betroffene Person ihrer Ausreisepflicht nicht innerhalb der angesetzten Ausreisefrist nachgekommen ist. Die Durchsetzungshaft soll das letzte Mittel bilden, wenn keine andere Zwangsmassnahme zum Ziel führt, die illegal anwesende Person in die Heimat zurückzuführen. Sie wird nur angeordnet, wenn sämtliche Bemühungen und Schritte der Behörden zum Wegweisungsvollzug am Verhalten der betroffenen Person scheiterten. Die Voraussetzungen sind z.B. gegeben, wenn eine Person trotz vorhandener Reisepapiere nicht ausgeschafft werden kann, weil eine zwangsweise Rückführung ohne Einwilligung der Person unmöglich ist. Der Vollzugsbehörde kommt bei der Entscheidung, wann nach ergebnislosen Vorkehren zur Papierbeschaffung bzw. zur Durchsetzung der Ausreisepflicht eine Durchsetzungshaft angeordnet werden soll, ein Beurteilungsspielraum zu.[206]

[216] Das Bundesgericht teilte die bis anhin behandelten Fälle zur Durchsetzungshaft in zwei Kategorien ein, die es für die Durchsetzungshaft als typisch bezeichnet. Die erste Kategorie betrifft Ausländer oder Ausländerinnen, die trotz vorhandener Reisepapiere nicht ausgeschafft werden können, weil die Rückführung in die betreffenden Länder ohne Einverständnis der Betroffenen nicht möglich ist; in die zweite Kategorie fallen Situationen, in denen die Durchsetzungshaft den Ausländer oder die Ausländerin zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Papieren oder bei der Bestimmung seiner oder ihrer Identität zwingen soll.[207]

4.3. Haftdauer und Haftbedingungen

[217] Mit der Übernahme der Rückführungsrichtlinie hat sich die Schweiz dazu verpflichtet, per 1. Januar 2011 bei der Ausgestaltung der Administrativhaft die europäischen Vorgaben zu beachten. Die Rückführungsrichtlinie unterscheidet nicht nach verschiedenen Haftarten, überlässt den Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit, dies zu tun. Die Rückführungsrichtlinie schreibt für die Haftdauer eine Obergrenze von sechs Monaten vor (Art. 15 Abs. 5 Rückführungsrichtlinie). Die Haft darf bis zu einer Maximaldauer von 18 Monaten verlängert werden, wenn einer der in Artikel 15 Abs. 6 der Rückführungsrichtlinie erwähnten Gründe vorliegt. Diese Obergrenze ist für sämtliche im nationalen Recht vorgesehenen Haftarten und die Kombinationen dieser Haftarten verbindlich. Für eine Haftverlängerung über die Maximaldauer hinaus gelten bei allen Haftarten dieselben Gründe.

[218] In der Schweiz sind die Haftverlängerungsgründe in Art. 79 AuG geregelt. In Übereinstimmung mit der Rückführungsrichtlinie besagt Art. 79 Abs. 1 AuG, dass die Vorbereitungs- und die Ausschaffungshaft sowie die Durchsetzungshaft zusammen die maximale Haftdauer von sechs Monaten nicht überschreiten dürfen. Die Höchstgrenze von sechs Monaten gilt sowohl für die Gesamtdauer einer Haftart wie auch für die Kombination verschiedener Haftarten.[208] Gemäss Art. 79 Abs. 2 AuG kann die Maximaldauer mit Zustimmung der kantonalen richterlichen Behörde um zwölf Monate verlängert werden, wenn die betroffene Person nicht mit der zuständigen Behörde kooperiert oder sich die Übermittlung der für die Ausreise erforderlichen Unterlagen durch einen Staat, der kein Schengen-Staat ist, verzö-

[206] HUGI YAR, Ziff. 10.121.

[207] Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 2C_411/2007 vom 6. November 2007, E. 2.2.

[208] Siehe BFM, Weisung I. 9, Ziff. 9.10.

gert. Diese Verlängerungsgründe entsprechen der Rechtsprechung des Bundesgerichts,[209] die im Zusammenhang mit der Verlängerung der Ausschaffungshaft und der Durchsetzungshaft im AuG ergangen ist.

[219] Die Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG) ist während der Vorbereitung des Entscheides über die Aufenthaltsberechtigung für höchstens sechs Monate zulässig. Die Vorbereitungshaft muss auf eine angemessene Frist beschränkt werden. Kann das Verfahren nicht rechtzeitig abgeschlossen werden, darf die Haftdauer bis zur Maximaldauer verlängert werden. Die Behörden haben Bewilligungs- bzw. Asylgesuche von Inhaftierten prioritär zu behandeln. Die Vorbereitungshaft kann in eine Ausschaffungshaft umgewandelt werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Ausschaffungshaft (Art. 76 AuG) ist nur so lange aufrechtzuerhalten, wie ihr Zweck dies erfordert. Sie kann im Rahmen der erstmaligen Haftanordnung für eine Dauer von bis zu sechs Monate angeordnet werden.[210] Die Frist beginnt im Moment, in welchem die betroffene Person aus ausländerrechtlichen Gründen festgehalten wird.

[220] Die „kleine Ausschaffungshaft" (Art. 77 AuG), die wegen fehlender Mitwirkung bei der Beschaffung der Reisepapiere, verfügt wird, hat eine Obergrenze von 60 Tagen.

[221] Die Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG) kann für einen Monat angeordnet werden. Sie kann mit Zustimmung der richterlichen Behörde jeweils um zwei Monate verlängert werden, wenn die Person keine Bereitschaft zeigt, ihr Verhalten zu ändern. Eine eigene Obergrenze für die Durchsetzungshaft wurde nicht festgelegt. Die Maximaldauer der Haftanordnung beträgt gemäss Art. 79 AuG sechs Monate, wobei die Haft im Maximalfall auf 18 Monate verlängert werden kann.

[222] Ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen stellen keine Strafhaft dar, sondern sind administrative Massnahmen.[211] Gemäss Art. 81 Abs. 2 AuG sind als Folge „die inhaftierten Ausländerinnen und Ausländer von Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug gesondert unterzubringen". Des Weiteren hält Art. 81 Abs. 3 AuG fest, dass den Bedürfnissen von Schutzbedürftigen, unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen bei der Ausgestaltung der Haft Rechnung zu tragen ist. In Abs. 3 derselben Bestimmung wird zudem für die Ausgestaltung der Haft auf die Rückführungsrichtlinie verwiesen.

4.4. Haftdauer in der Praxis

[223] Die Anordnung der Administrativhaft im Ausländerbereich obliegt den Kantonen. Da wenig über die effektive Anwendung der Zwangsmassnahmen in der föderalen Schweiz bekannt ist, beauftragte die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) 2005 die Universität Zürich, eine Evaluation zur Anwendung der Zwangsmassnahmen zu erarbeiten. Diese Studie hat die Anwendung der Zwangsmassnahmen in fünf Kantonen (BL, GE, SH, VS, ZH) untersucht. Die Evaluation kam zum Schluss, dass „knapp 60 bis 80% der Inhaftierten weniger lang als einen Monat in Haft bleiben."[212] Eine Umfrage unter den Kantonen für die Jahre

[209] Vgl. z.B. BGE 130 II 56, E.4.1.2 und 4.1.3.

[210] Siehe BFM, Weisung I. 9, Ziff. 9.3.

[211] MARTINA CARONI/TOBIAS D. MEYER/LISA OTT, Migrationsrecht, 2. Aufl., Bern 2011, S. 165.

[212] PARLAMENTARISCHE VERWALTUNGSKONTROLLE, Evaluation der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, Bern 2005, http://www.admin. ch/ch/d/ff/2006/2603.pdf, S. 51.

2007 und 2008 hat gezeigt, dass die Haft nur in wenigen Fällen (weniger als 1%) länger als 18 Monate dauerte. In den meisten Fällen konnte der Vollzug der Wegweisung bei einer Haftdauer von weniger als 12 Monaten erfolgen. Die durchschnittliche Haftdauer betrug 2008 weniger als 20 Tage.[213]

[224] Basierend auf der Evaluation forderte die GPK des Nationalrats, dass künftig umfassendes und vergleichbares Datenmaterial aus den Kantonen zum Vollzug der Zwangsmassnahmen aufbereitet werde, um qualitative Schlüsse bezüglich der Wirksamkeit der angewandten Vollzugsinstrumente ziehen zu können. Mit dem Ziel, statistisch aussagekräftige Daten im Bereich der Zwangsmassnahmen zu erheben, hat der Bundesrat der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung (VVWA) von ausländischen Personen[214] einen neuen Art. 15*a* hinzugefügt. Seit 2008 erhebt das BFM die Anzahl der Haftanordnungen, die Dauer der Haft, die Anzahl der Rückführungen und der Haftentlassungen, Nationalität, Geschlecht und Alter der inhaftierten Personen sowie die Haftart.[215] Von Januar 2008 bis Juni 2010 betrug die Durchschnittsdauer für die Vorbereitungshaft 31 Tage, für die Ausschaffungshaft 24 Tage und für die Durchsetzungshaft 155 Tage.[216]

5. Handlungsbedarf

[225] Das Thema Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht wurde im Parlament mehrere Male kontrovers diskutiert. Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) unterstreicht in ihrem Bericht, dass die Zwangsmassnahmen in den Kantonen mit grossen Unterschieden angewendet werden. Die Unterschiede bei der Haftdauer und der angewendeten Haftgründe seien stossend.[217] Sie weist zudem auf Koordinationsprobleme bei der Ausreiseorganisation und einen Kontrollverlust hin. Sie zieht aus der PVK-Evaluation den Schluss, dass das föderale System in eine Harmonisierungsphase eintreten müsste. Sie wünscht sich zu diesem Zweck unter anderem eine verbesserte Koordination, aussagekräftigere Daten und eine einheitlichere Rechtsanwendung.[218]

[226] Der Bundesrat bekräftigte in seiner Stellungnahme die grundlegende Stossrichtung der Forderungen der GPK. Er äusserte seine Bereitschaft, verschiedene Massnahmen und gesetzliche Regelungen zu prüfen, die den Empfehlungen der GPK-N Folge leisteten.[219] Die GPK-N zeigte sich zufrieden mit der Stellungnahme des Bundesrats, kündigte aber zugleich an, dass sie eine Nachkontrolle durchführen werde. Im Jahresbericht 2009 bemängelt die GPK-N, dass die Daten noch immer nicht aussagekräftig genug seien, um Angaben zur Bedeutung der Durchsetzungshaft zu machen. Die Frage, weshalb die Vollzugspraxis in den Kantonen unterschiedlich sei, sei ebenfalls unbeantwortet geblieben. Aus diesem Grund bat sie den Bundesrat, weiterhin auf eine Harmonisierung beim Vollzug hinzuarbeiten. Ein einheitlicher

---

[213] Botschaft Rückführungsrichtlinie, S. 8901.

[214] Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA) vom 11. August 1999 (Stand am 5. Dezember 2006), SR 142,281.

[215] Vgl. z.B. Postulat Antonio Hodgers 11.3997, „Statistik zu den Zwangsmassnahmen gegenüber Ausländerinnen und Ausländern" vom 20. Sep. 2011.

[216] EJPD Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011, Anhang 4.

[217] Bericht der GPK, S. 2590.

[218] Ibid, S. 2580.

[219] Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der GPK.

Vollzug sollte insbesondere auch unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit thematisiert werden.[220]

[227] Die Anwendung der Zwangsmassnahmen wurde nach der Ausstrahlung des Films „Vol Spécial" im Parlament erneut aufgegriffen. Antonio Hodgers forderte die Aufhebung (11.3953) bzw. die Lockerung der Zwangsmassnahmen (11.3952) und die Veröffentlichung eines statistischen Berichts zur Anwendung der Zwangsmassnahmen (11.3997).[221] Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der beiden Motionen und des Postulats. Er begründete seine ablehnende Haltung damit, dass das Monitoring des BFM zu einer Verbesserung der Transparenz geführt habe und dass die Kantone die Zwangsmassnahmen bereits heute restriktiv anwenden würden.

[228] Diese Einschätzung des Bundesrats wird von den Nichtregierungsorganisationen nicht geteilt, so schreibt z.B. humanrights.ch, „dass die vorhandenen Informationen zur Anwendung der Zwangsmassnahmen spärlich seien und dass die schweizerische Rechtsordnung eine exzessive Anzahl von Gründen aufliste, welche es den Behörden ermöglichen, eine ausländische Person mittels Inhaftierung zur Kooperation zu zwingen".[222] Amnesty International stellt aufgrund von Beobachtungen des Weiteren fest, „dass die Verhältnismässigkeit der Administrativhaft in zahlreichen Fällen nicht gegeben sei und dass bei der Haftüberprüfung und bei der Entscheidung über eine Haftverlängerung die Verhältnismässigkeit ungenügend differenziert betrachtet werde. Der Ausgang der Haftverhandlungen sei meistens im Vorneherein bestimmt." [223] Amnesty fordert daher, dass die Administrativhaft dem zu erreichenden Ziel entsprechend notwendig sowie verhältnismässig ausgestaltet sein müsse, in einem fairen Verfahren regelmässig auf ihre Verhältnismässigkeit hin überprüft und so kurz wie möglich gehalten werden müsse. [224]

[229] Das EJPD beschäftigt sich in seinem Bericht zu Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich u.a. mit der Anwendung der Ausschaffungshaft. Der EJPD Bericht führt die bestehenden Differenzen bei der Anzahl der Haftanordnungen und der Haftdauer nicht auf die rechtliche Grundlage oder die mangelnde Koordination sondern auf infrastrukturelle Probleme in den Kantonen zurück. Das EJPD ortet das grösste Problem, insbesondere in der Westschweiz, bei den fehlenden Haftplätzen. In der Regel werde die Ausschaffungshaft also nur in denjenigen Fällen angeordnet, in denen der Wegweisungsvollzug unmittelbar bevorstehe.[225] Aus diesem Grund wird eine Aufstockung der Anzahl Haftplätze in den Kantonen gefordert, welche einen konsequenteren Wegweisungsvollzug ermöglichen würde.[226] Das BFM geht davon aus, dass rund 200 Haftplätze fehlen.[227]

---

[220] Jahresbericht 2009 GPK, S. 2722-2724.

[221] Postulat Antonio Hodgers 11.3997, „Statistik zu den Zwangsmassnahmen gegenüber Ausländerinnen und Ausländern" vom 20. Sep. 2011; Motion Antonio Hodgers 11.3952, „Zwangsmassnahmen für nichtkriminelle Ausländer und Ausländerinnen lockern", Motion Antonio Hodgers 11.3953, „Aufhebung der Zwangsmassnahmen für nichtkriminelle Ausländerinnen und Ausländer" vom 29. Sep. 2011.

[222] http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Strafen/Freiheitsentzug/idart_8709-content.html.

[223] Amnesty International, Factsheet zu Vol Spécial, S. 5; siehe http://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/schweiz/dok/2011/film-vol-special/factsheet-zu-vol-special.

[224] Ibid, S. 5.

[225] EJPD Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011, S. 24.

[226] Ibid, S. 27.

[227] http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/ausschaffungen_es_fehlen_200_gefaengnisplaetze_11323392 8.html.

6. Schlussfolgerungen

[230] Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die ausländerrechtlichen Bestimmungen im AuG zur Administrativhaft in der Schweiz die Vorgaben der internationalen Menschenrechtsorgane weitgehend erfüllen.[228] Unter dem Regime des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)[229] war diese Konformität noch nicht gegeben, wie das Urteil *Jusic v. Switzerland* zeigte.[230] Inwiefern die Praxis der rechtsanwendenden Behörden die internationalen Menschenrechtsstandards berücksichtigt, ist um einiges schwieriger zu beurteilen, weil die Praxis föderal organisiert und wenig transparent und dokumentiert ist.

[231] Ein wesentlicher Kritikpunkt der internationalen Menschenrechtsorgane betraf in der Vergangenheit die Länge der Administrativhaft, die mit einer Maximalgrenze von 24 Monaten höher lag als in den meisten anderen europäischen Staaten. Die Empfehlung des CAT erfolgte im Mai 2010, bevor das AuG an die Rückführungsrichtlinie angepasst wurde. Mit der Übernahme der EU-Rückführungsrichtlinie hat sich die Schweiz in diesem Punkt den europäischen Standards angenähert. Die Rechtslage in der Schweiz entspricht somit im Wesentlichen den Anforderungen der internationalen Überwachungsorgane.

[232] Die Frage, ob im Bereich der ausländerrechtlichen Administrativhaft der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Praxis eingehalten wird, kann im vorliegenden Kapitel nicht mit Sicherheit beantwortet werden. Um eine gesicherte Aussage machen zu können, wäre es nötig, einerseits die bestehende Rechtsprechung einer Analyse zu unterziehen. Andererseits müssten detailliertere Angaben zur Praxis der Vollzugsbehörden erhoben werden. Nur so wäre es möglich, sich zur Frage zu äussern, ob der Verhältnismässigkeitsgrundsatz in der Praxis eingehalten wird.

[233] Verschiedene Studien, parlamentarische Vorstösse und Stellungnahmen von Nichtregierungsorganisationen sind sich einig, dass Handlungsbedarf bei der Verbesserung der Transparenz im Bereich der ausländerrechtlichen Haft besteht. Zu diesem Punkt gilt festzuhalten, dass das BFM zwar im Rahmen des Monitorings Zwangsmassnahmen zahlreiche Informationen zur Administrativhaft erhebt, aber dass diese Informationen der breiteren Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehen. Im Bereich der Administrativhaft, die viele grundrechtlich relevante Frage aufwirft, scheint es uns unabdingbar, die Transparenz – auch gegenüber nichtstaatlichen Akteuren – zu erhöhen. Zur Verbesserung der Transparenz gehört unseres Erachtens unter anderem die regelmässige Veröffentlichung der Informationen zum Monitoring der Zwangsmassnahmen.

Autorin:

Nicole Wichmann, Dr. phil., Themenbereich Migration, Schweizerisches Kompetenzzenrum für Menschenrechte, Universität Neuchâtel

Geltung hat die deutsche Fassung dieses Kapitels.

---

[228] Dies scheint die Haltung des Bundes zu reflektieren, siehe CAT, Summary Record Switzerland (2010), Ziff. 17.

[229] Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)

[230] EGMR, *Jusic v. Switzerland,* 4691/06 (2010).

ASYLRECHT

I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[234] Dieses Kapitel zum Thema Asylrecht hat nicht zum Ziel, eine umfassende Analyse des schweizerischen Asylrechts abzugeben, sondern es geht vielmehr darum, die Bereiche vorzustellen, die in internationalen Empfehlungen kritisiert werden. Die ergangenen Empfehlungen betreffen überwiegend das Asylverfahren und die Nothilfe.

[235] Diese Empfehlungen werden hier in der „chronologischen" Abfolge entsprechend der Bearbeitung eines Asylantrags dargestellt. Im ersten Unterkapitel wird das Asylverfahren als solches und insbesondere die Problematik der Fristen und des Rechtsschutzes besprochen. Anschliessend wenden wir uns der Nothilfe zu, die an Personen mit einem Nichteintretensentscheid (NEE) und abgewiesene Asylsuchende entrichtet wird.

II. ASYLVERFAHREN: RECHTSSCHUTZ UND FRISTEN

1. Einleitung und Empfehlungen

[236] Mehrere UNO-Ausschüsse sowie europäische Menschenrechtsorgane haben im Asylbereich Empfehlungen gegenüber der Schweiz ausgesprochen. Diese betreffen bestimmte Aspekte des Asylverfahrens und die Nothilfe. Das vorliegende Kapitel geht auf diejenigen Aspekte ein, die mit dem Asylverfahren verbunden sind.

[237] Mit Blick auf das Asylverfahren werden zwei Aspekte kritisch beleuchtet. Einerseits handelt es sich um – präzis formulierte – Empfehlungen zur Frage des *Rechtsschutzes*, die den Zugang zu Rechtsschutz und dessen Einschränkungen umfassen, und andererseits um – allgemeiner gehaltene – Empfehlungen, in denen die Schweiz angehalten wird, eine *Analyse des Asylgesetzes* einzuleiten und zu prüfen, ob dessen Anwendung mit den Grundrechten in Einklang steht.

[238] Drei Empfehlungen stehen im Mittelpunkt des vorliegenden Kapitels. Eine vierte Empfehlung wird hier ebenfalls erwähnt, aber da sie bereits Gegenstand einer Analyse des SKMR war, gehen wir an dieser Stelle nicht weiter auf sie ein[231].

[239] Was zunächst den Rechtsschutz betrifft, so haben der MRA und der CAT im Jahr 2009 bzw. 2010 identische Empfehlungen abgegeben, und zwar fordern sie die Schweiz zu Folgendem auf: „Der Vertragsstaat sollte seine Gesetzgebung anpassen, um unentgeltliche Rechtspflege für Asylsuchende während sämtlicher Asylverfahren, ob ordentliche oder ausserordentliche, zu gewährleisten."[232]

---

[231] SKMR, Studie um Follow-up zu den UPR-Empfehlungen 2012, Kap. 57.2.

[232] MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 18, und CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 14. In einem anderen Bereich – dem der *Administrativhaft im Asylbereich* – haben die USA im Rahmen des zweiten periodischen allgemeinen Prüfungsverfahrens des Menschenrechtsrats bezüglich der Frage des Rechtsschutzes und des Zugangs zu Rechtsschutz gegenüber der Schweiz ebenfalls eine Empfehlung ausgesprochen. Es handelt sich um die Empfehlung 122.11, die folgendes besagt :

[240] Die Frage der Kompatibilität des schweizerischen Asylgesetzes mit dem internationalen Recht wurde im Jahr 2008 vom Menschenrechtsrat aufgeworfen und 2009 durch die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) wiederholt. Die von Brasilien im Rahmen der universellen periodischen Überprüfung formulierte Empfehlung hält die Schweiz an, eine Analyse zur Verträglichkeit des neuen Asylgesetzes mit den internationalen Menschenrechten vorzunehmen.[233] Die ECRI empfiehlt den Schweizer Behörden hingegen, die Umsetzung des neuen Asylrechts genau zu beobachten und in Absprache mit den zuständigen nichtstaatlichen Stellen, u.a. dem UNHCR und der NRO, welche die Interessen von Asylsuchenden vertreten, alle erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, welche sicherstellen, dass die Rechte von Asylsuchenden und Flüchtlingen in der Praxis vollständig gewährleistet sind"[234].

2. Problematik

[241] Angesichts dieser Empfehlungen und unter Berücksichtigung sämtlicher Berichte der verschiedenen Menschenrechtsorgane können in Bezug auf das Asylverfahren in der Schweiz im Wesentlichen zwei Problembereiche ausgemacht werden.

[242] Erstens, die Problematik des Rechtsschutzes, welche in den Empfehlungen des CAT und des MRA ausdrücklich erwähnt wird. Die Thematik wird auch vom ECRI Bericht aufgegriffen, der eher allgemein festhält, dass im Asylverfahren der Zugang zu Rechtshilfe schwierig bleibt[235]. Die Empfehlungen des CAT und des MRA betreffen drei materielle und ein prozedurales Element. Hinsichtlich des Verfahrens empfehlen die Ausschüsse der Schweiz „ihre Gesetzgebung zu überprüfen". Diese „Überprüfung" sollte die drei folgenden (kumulativ zu betrachtenden) Punkte beinhalten: die Bereitstellung eines *unentgeltlichen Rechtsbeistands*, durch einen *Rechtsanwalt*, für *sämtliche Asylverfahren*, unabhängig davon, ob es sich um ordentliche oder ausserordentliche Verfahren handelt.

[243] Die Asylgesetzgebung ist ein zweiter Bereich, der den UNO-Vertragsorganen und dem Europarat ein Dorn im Auge ist (insbesondere die Änderungen, die am 1. Januar 2007 bzw. 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind)[236]. Die verschiedenen Menschenrechtsorgane haben mehrere Punkte bemängelt. Es handelt sich insbesondere um die Fragen der Nothilfe und der Verfahrensfristen. Der Bericht der ECRI äussert sich explizit zu den Fristen: *„die Fristen für die Antragstellung oder die Einreichung eines Einspruchs werden als zu kurz erachtet*, vor allem angesichts der strikten Auflage der Behörden in Bezug auf die Nachweisdokumente, die vorzulegen sind, insbesondere in der Entscheidungsphase, ob ein Antrag für eine Sachprüfung eingereicht wird."[237]

„Für alle Asyl- und Rückführungshäftlinge den Zugang zu Anwälten sowie die Unterrichtung und den Zugang zur konsularischen Vertretung gewährleisten gemäss den internationalen gesetzlichen Verpflichtungen einschliesslich Artikel 36 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen." UPR Switzerland 2012.

[233] UPR Switzerland 2008, Empfehlung 57.2.

[234] ECRI, 4. Bericht, Ziff. 169.

[235] Idem, Ziff. 166.

[236] Diese Gesetzgebung war zum Zeitpunkt, als die Empfehlungen von den verschiedenen UN-Organen ausgesprochen wurden, „neu". Seither wurde dieses Gesetz durch die „neuen" Vorlagen im September bzw. Dezember 2012 weitgehend verändert. Siehe AS 2012 5359 und BBl 2012 9685.

[237] Hervorhebung durch die Autoren. Idem, Ziff. 166 *in fine*.

[244] Das vorliegende Kapitel geht auf die Fragen des Rechtsschutzes und die im Asylverfahren geltenden Fristen, insbesondere in den (beschleunigten) Nichteintretensverfahren, ein. Diese beiden Punkte werden im Abschnitt zu den internationalen Verpflichtungen gemeinsam behandelt (Unterkapitel 3). Anschliessend, wenn es um die interne Umsetzung geht, werden sie getrennt erörtert (Unterkapitel 4).

[245] Diese beiden Themen sind zudem eng miteinander verknüpft, so wird im Rahmen der laufenden Asylgesetzrevision diskutiert, die Beschwerdefrist im normalen Asylverfahren um die Hälfte zu senken[238] und im Gegenzug einen unentgeltlichen Rechtsbeistand einzuführen. Die Einführung der unentgeltlichen Rechtspflege wird somit als Begleit- bzw. Kompensationsmassnahme dargestellt, die die Verkürzung der Rekursfrist aus grundrechtlicher Perspektive verkraftbar machen soll[239].

3. Internationale Verpflichtungen und verfassungsrechtliche Grundlagen

3.1. Völkerrechtliche Normen

[246] Im Völkerrecht gibt es nur vereinzelte verfahrensrechtliche Bestimmungen, die auf das Asylrecht anwendbar sind. Daher muss hauptsächlich auf die allgemeinen Bestimmungen in Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 des Pakts II Bezug genommen werden. Demgegenüber sind Art. 6 EMRK und Art. 14 Pakt II, obwohl sie von Verfahrensgarantien handeln (Recht auf ein faires Verfahren), nicht – bzw. nur eingeschränkt[240]– auf Asylverfahren anwendbar[241].

[247] Art. 13 EMRK, welcher das Recht auf eine wirksame Beschwerde verbrieft, legt fest: „Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben."

[248] Diese Bestimmung kann bislang nur subsidiär im Zusammenhang mit der Verletzung anderer Konventionsrechte geltend gemacht werden. Im Asylbereich wird dieser Artikel da-

---

[238] Siehe zu diesem Punkt die Option 1, die weiter unten unter Unterkapitel II.4.2.2 vorgestellt wird.

[239] KUHN, S. 6. In diesem Sinn siehe z.B. ebenfalls den neuen Art. 112*b* AsylG, bezüglich des Asylverfahrens im Rahmen der Testphase, das am 28. September 2012 als dringliche Massnahme vom Parlament verabschiedet wurde und das in seinem Absatz 3 statuiert, dass der Bundesrat für Testphasen die Beschwerdefrist von 30 Tagen gemäss Artikel 108 Abs. 1 auf 10 Tage verkürzen kann, wenn der wirksame Rechtsschutz der betroffenen Asylsuchenden durch geeignete Massnahmen gewährleistet ist. Die genaue Bedeutung der Begriffe „geeignete Massnahmen" und „wirksamer" Rechtsschutz ist noch unklar. AS 2012 5359, 5361.

[240] Gemäss der Auffassung des MRA ist Art. 14 Abs. 1 Pakt II vor dem Bundesverwaltungsgericht anwendbar, zumal das BVGer ein richterliches Organ ist, welches bei der Verhängung von Massnahmen die Einhaltung der Verfahrensgarantien zu gewähren hat (z.B. Disziplinarmassnahmen, wie dies in der Beschwerde Perterer der Fall war). Die Bestimmung des Paktes ist insofern weiter gefasst, als Art. 6 EMRK keine Garantie enthält, die derjenigen gleichwertig wäre, die im ersten Satz von Art. 14 Abs. 1 festgeschrieben ist („Alle Menschen sind vor Gericht gleich"). MRA, *Perterer c. Austria*, 1015/2001 (2004), Ziff. 9.2.

[241] Die konstante Rechtsprechung des EGMR besagt, dass „decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant's civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention". siehe z.B. EGMR, *Mamatkulov und Askarov v. Turquie*, 46827/99 und 46951/99 (2005), Ziff. 80. Siehe auch BGE 137 I 128 Erw. 4.4.2.

her oft in Kombination mit einer Verletzung von Art. 3 EMRK angeführt, der den völkerrechtlichen Grundsatz der Nichtrückschiebung festschreibt.

[249] Darüber hinaus hat der EGMR in konstanter Rechtsprechung präzisiert, dass „die Wirksamkeit der Beschwerde sowohl in der Praxis als auch im Recht gegeben sein muss". Dieser Grundsatz bedeutet, dass bestimmte Anforderungen an die Qualität und die Fristen gestellt werden, und dass der Beschwerde eine aufschiebende Wirkung zukommen muss. Der EGMR misst der wirksamen Beschwerde eine grosse Bedeutung zu, insbesondere aufgrund des bei Folter oder Misshandlung entstandenen irreversiblen Schadens[242].

[250] Art. 2 Abs. 3, lit. a des Pakts II behandelt ebenfalls das Recht auf eine wirksame Beschwerde: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, a) dafür Sorge zu tragen, dass jeder, der in seinen durch diesen Pakt anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht hat, eine wirksame Beschwerde einzulegen, selbst wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben". Genau wie Art. 13 EMRK kann eine Verletzung von Art. 2 Abs. 3 Pakt II nur subsidiär, d.h. in der Verbindung mit anderen vom Pakt II garantierten Rechten, geltend gemacht werden[243].

3.2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

[251] Neben diesen beiden völkerrechtlichen Bestimmungen beinhalten die Art. 29 bis 32 BV allgemeine Verfahrensgarantien. In diesem Zusammenhang ist Art. 29 BV, der drei Absätze umfasst, von besonderem Interesse: „(1) Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. (2) Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. (3) Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand".

[252] Die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien kommen jedoch nur subsidiär zur Anwendung. Sie greifen nur dann, wenn es weder ein Verfahrensgesetz noch eine Spezialgesetzgebung gibt, welche die innerhalb eines bestimmten Bereichs anwendbaren Verfahrensgarantien präzisieren, bzw. wenn die gesetzlichen Vorschriften nicht das erforderliche Mindestniveau garantieren. Im Bereich des Asylrechts kommen unterschiedliche rechtliche Grundlagen ins Spiel. Es handelt sich insbesondere um das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), das Asylgesetz (AsylG), sowie die Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (AsylV 1). Diese Normen werden weiter unten im Rahmen des Teils über die Umsetzung auf interner Ebene ausführlicher behandelt (Unterkapitel 4).

---

[242] EGMR, *I. M. v. France*, 9152/09 (2012), Ziff. 128 *in fine*, mit weiteren Verweisen, sowie respektive, Ziff. 132.

[243] In diesem Sinne siehe z.B. den folgenden Entscheid des MRA: MRA, *Rajapakse v Sri Lanka*, 1250/2004 (2006), Kap. 9.5. Zum Vergleich der Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 des Pakts II, siehe MALINVERNI GIORGIO, Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in: KÄLIN WALTER/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED (éd.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte/La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Basel u.a. 1997, p. 60.

3.3. Empfehlungen des Europarates

[253] Bestimmte Organe des Europarates haben bezüglich der Frage der Asylverfahren und insbesondere im Hinblick auf die Anwendung beschleunigter Verfahren Empfehlungen abgegeben.

[254] Im Jahr 2009 hat das Ministerkomitee „Leitlinien über den Schutz der Menschenrechte im beschleunigten Asylverfahren" verabschiedet[244]. Was die Verfahrensgarantien betrifft, hat das Ministerkomitee u.a. daran erinnert, dass die Asylsuchenden zumindest „das Recht auf Zugang zu Rechtsschutz und zu einem Rechtsbeistand haben müssen, wobei präzisiert wird, „dass der Rechtsschutz in Übereinstimmung mit nationalem Recht zu gewähren ist" (Punkt IV, Kap. 1, Buchstabe f).

[255] Das *Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand* wird im erläuternden Bericht weiter ausgeführt[245].

[256] Das Asylverfahren an und für sich muss qualitativ hochwertig sein (Punkt VIII) und die *Fristen für das Einreichen eines Antrags oder für dessen Prüfung* müssen „angemessen" sein bzw. „ausreichend sein, um unter Einhaltung der Mindest-Verfahrensgarantien, die dem Antragsteller eingeräumt werden, eine vollständige und gerechte Prüfung zu ermöglichen". Letztendlich darf die Frist jedoch nicht zu lang sein, um die Schnelligkeit des beschleunigten Verfahrens in Frage zu stellen, insbesondere, wenn die asylsuchende Person inhaftiert ist (Punkt IX, Ziff. 1 bis 3)[246].

[257] Schliesslich wird die *Frage der Beschwerde* in diesem Text behandelt. Gemäss Punkt X, Ziff. 1 und 2 müssen Asylsuchende, deren Anträge abgelehnt wurden, Anspruch darauf haben, dass der Entscheid im Rahmen einer wirksamen Beschwerde nochmals überprüft wird und die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat, wenn die Asylsuchenden in vertretbarer Weise geltend machen, dass der Vollzug des Wegweisungsentscheids sie einem reellen Verfolgungsrisiko oder der Todesstrafe, Folter, unmenschlichen Strafen oder herabwürdigenden Behandlungen aussetzt. Damit die Verfahrensgarantien in den Augen des Ministerkomitees eingehalten sind, muss die Beschwerde wirksam sein und eine aufschiebende Wirkung haben[247].

[258] Im Jahr 2009 hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates ebenfalls eine gewisse Anzahl an Empfehlungen zuhanden der Mitgliedsstaaten des Europarates formuliert[248]. Sie stellt zunächst fest, dass in manchen Mitgliedsstaaten des Europarates bis zu 50 %, bzw. in manchen Fällen sogar noch mehr, der erstinstanzlichen Asylentscheide im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, was Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit und Qualität dieser Entscheidungen aufwirft. Das Einreichen einer Beschwerde verzögert nicht nur die endgültige Entscheidungsfindung, sondern erhöht auch die Kosten des Verfahrens und das Gefühl der Unsicherheit für die asylsuchende Person und die Familienmitglieder. Im Übrigen

---

[244] CM/Del/Dec(2009)1062/4.5/annexe6F, vom 1. Juli 2009.

[245] CM(2009)51 add3, vom 28. Mai 2009, Ziff. 34 und 35.

[246] Der erläuternde Bericht behandelt zusätzlich die Frage der Fristen in den Abschnitten 71-73.

[247] Das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Punkt X, Kap. 1) wird in den Absätzen 74-83 des erläuternden Berichts präzisiert und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird in den Absätzen 84-89 beschrieben.

[248] Entschliessung 1695 (2009), Verbesserung der Qualität und Einheitlichkeit der Asylentscheidungen in den Mitgliedsstaaten des Europarates, verabschiedet am 20. November 2009 (freie Übersetzung).

räumen nicht alle Staaten den betroffenen Personen eine Beschwerdemöglichkeit ein, die von Amtes wegen aufschiebende Wirkung hat, so wie dies die EMRK fordert (Ziff. 6).

[259] Um die Qualität der Entscheidungen im Bereich des Asylrechts zu verbessern, hat die Parlamentarische Versammlung die Mitgliedsstaaten aufgefordert:

8.1. den Zugang zum Asylverfahren zu garantieren: [...]

8.1.3. indem sie praktische Hindernisse, die einem Asylverfahren entgegenstehen, unterbinden, wie unnötig kurze oder automatisch angewandte Fristen für die Einreichung eines Antrags, sprachliche Einschränkungen beim Ausfüllen der Formulare und Probleme beim Zugang zu kompetenten Dolmetschern; [...]

8.1.5. indem sie kostenlos eine rechtliche Unterstützung und einen Rechtsbeistand in Übereinstimmung mit den für die unentgeltliche Rechtspflege geltenden nationalen Vorschriften bereitstellen, und zwar nicht erst im Stadium der Beschwerde, sondern gleich vom Anfang des Asylverfahrens an; [...]

8.3. indem sie die Verfahrensgarantien verbessern, einschliesslich auf der Ebene der Beschwerde: [...]

8.3.2. indem sie sämtliche Verfahren abschaffen, die die EMRK verletzen und/oder zu falschen Einschätzungen führen, die das Risiko für eine Wegweisung erhöhen. Es handelt sich insbesondere um unverhältnismässig kurze bzw. automatische Fristen, Beschwerden ohne aufschiebende Wirkung und tiefe Standards für die richterliche Prüfung im Berufungsverfahren.

4. Umsetzung auf interner Ebene

4.1. Unentgeltlicher Rechtsbeistand

4.1.1. Aktueller Stand der Dinge

[260] Betreffend den unentgeltlichen Rechtsbeistand garantiert Art. 29 Abs. 3 BV ausdrücklich „jeder Person, die nicht über ausreichende Mittel verfügt", einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung, „wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtlos erscheint". Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird gewährleistet, wenn sich dies, insbesondere infolge der Komplexität der Sache, als notwendig erweist[249].

[261] Die allgemeine Verfahrensgarantie in Art. 29 Abs. 3 BV wird durch weitere Bestimmungen ergänzt. Insbesondere das Verwaltungsverfahrensgesetz enthält zwei Bestimmungen, die in dieser Hinsicht relevant sind. Art. 11 Abs. 1 VwVG sieht zunächst vor, dass die Parteien sich auf jeder Stufe des Verfahrens, wenn sie nicht persönlich zu handeln haben, vertreten oder, soweit die Dringlichkeit einer amtlichen Untersuchung es nicht ausschliesst, verbeiständen lassen können. Art. 65 VwVG legt fest, dass im Beschwerdeverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt werden kann, wenn die Person, die dies beantragt, mittellos ist und wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn diese Bedin-

[249] Für einen detaillierten Kommentar zu Art. 29 Abs. 3 BV, siehe insbesondere MÜLLER/SCHEFER, S. 893 ff.

gungen erfüllt sind, wird der Rechtsbeistand einem unabhängigen Rechtsanwalt übertragen[250].

[262] Obwohl Art. 65 VwVG im Beschwerdestadium keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorsieht, hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege auf sämtliche Verfahren ausgeweitet; unerheblich ist, ob es sich um gerichtliche oder administrative, streitige oder nicht streitige, erstinstanzliche oder Rechtsmittelverfahren handelt. Die Rechtsnatur der Entscheidgrundlagen oder des in Frage stehenden Verfahrens ist unerheblich. Daraus ergibt sich, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht bei gegebenen Voraussetzungen auch das erstinstanzliche Asylverfahren (als nichtstreitiges Verwaltungsverfahren) der unentgeltlichen Verbeiständung offen steht[251]. Die Rechtslehre ist allerdings der Auffassung, dass das Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand nur unter sehr strengen Auflagen in einem erstinstanzlichen Asylverfahren gewährt wird[252].

[263] Das Asylgesetz sieht keine spezifische Regelung betreffend der Rechtsvertretung vor, mit Ausnahme von Art. 17 Abs. 4 AsylG, der festlegt, dass der Bundesrat den Zugang zur Rechtsberatung und -vertretung in den Empfangsstellen und Flughäfen regelt[253], sowie Art. 17 Abs. 3, der die unverzügliche Bestimmung einer Vertrauensperson für unbegleitete minderjährige Asylsuchende vorsieht[254]. Die ARK gibt die Erwägungen des Bundesgerichts wieder und gelangt zum Schluss, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch auf das Asylverfahren anzuwenden ist. In einem Grundsatzentscheid von 2001[255] hat die ARK anerkannt, dass Asylsuchende erstinstanzlich einen Anspruch auf einen Rechtsbeistand geltend machen können, wenn sie die drei Bedingungen aus Art. 29 Abs. 3 BV erfüllen, d.h. die Personen muss mittellos sein, die Sache darf nicht jeder Erfolgsaussicht entbehren und es muss eine sachliche Notwendigkeit für die anwaltliche Verbeiständung bestehen.

[264] In der Praxis wird die unentgeltliche Rechtsvertretung nur selten beantragt und noch weniger häufig bewilligt[256]. Zur selben Zeit, als die ARK das Recht auf erstinstanzliche unentgeltliche Rechtsvertretung anerkannte, wies sie darauf hin, dass das weitere Erfordernis des Anstehens komplexer Sach- oder Rechtsfragen, die nach dem Beizug eines professionel-

---

[250] Zu diesem Paragraphen siehe MATTHEY, S. 88.

[251] MRA, von der Schweiz erteilte Auskünfte, Ziff. 25. Für eine Zusammenfassung der vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung zu diesem Thema siehe EMARK 2001/11, beachte Erw. 4 bis 6.

[252] In diesem Sinne KUHN, p. 7 et KIENER REGINA/KUHN MATHIAS, Rechtsschutz und Zugang zur Rechtsberatung und -vertretung, in UNHCR, SFH (Hg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative, 2009, S. 435.

[253] Bezügl. der Verordnung des Bundesrates siehe Art. 7*a* AsylV 1 weiter unten.

[254] Abgesehen von diesen beiden Absätzen enthält das Asylgesetz weitere Bestimmungen, die die *Möglichkeit* vorsehen, sich verbeiständigen zu lassen. Art. 22 Abs. 4 AsylG, der z.B. im Rahmen des Verfahrens am Flughafen angewendet wird, sieht vor, dass im Fall, dass die Einreise in die Schweiz verweigert und ein Aufenthaltsort zugewiesen wird, der Antragsteller die Möglichkeit hat, sich rechtlich vertreten zu lassen. Art. 29 AsylG, der sich mit der Anhörung zu den Asylgründen befasst, bietet dem Antragsteller die Möglichkeit, sich der Hilfe eines Dolmetschers, eines Vertreters oder einer Vertreterin zu bedienen.

[255] EMARK 2001/11.

[256] Die Erhebung bezieht sich auf den Zeitraum zwischen 2007 und Juni 2010. Es wurde festgestellt, dass bei insgesamt 2925 Urteilen nur in 156 Fällen unentgeltliche Rechtsvertretung beantragt wurde, und dass „letztendlich nur 16 Fälle eine [umfassende unentgeltliche Rechtsvertretung] erhalten hätten, d.h. in 12 % der Fälle, in denen sie beantragt wurde, und bei nur 0,5 % der Verfahren insgesamt". BRUTSCH YVES, *Quelques remarques sur la pratique du TAF en matière d'assistance judiciaire totale dans le domaine de l'asile*, 4. August 2010. Die Untersuchung beruht auf einem internen, nicht veröffentlichten Dokument, in dem der Autor systematisch alle Urteile der Gerichtshöfe IV und V des Bundesverwaltungsgerichts untersucht hat, die zwischen 2007 und 2010 in französischer Sprache ergangen sind.

len Rechtsvertreters verlangen, im erstinstanzlichen Asylverfahren nur äusserst selten erfüllt seien.[257] Das BVGer und das BFM gewähren die Prozesskostenhilfe nur zurückhaltend mit Verweis auf die Hilfswerksvertretung bei den Anhörungen und zahlreiche Dienstleistungen der im Asylbereich tätigen Hilfswerke und Beratungsstellen, von denen die meisten Asylsuchenden profitierten[258]. Bezüglich der Unterstützung durch die Hilfswerke sei darauf verwiesen, dass die von ihnen geleistete Unterstützung vom Staat nur vergütet wird, wenn dem Antragsteller unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt und ein Mitglied der Organisation als Rechtsbeistand bestimmt wird.

[265] Artikel 7*a* AsylV1 liefert zu dieser Frage noch ein paar Ergänzungen; er hält fest, dass das BFM die Antragstellenden einerseits über die Möglichkeit der Rechtsberatung und der Rechtsvertretung informieren und andererseits die Mittel hierzu zur Verfügung stellen muss. Demgegenüber definiert keine gesetzliche Bestimmung den Rechtsbeistand im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG. Dies bleibt nicht ohne Folgen, denn im Bereich des Asylverfahrens wird die Rechtsvertretung in der Praxis regelmässig von den Flüchtlingshilfswerken oder Vereinigungen wahrgenommen, deren Mitarbeiter nur selten Inhaber eines Anwaltpatents sind und die daher nicht als amtliche Rechtsbeistände im Sinne von Art. 65 VwVG bestimmt werden können. Aus Kohärenzgründen und zur Wahrung des Rechts auf unentgeltliche Rechtpflege für Asylsuchende ist es im Einklang mit Art. 29 Abs. 3 BV nötig, im Asylgesetz eine Bestimmung aufzunehmen, die den Begriff des amtlichen Rechtsbeistands auf qualifizierte Mandatsträger ausdehnt. Damit könnten qualifizierte Mandatsträger der Flüchtlingshilfswerke, die ja bereits heute eine bedeutende Anzahl der Mandate der Rechtsberatung und des Rechtsbeistands übernehmen, sich im Rahmen der Prozesskostenhilfe die Kosten rückerstatten lassen[259]. Aktuell können sie sich nur die Spesen zurückerstatten lassen, wenn sie einen Antragsteller in einem Asylverfahren vertreten. Diese Lücke könnte mit dem neuen Vorschlag für Art. 110*a* AsylG geschlossen werden, der im Dezember 2012 von den Räten verabschiedet wurde[260].

[266] Im Übrigen werden die Kontakte zwischen Rechtsberater bzw. Rechtsbeistand und dem Asylantragsteller in den Empfangsstellen und während des Verfahrens gemäss einer Verordnung des EJPD geregelt[261]: Die Antragsteller können mittels öffentlichem Telefon oder Fax mit ihrem Mandatsträger kommunizieren, sofern diese Art der Kommunikation erforderlich ist. Darüber hinaus werden Listen mit Rechtsberatern und Rechtsbeiständen einschliesslich Kontaktdaten zur Verfügung gestellt. Schliesslich werden Mitteilungen und der postalische Schriftverkehr, der von den Rechtsberatern oder Rechtsbeiständen übermittelt wird, an

---

[257] Siehe die unter folgender Adresse zur Verfügung stehende Pressemitteilung: http://www.ark-cra.ch/emark/-pressemitteilungen/2001-11_Pressemitteilung_f.pdf, siehe auch EMARK 2001/11, Erw. 6c. Im gleichen Sinn siehe auch die Antwort der Schweiz auf die Empfehlung des MRA, in der die Behörden erklären, dass die Notwendigkeit eines Rechtsbeistands nicht mit der einzigen Begründung ausgeschlossen werden kann, dass das Verfahren dem richterlichen Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Es werden aber in einem solchen Fall strenge Anforderungen gestellt: im erstinstanzlichen Verfahren geht es vor allem um die Klärung der Tatsachen, und der Antragsteller sei im Allgemeinen in der Lage, selbst seine Beweggründe für das Asylbegehren darzulegen, da es sich um Ereignisse handelt, die ihm persönlich widerfahren seien. MRA, von der Schweiz erteilte Auskünfte, Ziff. 27. Siehe letztlich auch EMARK 2004/9, Erw. 3a und 3b.

[258] BRUTSCH YVES, Quelques remarques sur la pratique du TAF en matière d'assistance judiciaire totale dans le domaine de l'asile, 4. August 2010.

[259] Ibid.

[260] BBl 2012 9685. Der neue Artikel 110*a* AsylG wird wohl demnächst in Kraft treten.

[261] Verordnung des EJPD vom 24. November 2007 zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich, RS 142.311.23.

die Antragsteller weitergeleitet[262] und die Rechtsberater, wie auch die Rechtsvertreter können sich während den Besuchszeiten mit ihren Mandanten unterhalten.

[267] Das Asylgesetz sieht ausserdem vor, dass bei der Anhörung über die Beweggründe für das Asylbegehren ein Hilfswerksvertreter anwesend ist[263]. Als zugelassene Hilfswerke gelten diejenigen, die in der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) zusammengeschlossen sind sowie andere schweizerische Hilfswerke, wenn sie Gewähr bieten, dass sie die Aufgabe langfristig wahrnehmen können[264]. Der Bund bezahlt der SFH für ihre Koordinationsarbeit und Bearbeitung der an die Hilfswerke delegierten Aufgaben eine jährliche Pauschalvergütung, und Hilfswerke erhalten für jede Anhörung einen Betrag von 350 Franken[265].

4.1.2. Neues Recht

[268] Mit den Vorschlägen zur Verkürzung der Asylverfahren[266] hat der Bundesrat in seiner Zusatzbotschaft vom September 2011[267] vorgeschlagen, den Rechtsschutz der Asylsuchenden zu stärken. Der neue Art. 110*a* bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege, der am 14. Dezember 2012 vom Parlament verabschiedet wurde, lautet wie folgt[268]:

> *[1]Das Bundesverwaltungsgericht bestellt auf Antrag der asylsuchenden Person, die von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit wurde, eine amtliche Rechtsbeiständin oder einen amtlichen Rechtsbeistand ausschliesslich bei Beschwerden gegen:*
>
> *a. Nichteintretensentscheide, ablehnende Asyl- sowie Wegweisungsentscheide nach den Artikeln 31a und 44;*
>
> *b. Entscheide über den Widerruf und das Erlöschen des Asyls nach den Artikeln 63 und 64;*
>
> *c. die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme bei Personen aus dem Asylbereich nach Artikel 84 Absätze 2 und 3 AuG;*
>
> *d. Entscheide im Rahmen der Gewährung des vorübergehenden Schutzes nach dem 4. Kapitel des vorliegenden Gesetzes.*
>
> *[2]Ausgenommen sind Beschwerden nach Absatz 1, wenn sie im Rahmen von Dublin-Verfahren (Art. 31a Abs. 1 lit. b), von Wiedererwägungs- und Revisionsverfahren und von Mehrfachgesuchen ergehen. Für solche und für die übrigen Beschwerden mit Ausnahme von Absatz 1 gilt Artikel 65 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968.*
>
> *[3]Bei Beschwerden, die gestützt auf dieses Gesetz ergehen, sind auch Personen mit universitärem juristischem Hochschulabschluss zur amtlichen Verbeiständung zugelassen, die sich beruflich mit der Beratung und Vertretung von Asylsuchenden befassen.*

---

[262] Art. 7 Verordnung EJPD.

[263] Art. 30 Abs. 1 AsylG.

[264] Art. 24 AsylV 1.

[265] Satz gültig seit 1. Januar 2009. Art. 94 AsylG und 80 AsylV 2. Bezüglich dieser drei letzten Abschnitte siehe MATTHEY, S. 88-90.

[266] Siehe hier nachfolgend insbesondere das Unterkapitel II.4.2.2.

[267] BBl 2011 7325-7349, 7350, 7351.

[268] BBl 2012 9685 9694-9695.

4.1.3. Konsequenzen der Empfehlungen

[269] Der letzte Vorschlag des Bundesrates reagiert schon teilweise auf die von CAT und MRA gestellten Forderungen.

[270] Der erste Punkt wird formal - und in der aktuellen Form teilweise inhaltlich - erfüllt, insofern, als die Vertragsorgane der Schweiz empfohlen haben, ihre Gesetzgebung hinsichtlich der Frage der unentgeltlichen Rechtspflege zu überarbeiten. Obschon das neue Gesetz noch nicht in Kraft getreten ist, hat der Bundesrat Massnahmen ergriffen, die in diese Richtung gehen, indem er für das Asylgesetz einen neuen Gesetzesartikel vorgeschlagen hat, der sich mit dieser Frage beschäftigt. Dieser Artikel wurde im Dezember 2012 von den Räten verabschiedet.

[271] Die drei wesentlichen Forderungen der UNO-Ausschüsse betrafen die Bewilligung einer *unentgeltlichen* Rechtsvertretung durch einen *Rechtsanwalt* während der *gesamten Asylverfahren*, unabhängig davon, ob diese ordentlich oder ausserordentlich seien. Diese Forderungen wurden dagegen nur teilweise erfüllt.

[272] Der neue Artikel 110*a* AsylG beschränkt die unentgeltliche Rechtspflege auf bestimmte Arten von Asylverfahren im Beschwerdestadium. Dies bedeutet zugleich dass Beschwerden infolge einer „Dublin-Entscheidung", wie auch in Fällen von Wiedererwägungsgesuchen, Revisionen und Mehrfachanträgen von der Regelung ausgeschlossen sind. Somit sind ausserordentliche und bestimmte ordentliche Verfahren (insbesondere „Dublin-Fälle") von der unentgeltlichen Rechtspflege ausgenommen, was im Widerspruch zu den Empfehlungen steht, die 2009 und 2010 gegenüber der Schweiz ausgesprochen wurden.

[273] Das Erfordernis, dass die Vertretung durch einen Rechtsanwalt zu erfolgen hat, ist durch den neuen Vorschlag erfüllt; er geht in gewisser Hinsicht sogar noch weiter, indem er den Anwendungsbereich von Art. 65 VwVG ausdehnt. Somit könnten die qualifizierten Mandatsträger der Hilfswerke (die sich ja bereits heute um eine bedeutende Anzahl von Fällen kümmern) nunmehr auch amtliche Rechtsbeistandsmandate übernehmen und dafür im Rahmen der unentgeltlichen Prozesskostenhilfe bezahlt werden, was für den Schutz der Asylsuchenden eine Verbesserung darstellt.

[274] Diese Verbesserungen des Rechtsschutzes für Asylsuchende sind somit als einen guten „Anfang" zu werten, reichen aber nicht aus, wenn andere Massnahmen, die in den verschiedenen Berichten des EJPD aufgeführt werden, zur Anwendung kommen. In der momentanen Form vermag die unentgeltliche Rechtsvertretung im Beschwerdestadium zum Beispiel den Wegfall der Präsenz der Hilfswerksvertreter bei der Anhörung nicht zu kompensieren[269]. Diese Feststellung gilt umso mehr, sollte die Verkürzung der Beschwerdefrist von 30 auf 15 Tage, die in der ersten Option des EJPD-Berichts vom März 2011 erwähnt wird, umgesetzt werden[270].

[269] EJPD, Erläuternder Bericht 2009, S. 10. Siehe auch BBl 2010 4456, 4481-4483.

[270] EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich 2011. Siehe hier weiter unten, insbesondere Unterkapitel II.4.2.2.

4.2. Fristen

4.2.1. Problematik unter dem Blickwinkel der Menschenrechte

[275] Wenn es um die Fragen der Verfahrensdauer und der Fristen geht, so ist das Asylgesetz durch die Bestrebung zur Verfahrensbeschleunigung gekennzeichnet, indem immer kürzere Beschwerdefristen eingeführt werden. Sie gelten für die Beschwerdeführenden und die Behörden gleichermassen, mit dem einzigen Unterschied, dass die für die Behörden geltenden Bearbeitungsfristen Ordnungsfristen sind, die unbeachtet bleiben, wenn die Verwaltung „nicht anders kann" (Überlastung etc.).

[276] Mit Blick auf die Menschenrechte müssen zwei Punkte untersucht werden:

- Einerseits geht es um die Frage der Fristen als solche (und insbesondere um die kurzen Beschwerdefristen), die die Wahrung der Menschenrechte beeinträchtigen können, insbesondere unter dem Blickwinkel einer eventuellen Verletzung des Non-Refoulementgebots und noch konkreter, unter dem Blickwinkel einer Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör und des Rechts auf eine wirksame Beschwerde. Diese Feststellung muss daher im Hinblick auf die Verfahrensgarantien analysiert werden, die aus Art. 29*a* und 30 BV sowie Art. 13 EMRK[271] hervorgehen.
- Andererseits beinhaltet die Frage der Fristen eine weitere Dimension, und zwar diejenige der Pseudo-„Parallelität", die angeführt wird, um die Beschleunigung der Verfahren und die Verkürzung der Beschwerdefristen zu rechtfertigen. Mit anderen Worten, die Ansetzung von kurzen Beschwerderfristen für Asylsuchende wird damit begründet, dass den Behörden gleichzeitig – noch kürzere Fristen – auferlegt werden. In der Realität besteht diese „Parallelität" aber nicht, da die Nicht-Einhaltung der Fristen durch die Behörden nicht sanktioniert wird.

[277] Infolgedessen ist die Forderung nach kürzeren Asylverfahren, die sowohl den Behörden als auch den Asylsuchenden eine erstrebenswerte Zielsetzung erscheint, nur *theoretisch* erfüllt. Derweil werden *in Wirklichkeit* nur die Beschwerdefristen für die Asylsuchenden kürzer, da diese zwingend eingehalten werden müssen, da ansonsten die Beschwerde für nicht zulässig erklärt wird.

[278] Dies bedeutet, dass das Verfahren für die asylsuchende Personen, die die Sprache nicht sprechen, sehr hürdenreich wird, denn sie müssen innert kurzer Zeit einen Rechtsvertreter finden und Beweismittel zusammenstellen, die oft schwierig einzuholen sind, etc. Insgesamt ist das Recht auf rechtliches Gehör bzw. ihr Rechts auf eine wirksame Beschwerde stark beeinträchtigt.

[271] Hinsichtlich eines kürzlich vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erteilten Urteils zu dieser Frage siehe EGMR, *I. M. v. France*, 9152/09 (2012). Bezüglich der zu kurzen Fristen im Asylverfahren, jedoch in einem anderen Rahmen, siehe KÄLIN WALTER, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, ASYL, 2001/4, S. 3-20, insbesondere 7-12.

4.2.2. Entwicklung und Inhalt der gesetzlichen Regelungen[272]

A. Das im Jahr 2008 in Kraft getretene Asylgesetz und die Änderungsvorschläge von 2010, 2011 und 2012

[279] Das Asylgesetz (von dem in den identischen MRA und CAT Empfehlungen die Rede ist), das teils im Jahr 2007 und vollständig im Jahr 2008 in Kraft trat, sieht auf unterschiedlichen Stufen des Verfahrens Fristen vor. Diese Fristen gelten einerseits für die Asylsuchenden, und andererseits für die betreffenden Behörden (in erster Instanz für das Bundesamt für Migration und in zweiter Instanz für das Bundesverwaltungsgericht).

[280] Trotz der relativen „Neuheit" des im Jahr 2008 in Kraft getretenen Gesetzes hat der Bundesrat im Mai 2010 eine Botschaft zur Revision des Asylgesetzes vorgestellt[273], deren Hauptvorschlag darin besteht, die Nichteintretensverfahren durch ein beschleunigtes materielles Verfahren zu ersetzen.

[281] Im November 2010 ist die Staatspolitische Kommission des Ständerates (SPK-S) auf die Vorlage eingetreten. Auch wenn sie mit dem Prinzip der Überarbeitung des AsylG einverstanden ist, ist sie der Ansicht, dass die vorgeschlagene Revision das Problem der übermässig lang dauernden Verfahren nicht lösen wird. Sie hat daher das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) damit beauftragt, einen ergänzenden Bericht über Beschleunigungsmassnahmen vorzulegen. Das EJPD hat seinen Bericht im März 2011 vorgestellt und drei Optionen erarbeitet[274].

[282] An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die *Option 1*, so wie sie in dieser Studie präsentiert wird, dem im März 2011 veröffentlichten Bericht entnommen ist. Die Staatspolitische Kommission des Ständerates hat diese erste Option positiv aufgenommen, war jedoch der Ansicht, dass die Frage der Fristen vertieft behandelt werden müsse[275]. Es wurde daher beschlossen, die Frage an den Bundesrat zurückzuweisen, der damit beauftragt wurde, bis Ende 2012 ein neues Projekt vorzulegen[276]. Die *Option 2* wurde vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt und wird daher im vorliegenden Bericht nicht diskutiert. *Option 3* wurde teilweise in der Botschaft des Bundesrats vom 23. September 2011 konkretisiert.

[283] Obwohl sich die Empfehlungen auf das im Jahr 2008 in Kraft getretene Gesetz beziehen, werden hier auch die Änderungssvorschläge von 2010, 2011 und 2012 berücksichtigt, insoweit als sie direkt die untersuchte Problematik betreffen. Die derzeit geltenden Fristen im Bereich des Asylverfahrens werden weiter unten entsprechend vorgestellt. Die Gliederung wiederspiegelt den „chronologischen" Ablauf des Verfahrens – d.h. die *Einreichung des Antrags (I)*, die *Bearbeitungsfrist für diesen Antrag durch das BFM (II)*, die *Beschwerdefirst gegen den erteilten Entscheid (III)*, sodann die *Frist zur Bearbeitung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht (IV)*. Die Analyse des geltenden Gesetzes wird mit der Analyse der Revisionsvorschläge ergänzt, die der Bundesrat in seinen Botschaften von 2010 und

---

[272] Zu diesem Kapitel siehe MATTHEY, S. 120 ff.

[273] BBl 2010 4455.

[274] EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011.

[275] Pressemitteilung der SPK-S vom 9. Mai 2011, http://www.parlament.ch/f/mm/2011/Pages/mm-spk-s-2011-05-09.aspx.

[276] Am 23. November 2012 wurde ein von einer Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretenden des Bundes und der Kantone erarbeiteter Abschlussbericht über die Restrukturierung des Asylbereichs veröffentlicht. Siehe: http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2012/2012-11-23.html.

2011 vorgebracht hat und/oder der im März 2011 vom EJPD vorgestellten zusätzlichen Erläuterungen, wie auch der Erlasse des Parlaments von 2012.

B. Fristen im Zusammenhang mit der Einreichung des Asylgesuchs (I)

a. Gesetzliche Vorschriften

[284] Nachdem das Asylgesuch eingereicht ist, verfügt der bzw. die Asylsuchende über eine Frist von 48 Stunden, um seine bzw. ihre Reise- oder Identitätspapiere vorzulegen (Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG).

[285] Die Frist für die Beibringung von Beweisen dauert sieben Tage, wenn der Beweis im Inland, und 30 Tage, wenn der Beweis im Ausland beschafft werden muss (Art. 110 Abs. 2 AsylG).

b. Analyse

[286] Das Gesetz unterscheidet somit zwischen den Reise- oder Identitätspapieren und anderen Beweismitteln. Die Reise- oder Identitätspapiere sind jedoch Beweismittel, die zur Einreichung des Antrags zwingend sind. Für eine bestimmte Anzahl Asylsuchender ist es unrealistisch, innert der gesetzten Frist die Dokumente von einem (oftmals) weit entfernten Land zu beschaffen, vor allem, wenn nicht auf moderne Kommunikationsmittel zurückgegriffen werden kann. Es macht im Übrigen den Anschein, als sei sich der Gesetzgeber dessen bewusst gewesen, als er Art. 110 Abs. 2 AsylG formulierte, sonst hätte er nicht eine Frist von einem Monat für die Beschaffung von Dokumenten aus dem Ausland vorgesehen. Obschon die Bestrebung des Gesetzgebers, durch die Einführung der 48-Stunden Frist in Art. 32 AsylG das Verfahren zu verkürzen, nachvollziehbar ist, scheint die Unterscheidung, die zwischen Reise- oder Identitätspapieren und anderen Beweismitteln, die in Art. 110 AsylG Abs. 2 vorgenommen wird, wenig haltbar zu sein, vor allem wenn man davon ausgeht, dass diese beiden Arten von Dokumenten im Ausland beschafft werden müssen.

[287] Die ARK hielt in ihrer Rechtsprechung fest, dass, wenn der Asylsuchende die Nichteinreichung seiner Papiere im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens nicht begründen konnte, der Nichteintretensentscheid dadurch nicht aufgehoben würde, auch wenn es ihm im Beschwerdeverfahren gelingen würde, die notwendigen Dokumente vorzulegen[277].

[288] Während der ersten Jahre seines Wirkens hat sich das BVGer – trotz dieser konstanten Rechtsprechung – die Möglichkeit vorbehalten, die Fälle zu berücksichtigen, in denen die Originaldokumente in Aussicht stehen, bzw. nachträglich vorgelegt werden, jedoch nur dann, wenn sie sich im Sinne von Art. 32 Abs. 2 VwVG[278] als entscheidend erweisen. Im Entscheid BVGE 2010/2 stellte das Gericht fest, dass wenn der Asylsuchende sich sofort und ernsthaft darum bemüht, seine Identitätspapiere innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen, Art. 32 Abs. 2 lit. a auf ihn nicht angewendet werde[279].

---

[277] EMARK 1999/16, Erw. 5c/aa. Diese Rechtsprechung wurde regelmässig vom BVGer bestätigt. Ein Beispiel aus jüngerer Zeit findet sich im Urteil BVGer E-6359/2010 vom 14. September 2010, Erw. 3.1 *in fine.*

[278] BOLZ SUSANNE, Nichteintreten wegen Papierlosigkeit. Die Anwendung von Art 32 lit. 2 Bst. a AsylG durch das Bundesamt für Migration, Bern 17. Juli 2007, S. 14. Siehe auch zwecks Erläuterung das Urteil des BVGer E-4864/2006 vom 29. Januar 2008.

[279] BVGE 2010/2, Erw. 6.3.

[289] Durch die Auslegung der Bestimmung durch das BVGer konnte diese strenge und wenig realistische Sondervorschrift der 48-Stunden-Frist für die Vorlage von Identitätspapieren ein wenig abgemildert werden. Es gilt jedoch nichtsdestoweniger, dass sie problematisch ist und dass sie die Besorgnis der ECRI hervorruft, die der Ansicht ist, dass die Fristen zwecks Einreichung einer Beschwerde oder eines Antrags als zu kurz zu betrachten sind, vor allem in Bezug auf die *strikten Anforderungen, die im Hinblick auf vorzulegende Dokumente zwecks Unterstützung dieser Anträge seitens der Behörden gestellt werden,* insbesondere im Stadium der Entscheidung über das Eintreten oder Nichteintreten[280].

c. Entwurf von 2010 und parlamentarische Erlasse 2012

[290] In Übereinstimmung mit der Botschaft des Bundesrats von 2010 hat das Parlament im Dezember 2012 entschieden, die Mehrheit der Nichteintretensverfahren durch materielle Verfahren zu ersetzen. Sodann wird Art. 32 AsylG ausser Kraft gesetzt und die soeben besprochene verfahrensrechtliche Sonderbestimmung entfällt[281].

C. Fristen für die Bearbeitung des Antrags durch das Bundesamt für Migration (II)

a. Gesetzliche Bestimmungen

[291] Ein Nichteintretensentscheid muss innerhalb einer Frist von 10 Werktagen nach Einreichung des Antrags ergehen. Entscheide über die Erteilung des Asyls bzw. der vorläufigen Aufnahme oder über die Ablehnung des Asylsgesuchs müssen innerhalb einer Frist von 20 Tagen getroffen werden. Asylanträge, die zusätzliche Abklärungen erfordern, müssen schliesslich innerhalb einer Frist von 3 Monaten abgeschlossen werden[282].

b. Analyse

[292] Diese Ordnungsfristen sind theoretischer Natur und werden von den Behörden praktisch nie eingehalten. Die Frage, die diese Art von Fristen aufwirft, ist diejenige der Sanktionen bzw. Folgen bei deren Nichteinhaltung.

[293] Die ARK hat in einem Grundsatzurteil festgestellt, dass das BFM auf ein Asylgesuch nicht eintritt, wenn ein Nichteintretenstatbestand gemäss Art. 32 bis 34 AsylG vorliegt, und zwar selbst dann, wenn die in Art. 37 gesetzlich festgelegte Frist abgelaufen ist. Die ARK war jedoch der Auffassung, dass die Anordnung des sofortigen Vollzuges der Wegweisung nach so langer Verfahrensdauer unverhältnismässig sei, da sie nicht mehr dem Ziel des beschleunigten Verfahrens entspreche[283]. Manche Verteter der Lehre sind im Gegensatz zur Kommission der Meinung, dass bei Gesuchen, die nicht innert der gesetzlicher Behandlungsfrist entschieden werden können, die offensichtliche Unbegründetheit nicht gegeben sei[284]. Das Bundesamt für Migration teilt diese Meinung nicht, es führt an, dass eine Überschreitung der Behandlungsfrist z.B. durch fehlende personelle Ressourcen oder andere Behandlungsprioritäten bedingt sein kann[285]. Diese Aussage zeigt, dass die gesetzlich festgelegten

[280] Hervorhebung durch die Verfasser. ECRI, 4. Bericht, Ziff. 166 *in fine*.

[281] BBl 4445-4528, 4529-4542, insbes. 4532, sowie BBl 2012 9685, 9689.

[282] Art. 37 Abs. 1 AsylG.

[283] EMARK 2002/15.

[284] KÄLIN, Grundriss, S. 265 *in fine.*

[285] BUNDESAMT FÜR MIGRATION, Handbuch zum Asylverfahren des Bundesamtes für Migration. Kap. F § 2 Die Bearbeitungskategorien und der Ablauf des Asylverfahrens gemäss Art. 32 bis 41 AsylG, aktuell per 01.01.2008, S. 3, Anmerkung 5.

Bearbeitungsfristen in ihrer Wirkung überhaupt nicht mit denjenigen vergleichbar sind, die den Antragstellern auferlegt werden, denn erstere können ohne weiteres aus administrativen Gründen ausser Kraft gesetzt werden.

c. Änderungsvorschläge von 2010 und parlamentarischer Erlass 2012

[294] Der im Mai 2010 vorgestellte Gesetzesentwurf sah eine Reduktion der Fristen zur Bearbeitung von Nichteintretensentscheiden durch das BFM von 10 auf 5 Werktage und von 20 auf 10 Werktage für jegliche andere Entscheide vor[286]. Die drei Monate, die für den Fall „weiterer Abklärungen" gemäss Art. 41 AsylG vorgesehen waren, wurden gelöscht, da dieser Artikel – und damit diese Art von Verfahren – im Gesetzesentwurf gestrichen wurde.

[295] Im Dezember 2012 hat das Parlament Art. 37 AsylG folgendermassen abgeändert: „Nichteintretensentscheide sind in der Regel innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Gesuchstellung oder nachdem der betroffene Dublin-Staat dem Ersuchen um Überstellung nach den Artikeln 19 und 20 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zugestimmt hat, zu treffen", während in den übrigen Fällen „Entscheide in der Regel innerhalb von zehn Arbeitstagen nach der Gesuchstellung zu treffen sind"[287].

[296] Es fragt sich nun, welche Auswirkungen dieser Vorschlag auf die künftige Praxis haben wird, wenn man sich die Tatsache vor Augen hält, dass die Ordnungsfrist von 10 Tagen aktuell schon fast nie eingehalten wird, insbesondere infolge Personalmangels. Der erläuternde Bericht des EJPD von 2009 präzisiert daher, dass „da es sich um eine Ordnungsfrist handelt, diese sofern notwendig jedoch verlängert werden kann", was durch die Wahl der Formulierung "in der Regel" verdeutlicht wird. Dies gilt insbesondere, wenn es zur Feststellung von Tatbeständen notwendig ist, zusätzliche Abklärungen zu treffen, oder wenn im Rahmen eines Dublin-Verfahrens die Bestätigung zur Übernahme des Asylsuchenden durch den zuständigen Staat abgewartet werden muss[288].

[297] Die Kürzung der Fristvorgaben, die sowohl für das BFM, als auch das BVGer zu gelten haben, sieht sich somit ganz klar damit konfrontiert, dass die Umsetzung Probleme bereiten wird. In der Tat weist die Argumentation bezüglich der Fristvorgaben und die im EJPD-Bericht und in der Botschaft erwähnte Möglichkeit zur Fristüberschreitung den Schluss nahe, dass es wenig wahrscheinlich ist, dass die vorgesehen Fristen in der Praxis tatsächlich eingehalten werden. Infolge dieser Überlegungen kommen wir zum Schluss, dass die Änderungsvorschläge als solche wohl keinen grundlegenden Einfluss auf die Bearbeitungsdauer von Asylgesuchen haben dürften.

d. Vorschläge zur Restrukturierung des Asylverfahrens auf mittlere und längere Sicht

da. Ergänzende Vorschläge von 2011 :

[298] Da die vom Bundesrat im Mai 2010 vorgeschlagenen Massnahmen für nicht ausreichend wirksam befunden wurden, um die Verfahren grundlegend zu beschleunigen, wurde das EJPD aufgefordert, verschiedene Optionen zur Problembehebung zu präsentieren. Die in Ziffer 305 zusammengefasste *Option 1* wurde für prioritär erklärt und der Bundesrat beauftragt, ein neues Projekt zu deren Umsetzung zu erarbeiten.

---

[286] Art. 37 Entwurf zum Asylgesetz, BBl 2010 4529, 4531-4532.

[287] BBl 2012 9685, 9690.

[288] EJPD, Erläuternder Bericht 2009, S. 15. Im selben Sinn, BBl 2010 4455, 4484.

[299] *Option 1 (EJPD, März 2011):* Das EJPD schlägt vor, eine Vorbereitungsphase einzuführen, die dazu dienen soll, möglichst alle für die Behandlung des Asylgesuches notwendigen Vorabklärungen zu treffen, damit das Asylverfahren rasch durchgeführt werden kann.[289] Diese erste Phase sollte zwischen 6 Tagen und 3 Wochen dauern. Das eigentliche Asylverfahren würde erst nach Abschluss dieser Phase beginnen. Im Anschluss daran gäbe es zwei Arten von Verfahren: das ordentliche Verfahren und das erweiterte Verfahren. Das erstgenannte – *ordentliche* – dürfte nur wenige Arbeitstage dauern (30 Tage unter Einbeziehung der Vorbereitungsphase), wogegen das zweite – *erweiterte* – Verfahren eine Dauer von 120 Tagen nicht überschreiten dürfte. Ins erweiterte Verfahren soll nur gewechselt werden, wenn sich weitere Abklärungen aufdrängen oder dies aus Kapazitätsgründen erforderlich ist[290].

[300] *Zusatzbotschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes (September 2011):* In seiner Zusatzbotschaft vom 23. September 2011 schlägt der Bundesrat die Einführung einer Vorbereitungsphase vor, die mit Einreichung des Asylgesuchs beginnt und nicht länger als 3 Wochen dauert[291]. Dieses neue Verfahren sieht ausserdem vor, dass ab Einreichen des Asylgesuchs der medizinische Status erhoben wird[292].

db. Parlamentarischer Erlass (Dezember 2012) :

[301] Der Vorschlag einer Vorbereitungsphase von nicht mehr als 3 Wochen Dauer wurde im Dezember 2012 vom Parlament gutgeheissen[293]. Dasselbe gilt für die Feststellung des medizinischen Status bei der Einreichung des Asylgesuchs[294].

dc. Vorschlag zur Restrukturierung des Asylbereichs (November 2012) :

[302] Parallel zur Wintersession des Parlamentes 2012 hat eine Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretenden des Bundes und der Kantone einen Abschlussbericht über die Restrukturie-

---

[289] EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011, S. 52.

[290] Weiterhin könnten diese neuen Verfahren – stets noch gemäss dieser Option – sowohl bei Nichteintretensentscheiden oder Dublin-Entscheiden, als auch bei materiellen Entscheiden (positive oder negative) zur Anwendung kommen, was zur Folge hat, dass das Entscheidungskriterium, ob dieser oder jener Antrag im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens oder eines erweiterten Verfahrens behandelt wird, allein mit der Notwendigkeit zusätzlicher Abklärungen oder dem Vorliegen von Kapazitätsgründen begründet wird. Aus diesem Grund wirft der Vorschlag eine ganze Reihe weiterer Fragen auf, deren Antworten nicht sehr klar sind, und dies, obwohl die Frage, ob ein Asylantrag im Rahmen eines ordentlichen oder erweiterten Verfahrens behandelt wird, beträchtliche Auswirkungen auf die Beschwerdefrist hat. Als erstes stellt sich die Frage, was unter „Kapazitätsgründen" zu verstehen ist (geht es hier nur um Personalmangel?); zweitens die Frage der Beweislast, also wer entscheidet, ob dieser oder jener Fall im einen oder anderen Verfahren behandelt wird (man kann annehmen, dass das BFM die Entscheidung trifft), auf welcher Basis diese Entscheidung getroffen wird, wer die erforderlichen Belegelemente vorlegt, die für die Wahl des Verfahrens entscheidend sind, bzw. anders ausgedrückt, bei wem die Beweislast liegt; und drittens die Frage, ob der Verfahrens-Zuordnungsentscheid angefochten werden kann (man könnte meinen, nein). Angesichts der offenen Fragen ist es nicht ausgeschlossen, dass der Vorschlag zu einer Situation führt, die noch weniger klar ist, als das im Jahr 2012 geltende Gesetz. Dies betrifft insbesondere die vorgeschlagenen Unterscheidungskriterien, die formal weniger klar definiert sind. Derzeit sind die Nichteintretenstatbestände, wie fehlende Identitätspapiere oder Verletzung der Mitwirkungspflicht im Gesetz geregelt.

[291] Zusatzbotschaft des Bundesrates zur Einführung eines neuen Absatzes 1bis zu Art. 26 AsylG. BBl 2011 7331.

[292] Zusatzbotschaft des Bundesrates zur Einführung eines neuen Art. 26*a*. BBl 2011 7332.

[293] Siehe Art. 26 Abs. 1^{quater}. BBl 2012 9685 9687.

[294] Dies ist ein neuer Artikel 26bis (und nicht 26*a* wie dies in der Botschaft von 2011 vorgesehen war), der dieses Prinzip konkretisiert. BBl 2012 9685 9688.

rung des Asylbereichs vorgelegt[295]. Unter anderen Massnahmen schlägt der Bericht ein „getaktetes Verfahren" vor. Das im Schlussbericht beschriebene ordentliche Verfahren sollte höchstens 100 Tage dauern. Es umfasst eine Vorbereitungsphase von 21 Tagen, dann 10 Tage erstinstanzliches Verfahren, 9 Tage für einen eventuellen Rekurs (in Wirklichkeit 7 Werktage) und schliesslich 60 Tage, um einen endgültigen Entscheid zu treffen und diesen zu vollstrecken. Ein Dublin-Verfahren, das mit der Überstellung in das Erstaufnahmeland endet, dürfte maximal zwischen 100 und 140 Tagen dauern.

D. Fristen für das Einlegen von Rechtsmitteln (III)

a. Gesetzliche Vorschriften

[303] Die in Artikel 108 AsylG vorgesehenen Fristen räumen dem Asylsuchenden fünf (Werk-) Tage ein, um gegen einen Nichteintretensentscheid und die Entscheide am Flughafen Beschwerde einzulegen[296], 10 Tage, um gegen eine Zwischenverfügung Beschwerde einzulegen und 30 Tage – die übliche Frist zum Einlegen von Rechtsmitteln gemäss VwVG – um gegen einen „normalen" materiellen Entscheid zu rekurrieren.

[304] Was die Nichteintretensentscheide betrifft, muss die Beschwerde im Prinzip mit einer aufschiebenden Wirkung einhergehen, welche die Wegweisung aus der Schweiz so lange aufschiebt, bis das BVGer im konkreten Fall entscheidet. Gemäss Gesetzestext haben Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, die im Rahmen eines Dublin-Verfahrens gefällt werden, keine aufschiebende Wirkung. In der Praxis wird den Beschwerden dennoch oft eine aufschiebende Wirkung zuerkannt.

b. Analyse

[305] Die Frist von fünf Tagen für die Einreichung einer Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid war aufgrund ihrer extremen zeitlichen Kürze Gegenstand zahlreicher Debatten.

[306] Die Berechnung der Frist von fünf Tagen, die im AsylG festgelegt ist, kennt keine Parallele, da es sich um „Werktage" handelt, im Gegensatz zu den normalerweise im VwVG vorgeschriebenen Fristen. Das BVGer hat sich daher mit der Frage der Berechnung der Fristen ausführlich befasst. Die Tage, die gemäss Asylgesetz und insbesondere gemäss Asylverordnung[297] als Feiertage gelten, dürfen zur Berechnung der Frist nicht gezählt werden. Sie werden weder bei der Bestimmung des Tags, an dem die Frist zu laufen beginnt (*dies a quo*), noch zur Berechnung des Tags, an dem die Frist abläuft (*dies ad quem*) berücksichtigt. Dies bedeutet, dass wenn, wie im zu beurteilenden Fall, der Entscheid dem Antragsteller an einem Samstag zugestellt wird und der darauffolgende Montag überdies noch Pfingstmontag ist, die Frist erst ab Dienstag läuft. Die Frist würde somit erst am darauffolgenden Montag

[295] Siehe http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2012/2012-11-23.html hinsichtlich der Medienmitteilung und der Links zu den amtlichen Dokumenten (Abschlussbericht und Leitlinien).

[296] Art. 108 al. 2 AsylG. Obwohl die im VwVG vorgeschriebenen Feiertage im Prinzip nicht für das Asylverfahren gelten (Art. 17 Abs. 1 LAsylG), sieht Art. 53 AsylV 1 hier dennoch eine Ausnahme vor, und zwar in dem Sinn, als die Samstage, Sonntage und Feiertage des Bundes, sowie diejenigen Feiertage, die im Kantonsrecht des Domizils der Partei oder von deren Vertreter anerkannt sind, für die Berechnung der Beschwerdefrist gemäss Art. 108 Abs. 2 AsylG nicht berücksichtigt werden.

[297] Art. 53 AsylV 1 schliesst in die Feiertage den Samstag, Sonntag und die Feiertage des Bundes ein, sowie all jene, die im Kantonsrecht des Domizils oder des Geschäftssitzes der Partei bzw. von deren Vertretung anerkannt sind.

ablaufen, wobei es sich von selbst versteht, dass die dazwischen liegenden Samstage und Sonntage zur Berechnung der Frist nicht berücksichtigt werden[298].

[307] Trotz dieser Ausführungen, die den harschen Charakter dieser Frist etwas abmildern, war dieser Entscheid dennoch Gegenstand zahlreicher Kritiken seitens der Lehre, die darauf verweist, dass bei einer solchen Frist das Risiko besteht, dass das Recht auf rechtliches Gehör, das in Art. 29a BV garantiert ist, sowie das Recht auf eine wirksame Beschwerde, das in Art. 13 EMRK vorgeschrieben ist, nicht geachtet werden. Es wurde darüber hinaus die Frage gestellt, ob nicht sogar eine allfällige Verletzung des Begriffs der „angemessenen Frist" der Art. 29 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliege[299]. Grundsätzlich sei hier darauf verwiesen, dass der EGMR in verschiedenen Urteilen sehr kurze Fristen gerügt und auf die Bedeutung der Zugangsmöglichkeit zu Rechtsmitteln hingewiesen hat[300]. Das Bundesgericht selbst hat im Übrigen im Jahr 2009 in einem anderen Bereich, als dem Asylrecht festgestellt, dass bei übermässig kurzen Fristen zum Einlegen eines Rechtsmittels (es handelte sich dabei um Fristen unter 20 Tagen) das Risiko bestehe, dass die Ausübung eines wirksamen Rechts auf Beschwerde nicht garantiert sei[301]. Darüber hinaus werden in anderen verwaltungsrechtlichen Verfahren, die Beschwerde- oder Einsprachefristen kennen, welche unter den üblichen 30 Tagen liegen, diese Fristen in den meisten Fällen auf 20 Tage festgesetzt[302]. Hinzu kommt, dass in diesen Bereichen zudem eine zusätzliche Rekursinstanz auf höherer Ebene besteht, was im Asylverfahren nicht der Fall ist, da dieses nur eine einzige Rekursinstanz kennt.

c. Änderungsvorschläge 2010

[308] Der im Jahr 2010 erstellte Gesetzesentwurf änderte die Beschwerdefrist, die sowohl bei Nichteintretensentscheiden wie auch bei Entscheiden (am Flughafen) über die Verweigerung der Einreise in die Schweiz (durch Nichteintretensentscheid oder Ablehnung) 5 Tage betrug, nicht[303].

[309] Es muss hier hervorgehoben werden, auch wenn die Beschwerdefrist für Nichteintretensentscheide unverändert bleibt, müsste sich die Anzahl Beschwerdeverfahren gegen Nichteintretensentscheide jedoch beträchtlich verringern, weil mehrere Nichteintretenskons-

---

[298] BVGE 2009/55.

[299] Siehe insbesondere HERTIG-RANDALL MAYA, La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme, Jusletter, 28. April 2008, S. 6, BECK ALEXANDER, Juristischer Balanceakt auf einer verunglückten Norm. Anmerkungen zum Nichteintretenstatbestand wegen Papierlosigkeit nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juli 2007, ASYL, 2008/1, S. 3-11, MÜLLER/SCHEFER, S. 915, MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY, Les „garanties de procédure" dans le domaine du droit d'asile : quelques réflexions sur leur évolution, in: Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, 2009, S. 96-99 et CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Bericht von Herrn Alvaro Gil-Robles, Menschenrechtskommissar anlässlich seines Besuchs in der Schweiz. 29. November – 3. Dezember 2004. Zu Handen des Ministerkomitees und der parlamentarischen Versammlung, CommDH(2005)7, § 51.

[300] Siehe insbesondere das jüngste Urteil, das gegenüber Frankreich verkündet wurde, EGMR, *I. M. v. France*, 9152/09 (2012), sowie EGMR, *Jabari v. Turquie*, 40035/98 (2000), Ziff. 40 und *Gurepka v. Ukraine*, 61406/00 (2005), Ziff. 59.

[301] BGE 135 II 78, 82-84.

[302] Im Hinblick auf das kantonale Administrativverfahren kennen Neuchâtel (Art. 34 LPJA, RSN 152.130), Waadt (Art. 68, 77 und 95 LPA-VD, RS 173.36), Genf (Art. 30 und 51 LPA, RSG E 5 10) und Bern (Art. 54, 67, 81 LPJA, RSB 155.21) Fristen von 30 Tagen, wogegen das Administrativverfahren des Kantons Luzern zum Beispiel eine Widerspruchsfrist von 20 Tagen und eine Beschwerdefrist von 30 Tagen kennt (Art. 119 und 130 VRG, SRL 40).

[303] Art. 108 al. 1 und 2 Gesetzesentwurf siehe BBl 2010 4529, 4535-4536.

tellationen künftig im ordentlichen materiellen (jedoch beschleunigten) Verfahren entschieden werden müssten, für die eine Rekursfrist von 15 Tagen (nicht Werktage) gilt[304]. Es würde sich hierbei um eine positive Folge der Änderungsvorschläge handeln. Erwähnt seien hier insbesondere diejenigen Konstellationen, in denen die Asylsuchenden ihre Identitätspapiere nicht vorlegten (obwohl in diesem Fall nicht sicher ist, dass sich irgendetwas geändert hätte, da das BVGer die verspätete Einreichung von Identitätsdokumenten nicht als ausreichenden Rückweisungsgrund anerkannte). Ferner hätte die Regelung gegriffen, wenn die Antragstellenden die Behörden nicht ordnungsgemäss über ihre Identität informierten oder auch, wenn sie ihre Mitwirkungspflicht verletzten (was jedoch insofern paradox ist, als in den letzten beiden Konstellationen die Rekursfrist bei klaren Rechtsmissbräuchen verlängert worden wäre).

[310] Die bedeutendste im Jahr 2010 vorgeschlagene Änderung betrifft die Frist für eine Beschwerde gegen „ordentliche" Entscheide: sie hätte für „ordentliche" Entscheide von 30 auf 15 Tage verkürzt werden sollen[305], was eine Ausnahmeregelung von der üblichen Fristdauer gemäss Art. 50 VwVG dargestellt hätte, das im Prinzip bei verwaltungsrechtlichen Verfahren zur Anwendung kommt. Diese neue Ausnahmeregelung im Asylgesetz wäre umso problematischer gewesen, als es genau in diesem Bereich oft notwendig ist, Beweismittel im Ausland zu beschaffen und weitere Abklärungen zu treffen, was abhängig von den Umständen eine gewisse Zeit erfordert. In der Praxis ist es manchmal bereits jetzt schon schwierig, alle erforderlichen Unterlagen innerhalb der festgelegten Frist von 30 Tagen zusammenzustellen. Erwähnt seien hier die Erfordernisse, bestimmte Dokumente vorzulegen, diese übersetzen zu lassen und einen Dolmetscher und eine Rechtsberatungsstelle (nicht alle Kantone verfügen im Übrigen über eine solche Stelle) zu suchen. Die Situation ist umso komplexer, als Asylsuchende manchmal innerhalb ein und derselben Frist in ein anderes Zentrum verlegt oder in Administrativhaft genommen werden[306].

[311] Weiter ist festzustellen, dass die Botschaft von 2010 auch vorschlug, die in Art. 110 AsylG vorgesehene Frist zu verlängern, so sollte die Nachfrist für die Verbesserung der Beschwerdeschrift von sieben auf zehn Tage verlängert werden. Eine Nachfrist wird z.B. gesetzt, wenn eine Beschwerde nicht ausreichend begründet ist[307]. Diese Bestimmung hätte als eine Art „Ausgleich" für den generellen Vorschlag zur Verkürzung des Verfahrens dienen sollen[308].

[312] Es muss hier darauf hingewiesen werden, dass diese Vorschläge im Rahmen der Konkretisierung der *Option 1* erneut vom EJPD überarbeitet werden könnten. Im aktuellen Stadium ist es daher nicht möglich zu sagen, wie die Fristen künftig festgelegt sein werden.

d. Zusätzliche im Jahr 2011 vorgelegte Änderungsvorschläge

[313] *Option 1 (EJPD, März 2011)*: Gemäss diesem Projekt würde die Beschwerdefrist im Rahmen eines *ordentlichen* Verfahrens auf 7 Werktage festgelegt und hätte keine aufschie-

---

[304] EJPD, Erläuternder Bericht 2009, S. 20.

[305] Art. 108 al. 1 Gesetzesentwurf siehe BBl 2010 4529, 4535. Bezüglich eines detaillierten Kommentars zu diesem Vorschlage siehe KUHN, ASYL 4/10.

[306] Als Beispiel für einen konkreten Fall siehe OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS, 30 Tage zwecks Einlegung einer Beschwerde, eine kaum ausreichende Frist, die nun sogar noch verkürzt werden soll, Fall 105, 23. März 2010, www.odae-romand.ch.

[307] Art. 110 al. 1 Gesetzesentwurf, BBl 2010 4529, 4536.

[308] Massnahme, die KUHN für nicht ausreichend erachtet. KUHN, S. 6.

bende Wirkung. Was das *erweiterte* Verfahren betrifft, würde die Beschwerdefrist 15 Tage betragen, wobei sie mit einer aufschiebenden Wirkung versehen würden. Damit wäre im Vergleich zur aktuellen Regelung die Beschwerdefrist um zwei „Werktage" (indem sie von 5 auf 7 Tage heraufgesetzt wird) verlängert bei den Entscheiden, die den heutigen Nichteintretensentscheiden entsprächen. Demgegenüber würde sie bei Entscheiden im „ordentlichen" Verfahren von 30 Tagen auf 7 „Werktage" bzw. bei Entscheiden im „erweiterten" Verfahren von 30 Tagen auf 15 Tage merklich verkürzt. Die konkrete Auswirkung des Vorschlages wird von der ungeklärten Frage abhängen, wie viele Entscheide im „ordentlichen" bzw.im „erweiterten" Verfahren getroffen werden. Angemerkt sei hier jedoch, dass das EJPD in seinem Bericht davon ausgeht, dass 80 % der Fälle im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens bearbeitet werden müssten, wogegen 20 % dem erweiterten Verfahren zufielen. Obschon noch nicht bekannt ist, *wer* (oder welche Kategorie von Asylsuchenden) von dieser Massnahme betroffen wäre, ist davon auszugehen, dass das neue Verfahren bei einer grossen Mehrheit der Personen zur Anwendung kommen wird.

e. Im Jahr 2012 verabschiedete Lösungen und Vorschläge auf längere Sicht

[314] Bei der Verabschiedung der dringlichen Massnahmen im September 2012 hat das Parlament die Beschwerdefristen nicht grundlegend in Frage gestellt: die Frist für eine Beschwerde gegen „normale" Entscheide liegt bei 30 Tagen, für eine Beschwerde gegen Zwischenentscheide bei 10 Tagen und für Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide bei 5 Werktagen[309].

[315] Der Bericht der Arbeitsgruppe Bund/Kantone, der im November 2012 präsentiert wurde, sieht im Rahmen des ordentlichen (jedoch abgestuften) Verfahrens vor, dass die Rekursphase 9 „Kalendertage"[310], d.h. 7 Werktage[311], umfassen wird.

E. Frist zur Bearbeitung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht (IV)

a. Gesetzliche Bestimmung

[316] Gemäss Art. 109 AsylG muss das BVGer im Prinzip innerhalb einer Frist von 6 Wochen über eine Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid entscheiden (bzw. sogar innerhalb von nur 5 Tagen, wenn auf einen Schriftenwechsel verzichtet wird und keine weiteren Verfahrensakten erforderlich sind). Für materielle Entscheiden gilt für das BVGer eine Frist von 6 Wochen, wenn ein Antrag ohne weitere Massnahmen zur Beweiserhebung abgelehnt wird bzw. über 2 Monate, wenn ergänzende Massnahmen erforderlich sind[312].

---

[309] Siehe AS 2012 5359, 5361.

[310] Diese neue Terminologie „jours civils" oder „Kalendertage" bewirkt eine gewisse Verwirrung, insoweit als der Ausdruck „jours civils"/"Kalendertage" kein definierter juristischer Begriff ist. Eine grundlegende Änderung sieht die Regelung indes nicht vor.

[311] Abschlussbericht, Arbeitsgruppe Bund/Kantone 2012, S. 9.

[312] Es handelt sich hier um Fristvorgaben, die überschritten werden können, wenn Umstände, wie die Komplexität der Sache dies rechtfertigen. Die Entscheide der Behörden müssen jedoch innerhalb angemessener Frist mitgeteilt werden, da ansonsten ein Verstoss gegen die Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend gemacht werden kann. Das Bundesgericht hat wiederholt übermässig lange Asylverfahren vor der ARK, bzw. dem BVGer bemängelt. Siehe zum Beispiel die Entscheide des Bundesgerichts 12T_1/2007 vom 29. Mai 2007 und 12T_2/2007 vom 16. Oktober 2007, in denen die Beschwerden nach mehr als 45 bzw. 41 Monaten immer noch hängig waren.

b. Analyse

[317] Was die Analyse dieser Frage betrifft, so verweisen wir auf die Analyse bezüglich der Bearbeitungsfristen für Asylgesuche durch das BFM, insofern, als die zugrundeliegende Problematik dieselbe ist.

c. Änderungsvorschläge 2010

[318] Laut Botschaft von 2010 hätten die Bearbeitungsfristen für Beschwerden seitens des BVGer für alle Nichteintretensverfahren von 6 Wochen auf 5 Werktage zurückgehen müssen, ähnlich wie bei der Frist, die für Entscheide am Flughafen vorgesehen ist[313]. Die Botschaft des Bundesrates präzisierte, dass diese Fristvorgaben überschritten werden könnten, wenn sich dies als notwendig erweist, wobei in diesem Artikel der Ausdruck „in der Regel" verwendet wird[314]. Die Präzision erscheint überflüssig angesichts der Tatsache, dass die aktuellen Fristen praktisch nie eingehalten werden. Es ist daher kaum anzunehmen, dass sich die Situation bei der Wahl von noch kürzeren Fristen ändern wird.

[319] Gemäss den Änderungsvorschlägen müsste eine Beschwerde, die im Rahmen eines materiellen Verfahrens eingereicht wird, innerhalb einer Frist von 20 Tagen bearbeitet werden, während sie aktuell 2 Monate beträgt[315]. Die Botschaft des Bundesrates hält auch hier fest, dass diese Fristen nötigenfalls überschritten werden könnten. Auch in diesem Artikel wird die Formulierung „in der Regel" verwendet[316].

d. Parlamentarische Erlasse 2012

[320] Im September 2012 hat der Gesetzgeber die dringlichen Änderungen des Asylgesetzes verabschiedet, die zur Folge haben, dass das BVGer ab sofort in der Regel innerhalb einer Frist von 5 Werktagen über die Beschwerden entscheidet, die gegen Nichteintretensentscheide und gegen Bescheide über die Einreise in die Schweiz eingereicht werden, sowie innerhalb einer Frist von 2 Monaten über Beschwerden, die gegen einen materiellen Entscheid eingereicht werden, sofern zusätzliche Abklärungen erforderlich sind[317].

[321] Im Dezember 2012 hat der Gesetzgeber die Bearbeitungsfristen nochmals abgeändert. Mit diesen Änderungen müsste das BVGer nunmehr Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide bzw. Entscheide über die Einreise in die Schweiz innerhalb einer Frist von 5 Werktagen bearbeiten, wogegen die übrigen Fälle innerhalb einer Frist von 20 Tagen zu bearbeiten wären[318].

e. Vorschläge auf längere Sicht

[322] Was das gemeinsame Projekt des Bunds und der Kantone betrifft, das im November 2012 veröffentlicht wurde, so ist darin – im Rahmen des ordentlichen Verfahrens – vorgesehen, dass das BVGer einen Entscheid innerhalb von vier Wochen nach Eingang der Be-

---

[313] Art. 109 Abs. 1 Gesetzesentwurf, BBl 2010 4529, 4536.
[314] BBl 2010 4455, 4503.
[315] Art. 109 Abs. 4 Gesetzesentwurf, BBl 2010 4529, 4536.
[316] BBl 2010 4455, 4503.
[317] AS 2012 5359, 5361.
[318] BBl 2012 9685, 9694.

schwerde trifft. Der Bericht geht davon aus, dass diese Frist realistisch sein sollte, denn das ordentliche Verfahren dürfte ja nur „einfache" Fälle betreffen[319].

4.2.3. Konsequenzen der Empfehlungen

[323] Wenn es um die Frage der Verfahrensdauer und der Fristen geht, scheint sich das 2007/2008 überarbeitete Asylgesetz, anderen nationalen Regelungen sowie der Rechtslage in der Europäischen Union folgend, in Richtung Beschleunigung zu bewegen. Die Verkürzung sämtlicher Fristen (für Bearbeitung und Beschwerden) scheint in dieser Hinsicht ein bevorzugtes Instrument der Behörden darzustellen.

[324] Die Beschleunigung und Verkürzung der Verfahren wird allgemein – und dies zu Recht – so dargestellt, als stünden sie im Interesse beider Parteien. Sowohl die Antragssteller – und umso mehr die Flüchtlinge – und der Staat würden davon profitieren, wenn die Entscheide so schnell wie möglich gefällt würden, da insbesondere die Betroffenen rasch Gewissheit bezüglich ihrer Situation erhalten möchten (sei dies im Sinn einer Wegweisung in ihr Land oder ihrer Integration in der Schweiz).

[325] Nichtsdestotrotz sind Zweifel angebracht, ob die Verkürzung der Fristen, insbesondere der Beschwerdefristen, ein wirksames und gleichzeitig die Menschenrechte achtendes Mittel darstellt. Bemängelt wird insbesondere das Vorliegen von, auf der einen Seite, nicht wirklich verpflichtenden und kaum je eingehaltenen Ordnungsfristen für die Behörden (sowohl in erster Instanz als auch im Beschwerdeverfahren) und, auf der anderen Seite, zwingenden, durch die Nichtzulässigkeitserklärung der Beschwerde sanktionierte Beschwerdefristen, die den Asylsuchenden auferlegt werden. Dieser „Pseudo-Parallelismus" maskiert die Tatsache, dass die empfindliche und konstante Kürzung der Beschwerdefristen einen Eingriff in die Menschenrechte der betroffenen Personen darstellt, insbesondere mit Blick auf die Verfahrensgarantien, die im Recht auf rechtliches Gehör und im Recht auf eine wirksame Beschwerde im Völker- und Verfassungsrecht geschützt sind.

[326] Dieser falsche „Parallelismus" legt die Vermutung nahe, dass die Verkürzung der Beschwerdefristen keinen Einfluss auf die Verfahrensdauer haben wird, wenn man die (effektiven und nicht die gesetzlich vorgegebenen) Fristen für die Bearbeitung der Anträge durch die Behörden berücksichtigt. Eine Verkürzung der Beschwerdefrist wird daher nur zur Folge haben, dass die Antragsteller daran gehindert werden, ihre Rechte zu verteidigen (indem sie zum Beispiel daran gehindert werden, einen Rechtsvertreter zu finden oder die erforderlichen Beweismittel zusammenzustellen).

[327] Die SFH schlägt in ihrer Analyse zum Bericht über die Beschleunigungsmassnahmen im Übrigen vor, die Dinge unter einem anderen Blickwinkel zu betrachten. Anstatt stets vom Prinzip auszugehen, dass Asylsuchende ihren Antrag mit dem Ziel der Migration einreichen (und nicht, um internationalen Schutz zu suchen) – was zur Folge hat, dass ihnen mit der Zielsetzung der „Demotivierung" stets neue „Verfahrensbarrieren" auferlegt werden –, es vielmehr doch darum gehen sollte, ein System auf die Beine zu stellen, das die Behörden zu raschem Handeln anregt. In diesem Sinn wäre es zum Beispiel möglich, den Status des Asylsuchenden nach einer gewissen Verfahrensdauer automatisch zu verbessern (indem ihnen

[319] Schlussbericht Arbeitsgruppe Bund/Kantone 2012, S. 9.

z.B. eine umfassendere Sozialhilfe gewährt würde), wenn die Verzögerung des Verfahrens nicht auf sein Verschulden zurückgeht[320].

5. Schlussfolgerungen

[328] Auch wenn es nicht möglich ist, in allgemeiner Hinsicht zu bestätigen, dass das Asylgesetz eindeutig in dem einem oder anderen Punkt die auf den Menschenrechten beruhenden Verfahrensgarantien verletzt, so stellen wir nichtsdestotrotz fest, dass das Gesetz verschiedene Bestimmungen enthält, die als Ganzes betrachtet, unter dem Blickwinkel der Menschenrechte zu einer kritischen Situation führen.

[329] Zu beiden Verfahrensfragen, diejenigen der Fristen (insbesondere bei Beschwerden) und des Rechtsbeistands, ist festzustellen, dass sie nicht separat behandelt werden können. Dies entspricht im Übrigen der Zielsetzungen der Restrukturierung des Asylverfahrens, die im Jahr 2012 durchgeführt und die teilweise noch in Gang ist.

[330] Mit anderen Worten ist festzuhalten, dass, wenn der Gesetzgeber die Verfahren reduzieren oder verkürzen will, er den Asylsuchenden einen unentgeltlichen und umfassenden Rechtsschutz gewähren muss, ohne die die Verfahrensgarantien insgesamt nicht gewahrt werden können. Die aktuelle Praxis im Bereich Prozesskostenhilfe, wie auch die jüngsten Änderungsvorschläge, müssten daher „nach oben" korrigiert werden.

Autorin:

Fanny Matthey, Dr. iur., Themenbereich Migration, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Universität Neuchâtel

Geltung hat die französische Fassung dieses Kapitels.

[320] SFH, Bericht des EJPD über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, Bern 9. Juni 2011, S. 3.

III. NOTHILFE

1. Einleitung und Empfehlungen

[331] Mehrere UNO-Ausschüsse haben sich in Form von Empfehlungen zur Frage der Sozial- bzw. Nothilfe, und wie diese in der Schweiz angewandt wird, geäussert.

[332] Der erste Bericht, der diese Problematik behandelte, ohne jedoch eine konkrete Empfehlung zu formulieren, war derjenige des Sonderberichterstatters gegen Rassismus aus dem Jahr 2007. Darin zeigt sich der Sonderberichterstatter insbesondere durch die oft äusserst prekäre Situation der Asylsuchenden alarmiert, die von einem „Nichteintretensentscheid" betroffen sind. Amtliche Berichte und Dokumente würden ganz klar auf die Kürzung der Sozialhilfe für diese Personen hinweisen. Der Sonderberichterstatter beklagt, dass solche Massnahmen von einem demokratischen Staat eingesetzt würden, obwohl sie im Widerspruch zu den internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Hinblick auf die Menschenrechte stünden und die Würde der betreffenden Personen verletzten. In dieser Hinsicht erinnerte er die Schweizer Behörden an Artikel 12 BV, der Folgendes besagt: „Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind." Genau in diesem Sinne seien auch die Verpflichtungen zu verstehen, die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in anderen internationalen Regelwerken enthalten sind, die für die Schweiz gelten[321].

[333] Der zweite Ausschuss, der sich diesbezüglich geäussert hat, war CERD, der im Jahr 2008 seine Besorgnis auf folgende Weise zum Ausdruck brachte: „der Ausschuss nimmt mit Besorgnis zur Kenntnis, dass die Ausländer- und Asylgesetzgebung des Vertragsstaates das Recht dieser Personen auf Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Übereinkommens möglicherweise nicht gewährleistet. So sind zum Beispiel Asylsuchende, deren Gesuch abgewiesen wurde, gemäss dem seit 1. Januar 2008 geltenden Ausländergesetz von der Sozialhilfe ausgeschlossen, was zu Marginalisierung und Vulnerabilität führt (Art. 5 b)". CERD hat die Schweiz daher unverzüglich ersucht, „wirksame und angemessene Massnahmen zu treffen, um die im Übereinkommen verankerten Rechte für Asylsuchende und ausländische Staatsangehörige zu gewährleisten". Er lädt die Schweiz ein, ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften im Ausländer- und Asylbereich mit dem Übereinkommen zu harmonisieren und den Empfehlungen verschiedener mit Rassismusfragen betrauter Gremien und Organisationen Rechnung zu tragen[322].

[334] Der MRA hat im darauf folgenden Jahr Stellung genommen: „Während der Ausschuss die zwingende Gewährung eines Rechtsbeistandes für Personen, deren Asylantrag abgelehnt wurde, zur Kenntnis nimmt, ist er besorgt über Berichte, welche die Lebensbedingungen dieser Personen als ungenügend bezeichnen. Auch sind Personen, deren Asylanträge abschlägig beantwortet worden sind, nicht länger krankenversichert (Bundesgesetz über die Krankenversicherung), wodurch ihr Zugang zur medizinischen Versorgung eingeschränkt wird. Der Vertragsstaat sollte die fundamentalen Rechte von Personen, deren Asylantrag

---

[321] Sonderberichterstatter, Rassismus 2007, Ziff. 82 und 83.

[322] CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 17.

abgelehnt worden ist, schützen und diesen einen angemessenen Lebensstandard sowie medizinische Versorgung ermöglichen"[323].

[335] Im Jahr 2010 hat der Ausschuss für WSK-Rechte seiner Besorgnis bezüglich dieser Frage Ausdruck verliehen: „Der Ausschuss ist besorgt über Berichte, nach denen Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in einigen Kantonen von der Sozialhilfe ausgeschlossen und statt dessen auf Nothilfe angewiesen sind (Art. 9)". Er empfiehlt daher der Schweiz, „jeder auf seinem Staatsgebiet lebenden Person, als letztes Netz der sozialen Sicherheit Sozialhilfe anstelle von Nothilfe zu gewähren". Des Weiteren empfiehlt der Ausschuss, „einheitliche Standards für den Zugang und den Anspruch auf Sozialhilfe festzulegen"[324].

[336] Auf regionaler Ebene hat sich die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) schliesslich ebenfalls mit dieser Frage beschäftigt. Sie stellt fest, „dass entsprechend einem Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2005 die Nothilfe für Asylsuchende, auf deren Antrag nicht eingetreten wird, nicht entzogen werden darf. Allerdings haben Nicht-Regierungsorganisationen (NRO) und das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) in der Praxis mancher Kantone Schwierigkeiten festgestellt, wenn es um die Gewährung dieser Hilfe geht". Im Allgemeinen empfiehlt die ECRI daher „den Schweizer Behörden, die Umsetzung der neuen Gesetzgebung im Bereich Asyl aufmerksam zu überwachen und in Rücksprache mit den zuständigen nichtstaatlichen Stellen, u.a. dem UNHCR und NRO, welche die Interessen der Asylsuchenden vertreten, alle erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, welche sicherstellen, dass die Rechte der Asylsuchenden und der Flüchtlinge in der Praxis vollständig gewährleistet sind"[325].

2. Problematik

[337] Betrachtet man den Wortlaut der drei UNO-Ausschüsse, die im engeren Sinne Empfehlungen abgegeben haben, d.h. CERD im Jahr 2008, MRA im Jahr 2009 und der Ausschuss für WSK-Rechte im Jahr 2010, können folgende Punkte festgehalten werden:

- Die Rechte der Ausländerinnen und Ausländer sowie der Asylsuchenden müssen kraft des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) garantiert sein. Laut CERD ist insbesondere durch den Ausschluss aus dem sozialen Schutzsystem die Rechtsgleichheit für diese Kategorie von Personen nicht garantiert. Das Asylgesetz (AsylG) und das Ausländergesetz (AuG) müssen daher mit dem genannten Übereinkommen vereinbar sein oder zumindest in damit kompatibler Art und Weise ausgelegt werden.
- Für den MRA impliziert der Schutz der Grundrechte dieser Personen Leistungen,
  - die den Zugang zu einem ausreichenden Lebensstandard ermöglichen und
  - die eine medizinische Versorgung gewährleisten.

[323] MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 19. Im Jahr 2012 hat die Schweiz im Rahmen der zweiten Universellen Periodischen Überprüfung eine Empfehlung erhalten, die ungefähr in dieselbe Richtung geht (ausreichender Lebensstandard), obwohl diese sich nicht auf Personen bezieht, deren Asylgesuch abgelehnt wurde, sondern auf Flüchtlinge und Asylsuchende. Es handelt sich um die von Namibia formulierte Empfehlung 123.54, die fordert, dass die Schweiz „Flüchtlingen und Asylsuchenden und deren Kindern adäquate Unterkünfte zur Verfügung stellt, fernab von gesundheitsschädlichen Orten wie Gebiete rund um Flughäfen", UPR Switzerland 2012.

[324] Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 12.

[325] ECRI, 4. Bericht, Ziff. 167 und 169.

- Schliesslich sind noch zwei Punkte aus der Empfehlung des Ausschusses für WSK-Rechte zu berücksichtigen:
  - der Staat müsste der Sozialhilfe anstelle der Nothilfe den Vorzug geben und
  - es müssen gemeinsame Standards für den Zugang und den Anspruch auf Sozialhilfe festgelegt werden, um die Praxis zwischen den Kantonen zu vereinheitlichen.

3. Internationale Rechtsgrundlagen

3.1. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I)

[338] Artikel 9 Pakt I statuiert, dass „die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf Soziale Sicherheit anerkennen; diese schliesst die Sozialversicherung ein".

[339] Im Jahr 2008 hat der Ausschuss für WSK-Rechte die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 19 in Bezug auf Artikel 9 des Paktes herausgegeben, die vom Recht auf soziale Sicherheit handeln. Dieses Recht muss für alle garantiert sein und hat zum Ziel, Armut zu mildern und den sozialen Ausschluss zu verhindern. Es seien die am stärksten Benachteiligten, die am besten geschützt werden müssten. Darüber hinaus müsste der Staat in jedem Fall zumindest den Zugang zu medizinischer Versorgung, Unterkunft und Verpflegung garantieren. Mehrere Passagen dieser Bemerkungen verdienen Beachtung: Erstens ist zu lesen, dass die soziale Sicherheit als Form der Umverteilung eine wichtige Rolle zur Bekämpfung und Linderung der Armut spiele, indem sie den sozialen Ausschluss verhindere und die soziale Inklusion fördere[326]. Der Ausschuss fügt hinzu, dass das Recht auf soziale Sicherheit und Sozialversicherung, das in Artikel 9 definiert ist, für alle gelte, ohne Diskriminierung. Sodann geht es um den Inhalt des Rechts auf soziale Sicherheit. Es beinhaltet das Recht, hinsichtlich der Inanspruchnahme der bestehenden Massnahmen für soziale Sicherheit keinerlei willkürlichen und unverhältnismässigen Einschränkungen unterworfen zu werden, unabhängig davon, ob diese aus dem öffentlichen oder privaten Sektor stammten, sowie das Recht, gleichberechtigt einen ausreichenden Schutz vor sozialen Risiken und Gefahren zu geniessen[327]. Gemäss Auffassung des Ausschusses müsste jedes System neun grosse Säulen umfassen: Gesundheitsversorgung, Krankheit, Alter, Arbeitslosigkeit, Arbeitsunfälle, Familien- und Kinderhilfe, Mutterschutz, Erwerbsunfähigkeit, Hinterbliebenen- und Waisenhilfe. Darüber hinaus muss besonderes Augenmerk auf die Achtung der Menschenwürde gelegt werden und die am meisten benachteiligten Personen müssen im Rahmen des Sozialversicherungssystems besonders geschützt sein. Weiter ist zu lesen, dass jeder über das Recht auf soziale Sicherheit verfügt, und dass die Vertragsstaaten besondere Aufmerksamkeit denjenigen Einzelpersonen und Gruppen schenken sollen, die von je her Schwierigkeiten haben, von diesem Recht Gebrauch zu machen[328]. Konkret werden besonders benachteiligte Gruppen, wie unter anderem Flüchtlinge und Asylsuchende, erwähnt.

[340] Hinsichtlich des Zugangs zu medizinischer Versorgung hebt der Ausschuss hervor, dass jede Person, unabhängig von ihrer Nationalität, ihrem Wohnort oder ihrem Aufenthaltsstatus Anspruch auf medizinische Grundversorgung bzw. Notfallversorgung hat. Noch allge-

[326] Ausschuss für WSK-Rechte, General Observation No 19, Ziff. 3.
[327] Idem, Ziff. 9.
[328] Idem, Ziff. 31.

meiner gefasst, müssten Flüchtlinge, Vertriebene und Asylsuchende sowie andere benachteiligte und marginalisierte Personen und Gruppen gleichberechtigt von Leistungen des beitragsfreien Systems der sozialen Sicherheit profitieren, insbesondere von einem angemessenen Zugang zu Gesundheitsvorsorge und Familienleistungen in Übereinstimmung mit internationalen Standards [329].

[341] Abschliessend ist festzuhalten, dass die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 19 den Schwerpunkt auf die Verpflichtungen des Staates legen, wie u.a. die Verpflichtung, den Zugang zu einem System der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Das System soll sämtlichen Personen und Familien ein Minimum an lebensnotwendigen Grundleistungen garantieren und es ihnen ermöglichen, zumindest eine medizinische Grundversorgung, Basis-Unterbringung, Versorgung mit Wasser und Sanitäreinrichtungen, Lebensmittel und elementarste Formen von Bildung in Anspruch zu nehmen[330].

[342] Artikel 11 Ziff. 1 des Pakt I ergänzt den Artikel 9, indem er das Recht jeder Person auf einen ausreichenden Lebensstandard für diese selbst und deren Familie anerkennt, einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen. Den Staaten wird ein Ermessensspielraum mit Blick auf die Definition dessen belassen, was als „ausreichend" betrachtet wird. Die Staaten müssen jedoch diesbezüglich einen Mindeststandard garantieren und soweit wie möglich positive Massnahmen ergreifen, um die Bestimmungen des Paktes umzusetzen[331].

[343] In Bezug auf Artikel 11 als solchen gibt es keine Allgemeinen Bemerkungen, sondern nur Bemerkungen, die sich auf spezifische Aspekte beziehen, wie das Recht auf ausreichende Ernährung, das Recht auf Wasser oder auch das Recht auf eine adäquate Unterbringung. Dieses letztgenannte Recht wird in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 4 aus dem Jahr 1991 behandelt[332]. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff Unterbringung laut Ausschuss nicht in einem engeren Sinn auszulegen ist, da es nicht nur darum gehe, ein Dach über dem Kopf zu haben, sondern ein Leben in Sicherheit, Frieden und Würde führen zu können. *„In the Committee's view, the right to housing should not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with, for example, the shelter provided by merely having a roof over one's head or views shelter exclusively as a commodity. Rather it should be seen as the right to live somewhere in security, peace and dignity. [...] the reference in article 11 (1) must be read as referring not just to housing but to adequate housing. [...] "Adequate shelter means ... adequate privacy, adequate space, adequate security, adequate lighting and ventilation, adequate basic infrastructure and adequate location with regard to work and basic facilities - all at a reasonable cost"*[333].

3.2. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II)

[344] Mit Blick auf den Pakt II sind jene Artikel besonders hervorzuheben, die das Privat- und Familienleben schützen (Art. 17[334]) bzw. auch das Kindeswohl (Art. 24 Abs. 1[335]) verbrie-

[329] Idem, Ziff. 37 und 38.

[330] Idem, Ziff. 59, Bst. a.

[331] KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI, p. 4-5.

[332] Ausschuss WSK-Rechte, General Comment No. 4 (1991).

[333] Idem, Ziff. 7.

[334] Art. 17: „1. Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines

fen. Der MRA hat im Jahr 1988 die Allgemeine Bemerkung Nr. 16 über das Recht auf Schutz des Privatlebens und der Familie, der Wohnstätte, des Briefverkehrs sowie über den Schutz der Ehre und des Ansehens verfasst.

[345] Darin wird insbesondere festgehalten, dass jeder und jede geschützt werden muss, unabhängig davon, ob Eingriffe von Einzelpersonen oder vom Staat ausgehen. Hierzu muss der Staat Gesetzesgrundlagen schaffen, die es ermöglichen, das in Artikel 17 von Pakt II festgehaltene Recht zu schützen. Der Ausschuss trifft hier eine interessante Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und willkürlichen Eingriffen ins Privat- und Familienleben. Er präzisiert, dass rechtlicher Schutz sowohl vor rechtswidrigen als auch vor willkürlichen Eingriffen und Beeinträchtigungen gewährt werden muss[336]. So kann sich eine gesetzlich vorgesehene Beeinträchtigung als willkürlich erweisen, wenn sie nicht angemessen ist.

3.3. Das Internationale Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK)

[346] Interessant ist es auch, sich mit Artikel 5 der RDK zu beschäftigen. Dort steht unter Buchstabe b) und e), dass die Vertragsstaaten im Einklang mit den in Artikel 2 niedergelegten grundsätzlichen Verpflichtungen dafür sorgen, „die Rassendiskriminierung in jeder Form zu verbieten und zu beseitigen und das Recht jedes einzelnen, ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums, auf Gleichheit vor dem Gesetz [zu] gewährleisten; dies gilt insbesondere für folgende Rechte: b) das Recht auf Sicherheit der Person und auf staatlichen Schutz gegen Gewalttätigkeit oder Körperverletzung, gleichviel, ob sie von Staatsbediensteten oder von irgendeiner Person, Gruppe oder Einrichtung verübt werden; [...]; e) wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, insbesondere: [...] iii) Recht auf Wohnung; iv) Recht auf öffentliche Gesundheitsfürsorge, ärztliche Betreuung, soziale Sicherheit und soziale Dienstleistungen".

[347] An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich CERD in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 30 von 2004 mit der Diskriminierung gegen Personen „ohne Staatsbürgerschaft" beschäftigt und dabei festhält, dass sichergestellt werden muss, dass die Lebensbedingungen in den Aufnahmezentren für Asylsuchende mit den internationalen Standards übereinstimmen. Der Ausschuss beschäftigt sich mit der Diskriminierung durch Organe der Rechtspflege. Mit Blick auf die hier erläuterte Thematik wird folgende Empfehlung abgegeben: *„ensure the security of non-citizens, in particular with regard to arbitrary detention, as well as ensure that conditions in centres for refugees and asylum-seekers meet international standards"*[337].

Rufes ausgesetzt werden. 2. Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen". Art. 23 Abs. 1: „Die Familie ist die natürliche Kernzelle der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat".

[335] Art. 24 Abs. 1: „Jedes Kind hat ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der nationalen und sozialen Herkunft, des Vermögens oder der Geburt das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert".

[336] Siehe in diesem Sinn, MRA, General Comment No 16 (1988), Ziff. 3 und 4.

[337] CERD, Allgemeine Empfehlung Nr. 30 (2004), Ziff. 19.

3.4. Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)

[348] Auf regionaler Ebene hat der Europarat, sei dies durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs oder durch eine Resolution des Ministerkomitees, ein „Recht auf Befriedigung der materiellen Grundbedürfnisse" geschaffen. In diesem Sinne darf der Staat keine entwürdigende Behandlung zulassen.

[349] Die EMRK hat die Frage des Rechts auf Gesundheitsfürsorge mit den Artikeln 3 (Verbot der Folter) und 8 (Recht auf Achtung des Privatlebens und der Familie) der Konvention verknüpft. In der Tat könnte im Fall, dass einer Person mit rechtswidrigem Aufenthalts eine medizinische Grundversorgung verweigert würde, eine Anwendung von Artikel 3 EMRK (Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung) diskutiert werden. Die Rechtsprechung des EGMR ist in Bezug auf diese Frage jedoch ziemlich anspruchsvoll. Der Gerichtshof hat insbesondere präzisiert, dass die schlechte Behandlung einen gewissen Schweregrad erreichen muss, und in diesem Sinne werden „tatsächliche Körperverletzungen oder ein intensives physisches oder mentales Leiden" erwähnt. Er hat jedoch hinzugefügt, dass eine Behandlung als entwürdigend eingestuft wird und damit gleichermassen unter die Wirkung des Verbots aus Artikel 3 fallen könne, wenn sie ein Individuum demütigt, indem sie deren Würde nicht respektiere oder herabwürdige, oder Angst- oder Minderwertigkeitsgefühle erzeuge, die die psychische und physische Widerstandsfähigkeit der Person zerstören könnte[338]. In diesem Sinne kann eingeräumt werden, dass, wenn Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt nicht über die Ressourcen verfügen, um sich die notwendigen Leistungen zu beschaffen und der Staat diese Leistungen nicht kostenlos zur Verfügung stellt, der im Urteil Pretty geforderte Schweregrad durchaus erreicht ist, sobald sich die Konsequenzen aus der Verweigerung der Leistungen ernsthaft auf die Gesundheit und Würde der betroffenen Personen niederschlagen[339]. Das Ministerkomitee des Europarates hat im Übrigen eine Empfehlung herausgegeben, die sich mit den Grundbedürfnissen von Personen in einer extrem prekären Lage befasst. Gemäss dieser Empfehlung müssten die Staaten jeder Person – unabhängig von deren rechtlichem Status - zumindest das „Recht auf Befriedigung der materiellen Grundbedürfnisse" zuerkennen, d.h. Nahrung, Kleidung, Unterbringung und eine medizinische Grundversorgung. Dieses Recht müsste darüber hinaus einklagbar sein[340].

4. Umsetzung auf interner Ebene

4.1. Normales Sozialhilfesystem im Asylbereich

[350] Die den Asylsuchenden bewilligten Sozialhilfebeiträge weisen eine interessante Entwicklung auf. In den 1970er Jahren, mitten im Kalten Krieg, wurden Ausländerinnen und Ausländer, die vor den kommunistischen Regimen flohen, in der Schweiz gut aufgenommen und da man davon ausging, dass die Niederlassung der Exilanten aus den weit entfernten Staaten definitiv sein würde, verständigten sich alle darauf, dass die Integration der Neuan-

[338] CEDH, *Pretty v. Royaume-Uni*, 2346/02 (2002), Ziff. 52.

[339] CHOLEWINSKI RYSZARD, Migrants irréguliers : l'accès aux droits sociaux minimaux, Strasbourg 2005, S. 54.

[340] Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung Nr. 3 (2000), Grundsätze 1 bis 5. Bezüglich dieser letzten beiden Paragraphen, siehe MATTHEY, S. 422-423.

kömmlinge zu fördern sei[341]. In den 1980er Jahren stieg die Zahl der Asylsuchenden, und ihre Herkunftsländer werden vielfältiger. Parallel dazu entwickelte sich die Art und Weise, wie Fremde, die in der Schweiz Asyl suchten, gesehen wurden. Die Asylpolitik wurde restriktiver. Da man von einer tiefen Anerkennungsquote ausging, verfolgte die Unterstützung für Asylsuchende immer weniger die Zielsetzung der Integration, stattdessen gewann die Abschreckung zunehmend an Bedeutung[342]. Die Asylsuchenden wurden in Aufnahmezentren in isolierten Gegenden untergebracht, und die Verpflegung erhielten sie in Naturalien. Die Verteilung von Lebensmitteln anstelle von Geld wurde die Regel. Die Hauptidee, die damals aufkam, bestand in einer Kostenreduktion, wenngleich sich abzeichnete, dass Sachleistungen teurer sind als Geldleistungen.

[351] Die 1990er Jahre markierten eine radikalere Wende in der Kürzung der Leistungen, die Asylsuchenden gewährt wurden. In der Tat vertraten die Behörden damals öffentlich die Auffassung, dass die Kürzung der Leistungen einen integralen Bestandteil der Abschreckungspolitik darstellte. Ab 1991 wurde der Betrag der Geldleistungen nicht mehr auf der Grundlage der Empfehlungen der Schweizerischen Konferenz der Sozialhilfe (SKOS) berechnet, wie dies bis anhin der Fall war, und die neuen Vorgaben lagen noch tiefer als das, was man als Mindesthilfe zum Lebensunterhalt betrachten kann[343]. Die gesetzlichen Vorschriften sahen ausserdem die Möglichkeit vor, die Hilfsleistungen zu kürzen, wenn die Asylsuchenden sich nicht zum Wohlgefallen der Behörden verhalten. Schliesslich wurde 1993 die Asylverordnung 2 dahingehend abgeändert, dass eine Pauschalentschädigung für jeden Asylsuchenden eingeführt wurde.

[352] Derzeit ist festzustellen, dass im Hinblick auf die Auszahlung der Leistungen bedeutende kantonale Unterschiede bestehen: „der monatliche Grundbetrag für eine alleinstehende Person mit Ausweis N variiert vom einfachen bis zu mehr als dem doppelten Satz (von 320.- bis 768.- CHF), wobei er sich in den meisten Kantonen zwischen CHF 400.- und 500.- CHF bewegt. Diese Spannbreite ist für eine Familie mit vier Personen etwas geringer (zwischen 1120.- und 1700.- CHF)“[344].

[353] Somit zeigt sich, dass sich seit Anfang der 1970er Jahre die bei den Behörden vorherrschende Wahrnehmung in Bezug auf Asylsuchende stark verändert hat. So ist man von der Vorstellung, dass Asylsuchende, die in die Schweiz kommen, sich in die schweizerische Gesellschaft eingliedern müssten, dazu übergegangen, sie davon abzubringen, hierherzukommen, und zur Erreichung dieses Ziels stellt die Kürzung der Leistungen eines von vielen Mitteln dar.

4.2. Die Sonderregelung der Nothilfe

4.2.1. Einführung der Nothilfe ins Rechtssystem

[354] Wie bereits erwähnt, ist die Kürzung der Leistungen, die Asylsuchenden gewährt werden, im Lauf der Jahre ein erklärtes Ziel der schweizerischen Migrationspolitik geworden. Die

[341] MAILLARD/TAFELMACHER, S. 252.
[342] Ibid.
[343] Idem, S. 254.
[344] WICHMANN/HERMANN/D'AMATO/EFIONAYI-MÄDER/FIBBI/MENET/RUEDIN, p. 85.

Kürzung der Sozialhilfe für Asylsuchende hat im Jahr 2004 der Nothilfe Platz gemacht, bzw. hat zum Ausschluss dieser von der Sozialhilfe geführt.

[355] Im Jahr 2003 erstellte der Bund ein Programm zur Entlastung des Budgets (EP 03). Dieses sieht eine Änderung bei den Leistungen vor, die Asylsuchenden bewilligt werden. Bis zu jenem Zeitpunkt erhielten Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid noch Sozialhilfe. Der in dem Programm präsentierte Vorschlag lautet wie folgt: „Personen mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid sind ausländische Personen, die sich illegal in der Schweiz aufhalten. Im Fall einer Notlage gewährleisten die Kantone ihnen das für die Existenzsicherung erforderliche Minimum an Sozialhilfe gemäss Artikel 12 der Bundesverfassung. Der Bund trägt grossteils die mit dieser Massnahme verbundenen finanziellen Konsequenzen."[345] Die Idee besteht somit darin, Asylsuchende, die von einem Nichteintretensentscheid betroffen sind, von der Sozialhilfe auszuschliessen und ihnen eine Hilfe namens Nothilfe zu gewähren. Diese Massnahme hat einerseits zum Ziel, dem Bund Einsparungen zu ermöglichen und andererseits die Anzahl Personen zu reduzieren, die sich trotz eines rechtskräftigen Wegweisungsentscheids in der Schweiz aufhalten[346]. Das Programm sieht für Personen, die von einem Nichteintretensentscheid betroffen sind, vor, dass „sobald dieser Entscheid rechtskräftig ist, gelten sie als ausländische Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel und sind nicht mehr dem Asylrecht, sondern dem Ausländerrecht unterstellt."[347] Dies bedeutet konkret, dass diese Personen „die Empfangsstellen, die Heime oder Wohnungen, die ihnen in den Zuweisungskantonen bis zum Vorliegen des Entscheides zur Verfügung gestellt worden sind, verlassen [müssen]. Sie sind dann für sich und ihren Aufenthalt bis zur Ausreise selbst verantwortlich."[348]

[356] Aus Vorstehendem folgt, dass Asylsuchende, die von dieser Massnahme betroffen sind, zum Überleben keine andere Wahl mehr haben, als in die Illegalität abzutauchen und zu versuchen, eine Arbeit zu finden (da ihnen ihr Status verbietet, erwerbstätig zu sein), oder Zuflucht in dem zu suchen, was sich Nothilfe nennt. Diese leitet sich aus dem verfassungsrechtlichen Recht ab, in Notsituationen Hilfe zu erhalten (Art. 12 BV). Es wird im EP 03 daher festgehalten, dass die Festlegung und Ausgestaltung der Nothilfe Aufgabe der Kantone und der Gemeinden ist. [349] Der Bund zahlt in jedem Fall einen Pauschalbetrag für jede Person, die Nothilfe beantragt.

4.2.2. Entstehung und Inhalt von Art. 12 der Bundesverfassung

[357] Im Jahr 1995 fällte das Bundesgericht, der einstimmigen Auffassung der Rechtslehre folgend, ein Urteil, welches das nicht schriftlich fixierte Verfassungsrecht auf minimale Existenzsicherung ausgestaltete[350]. Die Richter des Bundesgerichts hielten darin fest, dass die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach die

[345] EP 03 siehe BBl 2003 5615, 5689.

[346] Siehe in diesem Sinn die Botschaft des Bundesrates, der präzisiert, dass der Ausschluss einer ganzen Kategorie von Asylsuchenden von der Sozialhilfe das Ziel hat, ein Anreizsystem für die Kantone im Interesse eines effizienten Wegweisungsvollzugs" einzuführen. (EP, BBl 2003 5615, 5689) und Personen, die einen Nichteintretensentscheid erhalten hatten, dazu anzuregen, „die Schweiz unverzüglich zu verlassen" (EP, BBl 2003 5615, 5690).

[347] EP, BBl 2003 5615, 5690.

[348] Idem, BBl 2003, 5615, 5690.

[349] Idem, BBl 2003, 5615, 5691.

[350] BGE 121 I 367.

Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt sei. Sie sei zugleich unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens.[351] Das Recht auf minimale Existenzbedingungen steht allen Menschen zu, Schweizerinnen und Schweizern wie Ausländerinnen und Ausländern, und dies unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status. Daher können sich sogar Personen, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, oder abgelehnte Asylsuchende auf dieses Recht berufen. Es handelt sich um ein subsidiäres Recht, insoweit, als sich eine Person, die über die Mittel zum Überleben verfügt, insbesondere, wenn sie arbeitet, nicht darauf berufen kann. Das Recht auf minimale Existenzsicherung ist daher ein Recht auf allerletzte Zuflucht, das nur eine begrenzte Anzahl von Personen betrifft. In der Tat kam es seit 2004 überwiegend Asylsuchenden, die von der Sozialhilfe ausgeschlossen wurden, d.h. im Fall eines Nichteintretensentscheids oder sogenannten „NEE", zugute. Weiter sei darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht bereits in seinem Urteil von 1995 einen Unterschied in der Behandlung je nach ausländerrechtlichem Status der betreffenden Person einräumt. So führt das Gericht aus, dass „wer in der Schweiz (als Schweizer oder Ausländer) niedergelassen ist, [...] andere Unterstützungsbedürfnisse [hat] als derjenige, der bei einem kurzfristigen Aufenthalt in Not gerät oder bei dem noch nicht feststeht, ob er (z.B. als Asylbewerber) in der Schweiz bleiben kann oder nicht."[352] Nach Feststellung des Gerichts ist es nicht notwendig, Asylsuchenden die nötigen Mittel zu bieten, damit sie sich in der schweizerischen Gesellschaft integrieren, da es wahrscheinlich sei, dass diese aus der Schweiz ausgewiesen werden müssen. Je besser sie integriert seien, desto härter würde die Wegweisung. Was den Inhalt des Verfassungsrechts auf minimale Existenzsicherung betrifft, so sind diese Minimalbedingungen schon erfüllt, wenn man der bedürftigen Person Nahrung, Kleidung und Wohnung gewährt. Die Hilfe kann in der Form von Geld- oder als Sachleistung erfolgen.

[358] Das Recht auf minimale Existenzsicherung wird in die neue Verfassung von 1999 ausdrücklich aufgenommen. Art. 12 mit dem Titel „Recht auf Hilfe in Notlagen" legt fest: „Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind".

[359] In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung ist festgehalten, dass das Recht auf minimale Existenzsicherung jeder Person, die in Not ist, eine minimale soziale Unterstützung bietet, die zugleich materielle (Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind) und persönliche (Hilfe und Betreuung) Komponenten umfasst.[353] Hier ist auf die persönliche Komponente hinzuweisen, die den bis anhin im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Aspekt ergänzt. Die Botschaft spricht auch von medizinischer Versorgung, jedoch nur um zu erläutern, dass dieser Aspekt wissentlich nicht in das Projekt mit aufgenommen wurde, und dass es Aufgabe der Rechtsprechung sei, diesen zu entwickeln[354]. Es wird dem Gesetzgeber und den Gerichten ebenfalls überlassen, zu konkretisieren, worin die unverzichtbaren Mittel bestehen, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Weiter ist festzustellen, dass das Bundesgericht in einem anderen Urteil[355] bestätigte, dass das Verfassungsrecht auf minimale Existenzsicherung unter dem Mindestlebensunterhalt liegen kann, die in anderen Regelungen, wie im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vorgesehen sind.

---

[351] BGE 121 I 367, Erw. 2b.
[352] BGE 121 I 367, Erw. 2d.
[353] BBl 1997 I 1, 149.
[354] BBl 1997 I 1, 149.
[355] BGE 122 I 101.

[360] Gemäss manchen Autoren der Rechtslehre müsste der Inhalt der Hilfe jedoch breiter gefasst sein, als nur die Bereitstellung von Nahrung, Kleidung, Wohnung und medizinischer Versorgung. AUBERT und MAHON heben zum Beispiel hervor, dass sich die angestrebte Hilfe und Unterstützung nicht auf materielle oder finanzielle Leistungen beschränkt, die die menschlichen Grundbedürfnisse wie Nahrung, Kleidung, Wohnung oder medizinische Hilfe sichern, sondern dass sie auch einen sozialen und psychologischen Aspekt beinhalten müsste, – der deutsche Text der Verfassung spreche daher von "Hilfe und *Betreuung*" [356]. Ein weiterer wichtiger Aspekt wird in der Rechtslehre hervorgehoben, und zwar müsste die Hilfe individualisiert sein, d.h. für jeden spezifischen Fall angepasst und auf die persönlichen Bedürfnisse ausgerichtet[357].

[361] Die Frage der Einschränkung des Rechts auf Hilfe in Notlage wurde ebenfalls gestellt. Das Bundesgericht hat sich in mehreren Urteilen mit dieser Problematik beschäftigt. Die Situation lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Ursachen der Bedürftigkeit, wie auch das strafbare Verhalten des Betroffenen sind angesichts des Schutzes, der in Art. 12 BV gewährt wird, *irrelevant*. Insbesondere können fremdenpolizeiliche Anordnungen, wie auch die Weigerung des Betroffenen zur Mitwirkung in einem Verfahren kein Hindernis für die Anwendung von Art. 12 BV darstellen [...]. Eine Verweigerung der Hilfe, die laut Art. 12 BV vorgesehen ist, kann nur unter der Vermutung eines Rechtsmissbrauchs erfolgen, oder wenn die betreffende Person eine zumutbare Arbeit ablehnt (Prinzip der Subsidiarität)[358].

4.2.3. Erste Entwicklung der Rechtsprechung

[362] Infolge des Ausschlusses aus der Sozialhilfe, der ab 1. April 2004 für Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid in Kraft trat, und infolge der Einführung von Art. 12 BV war das Bundesgericht erneut gefordert, sich zu dieser Frage zu äussern.

[363] Es handelte sich um den Fall eines Asylsuchenden mit einem Nichteintretensentscheid, bei dem die solothurnischen Behörden verfügten, dass jede Hilfe zu streichen sei, wenn er das Land nicht innerhalb einer Frist von fünf Tagen verliesse, bzw. sofern er dies nicht könnte, wenn er nicht alles in seiner Macht stehende täte, um die Schweiz zu verlassen. Das Bundesgericht hat daraufhin in einem Grundsatzurteil vom 18. März 2005[359] festgestellt, dass diese Situation auf das Inkrafttreten des Gesetzes über das Programm zur Budgetkürzung am 1. April 2004 zurückzuführen sei, die zur Folge hatte, dass Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid nicht länger dem Asylgesetz, sondern dem normalen Ausländergesetz, unterstellt seien. Es obliege daher den Kantonen, die Hilfe zu gewähren, die in Art. 12 BV für Personen vorgesehen ist, die diese beantragen. Im vorliegenden Fall hatte der Kanton Solothurn seine Gesetzgebung geändert, und dies hatte im Wesentlichen zur Folge, dass die Nothilfe nur noch für eine Dauer von fünf Tagen gewährt wurde, wobei Verlängerungen allemal möglich waren. Die bewilligten Beträge waren folgende: 8 Franken pro Tag für Nahrung und Hygiene, 13 Franken für die Unterkunft, weitere Beträge konnten je nach

[356] MAHON PASCAL, Art. 12, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich u.a. 2003, S. 119.

[357] KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI, S. 9.

[358] AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, volume II: Les droits fondamentaux, 2e éd., Genève 2006, S. 683-684.

[359] BGE 131 I 166.

festgestellter Bedürftigkeit bewilligt werden (z.B. zum Kauf von Kleidung). Die medizinische Versorgung war darüber hinaus nur für Notfälle vorgesehen.

[364] In diesem Urteil erinnert das Bundesgericht nochmals daran, dass die Nothilfe einzig die in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlichen Mittel umfasse: Nahrung, Kleidung, Unterbringung und medizinische Grundversorgung (vergl. Erw. 3.1). Es fügt hinzu, dass die Nothilfe es ermöglichen müsse, die körperliche Unversehrtheit zu bewahren und dass sie für Personen, die die Schweiz verlassen müssen, enger begrenzt sein könne, insbesondere für Asylsuchende mit einen Nichteintretensentscheid, denn für sie bestünde kein Integrationsinteresse, und es müsste auch keinerlei sozialer Kontakt gewährleistet sein. Minimalleistungen seien auch gerechtfertigt, um den Anreiz für einen Verbleib in der Schweiz zu reduzieren (vergl. Erw. 8.2). Darüber hinaus seien Sachleistungen gegenüber Geldleistungen vorzuzuziehen (vergl. Erw. 8.5). Im vorliegenden Fall ging der Kanton Solothurn davon aus, dass insoweit, als der Beschwerdeführer sich weigerte, bei der Vollstreckung der Wegweisung mitzuwirken, er die Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips nicht erfüllte, und dass daher die in Art. 12 BV vorgesehene Nothilfe verweigert werden könnte. In dieser Hinsicht hat das Bundesgericht festgehalten, die Beschränkung auf eine Überlebenshilfe bedeutet, dass Schutzbereich und Kerngehalt des Rechts zusammenfallen (vergl. Erw. 3.1.). Es stellte ausserdem fest, dass die geforderte Mitwirkung bei der Papierbeschaffung oder Ausreise keinen Einfluss darauf hat, dass der Betroffene bedürftig ist bzw. sich in einer Notlage befindet. Die Mitwirkungspflichten zielen nicht auf die Beseitigung der Notlage, sondern auf die Vollstreckung der Wegweisung hin. Daher darf dem Beschwerdeführer die Leistung der für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen minimalen Überlebenshilfe nicht - auch nicht unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip - durch ausländerrechtliche Auflagen oder Bedingungen verweigert werden (vergl. 4.5). Tatsächlich kann eine Kürzung oder Verweigerung der Hilfe, die als allerletztes Schutznetz konzipiert ist, nicht zugelassen werden, um ausländerrechtliche Zielsetzungen zu erreichen.

4.2.4. Aktuelles Rechtssystem und parlamentarische Erlasse 2012

[365] Eine erneute Überarbeitung des AsylG hat zu einer Erweiterung des Ausschlusses aus der Sozialhilfe geführt. Somit sind seit 1. Januar 2008, dem Datum des Inkrafttretens des überarbeiteten AsylG, alle abgewiesenen Asylsuchenden von der Sozialhilfe ausgeschlossen. Die Nothilfe ist damit nicht mehr nur für die „NEE“ gültig, sondern sie wird auch bei Personen mit einem abgelehnten Asylgesuch angewendet.

[366] Die Bestimmungen des aktuell geltenden AsylG lauten wie folgt: Gemäss Art. 80 Abs. 1, 1. Satz, „die Sozial- oder Nothilfe wird Personen, die sich kraft des vorliegenden Gesetzes in der Schweiz aufhalten, durch den Kanton gewährt, dem sie zugeordnet wurden“. Damit ist also der Kanton für die Bereitstellung der Leistungen verantwortlich.

[367] Art. 82 definiert, wer Sozialhilfe und wer Nothilfe erhält. Die Empfänger von Nothilfe sind Personen mit rechtskräftigem Wegweisungsentscheid (Abs. 1)[360], sowie abgelehnte

[360] Dieser erste Absatz ist im Jahr 2012 gültigen Wortlaut des AsylG als Kann-Bestimmung formuliert. Dies bedeutet, dass die Kantone entscheiden können, ob sie einer Person nur Nothilfe oder Sozialhilfe gewähren. Diese Möglichkeit kommt jedoch nicht häufig vor, insoweit, als die Kantone vom Bund nur eine Erstattung für die „Nothilfe“ erhalten und der „Mehrbetrag“ somit zu ihren Lasten geht. Darüber hinaus hat der Bundesgesetzgeber diesen Absatz im Dezember 2012 abgeändert und die Formulierung „können [vom Sozialhilfesystem] ausgeschlossen werden“ durch „sind [vom Sozialhilfesystem] ausgeschlossen“ ersetzt, was den Ermessenscharakter der vorhergehenden Bestimmung beseitigt. BBl 2012 9685, 9692.

Asylsuchende, deren Wegweisung für die Dauer eines ausserordentlichen Rechtsmittelverfahrens ausgesetzt ist (Abs. 2). Für Asylsuchende und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung ist die Unterstützung nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen auszurichten (Abs. 3).

[368] Die Sozialhilfe bzw. Nothilfe unterstehen somit abhängig von den betroffenen Personen einer unterschiedlichen Regelung und können aufgrund der „Dauerhaftigkeit" des Aufenthalts in drei Kategorien eingeteilt werden: erstens Personen, deren Aufenthalt nicht mehr zulässig ist (die NEE und Personen mit abgelehntem Asylentscheid); zweitens Personen, deren Aufenthalt auf eine kurze Dauer begrenzt ist (Asylsuchende, vorläufig aufgenommene Personen und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung), und drittens Personen, deren Aufenthalt auf längere Zeit angelegt ist (Flüchtlinge und Schutzbedürftige mit Aufenthaltsbewilligung)[361].

[369] Somit können Personen, gegen die ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid einschliesslich Ausreisefrist eröffnet wurde (d.h. die *NEE* sowie *„Abgewiesene"*), vom Sozialhilfesystem ausgeschlossen werden. Wenn die Behörde jedoch den Vollzug der Wegweisung für die Dauer eines ausserordentlichen Verfahrens aufschiebt, erhalten die abgewiesenen Asysuchenden Nothilfe, wenn sie diese beantragen. Der Bund zahlt den Kantonen eine Einzelpauschale von ungefähr 6000 Franken für jeden NEE in der Nothilfe[362]. Im Dezember 2012 hat das Parlament im Übrigen beschlossen, dass die Nothilfe, soweit dies möglich ist, in Form von Sachleistungen zu gewähren ist und dass sie „unter dem Ansatz für die Sozialhilfe [liegt], die Asylsuchenden und Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung ausgerichtet wird."[363]

[370] *Asylsuchende*, *vorläufig aufgenommene Personen* und die *Schutzbedürftige Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis S* erhalten die Sozialhilfe grundsätzlich in Form von Sachleistungen[364]. Die Höhe der Hilfe kann sich von der unterscheiden[365], die der ständigen Wohnbevölkerung gewährt wird[366]. Wie bei den abgelehnten Asylsuchenden oder den NEE erstattet der Bund den Kantonen (quartalsweise) eine Globalpauschale, die die Kosten im Bereich

---

[361] Siehe in diesem Sinn Kap.1, Art. 20 bis 30 der AslyV 2.

[362] Art. 88 Abs. 1, 4 und 5 AsylG, sowie Art. 28 und 29 AsylV 2. Der neue Absatz 4 des Artikels 88 AsylG, so wie dieser im Dezember 2012 vom Parlament verabschiedet wurde, sieht vor, dass „Die Pauschalen für Personen, die nach Artikel 82 nur Anspruch auf Nothilfe haben, eine Entschädigung für die Gewährung der Nothilfe [sind]". BBI 2012 9685, 9693.

[363] Siehe den neuen Absatz 4 von Art. 82 AsylG. BBI 2012 9685, 9692.

[364] Obwohl das Bundesgesetz diese Lösung „im Rahmen des Möglichen" empfiehlt, hat der Kanton Neuchâtel einen Kantonserlass verabschiedet, der die Beträge festlegt, die an Asylsuchende und an vorläufig aufgenommene Personen auszuzahlen ist. Es handelt sich zum Beispiel um 300 Franken pro Monat für einen Erwachsenen im Erstaufnahmezentrum und um 480 Franken pro Monat für einen Erwachsenen in der Zweitaufnahme (d.h. in einer Wohnung). Siehe Art. 2 und 3 des Erlasses vom 29. Januar 2007, in dem die Standards für die Berechnung der materiellen Hilfe festgelegt werden, die an Asylsuchende und vorläufig aufgenommene Personen auszuzahlen ist, RSN 831.03.

[365] Im Gegensatz dazu präzisiert der neue Absatz 3 von Art. 82 AsylG (im parlamentarischen Erlass vom 14. Dezember 2012), dass der Ansatz für die Unterstützung *unter* dem Ansatz für die einheimische Bevölkerung liegt. BBI 2012 9685, 9692. Mit der Einführung dieser neuen Bestimmung ist die Abstufung zwischen den verschiedenen Personenkategorienim Asylbereich im aktuellen System noch stärker ausgeprägt.

[366] Art. 82 Abs. 3 AslyG, sowie 86 Abs. 1 AuG, der mit Blick auf die Unterstützung der vorläufig aufgenommene Personen auf die Bestimmungen des AsylG bezüglich der Asylsuchenden verweist. In der Praxis, zumindest im Kanton Neuchâtel beläuft sich diese Hilfe auf die Hälfte dessen, was normalerweise bewilligt wird. Siehe insbesondere Art. 2 des Erlasses vom 4. November 1998, der die Standards für die Berechnung der materiellen Hilfe festlegt, RSN 831.02.

Sozialhilfe für die Dauer des Asylverfahrens, der vorläufigen Aufnahme bzw. des vorübergehenden Schutzes abdeckt. Für jede Person, die von der Sozialhilfe abhängt, beläuft sich diese Pauschale im Mittel auf 51,04 Franken und beinhaltet die Mietkosten, Ausgaben in Zusammenhang mit der Sozialhilfe und die Kosten für die Krankenversicherung (Prämie, Selbstbehalt, etc.)[367]. Kosten, die eher gelegentlich anfallen, wie Zahnarztkosten oder andere spezielle medizinische Kosten, werden je nach Fälligkeit der Aufwendungen erstattet[368]. Im Übrigen müssen die mit der Sozialhilfe verbundenen Kosten von den Asylsuchenden, den schutzbedürftigen Personen (die über keine Aufenthaltsbewilligung verfügen) und vorläufig aufgenommenen Personen rückerstattet werden[369].

[371] *Flüchtlinge* (mit Asyl oder einer vorläufigen Aufnahme[370]) sowie *Schutzbedürftige mit Aufenthaltsbewilligung* profitieren von einer vorteilhafteren Situation, denn „ihre soziale, berufliche und kulturelle Integration wird insbesondere erleichtert"[371]. Es wird eingeräumt, dass die Kriterien, die für die Bewilligung der Sozialhilfeleistungen für diese Personenkategorie herangezogen werden, denjenigen entsprechen müssen, die für die schweizerische Bevölkerung aufgestellt wurden[372]. Auch hier zahlt der Bund den Kantonen eine quartalsweise Pauschale, die es ihnen erlaubt, die Kosten der Sozialhilfe zu decken. Diese Pauschale beläuft sich im Durchschnitt auf 52,94 Franken und umfasst die Miete, Sozialhilfe und Krankenversicherung[373].

4.3. Problematik im Zusammenhang mit dem Nothilfesystem

[372] Die Anwendung der Nothilfe wirft unterschiedliche Problemstellungen auf. Hervorgehoben werden hier Inhalt und Merkmale der im Nothilfesystem erbrachten Leistungen, die Kontrolle, der diese Personen unterliegen sowie die soziale Isolation, mit der sie zurechtkommen müssen. Die Frage der Dauer der Nothilfe sei ebenfalls erwähnt, bevor die Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs dieser Leistungen und die Risiken für das Abtauchen in die Illegalität als Folge dieses Systems behandelt werden. Letztlich weist die Anwendung des Nothilferegimes bedeutende Unterschiede zwischen den Kantonen auf.

4.3.1. Merkmale und Inhalt der Nothilfeleistungen

[373] Die Nothilfe sieht zwingend eine Unterkunft, Verpflegung, Kleidung und die medizinische Grundversorgung vor. Laut einem Bericht, der von der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen (EKM) zum Leben von Sans Papiers in der Schweiz in Auftrag gegeben

---

[367] Art. 88 Abs. 1 und 2 AsylG, sowie 20 bis 23*a* AsylV 2.

[368] NGUYEN MINH SON, Droit public des étrangers, Bern 2003, S. 416-417.

[369] Art. 85 Abs. 1 AsylG und 88 AuG.

[370] In diesem Sinn, siehe Art. 86 Abs. 1 *in fine* AuG und 18 VVWA. Im selben Sinne siehe auch für den Kanton Neuchâtel die Internetseite http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&DocId=319 29, die auf den Beschluss verweist, der die Standards zur Berechnung der materiellen Hilfe festlegt, der diese Personen unterliegen, RSN 831.02.

[371] Art. 82 Abs. 5 AsylG.

[372] Art. 3 AsylV 2. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, Handbuch Asylverfahren und Wegweisung, S. 301, 303 und 309. Im gleichen Sinn, ACHERMANN ALBERTO/HAUSAMMANN CHRISTINA, Handbuch des Asylrechts, 2e éd., 1991, S. 383.

[373] Art. 88 Abs. 1 und 3 AsylG, sowie 24 bis 27 AsylV 2. Bezüglich dieser vier letzten Absätze siehe MATTHEY, S. 399-401.

wurde, wird die Nothilfe „kantonal unterschiedlich ausgestaltet, sie besteht aber in der Regel aus einem Schlafplatz in einem speziellen Nothilfezentrum (Zivilschutzanlagen, Notschlafstellen), so genannten „Sachabgabezentren" (Bezeichnung im Kanton Bern) oder „Minimalzentren", gelegentlich in Wohnungen, sowie in einer minimalen Unterstützung für Nahrungsmittel, meist nicht in Form von Bargeld, sondern von Migros-Gutscheinen. Eine Einzelperson erhält Leistungen im Gegenwert von 7,50 CHF bis 12 CHF pro Tag, Familien werden in der Regel degressive Beiträge erstattet"[374].

A. Sachleistungen

[374] Die Leistungen werden vorzugsweise als Sachleistung abgegeben. Gemäss POVLAKIC erklärt sich diese Präferenz dadurch, dass die Bereitstellung von Sachleistungen die Abhängigkeit gegenüber den Behörden verstärkt, die Kontrolle erleichtert, die Unabhängigkeit der Personen und ihre Wahlfreiheit verringert und es erlaubt, psychologischen Druck auf die Leute auszuüben, der mit keiner anderen Form des legalen Zwangs vergleichbar ist, sofern es sich nicht schlicht und einfach um eine Inhaftierung handelt. Das Ziel besteht wohl darin, Anreize zum Verlassen der Schweiz zu setzen, d.h. durch Druck ein Verhalten zu forcieren, von dem die Behörden annehmen, dass es von selbst nicht erfolgen wird[375].

B. Verpflegung

[375] Was die Verpflegung betrifft, so wird diese, wie bereits erwähnt, vorzugsweise als Sachleistung oder in Form von Einkaufsgutscheinen über einen sehr niedrigen Betrag entrichtet. SANCHEZ-MAZAS hebt hervor, dass, auch wenn die sehr begrenzten Beträge allenfalls ausreichen, um sich zu ernähren, die Frage nach der Art der Ernährung gestellt werden muss, die damit möglich ist, und vor allem nach den Auswirkungen auf lange Sicht (Mangelernährung). Im Hinblick auf die Lieferung von Mahlzeiten fügt die Autorin hinzu, dass nebst einer kostenintensiveren und komplizierteren Organisation, dieses System jede Wahlmöglichkeit und Anpassung der Ernährung an individuelle Bedürfnisse ausschliesse, und die Bedürftigen dies umso schwerwiegender zu spüren bekämen, je mehr sich ihre Ernährungsgewohnheiten von der Art der bereitgestellten Nahrung unterscheide, was jedoch vielleicht einen beabsichtigten Effekt darstelle[376].

C. Unterbringung

[376] Hinsichtlich der Unterbringung sind Personen, die von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden, häufig gezwungen, die Unterkunft zu verlassen, in der sie bis anhin gewohnt hatten, um sich in Nothilfezentren zu begeben, d.h. in Zivilschutzunterkünfte oder Container. Es kommt häufig vor, dass diese Räumlichkeiten fernab von den Stadtzentren liegen. Es handelt sich daher um eine erneute Entwurzelung, insofern als die betroffenen Personen gezwungen sind, soziale Beziehungen abzubrechen, die sie zuvor knüpfen konnten. Die Situation ist auch für die Kinder schwierig, die zu einem Schulwechsel gezwungen sind. Das Privat- und Familienleben in Nothilfezentren unterliegt ebenfalls harten Bedingungen.

---

[374] EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, S. 69.

[375] POVLAKIC KARINE, Discrimination et exclusion de l'aide sociale, in: Annuaire du droit de la migration, 2007/2008, S. 63.

[376] SANCHEZ-MAZAS, S. 79.

D. Gesundheit und medizinische Versorgung

[377] Was die Gesundheit der Personen in der Nothilfe betrifft, war die heikelste Frage über lange Zeit die der Krankenversicherungspflicht der Sans Papiers. EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER zeigten, dass „seit der Einführung des Sozialhilfestopps die Situation von abgewiesenen Asylsuchenden insofern kompliziert [ist], als dass viele Kantone den Ausschluss aus der Sozialhilfe mit einem Ausschluss aus der Krankenversicherungspflicht gleich setzen und dahin gehend argumentieren, dass die Nothilfe lediglich eine medizinische Notfallversorgung beinhalte."[377] In der Praxis und während mehrerer Jahre entschied jeder Kanton selbst über die Art und Weise, wie er vorgehen wollte. Somit versicherten manche Kantone alle Personen in der Nothilfe, während andere die Versicherung auf bestimmte Kategorien beschränkten, wie verletzliche oder schwer kranke Personen[378]. Wenn die Personen nicht versichert waren, zahlten die Kantone im Prinzip selbst die im Rahmen der Notfallbehandlung entstandenen Kosten. Nun ist die Frage seit dem 1. August 2011 offiziell geregelt. Der Bundesrat hat die Verordnung zur Krankenversicherung dahingehend abgeändert[379], dass auf diese Personen in analoger Weise Artikel 82*a* AsylG ausgedehnt wird. Damit unterliegen sie der Krankenversicherungspflicht, solange sie die Schweiz noch nicht verlassen haben[380]. Die Tatsache, dass manche Personen in der Nothilfe vor Abänderung der KVV nicht versichert wurden, war umso heikler, als Gesundheitsprobleme bei Personen, die von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind, besonders häufig auftreten. Gemäss SUBILIA hat die Verschärfung der Asylpolitik eine direkte Auswirkung auf die Gesundheit der Asylsuchenden. Die schwächsten Asylsuchenden, denen es nicht gelinge, dem auf sie ausgeübten Druck zu widerstehen, der sie vom Asylverfahren abbringen bzw. zur Ausreise bewegen soll, brächen auf somatischer und psychologischer Ebene zusammen[381]. BODENMANN zeigt im Hinblick auf Personen in der Nothilfe, dass die Verschärfung des Gesetzes sich in einer Verschlechterung der Lebensbedingungen widerspiegle, was eine direkte Auswirkung auf die psychische Gesundheit der Menschen habe. Die Studie zeige, dass 40 % der abgelehnten Asylsuchenden eine schwere depressive Erkrankung aufwiesen. Das sei enorm für eine eher junge Bevölkerungsgruppe[382]. Im Allgemeinen lässt sich feststellen, dass der Übergang zur Nothilfe für Menschen, die bereits durch ihr Exil geschwächt sind, nicht ohne Folgen bleibt. EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER erläutern, dass „der ständige mit der Unsicherheit verbundene Stress sich deshalb auch direkt auf das psychische und physische Wohlbefinden [auswirkt]. Nothilfebeziehende fühlen sich meist hilflos bis ohnmächtig, da sie in besonderem Masse auf Fremdhilfe angewiesen sind, wenig Perspektiven haben und immer wieder daran erinnert werden, dass sie unerwünscht sind. Mehrere Fachpersonen berichten von einer Ver-

---

[377] EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, S. 65.

[378] Idem, S. 66.

[379] Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 , SR 832.102.

[380] Bezüglich der Änderungen der KVV siehe AS 2011 3535 sowie OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Primes d'assurance-maladie pour les bénéficiaires de l'aide d'urgence, Pressemitteilung, 6. Juli 2011, http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=fr&msg-id=40075 2011. Zu diesem Punkt siehe MATTHEY, S. 405. Siehe ebenfalls das Urteil des BGE 8C_65/2012 vom 21. August 2012, in dem das Bundesgericht zeigt, dass die Übernahme der Krankenversicherungsprämien für Nothilfeempfänger nicht aus Gründen verweigert werden kann, die ohne Bezug zur bewilligten Leistung stehen. In vorliegendem Fall weigerte sich die Asylsuchende in den für Nothilfeempfänger bestimmten Sammelunterkünften zu wohnen und wollte stattdessen bei ihrer Schwester wohnen.

[381] SUBILIA LAURENT, L'impact du durcissement de la politique d'asile sur la santé des requérants, in: Caloz-Tschopp Marie-Claire, Dasen Pierre (dir.), Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté, Brüssel 2007, S. 321.

[382] SCHICK, S. 14.

schlechterung des psychischen und physischen Gesundheitszustands, bis hin zu psychotischen Reaktionen und einer Zunahme von Suchtverhalten – Alkohol und zunehmend auch andere Drogen vor allem bei Männern – bei Personen, die über längere Zeit Nothilfe beziehen."[383]

4.3.2. Standardisierte Leistungen

[378] Die für Personen in der Nothilfe vorgesehenen Leistungen sind Standardleistungen[384]. Es können Unterschiede bei den Leistungen für alleinstehende Personen, Familien oder verletzliche Personen bestehen, aber die individuellen Bedürfnisse werden nicht geprüft. Obwohl die vorgesehene Hilfe im Allgemeinen für alle innerhalb der jeweiligen Kategorie gleich ist, ist die Tatsache, dass für Menschen mit unterschiedlichen Bedürfnissen identische Leistungen bereitgestellt werden, an sich problematisch. In der Tat haben Kinder, Erwachsene und alte Menschen nicht dieselben Bedürfnisse. So benötigt zum Beispiel ein Säugling besondere Nahrung, Windeln, einen Kinderwagen und häufige Untersuchungen bei einem Kinderarzt etc. Die Unterbringung in einem Nothilfezentrum, das nicht für die Beherbergung von Babys und Kleinkindern vorgesehen ist, oder über ein paar Franken zu verfügen, um Nahrung und Hygieneprodukte einzukaufen, reicht nicht. Infolgedessen drängen sich administrative oder gar juristische Schritte auf, um das notwendige Geld zu erhalten, und sei es nur, um die Fahrkarten für den öffentlichen Nahverkehr zwecks Besuchs beim Kinderarzt bezahlen zu können.

4.3.3. Kontrolle der Personen in der Nothilfe

[379] Ein weiterer problematischer Aspekt ist die Kontrolle, der die Nothilfebeziehenden unterliegen. Diese Kontrolle wird auf verschiedene Weise ausgeübt. Zunächst besteht sie in den Zentren, in denen die Personen in der Nothilfe untergebracht sind. Dort sind stets Sicherheitsbeamte anwesend, welche die Ein- und Ausgehenden des Zentrums kontrollieren. Es kommt auch vor, dass die Zimmer kontrolliert werden, ohne dass die Bewohner im Voraus darüber informiert werden. In manchen Fällen ist es untersagt, das Zimmer mit persönlichen Dingen zu schmücken; es kann auch sein, dass gewisse Gegenstände oder Möbel verboten werden. Die Kontrolle erfolgt auch auf eher indirekte Weise. Um die Lebensmittel, Gutscheine oder jegliche anderen Leistungen zu erhalten, muss man zu bestimmten Zeiten im Zentrum anwesend sein. Es kann vorkommen, dass sich die Personen mehrmals am Tag zu „Terminen" einfinden müssen, um die Leistungen zu erhalten, die ihnen zustehen. Diesbezüglich schreibt POVLAKIC: „die ganzen Räumlichkeiten sind von der Behörde durchdrungen: die Leute wohnen mit der Behörde zusammen [...]. Die Unterwerfung unter die Kontrollen und festen Uhrzeiten wird eine Frage des Überlebens"[385].

---

[383] EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, S. 66.

[384] Die Schlussfolgerung aus der Definition dieses Rechts auf seinem untersten Niveau ist, dass es sich um ein unveränderliches Recht handelt, das praktisch von einer Situation zur anderen unverändert bleibt, d.h. dass wir bereits sehr nahe an einer Vorstellung von einer standardisierten Hilfe angelangt sind, ohne Berücksichtigung der Unterschiede zwischen den Personen oder in den einzelnen Fällen. Das Minimum zum Leben hat nur eine Dimension. Es kann nicht bewertet, aufgeteilt werden. POVLAKIC, Suppression de l'aide sociale, S. 152.

[385] Freie Übersetzung von Idem, S. 99.

[380] Für SANCHEZ-MAZAS stellt diese Vorgehensweise als solche bereits eine Form der engmaschigen Kontrolle der Personen dar. Sie impliziert sodann eine ganze Reihe von Zwängen, die bei einer Misstrauenshaltung oder Schikanen seitens der Beamten beginnen und bis zu den Schwierigkeiten hinsichtlich der zwecks Kontrolle beschränkten Bewegungsfreiheit der Personen reichen[386]. Der psychologische Druck, den Personen empfinden, die sich an die Nothilfe wenden, ist umso stärker, als „die Personen in dem Moment, in dem sie Nothilfe beantragen, stets riskieren, verhaftet zu werden, ausser wenn sie die Gewissheit haben, dass eine Rückführung in ihr Herkunftsland - vorübergehend oder auf Dauer – ausgeschlossen ist. Dies stellt die Bedürftigen vor ein konstantes Dilemma zwischen dem Hilfebedarf und dem Willen, einer Ausweisung zu entgehen"[387].

4.3.4. Soziale Isolation

[381] Aufgrund der eben dargelegten Punkte, insbesondere aufgrund der als Sachleistungen ausgehändigten Leistungen bzw. ihres Minimalcharakters, sowie der ausgeprägten Kontrolle, die auf Personen in der Nothilfe ausgeübt wird, leiden diese unter sozialer Isolation.

[382] Eine Kommunikation mit der Aussenwelt ist ohne Geld nicht möglich. Man kann nicht telefonieren, hat keinen Zugang zum Internet, kann keinen Brief versenden, etc. Darüber hinaus befinden sich Personen, die zwangsverlegt werden, auch in geografischer Hinsicht fernab ihres sozialen Netzwerks. Ohne finanzielle Mittel ist es nicht möglich, den Transport zu bezahlen, um Familie oder Freunde zu besuchen. Die Einschränkung der Mobilität trägt stark zur sozialen Isolation bei. Diese Einschränkung „impliziert [...] eine symbolische Ausgrenzung der Personen und eine Marginalisierung, nicht nur sozial, sondern auch räumlich, denn die Zentren liegen meistens in der Peripherie, weitab vom Stadtzentrum, und stellt eine Barriere für ihre Bedürfnisse nach sozialer Teilhabe dar"[388]. Allgemeiner ausgedrückt macht die Vorenthaltung finanzieller Mittel jegliches soziale Leben unmöglich: „es ist menschlich unmöglich, ohne Geld zu leben. Ohne Geld kann keine der einfachen Handlungen des täglichen Lebens durchgeführt werden. Eine Zeitung kaufen, diese auf der Terrasse eines Cafés lesen, telefonieren, im Internet surfen, einen Imbiss einnehmen, eine Briefmarke kaufen, Fotokopien machen, Sport treiben, ein Geschenk machen, den Besuch seines Kindes wahrnehmen (wenn ein Paar getrennt ist), ein Familienmitglied oder Bekannte besuchen, mit dem Zug, Bus fahren, einer kulturellen oder religiösen Vereinigung beitreten, jegliche Handlungen des Alltagslebens sind blockiert"[389].

[383] Das Bundesgericht hat sich die Frage gestellt, ob die in Artikel 12 BV vorgesehene Nothilfe, die eine menschenwürdige Existenz sichern soll, in besonders langanhaltenden Situationen nicht auch „soziale, psychische und immaterielle Grundbedürfnisse des Alltagslebens befriedigen müsste, wenn auch in sehr begrenztem Mass, wie zum Beispiel ein Café besuchen, Zigaretten oder eine Zeitung kaufen, ein öffentliches Nahverkehrsmittel benutzen oder mit seinen Verwandten Telefonkontakt zu halten"[390]. Auch wenn das Bundesgericht die Positionen der zitierten Autoren widergab, hat es die Frage augenscheinlich offen gelassen,

---

[386] Freie Übersetzung von SANCHEZ-MAZAS, S. 82.

[387] Idem, S. 81.

[388] SANCHEZ-MAZAS, S. 135.

[389] Freie Übersetzung von POVLAKIC, Suppression de l'aide sociale, S. 89.

[390] BGE 135 I 119, siehe 7.3.

da im zu beurteilenden Fall der Asylsuchende die Möglichkeit hatte, innerhalb des Unterbringungszentrums gegen eine geringe Vergütung von 300 Franken pro Monat an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen[391]. Kürzlich hat das deutsche Verfassungsgericht geurteilt, dass das Recht auf ein Leben, das die Menschenwürde achtet, auch ein Recht auf ein sozio-kulturelles Minimum beinhaltete, d.h. ein Recht, nicht vom sozialen, kulturellen und politischen Leben ausgeschlossen zu sein[392].

4.3.5. Dauer des Nothilfebezugs

[384] Ein weiterer problematischer Punkt besteht in der Dauer des Nothilfebezugs. Die Bezeichnung der Nothilfe als Überbrückungshilfe entspricht nur in geringem Mass der Realität, da sich die Notsituationen oft über Jahre erstrecken können[393]. Gemäss dem Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (EJPD) vom März 2011 haben „im ersten Halbjahr 2010 [...] rund 7000 Personen Nothilfe bezogen. 25 % davon sind Altfälle, d. h. Personen, die vor der Ausdehnung des Sozialhilfestopps (1. Januar 2008) weggewiesen wurden."[394] Die Pauschale von 6000 Franken pro Person, die der Bund an die Kantone zahlt, ist jedoch für eine Hilfe über 135 Tage vorgesehen[395]. Die Dauer, die für die Nothilfe vorgesehen ist, wurde und wird noch immer weit unterschätzt. Trotz einer manchmal äusserst langen Dauer, während der die Personen Nothilfe erhalten, trägt der Aufforderungseffekt zur Ausreise nicht immer Früchte, wie das EJPD in seinem Bericht vom März 2011 zeigt: „Die Kantone stellen einen Bestand von Personen – sogenannte Langzeitbezüger – fest, welche trotz Reduktion der finanziellen Unterstützung auf Nothilfe das Land nicht verlassen."[396]

[385] Im Jahr 2010 haben EJPD und die Kantone über die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) und die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) eine Studie über den Langzeitbezug von Nothilfe in Auftrag gegeben[397]. Die Situation wurde in sieben Kantonen untersucht: Appenzell Ausserrhoden, Bern, Fribourg, Graubünden, Luzern, Waadt und Zürich[398]. Aus dem verdichteten Bericht geht hervor, dass in den Kantonen Waadt, Zürich, Basel-Land, Genf und Zug Personen über lange Zeit Nothilfe beziehen[399]. Laut Aussage der Autoren erklärt sich dies durch mehrere Faktoren. Einer davon besteht im Wegweisungsvollzug durch die Kantone. So würden eine intensive Bearbeitung der Akten, eine enge Zusammenarbeit mit den Polizeibehörden, regelmässige Kontrollen des Aufenthaltsortes abgelehnter Asylsuchender und die konsequente Anwendung der Zwangsmassnahmen den Vollzug von Ausweisungen verbessern und damit die Dauer des Nothilfebezugs reduzieren[400]. BOLLIGER und FERAUD fügen noch hin-

---

[391] Zu diesem Paragraph siehe MATTHEY, S. 415.

[392] BVerGE 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11 vom 18. Juli 2012.

[393] „Jenseits einer bestimmten Frist jedoch ist der Ausdruck in Bezug auf Personen, die bereits seit einem, zwei, drei, vier, ja sogar fünf Jahren in der Nothilfe sind, fehl am Platz. Die Nothilfe selbst ist keine Hilfe. Es gibt weder Not, noch Hilfe". POVLAKIC, Suppression de l'aide sociale, S. 111.

[394] EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011, S. 25.

[395] SCHICK, S. 13.

[396] EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011, S. 26.

[397] BOLLIGER/FERAUD.

[398] Idem, ii.

[399] Idem, iii.

[400] Idem, iv.

zu, dass der Übergang abgelehnter Asylsuchender von der Sozialhilfe zur Nothilfe und die allgemeine Präsenz der Polizei gleichermassen dazu beitragen würden, die Aufenthaltsdauer der betreffenden Personen zu verkürzen. Die Rückkehrhilfe, insbesondere in Kombination mit einer systematischen Ausschaffungspraxis rege die Betroffenen an, die Schweiz zu verlassen, wogegen eine liberale Praxis im Bereich der Härtefälle eher die gegenteilige Wirkung hätte[401]. Ein weiterer Faktor, der die Dauer der Nothilfe beeinflusst, besteht darin, was die Autoren „exogene Faktoren in den Kantonen" nennen, insofern, als bevölkerungsstarke Gemeinwesen gegenüber kleineren Kantonen eine Reihe von Eigenschaften (städtisches Zentrum, Markt für Drogenhandel, Anonymität, Netzwerk von Landsleuten) [aufweisen], die aufenthaltsverlängernd wirken. Daneben beeinflussen ebenfalls die verschiedenen Formen der zivilgesellschaftlichen und politischen Unterstützung der Weggewiesenen die Bleibedauer."[402]

[386] Im Übrigen ist, auch wenn in bestimmten Fällen die Personen die Schweiz verlassen könnten, diese Möglichkeit aber ablehnen, in anderen Fällen der Vollzug der Ausschaffung unmöglich. So erhalten manche Personen die zu ihrer Ausreise aus der Schweiz notwendigen Reisedokumente nicht, oder es gibt mit bestimmten Ländern kein Rückübernahmeabkommen. Dies führt zu einer absurden Situation, da die Nothilfe als Massnahme geplant war, welche die Personen zum Verlassen der Schweiz anregen sollte, in Wirklichkeit jedoch auch Personen trifft, die die Schweiz nicht verlassen können. Für diese Personen müsste daher eine vorläufige Aufnahme bzw. gar eine Aufenthaltsbewilligung für Härtefälle im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG gewährt werden. In einem kürzlich ergangenen Urteil kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass andernfalls der betreffenden Person eine Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilt werden müsste (trotz Art. 43 AsylG)[403].

4.3.6. Die Ausweitung des Kreises der Nothilfebeziehenden

[387] Während die Nothilfe ursprünglich für Asylsuchende mit Nichteintretensentscheid konzipiert worden war (und die sich daher ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz aufhalten), gibt es aktuell Personen, deren Aufenthalt legal ist, die aber trotzdem dem Nothilfesystem unterstehen. Der Ausschluss aller Personen von der Sozialhilfe, die einen negativen Asylentscheid erhalten, führte insofern zu unlogischen Situationen, als ein bedeutender Teil der Personen in der Nothilfe über ein „vorübergehendes Recht" auf Aufenthalt in der Schweiz verfügt.

[388] Es handelt sich zum Beispiel um Personen, die ein Gesuch um Wiedererwägung gestellt haben, welches eine aufschiebende Wirkung hat. Somit kann die Ausschaffung aus der Schweiz so lange nicht vollzogen werden, als der endgültige Entscheid noch nicht rechtskräftig ist, und trotz allem verbleiben diese Personen in der Nothilfe.

[389] Im Übrigen kann es vorkommen, dass sich Flüchtlinge in der Nothilfe befinden, was der ursprünglichen Idee zuwiderläuft, die darin bestand, Personen zu bestrafen, die einen Missbrauch begangen haben. Tatsächlich ist seit Inkrafttreten des Dublin-Systems (vereinfacht gesagt) derjenige Staat, in den der Asylsuchende zuerst eingereist ist, für die Prüfung des Asylantrags zuständig. Man kann sich daher den Fall einer Person vorstellen, welche die Kriterien für den Flüchtlingsstatus erfüllt, die nach der Durchreise durch Italien in der Schweiz ankommt. Gemäss der Dublin-Verordnung wird der Asylantrag dieser Person nicht

[401] Ibid.

[402] Ibid, iii.

[403] Urteil des Bundesgerichts 2C_459/2011 vom 26. April 2012, zur Veröffentlichung bestimmt.

in der Schweiz, sondern in Italien bearbeitet. Die Behörden stellen daher einen Nichteintretensentscheid aus und die Person untersteht der Nothilfe, solange sie auf ihre Überstellung nach Italien wartet[404].

4.3.7. Das Abtauchen in die Illegalität

[390] Schliesslich sei als letzter Punkt das Abtauchen in die Illegalität erwähnt. Gemäss einem Bericht von Amnesty vom Februar 2011 zum Thema Nothilfe beantragen nur gerade 60 % der Personen, die allenfalls Anspruch auf Nothilfe hätten, diese auch wirklich, während die anderen 40 % untertauchen[405]. Weiter heisst es bei Amnesty, dass sich Personen in der Nothilfe viermal häufiger für die Illegalität entscheiden, als freiwillig die Schweiz zu verlassen[406].

[391] Die sehr hohe Anzahl von Personen, die untertauchen, kann insbesondere folgendermassen erklärt werden: Personen, die ausgeschafft werden können, haben Angst, Nothilfe zu beantragen. Um diese zu erhalten, muss ein regelmässiger Kontakt mit den Behörden aufrechterhalten werden. Dies erklärt, dass viele Personen es vorziehen, sich unsichtbar zu machen, d.h. in die Illegalität zu gehen, weil sie infolge des Nothilfebezugs für die Behörden sichtbar werden und sich damit das Risiko erhöht, ausgeschafft zu werden. Daher wird die Inanspruchnahme der Nothilfe für jene Personen problematisch, die aus einem Land kommen, das mit der Schweiz ein Rückübernahmeabkommen abgeschlossen hat oder das den Behörden für den Zweck der Ausschaffung Passierscheine ausstellt, was bedeutet, dass der Zugang zum Nothilfesystem auch von den diplomatischen Beziehungen zwischen den Staaten abhängt[407].

4.3.8. Unterschiede bei der Umsetzung der Nothilfe zwischen den Kantonen

[392] Wie wir weiter oben gesehen haben, legt das AsylG fest, dass die Sozialhilfe oder Nothilfe von dem Kanton gewährleistet wird, dem die Asylsuchenden zugewiesen sind (Art. 80 AsylG). Es obliegt daher den Kantonen, entsprechende Gesetze zu erlassen und das Recht auf Nothilfe gemäss Art.12 BV und der sich darauf beziehenden Rechtsprechung umzusetzen. Jeder Kanton verfügt damit über einen bedeutenden Handlungsspielraum, was in der Anwendung zu beträchtlichen Unterschieden zwischen den Kantonen führt. Dabei sei nochmals darauf hingewiesen, dass trotz der kantonalen Unterschiede die geleistete Hilfe in allen Fällen minimal ist. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass der Bund den Kantonen einen Pauschalbetrag erstattet, der aktuell 6000 Franken pro Person beträgt. Diese wirtschaftlichen Zwänge haben die Kantone veranlasst, eine Nivellierung nach unten durchzuführen, was die Leistungen betrifft, die im Rahmen der Nothilfe an die Personen vergeben werden. Die den Kantonen auferlegte Pflicht sieht somit folgendermassen aus: sie müssen für die Verpflegung, Unterbringung, Kleidung und eine minimale medizinische Hilfe sorgen, oder anders gesagt, das physische Überleben der Personen sichern, die von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind. Sie sind jedoch gehalten, so wenig Geld wie möglich auszugeben.

---

[404] In diesem Sinne SIEHE POVLAKIC KARINE, Des réfugiés à l'aide d'urgence, Jusletter, 23. Mai 2011.

[405] SCHICK, S. 12.

[406] Idem, S. 14.

[407] SANCHEZ-MAZAS, S. 248.

[393] Seit 2005 wurden mehrere Berichte veröffentlicht, um die Auswirkung des Übergangs von der Sozialhilfe zur Nothilfe in den unterschiedlichen Kantonen zu evaluieren und um allfälligen Disparitäten entgegenzutreten[408].

[394] Einige Punkte aus diesen Studien verdienen es, hier kurz erwähnt zu werden. So wussten im Jahr 2005, d.h. ein Jahr nach Einführung der Nothilfe, zum Beispiel Personen mit einem Nichteintretensentscheid nicht, dass sie Anspruch auf diese Hilfe hatten, weil manche Kantone diesbezüglich keine Informationen vermittelten. Darüber hinaus gingen manche Kantone sogar soweit, die Nothilfe zu verweigern[409].

[395] Im Dezember 2008, also nach der Ausdehnung des Sozialhilfeausschlusses auf abgelehnte Asylsuchende, wurde ein Bericht über die Nothilfe und deren kantonale Umsetzung erstellt[410]. Es stellt sich insbesondere heraus, dass das Nothilferegime von einem Kanton zum anderen sehr unterschiedlich ist und dass dies eine direkte Auswirkung auf die betreffenden Personen hat, je nachdem, welchem Kanton sie zugewiesen wurden. Was jedoch in allen Kantonen eine Konstante bildet, ist, dass „der Ausschluss aus der Sozialhilfe häufig viel zu schematisch beschlossen wird. Die Kantone nützen den Handlungsspielraum, über den sie verfügen, nicht in ausreichendem Mass und berücksichtigen zu wenig die individuellen Situationen"[411].

[396] In ihrem Beitrag von 2010 über die Nothilfe[412] widmen BELSER UND WALDMANN einen Teil den kantonalen Besonderheiten. Verschiedene Punkte werden hier genannt: was die *Unterbringung* betrifft, empfiehlt die SODK den Kantonen, die Unterkunft einfach, praktisch und kostengünstig zu gestalten. Die Mehrheit der Kantone tendiert dahin, Sammelunterkünfte zur Verfügung zu stellen. Andere greifen auf Notfallzentren zurück, die tagsüber geschlossen werden können. Wenn die Leistungen als Sachleistungen bereitgestellt werden, umfasst die *Verpflegung* in der Regel zwei Mahlzeiten pro Tag: ein Frühstück und eine warme Mahlzeit. Bei der Zuteilung der *Kleidung* wird im Allgemeinen ein dringender Bedarf vorausgesetzt und ist auf Second-Hand-Kleidung beschränkt. Die *primäre medizinische Versorgung* wird von den Kantonen oft auf medizinische Notfallversorgung und gegebenenfalls eine zahnärztliche Notfallbehandlung beschränkt, jedenfalls bei Personen mit Wegweisungsverfügung. Leistungen zwecks Teilnahme am *sozialen Leben* sind in der Regel nicht im „Leistungskatalog" der Nothilfe enthalten oder werden nur indirekt genannt. Die SODK empfiehlt den Kantonen jedoch, die grundlegenden Bedürfnisse für die gesellschaftliche Teilhabe der Personen zu berücksichtigen, die schon lange in der Schweiz leben. Manche Kantone, wie Genf, sehen hierzu ausdrücklich zusätzliche Leistungen vor.

[397] Schliesslich stellt der Bericht „Sutter" von 2011 fest, dass in Bezug auf mehrere Fragen immer noch grosse Unterschiede zwischen den Kantonen weiterbestehen. Die erste Problematik ist die der *Gesundheit*. In mehreren Kantonen erhalten physisch oder psychisch kranke Personen weiterhin nur die Nothilfe. Darüber hinaus ist es allgemein üblich, dass das Personal der Nothilfezentren darüber entscheidet, ob es notwendig ist, einen Arzt beizuziehen, auch wenn das zuständige Personal über keine medizinische Qualifikationen verfügt. An dieser Stelle sei jedoch auf die Kantone Freiburg und Waadt hingewiesen, die in den Zentren

---

[408] Siehe insbesondere BUCHMANN/KOHLER; TRUMMER; BOLLIGER/FERAUD; BELSER/WALDMANN; SUTTER.

[409] BUCHMANN/KOHLER.

[410] TRUMMER.

[411] Idem, S. 1.

[412] BELSER/WALDMANN, S. 31-61.

einen regelmässigen Besuch von Krankenpflegern vorsehen[413]. Was die Krankenversicherung betrifft, so hebt SUTTER hervor, dass alle Empfänger von Nothilfe in den Kantonen Aargau, Freiburg, Luzern und Waadt einer Krankenkasse angeschlossen sind. Dagegen wird in den Kantonen Bern, Graubünden und Zürich nur für einen Teil der betroffenen Personen eine (individuelle) Krankenversicherung abgeschlossen[414]. Dabei ist zu erwähnen, dass sich der Bundesrat – wie bereits weiter oben erwähnt – dieser Problematik angenommen und beschlossen hat, dass Personen in der Nothilfe in die obligatorische Krankenversicherung zwingend aufzunehmen sind.

[398] Die der Nothilfe unterstellten *Kinder* stellen ebenfalls ein Problemfeld dar, das von SUTTER angesprochen wurde. Der Autor bedauert, dass Familien mit Kindern manchmal in den Nothilfezentren leben müssen, und dies umso mehr, als gerade Familien vergleichsweise länger in der Nothilfe bleiben und nicht untertauchen können[415]. Er bemängelt diese Situation ausserdem insofern, als die Unterbringung in den Nothilfezentren nicht mit den höherrangigen Interessen des Kindes vereinbar sei. Was den Schulbesuch der Kinder betrifft, so scheint dieser in allen Kantonen möglich zu sein, auch wenn es noch praktische Probleme gibt (wie die Kostenübernahme für den Transport)[416].

[399] Was das *Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens* angeht, weist SUTTER auf zwei Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 29. Juli 2010 hin, in denen die Schweiz verurteilt wurde[417]. Es handelt sich um den Fall zweier Äthiopier, die dem Kanton Waadt zugewiesen wurden, wogegen ihre Ehefrauen dem Kanton St. Gallen bzw. Bern zugeteilt wurden. Diese Trennung ist umso schwerwiegender, als eines der Paare ein Kind hatte[418].

[400] SUTTER widmet sich in seinem Bericht auch dem *Umfang* und *Inhalt* der Nothilfe. Der Autor gibt zu bedenken, dass in den Kantonen Graubünden, Bern, Genf und Waadt Personen die Nothilfe verweigert wurde[419]. Ebenfalls im Kanton Graubünden wurden im Jahr 2009 Personen vorübergehend von der Nothilfe ausgeschlossen[420].

[401] Bezüglich der *Unterbringung* hebt der Autor mehrere problematische Situationen hervor, wie im Fall des Kantons Zürich, in dem ein „Sieben-Tage-Modell" eingeführt wurde, welches die nothilfebeziehenden Personen dazu verpflichtet, jede Woche den Unterbringungsort zu wechseln[421].

[402] Die Auszahlung der Nothilfe geht in mehreren Kantonen mit einer exzessiven *Kontrolle* einher. Dies trifft auf den Kanton Luzern zu, wo manche Personen sich täglich zum Amt für

---

[413] SUTTER, S. 8.

[414] Idem, S. 7-8.

[415] Idem, S. 10.

[416] Idem, S. 12-13.

[417] CEDH, *Mengesha Kimfe v. Suisse*, 24404/05 (2010) und *Agraw v. Suisse*, 3295/06 (2010). Dabei sei bemerkt, dass den betroffenen vier Asylsuchenden in beiden Fälle das Asyl verweigert wurde. Aus den Berichten geht nicht klar hervor, ob sie Sozialhilfe oder Nothilfe bezogen haben.

[418] Idem, S. 13.

[419] Idem, S. 14.

[420] Ibid.

[421] Ibid.

Migration begeben müssen, um Nothilfe zu erhalten. In den Kantonen Graubünden und Bern ist die Anwesenheit in den Unterbringungszentren Pflicht und unterliegt Kontrollen[422].

[403] Dieser Bericht behandelt auch den Fall von Personen, die der Nothilfe unterstellt werden, obwohl ihre *Ausschaffung unmöglich ist,* oder sich in einem laufenden Verfahren befindet und deren Aufenthalt damit rechtmässig ist. Eine solche Vorgehensweise wird in allen Kantonen beobachtet.

[404] Die Kantone haben die Möglichkeit, für *Härtefälle* Gesuche einzureichen (Aufenthalt in der Schweiz von mehr als fünf Jahren und fortgeschrittene Integration). Manche Kantone, wie der Kanton Graubünden, machen von dieser Möglichkeit nie Gebrauch. Wie SUTTER hervorhebt, führt dies zu bedeutenden kantonalen Unterschieden, ja sogar zu einer willkürlichen Praxis, die den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt[423].

[405] In manchen Kantonen ist die *Unterstützung durch die Zivilgesellschaft* sehr bedeutsam. Diese Unterstützung wird von den Behörden manchmal kritisiert, da eine externe Hilfe ihrer Meinung nach die Lebensbedingungen der Personen in der Nothilfe verbessert, während diese jedoch genau dazu konzipiert ist, die Ausreise aus der Schweiz zu beschleunigen. Andererseits erlaubt dies den Behörden, sich auf der Unterstützung der Zivilgesellschaft auszuruhen und Aufgaben abzuwälzen, die eigentlich den Behörden zufielen[424].

[406] SUTTER stellt zwei widersprüchliche Tendenzen fest, die sich abzuzeichnen scheinen. So macht sich in den meisten Kantonen, wie in Bern oder Graubünden, eine Verschärfung des Nothilfesystems bemerkbar. Massnahmen wie Anwesenheitskontrollen in den Gemeinschaftsunterkünften oder der regelmässige Wechsel des Unterbringungsortes haben zum Ziel, die Personen davon abzuhalten, die Hilfe zu beantragen, auf die sie Anspruch haben und die Ausreise aus der Schweiz zu beschleunigen[425]. In anderen Kantonen wie Zürich haben die Behörden darauf verzichtet, Kontrollen durchzuführen und sehen wohlwollend zu, wenn sich Dritte aus der Zivilgesellschaft der Personen annehmen, die Anspruch auf Nothilfe haben. SUTTER schreibt hierzu, dass „die Behörden anerkannt zu haben scheinen, dass eine Verschärfung des Nothilfesystems nicht wirklich dazu beiträgt, die Anzahl der „freiwilligen Ausreisen“ zu steigern“[426].

[407] SUTTER kommt bezüglich der kantonalen Unterschiede bei der Ausgestaltung der Nothilfe zum Schluss, dass es nicht zielführend sein kann, „die Kantone einzig danach zu beurteilen, wie schnell sie sich ihrer Ausreisepflichtigen entledigen können, ohne zu berücksichtigen, dass die Kantonsgrösse sowie die Anzahl der Betroffenen, deren Familiensituation, Alter und Herkunftsland wichtige Erklärungsfaktoren für die Bleibedauer darstellen [...]. Kantone mit urbanen Zentren können nicht direkt mit ländlichen (Klein-)Kantonen verglichen werden. Auch die einmalige Nothilfepauschale, die den Kantonen ausbezahlt wird, wird den einzelnen Fällen nicht gerecht. Das Problem wird dadurch lediglich vom Bund auf die Kantone abgewälzt. Die Folge dieses Systems ist eine Abwärtsspirale zum Nachteil der Betroffenen, die ihrer Würde beraubt werden“[427].

---

[422] Idem, S. 15.
[423] Idem, S. 18.
[424] Idem, S. 20.
[425] Idem, S. 22.
[426] Ibid.
[427] Idem, p. 25-26.

4.4. Auswirkung der verschiedenen internationalen Empfehlungen im Rahmen des Nothilfesystems

[408] Nach der Analyse des Nothilfesystems und der damit verbundenen Problemstellungen kommen wir nun zu den Empfehlungen, die die verschiedenen UNO-Ausschüssen an die Schweiz gerichtet haben.

[409] Zunächst sei hier erwähnt, dass sämtliche dieser Empfehlungen erst nach der Ausweitung des Sozialhilfestopps auf Personen, deren Asylgesuch abgelehnt wurde, ergingen. Der erste Ausschuss, der darauf reagierte, war der CERD, der im Jahr 2008 befand, dass der Ausschluss abgelehnter Asylsuchender von der Sozialhilfe eine Diskriminierung darstelle. Anschliessend bestätigte der MRA im Jahr 2009, dass es notwendig sei, für abgelehnte Asylsuchende einen ausreichenden Lebensstandard und medizinische Versorgung zu garantieren. Schliesslich empfahl der Ausschuss für WSK-Rechte im Jahr 2010, dass die Nothilfe durch eine für alle zugängliche Sozialhilfe zu ersetzen sei.

[410] Es ist festzustellen, dass diese Empfehlungen, wenn überhaupt, nur wenig Einfluss auf die Behörden hatten. In der Tat zeigt die eben dargelegte historisch informierte Analyse, dass die Leistungen, die Personen im Asylsystem in Anspruch nehmen können, seit den 1980er Jahren stark gekürzt wurden. Auch wenn das Nothilfesystem seit dem 1. Januar 2008 weder erweitert, noch weiter verschärft wurde, hat sich die Situation nicht verbessert. Hier muss hinzugefügt werden, dass die Staatspolitische Kommission des Nationalrats (SPK-N) im Mai 2012 das EJPD beauftragte, die Möglichkeit zur Streichung der Sozialhilfe für alle Asylsuchenden und bei dieser Gelegenheit die Überarbeitung von Artikel 82 Abs. 1 AsylG zu prüfen[428]. Im August 2012 hat die SPK des Ständerates (SPK-S) jedoch den Vorschlag des Nationalrats zur Streichung der Sozialhilfe für alle Asylsuchenden zurückgewiesen[429]. Die Position der SPK-S wurde am 12. September 2012 vom Ständerat bestätigt[430].

[411] Weiter ist festzustellen, dass, selbst wenn das Nothilfesystem nicht vollständig das Recht auf soziale Sicherheit erfüllt, wie es in Art. 9 Pakt I definiert wird, der vorgesehene Mindeststandard in der Schweiz eingehalten wird. Allerdings fordert der UNO-Pakt I von den Vertragsstaaten ebenfalls, bestimmte positive Massnahmen zu ergreifen, oder wenigstens keine regressiven Mittel anzuwenden, die sich von der im Pakt angestrebten Zielsetzung entfernen[431]. In diesem Sinn würde die vollständige Streichung der Nothilfe für Asylsuchende nicht dem in Uno-Pakt I geforderten Mindeststandard entsprechen. Das Nothilfesystem müsste somit die unterschiedlichen Situationen der Asylsuchenden berücksichtigen, sei es im Hinblick auf verletzliche Personen, die in der Nothilfe verbrachte Zeit oder den kulturellen Kontext, um ihnen, ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen[432]. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 19 präzisiert in diesem Sinn, dass die soziale Sicherheit zum Ziel hat, die Armut zu mildern, den sozialen Ausschluss zu verhindern und sich insbesondere um die am meisten

---

[428] OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, Exclusion de l'aide sociale pour les personnes en procédure d'asile, note du 23 mai 2012.

[429] Die SPK-S hat ihre Position am 27. August 2012 im Rahmen einer kurzen mündlichen Mitteilung bekannt gegeben, von der eine Zusammenfassung auf der Internetseite der SFH nachzulesen ist. http://www.fluechtlingshilfe.ch/news/medienmitteilungen/mutlos-gegen-die-verschaerfungen-im-asylbereich?set_language=de.

[430] Dies hat das Parlament nicht daran gehindert, die Liste der Bedingungen zu verlängern, unter denen die Leistungen der Sozialhilfe (darin eingeschlossen diejenigen, welche Asylsuchenden gewährt werden) verweigert, gekürzt oder gestrichen werden können. Siehe Artikel 83 (Abänderung von Abs. 1 und Einführung eines Absatzes 1bis). BBl 2012 9685, 9692.

[431] KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI, S. 5.

[432] Idem, S. 5.

Benachteiligten zu kümmern. Dieses Ziel scheint das Nothilfesystem nicht gänzlich zu erreichen, insbesondere aufgrund der fehlenden Rücksichtnahme auf die persönliche Situation und die Dauer bestimmter Verfahren, was dazu führt, dass sich das Nothilfesystem als ungeeignet erweist[433]. So dürfte es schwierig sein, eine menschenwürdige Existenz zu führen, wenn lediglich eine Sachleistung bestehend aus einem Schlafplatz, Nahrung, Kleidung und anderen Hygieneartikeln gewährt wird, und dies alles nur in der allernotwendigsten Basisversion. In dieser Hinsicht muss daran erinnert werden, dass gemäss Allgemeiner Bemerkung Nr. 4 die Tatsache, „ein Dach über dem Kopf zu haben" nicht ausreicht. Das Recht auf Unterkunft muss für jeden eine adäquate Unterbringung garantieren, d.h. einen Ort, an dem man sicher, in Frieden und Würde leben kann. Die Situation mancher Personen in der Nothilfe, und dazu gehören auch verletzliche Personen (Kinder, Kranke, etc.), die gezwungen sind, in Gemeinschaftsherbergen oder zivilen Schutzräumen zu leben (die tagsüber zuweilen geschlossen sind), welche sich nicht für ein Alltagsleben über einen längerfristigen Zeitraum eignen, ist tatsächlich kritisch. Darüber hinaus verhindern die unangekündigten Kontrollen der Sicherheitsbeamten, in Sicherheit und Frieden leben zu können.

[412] Das Nothilfesystem scheint ausserdem die Garantien, welche Art. 17, 23 Abs. 1 und 24 Abs. 1 des UNO-Paktes II vorsehen, nicht vollständig zu gewährleisten. Diese Bestimmungen garantieren den Schutz des Privat- und Familienlebens, sowie den Schutz der Kinder. Das Privat- und Familienleben in den Gemeinschaftsunterkünften erweist sich als heikel, wenn nicht gar unmöglich, dies insbesondere aufgrund der dort herrschenden Enge und der relativ systematischen und oft invasiven Kontrollen. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass laut Allgemeiner Bemerkung Nr. 16 das Privat- und Familienleben gegen rechtswidrige Übergriffe, aber auch gegen die Willkür der Behörden geschützt werden muss.

[413] Zuletzt scheint das Nothilfesystem auch mit Art. 5 der RDK nicht übereinzustimmen. Der Ausschluss aus der Sozialhilfe stellt eine Diskriminierung dar, insbesondere was die in UNO-Pakt I garantierten Rechte betrifft. Wie wir weiter oben schon feststellen konnten, wird insbesondere das Recht auf Unterkunft, Gesundheitsfürsorge und auf einen ausreichenden Lebensstandard für Personen, die nach dem Nothilfesystem leben müssen, nicht in zufriedenstellender Weise garantiert.

5. Schlussfolgerungen

[414] Zunächst ist festzustellen, dass das Nothilfesystem als solches die Forderungen des zwingenden Völkerrechts, bzw. die von der Schweiz ratifizierten und in ihr Rechtssystem integrierten internationalen Rechtsinstrumente, nicht verletzt. Dennoch scheint die Situation nicht zufriedenstellend oder zumindest verbesserungsfähig zu sein, da das aktuelle System nur die jeweiligen Minimalstandards der verschiedenen internationalen Regelwerke garantiert.

[415] Insbesondere was die Empfehlungen (*soft law*) der drei UNO-Ausschüsse an die Schweiz betrifft scheint die Schweiz diesen in ihrer aktuellen Nothilfepraxis nicht genügend Rechnung zu tragen. Die Wirkung dieser Empfehlungen kann daher als begrenzt, wenn nicht sogar inexistent, bezeichnet werden.

[416] Zusammenfassend sei somit festgehalten, dass die Politik des Sozialhilfeausschlusses – und das alleinige Gewähren einer minimalen „Nothilfe" – für abgelehnte Asylsuchende und

[433] Idem, S. 5-6.

Personen mit NEE im Widerspruch zu den internationalen Menschenrechten und den Bemerkungen und Empfehlungen der sich darauf beziehenden Vertragsorgane steht. Diese Tendenz ist gewollt und hat ausdrücklich zum Ziel, die betroffenen Personen zum Verlassen der Schweiz zu bewegen, indem man ihnen keine Sozialleistungen gewährt, welche sie dazu anregen könnte, im Land zu verbleiben.

[417] Selbst wenn das Ziel der Anreizsetzung zur Ausreise, welches dem Asylsystem zugrunde liegt, nachvollziehbar ist, so lassen sich die Kürzungen der sozialen Garantien für die Betroffenen nur schwer rechtfertigen, zumal diese Kürzungen die gewünschte Zielsetzung, die sofortige Ausreise, nicht erreichen. Diese Schlussfolgerung trifft umso mehr zu, wenn sich die Ausreise monate- oder gar jahrelang verzögert, wie dies in der Praxis manchmal vorkommt. Insbesondere in den Fällen, in denen eine Ausschaffung nicht möglich ist, und der Verbleib einer Person nicht selbstverschuldet ist, kann man die Aufrechterhaltung eines Systems, das sich wissentlich und absichtlich jenseits dessen positioniert, was die entsprechenden internationalen Empfehlungen fordern, nicht rechtfertigen.

[418] Hier findet sich das Problem wieder, das bereits im Kapitel über die Verfahrensgarantien und Fristen im Asylverfahren aufgezeigt wurde, nämlich dass die Missachtung – bzw. das Herabsenken– der internationalen Menschenrechtsstandards, auf lange Sicht sich nicht rechtfertigen lässt, auch wenn sie unter dem Blickwinkel der Verfahrensbeschleunigung bei negativen Asylentscheiden logisch erscheinen.

Autorinnen:

Marie Maillefer, MA iur und Fanny Matthey, Dr. iur, Themenbereich Migration, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Universität Neuchâtel

Geltung hat die französische Fassung dieses Kapitels.

GESAMTFAZIT

[419] Der Beitrag des Themenbereichs Migration zur SKMR Grundlagenstudie kommt in den analysierten Bereichen zu folgenden Schlussfolgerungen:

[420] Die meisten an die Schweiz gerichteten Empfehlungen haben sich in den letzten Jahren mit dem Themenkomplex *Rassismus/Diskriminierung* befasst. Die wohl markanteste Diskrepanz zwischen den internationalen Standards und der Schweiz dürfte bei den fehlenden konkreten Bestimmungen zu Diskriminierungsverboten im Privatbereich liegen. Die Einschätzung der internationalen Überwachungsorgane, dass im Bereich Rassismus/Diskriminierung auf verschiedenen Ebenen Handlungsbedarf besteht, wird von nichtstaatlichen Akteuren in der Schweiz geteilt. Demgegenüber stellen sich der Bundesrat und das Parlament auf den Standpunkt, dass das Problem durch eine verbesserte Rechtsdurchsetzung und Information behoben werden kann.

[421] Das *Heiratsverbot für Personen ohne Aufenthaltsrecht* ist in den vergangenen Monaten in der Schweiz kontrovers diskutiert worden. International blieb das Verbot nicht unbeachtet, so haben der MRA und der Ausschuss für WSK-Rechte die Schweiz aufgefordert, sämtlichen Personen das Recht auf Eheschliessung zu ermöglichen. Die Analyse im entsprechenden Kapitel zeigt auf, dass die wegweisende Rechtsprechung des Bundesgerichts den Konflikt mit dem Völkerrecht in mehreren Punkten entschärft hat, doch wird zugleich angemerkt, dass eine Reihe von wichtigen Fragen zur Umsetzung des Heiratsverbots für Personen ohne Aufenthaltsrecht noch nicht abschliessend geklärt sind. In der Frage der Heiratsregelung für Personen ohne Aufenthaltsrecht besteht demzufolge weiterhin Handlungsbedarf.

[422] Die Regelung zum *Aufenthaltsrecht für gewaltbetroffene Migrantinnen nach Eheauflösung* wurde in den letzten Jahren von den UNO-Ausschüssen mehrmals kritisiert. Die Überwachungsorgane bemängelten sowohl die Gesetzgebung als auch die Umsetzung. In den letzten Jahren wurde sowohl die Gesetzeslage (neuer Art. 50 AuG) als auch die Bewilligungspraxis, die auf Verordnungen, Weisungen etc. basiert, massgeblich angepasst. Ob der von den internationalen Vertragsorganen geforderte neue Gesetzesartikel und die veränderte Bewilligungspraxis zu einer einheitlicheren Umsetzung der Aufenthaltsregelung nach Art. 50 AuG führen, wird sich künftig weisen.

[423] Mit der Anpassung der schweizerischen Gesetzgebung an die EU-Rückführungsrichtlinie ist einer der konkretesten Empfehlungen im Bereich der *ausländerrechtlichen Administrativhaft* Folge geleistet worden. Da zur Anwendung der ausländerrechtlichen Administrativhaft durch die kantonalen Migrationsbehörden nur spärliche Informationen erhältlich sind, wird bei der Verbesserung der Transparenz handlungsbedarf ausgemacht.

[424] Handlungsbedarf liegt sowohl aus der Sicht der Überwachungsorgane als auch aus der Sicht der Kapitelautorinnen bei den Personen im *Asylbereich* vor. Am meisten Kritik wurde am Nothilfesystem für Personen mit einem Nichteintretensentscheid und abgewiesene Asylsuchende geäussert. Die Empfehlungen weisen darauf hin, dass es mit der geltenden Rechtslage für die Schweiz schwierig wird, den NothilfeempfängerInnen sämtliche WSK-Rechte zu gewähren. Gerügt wird die Schweiz auch für die immer währenden Bestrebungen zur Beschleunigung des Asylverfahrens ohne parallelen Ausbau der Verfahrensgarantien für die betroffenen Personen. Beim Ausbau der Verfahrensgarantien für Asylsuchende macht die Studie demzufolge Handlungsbedarf aus.

[425] Es kann davon ausgegangen werden, dass auch in Zukunft insbesondere Fragen um die Themen Rassismus/Diskriminierung wie auch Personen im Asylbereich (hier mit einem speziellen Augenmerk auf die Nothilfe) im Fokus der Überwachungsorgane stehen werden.

VERZEICHNIS MEHRFACH VERWENDETER LITERATUR

ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 189 ff.

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Nothilfe: Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt?, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 31-61.

BINDER OSER ANDREA, Art. 68, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, S. 692 ff.

BOLLIGER CHRISTIAN/FERAUD MARIUS, La problématique des requérants d'asile déboutés qui perçoivent l'aide d'urgence sur une longue durée (condensé du rapport final), Buro Vatter, Berne 2010, http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/sozialhilfe/berlangzeitbezug-nothilfe-f.pdf.

BUCHMANN KATHRIN/KOHLER SILVANA, Durcissement du 1er avril 2004 dans les domaines de l'asile et des étrangers, bilan après un an, OSAR, Berne 2005, http://www.stoprenvoi.ch/archives/pdf/09-08-05-osar.pdf.

DUBACHER CLAUDIA/REUSSER LENA, Häusliche Gewalt und Migrantinnen, Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (Hrsg.), Bern 2011.

EFIONAYI-MÄDER DENISE/SCHÖNENBERGER SILVIA/STEINER ILKA, Visage des sans-papiers en Suisse évolution 2000-2010, Commission fédérale pour les questions de migration, Berne 2010, http://www.nothilfe-kampagne.ch/jmuffin/upload/KEFsanspap_f.pdf.

GÖKSU TARKAN, Art. 75-Art. 77, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, S. 731 ff.

HATHAWAY JAMES C., Les recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne, in: International Association of Refugee Law Judges, The changing nature of persecution, 4th conference, October 2000, Berne 2001, S. 193-200.

HUGI YAR THOMAS, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 521 ff.

KÄLIN WALTER, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990.

KÄLIN WALTER, Non-State Agents of Persecution and the Inability of State to Protect, in: International Association of Refugee Law Judges, The changing nature of persecution, 4th conference, October 2000, Berne 2001, S. 43-59.

KÄLIN WALTER/ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG, Vereinbarkeit von Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht?, Gutachten zur nationalrätlichen Fassung von Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz, Bern 2012.

KUHN MATHIAS, Verkürzung der Beschwerdefrist im Asylverfahren, ASYL 4/10, S. 3-8.

MAILLARD ALAIN/TAFELMACHER CHRISTOPHE, „Faux réfugiés" ? La politique suisse de dissuasion d'asile 1979-1999, Lausanne 1999.

MATTHEY FANNY, Procédures d'asile et pluralité de statuts. Du „nomad's land" au „no man's land juridique": parcours de la personne dont la demande d'asile est refusée, en droit suisse et en droit européen, Bâle 2012.

MEIER PHILIPPE/CARANDO LAURA, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse ?, Jusletter, 14 février 2011.

MEYER TOBIAS D., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Nguyen Minh Son/Uebersax Peter (Hsrg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Bern 2010, S. 208-242.

MÜLLER JÖRG-PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261*bis* StGB und Art. 171*c* MStG, 2. Aufl., Zürich 2007.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/FIOLKA GERHARD, Rassendiskriminierung i.S.v. Art. 261*bis* StGB. Eine Übersicht, Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, Bern 2004.

POVLAKIC KARINE, Suppression de l'aide sociale: un instrument de contrainte, Lausanne 2011.

SANCHEZ-MAZAS MARGARITA, La construction de l'invisibilité: suppression de l'aide sociale dans le domaine de l'asile, Genève 2011.

SCHÖNENBERGER SILVIA/WICHMANN NICOLE, Wegweiser zum Schutz vor Diskriminierung in der Zentralschweiz, Neuchâtel 2011.

SCHICK MANON, Aide d'urgence: une voie sans issue, in: Amnesty, février 2011, S. 14, http://www.nothilfe-ampagne.ch/jmuffin/upload/dossier_aide_urgence_FRcoup%C3%A9 .pdf

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE (HRSG.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 2009.

SPESCHA MARC/KERLAND ANTONIA/BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010.

SUTTER MICHAEL, Aide d'urgence pour les requérant-e-s d'asile débouté-e-s. Pratique de l'aide d'urgence dans quelques cantons – mise à jour du rapport sur l'aide d'urgence 2008, OSAR, Berne 2011, http://www.fluechtlingshilfe.ch/droit-d-asile/aide-durgence.

TRUMMER MURIEL, L'aide d'urgence pour les requérants d'asile déboutés. Commentaire sur l'extension de l'exclusion de l'aide sociale, OSAR, Berne 2008, http://www.fluechtlings-hilfe.ch/droit-d-asile/aide-durgence.

UEBERSAX PETER/RUDIN BEAT/HUGI YAR THOMAS/GEISER THOMAS, Ausländerrecht: Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, Basel 2009.

VOLKER TÜRK, Non-State Agents of Persecution, in: Chetail Vincent/Gowlland-Debbas Vera (ed.), Switzerland and the International Protection of Refugees, The Hague u.a. 2002, S. 95-109.

WEBER ANNE, Handbuch zur Frage der Hassrede, Strassburg 2009.

WILSHER DANIEL, Immigration Detention – Law, History, Politics, Cambridge 2012.

WICHMANN NICOLE/HERMANN MICHAEL/D'AMATO GIANNI/EFIONAYI-MÄDER DENISE/FIBBI ROSITA/MENET JOANNA/RUEDIN DIDIER, Gestaltungsräume im Föderalismus: Die Migrationspolitik in den Kantonen, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Bern 2011.

ZÜND ANDREAS/ARQUINT HILL LADINA, Beendingung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas, Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 311 ff.

ANHANG: MATERIALIENVERZEICHNIS

Menschenrechtsrat, HRC

Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled "Human Rights Council", Report by Mr. Doudou Diène, Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Addendum, Mission to Switzerland, A/HRC/4/19/Add.2, 30. Jan. 2007, zit.: **Special Rapporteur, Racism 2007**.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/8/41, 28. Mai 2008, zit.: **UPR Switzerland 2008**.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/22/11, 7 Dez. 2012, zit.: **UPR Switzerland 2012**.

Menschenrechtsausschuss, MRA

General Comment No. 10, Freedom of expression (Art. 19), 29. Juni 1983, zit.: **MRA, General Comment No. 10 (1983)**.

General Comment No. 11, Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20), 29. Juli 1983, zit.: **MRA, General Comment No. 11 (1983)**.

General Comment No. 15, The position of aliens under the Covenant, 11. April 1986, zit.: **MRA, General Comment No. 15 (1986)**.

General Comment No. 16, The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17), 8 avril, 1988, zit.: **General Comment No. 16 (1988)**.

General Comment No. 18, Non-discrimination, 10. Nov. 1989, zit.: **MRA, General Comment No. 18 (1989)**.

General Comment No. 20, Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7), 10. März 1992, zit.: **MRA, General Comment No. 20 (1992)**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/79/Add.70, 8. Nov. 1996, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 1996**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/CO/73/CH, 12. Nov. 2001, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2001**.

General Comment No. 31, The nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26. Mai 2004, zit: **MRA, General Comment No. 31 (2004)**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/CHE/CO/3, 3. Nov. 2009, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2009**.

General Comment No. 34, Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 12. Sep. 2011, zit.: **MRA, General Comment No. 34 (2011)**.

Examen des rapports soumis par les États parties au titre de l'article 40 du Pacte. Suisse. Renseignements communiqués par la Suisse sur la suite donnée aux observations finales du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/CHE/CO/3), 24 fév. 2011, CCPR/C/CHE/CO/3/Add.1, zit. : **MRA, Renseignements communiqués par la Suisse 2011**.

Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung, CERD

General Recommendation No. 15 on organized violence based on ethnic origin (Art. 4), 23. März 1993, zit.: **CERD, General Recommendation No. 15 (1993)**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Switzerland, CERD/C/304/Add.44, 30. März 1998, zit.: **CERD, Concluding Observations Switzerland 1998**.

General Recommendation No. 30, Discrimination against Non Citizens, 1. Okt. 2004, zit.: **CERD, General Recommendation No. 30 (2004)**.

NGO-Bericht zum vierten, fünften und sechsten periodischen Bericht der Schweiz an den UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Juni 2008, zit.: **NGO-Bericht, CERD 2008**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Switzerland, CERD/C/CHE/CO/6, 21. Aug. 2008, zit.: **CERD, Concluding Observations Switzerland 2008**.

General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the CERD Convention, CERD/C/GC/32, 24. Sep. 2009, zit.: **CERD, General Recommendation No. 32 (2009)**.

General Recommendation No. 34, Racial discrimination against people of African descent, CERD/C/GC/34, 3. Okt. 2011, zit.: **CERD, General Comment No. 34 (2011)**.

Vierter, fünfter und sechster periodischer Bericht der Schweiz an den UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Gemäss Art. 9 des Internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Bern, Sept. 2006.

Folterausschuss, CAT

Summary record of the 435th meeting: Slovenia, CAT/C/SR.435, 25. Mai 2000, zit.: **CAT, Summary Record Slovenia (2000)**.

General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States parties, CAT/C/GC/2, 24. Jan. 2008, zit.: **CAT, General Comment No. 2 (2008)**.

Summary record (partial) of the 936th meeting. CAT/C/SR.936,12. Mai 2010**, zit.: CAT, Summary Record Switzerland (2010)**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture, Switzerland, CAT/C/CHE/CO/6, 25. Mai 2010, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Réponses de la Suisse aux observations finales du Comité contre la torture (CAT/C/CHE/CO/6), CAT/C/CHE/CO/6/Add.1, Ziff. 8, 2. Sep. 2011, zit.: **CAT, Réponses Suisse (2011)**.

Ausschuss für WSK-Rechte

General Comment No. 4 on the right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant), E/1992/23, 13 décembre 1991, zit.: **Ausschuss WSK-Rechte, General Comment No. 4 (1991)**.

General Comment No. 16 on the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (Art. 3), E/C.12/2005/4, 11. Aug. 2005, zit.: **Ausschuss WSK-Rechte, General Comment No. 16 (2005)**.

Observation générale No 19 sur le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte), E/C.12/GC/19, 4 février 2008, zit.: **Ausschuss WSK-Rechte, Observation générale No. 19**.

General Comment No. 20 on Non-discrimination in economic, social and cultural rights, E/C.12/GC/20, 2. Juli 2009, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 20 (2009)**.

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26. Nov. 2010, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, CEDAW

General recommendation No. 19 on violence against women, 29. Jan. 1992, zit.: **CEDAW, General Observation No. 19 (1992)**.

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7. Aug. 2009, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009**.

General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16. Dez. 2010, zit.: **CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010)**.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, CRC

General Comment No. 5 on General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5, 27. Nov. 2003, zit.: **CRC, General Comment No. 5 (2003)**.

General Comment No. 13 on the right of the child to freedom from all forms of violence, CRC/C/GC/13, 18. April 2011, zit.: **CRC, General Comment No. 13 (2011)**.

UNHCR

Beschluss Nr. 44 (XXXVII) 1986 Exekutiv-Komitee: Inhaftierung von Flüchtlingen und Asylsuchenden, vom 13. Okt. 1986, zit.: **UNHCR, ExCom-Beschluss No. 44 (1986)**.

Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, Genève 1979, réédité en 1992, http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b32b0.pdf, cité: **UNHCR, Guide des procédures (1992)**.

Opinion of UNHCR regarding the question of "non-State persecution", as discussed with the Committee on Human Rights and Humanitarian Aid of the German Parliament (Lower House) on 29 November 1999, http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3df755477.pdf, cité: **UNHCR, Non-State persecution (1999)**.

Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden, 1995 rev. 1999, vom März 1999, zit.: **UNHCR, Standards betr. Haft (1999)**.

Principes directeurs sur la protection internationale n° 4: „La possibilité de fuite ou de réinstallation interne" dans le cadre de l'application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 23 juillet 2003, HCR/GIP/03/04. http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fb9f5344.html, cité: **UNHCR, Fuite ou réinstallation interne (2003)**.

Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate, 20. Nov. 2003, zit.: **UNHCR, Procedural Standards (2003)**.

UNO-Generalversammlung

Declaration on the Elimination of Violence against Women, The General Assembly, A/RES/48/104, 13 Dez. 1993, zit.: **General Assembly, Declaration 1993**.

Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 August - 8 September 2001, GE.02-10005, zit.: **Durban Report 2001**.

Europarat

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates NR. R (97) 20 über die „Hassrede", 30. Okt. 1997, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 20 (1997)**.

Empfehlung Nr. R (97) 21 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Medien und die Förderung einer Kultur der Toleranz, 30. Okt. 1997, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 21 (1997)**.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats R (98) 13, Right of Rejected Asylum Seekers to an Effective Remedy against Decisions on Expulsion in the Context of Art. 3 of the ECHR vom 18. Sep. 1998, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 13 (1998)**.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates R (1999) 12 on the return of rejected asylum seekers vom 18. Mai 1999, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 12 (1999)**.

Recommandation No. R (2000) 3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommandation No. 3 (2000)**.

Empfehlung des Minister-innenkomitees des Europarats über den Schutz von Frauen vor Gewalt und Erläuterndes Memorandum, 30. Apr. 2002, Rec(2002)5, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Schutz vor Gewalt**.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates R (2003) 5 über Haftmassnahmen bei Asylsuchenden vom 16. Apr. 2003, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung No. 5 (2003)**.

Erklärung des Ministerkomitees zur politischen Redefreiheit in den Medien, 12. Feb. 2004.

Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats, Twenty guidelines on forced return, CM (2005) 40 final, 9 vom 4. Mai 2005, abrufbar https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=856881#P13_355, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Richtlinien (2005)**.

Report of Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on his Visit to Switzerland, 29 November – 3 December 2004, for the attention of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, CommDH(2005)7, 8. Juni 2005, zit.: **Commissioner for Human Rights, Report 2005**.

Resolution 1697 (2009) of the Parliamentary Assembly of Council of Europe on Migrant women at particular risk from domestic violence: 20. Novembre 2009, zit.: **Council of Europe, Resolution 1697 (2009)**.

Ad Hoc committee on preventing and combating violence against women and domestic violence (CAHVIO), report of the 8th meeting, 12. Jan. 2011, zit.: **CAHVIO 2011**.

Resolution 1811 (2011) of the Parliamentary Assembly of Council of Europe on Protecting migrant women in the labour market, 15. Apr. 2011, zit.: **Council of Europe, Resolution 1811 (2011)**.

Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, Jan. 2012.

Medienmitteilung des Menschenrechtskommissars des Europarats Thomas Hammarberg, 23. Feb. 2012, zit.: **Europäischer Menschenrechtskommissar, Medienmitteilung, 2012**.

Brief des Menschenrechtskommissars des Europarats Thomas Hammarberg, CommDH/SB/sf 022-2012, 12. März 2012, zit.: **Europäischer Menschenrechtskommissar 2012**.

Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz, ECRI

Allgemeine politische Empfehlung Nr. 1 von ECRI, Bekämpfung von Rassismus, Fremdenhass, Antisemitismus und Intoleranz, 4. Okt. 1996, zit.: **ECRI, Allgemeine politische Empfehlung No. 1 (1996)**.

Allgemeine politische Empfehlung Nr. 7 von ECRI, Nationale Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung, 13. Dez. 2002, zit.: **ECRI, Allgemeine politische Empfehlung No. 7 (2002)**.

ECRI Declaration on the use of racist, antisemitic and xenophobic elements in political discourse, 17. März 2005, zit.: **ECRI Declaration 2005**.

ECRI-Bericht über die Schweiz (vierte Überwachungsperiode), Verabschiedet am 2. April 2009, Veröffentlicht am 15. Sep. 2009, zit.: **ECRI, 4. Bericht**.

OECD

Liebig, T. et al. (2012), "The labour market integration of immigrants and their children in Switzerland", OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 128, Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, OECD Publishing. Zit.: **OECD, 2012**.

OSCE

Country Visit Switzerland. Report of the Personal Representatives of the OSCE Chair-in-Office on Tolerance Issues, 7.-9. November 2011, zit.: **OSCE, 2011**.

Bundesrat und Bundesverwaltung

Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002. BBl 2002 3761, zit.: **Botschaft Ausländergesetz**.

Anwendung und Wirkung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom 24. Aug. 2005, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/2579.pdf, zit.: **Bericht der GPK**.

Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zur Anwendung und Wirkung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 15. Feb. 2006, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/2667.pdf, zit.: **Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der GPK**.

Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung gemäss Artikel 261bis StGB und Artikel 171c MStG, Arbeitsdokument des Bundesamtes für Justiz für das Hearing betreffend die Rassismusstrafnorm, Mai 2007, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/kriminalitaet/gesetzgebung/rassismus/arbeitspapier-hearing-d.pdf, zit.: **Bundesamt für Justiz, Rassendiskriminierung**.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008 sur l'initiative parlementaire „Empêcher les mariages fictifs", FF 2008 2247 cité : **Rapport de la CIP-N 2008**.

Avis du Conseil fédéral du 14 mars 2008 sur le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008 sur l'initiative parlementaire „Empêcher les mariages fictifs", FF 2008 2261 cité : **Avis du CF sur le Rapport de la CIP-N 2008**.

Botschaft zur Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 24. Juni 2009. BBl 2009 5097, zit.: **Botschaft Ausschaffungsinitiative**.

Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG) und über eine Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 18. November 2009, BBl 2009 8901, zit.: **Botschaft Rückführungsrichtlinie**.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Erläuternder Bericht zur Änderung des Asylgestzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretensentscheiden, vom 16. Dezember 2009, zit.: **EJPD, Erläuternder Bericht 2009**.

Jahresbericht 2009 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 22. Januar 2010, abrufbar http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/2671.pdf, zit.: **Jahresbericht 2009 GPK**.

Bericht zur Weiterentwicklung der Integrationspolitik des Bundes. Bericht des Bundesrates zuhanden der eidgenössischen Räte in Erfüllung der Motionen 06.3445 Fritz Schiesser [...] und 06.3765 SP-Fraktion [...], 5. März 2010, zit.: **Bundesrat 2010**.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011, zit.: **EJPD Bericht über Beschleunigungsmassnahmen 2011**.

Arbeitsgruppe Ausschaffungsinitiative, Bericht für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 21. Juni 2011, abrufbar- http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_ber_ ausschaffungsinitiative-d.pdf, zit.: **Expertenbericht Ausschaffungsinitiative**.

Bundesamt für Migration Weisung I. Ausländerbereich, Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, aus wichtigen öffentlichen Interessen oder als schwerwiegender persönlicher Härtefall (Version 30.09.201), zit.: **Weisung I. 5**.

Bundesamt für Migration Weisung I. Ausländerbereich, Familiennachzug, (Version 30.09.2011). zit.: **Weisung I. 6**.

Bundesamt für Migration Weisung I. Ausländerbereich, 8 Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen (Version 30.09.11), zit.: **Weisung I. 8**.

Bundesamt für Migration Weisung I. Ausländerbereich, 9 Zwangsmassnahmen (Version 30.09.2011), zit.: **Weisung I. 9**.

Bundesamt für Migration, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 23. November 2011.

Office fédéral des migrations, Rapport final, Groupe de travail Confédération/cantons. Restructuration du domaine de l'asile. Mise en œuvre des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, du 21 novembre 2012, zit: **Rapport final, Groupe de travail Confédération/cantons 2012**.

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, EKR

Mehrheit und muslimische Minderheit in der Schweiz. Stellungnahme der EKR zur aktuellen Entwicklung, Bern, September 2006, zit.: **EKR, 2006**.

Diskriminierung bei der Einbürgerung, Stellungnahme der EKR zur aktuellen Situation, Bern, September 2007, zit.: **EKR; Einbürgerung, 2007**.

Fabienne Zannol, Gabriella Tau und Sabine Kreienbühl, Die Anwendung der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung. Eine Analyse der Entscheide zu Art. 261bis StGB (1995 – 2004), Bern, 2007, zit.: **EKR, 2007**.

Tangram 19, Bulletin der EKR, Jugend, Mai 2007, zit.: **Tangram 19**.

Die Umsetzung der Durban-Weltkonferenz 2001-2009 in der Schweiz. Eine Stellungnahme der EKR, Bern, 2009, zit.: **EKR, 2009**.

Tangram 26, Bulletin der EKR, Sicherheit – Sicherheiten, Dez. 2010, zit.: **Tangram 26**.

Tarek Naguib et al., Recht gegen rassistische Diskriminierung. Analyse und Empfehlungen, Stellungnahme der Eidgenössichen Kommission gegen Rassismus, Bern, 2010, zit.: **EKR, 2010**.

Tangram 27, Bulletin der EKR, Politischer Diskurs, Juni 2011, zit.: **Tangram 27**.

Varia

Amnesty International, Polizei, Justiz und Menschenrechte – Polizeipraxis und Menschenrechte in der Schweiz, Anliegen und Empfehlungen von Amnesty International, Bern 2007, zit.: **Amnesty International, Polizei**.

Beratungsnetz für Rassismusopfer, Humanrights.ch und EKR (Hrsg.), Rassismusvorfälle in der Beratungspraxis, Januar bis Dezember 2010, Bern, Juni 2011, zit.: **Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2010**.

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Studie zum Follow-up zu den UPR Empfehlungen, Bern 2012, zit: **SKMR, Studie zum Follow-up zu den UPR Empfehlungen**.

Fachstelle für Rassismusbekämpfung. Bericht 2011, zit.: **Jahresbericht FRB 2011**.

Huddlestone, Thomas et al., MIPEX III. Index Integration und Migration, Brüssel, 2011, zit.: **MIPEX III**.

Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers, Femmes étrangères victimes de violences conjugales en suisse romande, rapport, mars 2011, zit.: **ODAE 2011**.

Stadt Zürich, Rassismusbericht der Stadt Zürich 2009. Erster Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe, zit.: **Rassismusbericht Zürich 2009**.

Tripartite Agglomerationskonferenz (TAK), Rechtliche Integrationshemmnisse. Auslegeordnung und Lösungsansätze. Empfehlungen der Tripartiten Agglomerationskonferenz vom 12. November 2004, Bern**, zit.: TAK 2004**.

Tripartite Agglomerationskonferenz (TAK) Weiterentwicklung der schweizerischen Integrationspolitik. Bericht und Empfehlung der TAK, 29. Juni 2009, zit.: **TAK 2009**.