

Gemeinsame Vernehmlassung

der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS) und von Solidarité sans frontières (Sosf)

zur Änderung des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretensentscheiden

Sehr geehrte Damen und Herren

die Demokratischen Juristinnen und Juristen (DJS) und Solidarité sans frontières bedanken sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung zu den geplanten Änderungen des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretensentscheiden.

1. Einleitende Vorbemerkungen

DJS und Sosf haben sich bereits im Frühjahr 2009 zu den damals vom EJPD zur Diskussion gestellten Änderungen beider im Migrationsbereich geltenden Gesetze geäußert und die DJS hat Ende Sommer 2009 zur Übernahme der Rückführungsrichtlinie der EU Stellung genommen.

Die nunmehr vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sind gemäss dem departementalen Bericht vom 16.12.2009 als Zusatz zu den Vorschlägen vom 19.12.2008 zu verstehen; aus unserer Sicht kann indessen zudem die Überführung der EU-Rückführungsrichtlinie in geltendes Recht – und deren Folgen – vorliegend nicht ausser Acht gelassen werden. Wir verweisen dazu auf die Vernehmlassung der DJS vom 27.8.2009 in dieser Angelegenheit.

Es ist in diesem Zusammenhang unannehmbar, dass die Übernahme der EU-Richtlinien erst Anfang 2011 und nicht bereits im Jahre 2010 erfolgt. Diese Verzögerung hat zur Folge, dass zahlreiche Administrativhäftlinge eine längere Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft von total über 18 Monaten absitzen müssen, bloss weil sich die Schweiz mit der Umsetzung übermässig Zeit lässt. Die vorliegend vorgeschlagene Ausweitung der Haftgründe für die Ausschaffungshaft widerspricht zudem den Empfehlungen der EU-Richtlinien (Art. 7, Abs. 3) für mildere Massnahmen anstelle von Ausschaffungshaft.

2. Bemerkungen zum Bericht des EJPD vom 16.12.2009 und den einzelnen Änderungsvorschlägen

2.1 Zum Sozialhilfestopp

DJS und Sosf wenden sich auch an dieser Stelle nochmals ausdrücklich ganz grundsätzlich gegen den mit dem Eintritt der Rechtskraft jeden Asylentscheids verbundenen Sozialhilfestopp (und das damit verbundene entwürdigende Nothilfesystem) und fordern die Einführung der Ausrichtung von Sozialhilfe gemäss SKOS an alle Personen im Asylbereich sowie die Abschaffung der Nothilfe.

Seit der flächendeckenden Einführung des Sozialhilfestopps lässt sich eindeutig erkennen, dass der generelle Sozialhilfestopp die Ausreisebereitschaft abgewiesener Asylsuchender nicht wesentlich im Sinne der behördlichen Erwartungen beeinflusst.

2.2 Zur Vereinfachung des Asylverfahrens

Die DJS befürworten grundsätzlich die Vereinfachung des Asylverfahrensrechts mittels der Abschaffung verschiedener Gründe für das Nichteintreten und dem Grundsatz, in der Mehrzahl der Fälle materiell über Gutheissung oder Ablehnung des Begehrens zu entscheiden. Die DJS sind allerdings nicht bereit, mit der Vereinfachung des Verfahrensrechts einen Abbau des bestehenden Rechtsschutzes hinzunehmen.

Für die geplante Vereinfachung sprechen auch ganz praktische Gründe. Die im Bericht angeführten bisherigen Regelungen erfassen nämlich – von ihrer Rechtsnatur betrachtet – meistens gar keine klassischen Nichteintretensfälle, sondern erfordern mehrheitlich (oft umfangreiche) materiell-rechtliche Erwägungen. Als Folge davon ergehen bis heute eigentlich materielle Asylentscheide, welche – irritierenderweise – mit dem Dispositivsatz enden, dass auf das Gesuch nicht eingetreten werde. Gegen solche Entscheide kann dann auf Beschwerdeebene – eigentlich systemwidrig – bloss die unrichtige Anwendung eines Nichteintretenstatbestands geltend gemacht werden. Dieser absurden und umständlichen Praxis ist eine übersichtlichere Rechtslage allemal vorzuziehen.

2.3 Beibehaltung des Nichteintretensgrundes der Wegweisung in einen Drittstaat

Im Einzelnen erscheint uns der Vorschlag sinnvoll, alle Fälle, in welchen eine Wegweisung in einen sicheren Drittstaaten zulässig und möglich erscheint, in einer einzigen (Nichteintretens-) Bestimmung (d.h. in Art. 31a Abs. 1 Bst. a und c bis e E-AsylG) zusammenzufassen.

Allerdings kritisieren wir die ersatzlose Streichung der bisherigen Ausnahmestimmungen (von Art. 34, Abs. 3 Bst. a und b) und schlagen vor, dass die Schweiz auch auf das Verfahren eintritt, wenn die Rückschiebung unzumutbar ist, weil Hinweise darauf bestehen, dass im Drittstaat nicht

einmal Minimalstandards sozialer Sicherheit für Asylsuchende gewährleistet sind. Dies ist gegenwärtig beispielsweise in Griechenland und Italien der Fall.

2.4 Nichteintreten bei ausschliesslichem Geldverdienen von medizinischen und/oder wirtschaftlichen Fluchtgründen

Wir lehnen den Nichteintretenstatbestand im Sinne von Art. 31a Abs. 3 E-AsylG ab.

Hier darf zunächst der Zusammenhang mit der bereits am 19.12.2008 zur Vernehmlassung gebrachten Revision von Art. 83 Abs. 5, 5bis und 5ter AuG nicht ausser Acht bleiben. Danach sollen Asylsuchende neuerdings nachweisen, dass der Vollzug ihrer Wegweisung aus persönlichen Gründen unzumutbar ist. Nun hat die Praxis längst gezeigt, dass das Beschaffen und Präsentieren entsprechender Beweismittel in einer Amtssprache regelmässig mit grossem zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden ist. Die DJS stellen sich (nochmals) dagegen, dass die Verwaltung ausgerechnet von diesen Abklärungspflichten entlastet werden soll. Soll dies gleichwohl geschehen, ist zu berücksichtigen, dass die kurze Behandlungsfrist von Art. 37 Abs. 1 E-AsylG faktisch zu einer Abschaffung der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen dürfte. Betroffene sind aufgrund dieses restriktiven Verfahrensrechts schlechthin nicht mehr in der Lage, den strikten Beweis für ihre persönlichen Gründe anzutreten, welche den Wegweisungsvollzug unzumutbar erscheinen lassen. Dies erscheint umso weniger nachvollziehbar, nachdem dieser Personengruppe nicht etwa missbräuchliches Verhalten im Verfahren vorgeworfen wird, sondern sie vielmehr legitime Schutzbedürfnisse aufweist.

Aus diesen Gründen ist diese Fallkategorie aus der Sicht der DJS entweder aus dem Katalog der Nichteintretensgründe zu streichen oder – nahe liegender – die Beweislast wie bisher der Asylbehörde ex officio zu belassen.

2.5 Bestimmungen zur Feststellung des massgebenden Sachverhalts

Die DJS wenden sich nicht gegen die geplante Streichung der Art. 38, 40 und 41 AsylG.

Als Folge davon sind auch im Asylverfahren (weiterhin) die allgemeinen Normen von Art. 12 bis 19 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren, VwVG, zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang schlagen wir allerdings vor, das Verfahren bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs im Gesetz näher zu umschreiben oder wenigstens explizit auf die Bestimmungen der Art. 29, 30 und 33 VwVG hinzuweisen. Aktuell geschieht dies häufig auf dem Korrespondenzweg in einer Amtssprache, was Asylsuchende angesichts der offenkundigen Sprachbarrieren zum Beizug einer sprachkundigen Beratung nötigt, falls sie das rechtliche Gehör effektiv wahrnehmen will. In Fällen, in denen eine Drittstaatwegweisung zur Diskussion steht, wird

das rechtliche Gehör demgegenüber häufig im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gewährt. Diese unterschiedlichen Praxen führen regelmässig auch zu qualitativ unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb sich eine Umschreibung des einzuhaltenden Standards aufdrängt.

2.6 Neue Beschwerdefrist von 15 Tagen im ordentlichen Verfahren

Die DJS stellen sich gegen den Vorschlag, wonach die Beschwerdefrist im materiellen Verfahren gemäss Art. 108 Abs. 1 E-AsylG auf 15 Tage herabgesetzt werden soll.

Zunächst verweisen wir in diesem Zusammenhang auf die frühere Diskussion über die Anfechtungsfrist von fünf Arbeitstagen bei Nichteintretensentscheiden. Schon damals wurde von verschiedenen Seiten auf eine potentielle Verletzung von Art. 13 EMRK, dem Recht auf wirksame Beschwerde, durch eine derartige Verkürzung der Beschwerdefrist aufmerksam gemacht. Die damalige Kritik halten die DJS weiterhin auch im vorliegenden Zusammenhang aufrecht.

Massgebender Ausgangspunkt ist hier die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, welche (auch dem Gesetzgeber) unzumutbare Einschränkungen des Zugangs zu einem Gericht verbietet. Der verfassungsmässige Anspruch wird verletzt, wenn das anwendbare Verfahrensrecht den Zugang zur gerichtlichen Instanz etwa durch zu kurze Rechtsmittelfristen versperrt (vgl. J.P.Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 915 und dortige Hinweise). Es versteht sich dabei von selbst, dass die Leitlinien von Art. 29a BV umso enger gezogen werden müssen, je gewichtiger die persönlichen Interessen des vom staatlichen Eingriff Betroffenen erscheinen.

Stehen – wie vorliegend im Asylverfahren – höchstrangige Rechtsgüter wie Leib, Leben und persönliche Integrität auf dem Spiel, sind strengste Kautelen am Platz.

Die geplante Verkürzung der Beschwerdefrist zieht eine einschneidende Beschränkung des Beschwerderechts nach sich, zumal Asylsuchende nicht ohne weiteres den Zugang zu einer mit dem Asylrecht vertrauten Rechtsvertretung finden werden, nachdem die Rolle der Hilfswerke im Asylverfahren gänzlich neu geregelt werden soll. Selbst wenn, gemäss unserem Vorschlag, der Zugang zu einer unabhängigen Rechtsberatung garantiert werden sollte, ist darauf zu verweisen, dass die zeitaufwändige Hauptschwierigkeit in Asylverfahren meist die Beschaffung von Beweismitteln und die Aufarbeitung des Sachverhalts darstellt, und nicht dessen korrekte rechtliche Würdigung.

Auch das öffentliche Interesse an einem raschen Abschluss eines Asylverfahrens kann eine Abweichung von der im Verwaltungsverfahren des Bundes üblichen dreissigtägigen

Beschwerdefrist nicht rechtfertigen. Es fragt sich zudem, ob damit tatsächlich eine wesentliche Verkürzung des Verfahrens verbunden wäre. Jedenfalls ist ernstlich zu bezweifeln, ob damit die bevorstehende Wegweisung aus der Schweiz tatsächlich erleichtert und die Rückkehrfähigkeit in den Heimatstaat aufrechterhalten wird.

Der Vorschlag steht zudem im Widerspruch zu Art. 110 Abs. 2 AsylG, falls die asylsuchende Person im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Beweismittel aus dem Ausland beschaffen muss, was nicht selten vorkommt.

Wenn Deutschland, Belgien und Grossbritannien ähnlich kurze Verfahrensfristen kennen, ist damit wenig gesagt, zumal diese Staaten andere Rechtsmittelverfahren kennen, die sich meistens durch zwei Instanzen auszeichnen.

Auch die Mehrheit der vom EJPD eingesetzten Expertenkommission hat offenbar festgehalten, dass sie eine generelle Verkürzung der Beschwerdefrist im materiellen Verfahren nur dann unterstützen könnte, wenn zusätzliche flankierende Massnahmen zur Verbesserung des Rechtsschutzes von Asylsuchenden vorgesehen werden.

Die neu anstelle der Hilfswerksvertretung bei Anhörungen (Art. 30 und 94 AsylG) vorgesehene Beitragsleistung des Bundes an eine allgemeine Verfahrens- und Chancenberatung für Asylsuchende (Art. 94 E-AsylG) kann diese Mängel nicht beheben. Allein eine frühzeitige Beratung über Erfolgsaussichten und rechtliche Möglichkeiten im Asylverfahren wird weder die entstehenden Rechtsschutzdefizite beseitigen, noch einen spürbaren Entlastungseffekt auf die Pendenzenberge beim Bundesverwaltungsgericht haben.

Vor diesem Hintergrund ist auf die geplanten Verkürzungen der Beschwerdefrist zu verzichten und die Beschwerdefrist bei Nichteintretensentscheiden auf 30 Tage heraufzusetzen.

2.7 Abschaffung der Hilfswerksvertretung bei den Anhörungen nach Art. 29 AsylG

Der Bericht hält in diesem Zusammenhang zunächst fest, die Teilnahme der Hilfswerke sei im Hinblick auf die Einführung des Asylgesetzes eingeführt worden und es bestehe heute angesichts der grossen Erfahrung und der Professionalisierung der Anhörungen dafür kein Bedarf mehr.

Die DJS halten die Abschaffung des Beobachterstatus der HWV insbesondere in jenen Asylverfahren für problematisch, in welchen die betroffene Person während der wichtigsten Verfahrensschritte einer Freiheitsbeschränkung unterworfen ist, wie namentlich im Flughafen-

transit oder in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum bzw. Transitzentrum. Die HWV sind mindestens in diesen Fällen beizubehalten.

In Betracht zu nehmen ist zudem, dass es sich bei der Befragung nicht um ein zweiparteiliches Verfahren handelt, das von einem Richter beobachtet wird, dass seine Durchführung durch sprachliche und kulturelle Barrieren erschwert ist und dass es sich bei den befragten Asylsuchenden potentiell um Personen handelt, die gegenüber staatlichen Instanzen ein gesundes Misstrauen entwickeln mussten. Die Anwesenheit der HWV kann gerade in Anbetracht dieser besonderen Ausgangslage wesentlich zu einem „fair trial“ beitragen.

2.8 Einführung einer Verfahrens- und Chancenberatung

Über die Einführung solcher Beratungsmöglichkeiten wird im Bericht nicht mehr gesagt, als dass diese „kostenlos, objektiv und fair“ sein sollen. Diese Umschreibung enthält einen unauflösbaren Widerspruch: Effiziente Beratung kann zweifellos nur von erfahrenen Berufsleuten erbracht werden. Werden diese vom Bund für die Erbringung ihrer Dienstleistung entschädigt, verlieren sie zwangsläufig einen Teil ihrer Unabhängigkeit und können deshalb kaum „objektiv und fair“ beraten. Asylsuchende Personen sind diesbezüglich erfahrungsgemäss – wohl zu Recht - überaus sensibel.

Gegen diesen Vorschlag sprechen weitere Überlegungen: Die im Asylverfahren äusserst restriktive Handhabung bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung besteht in keinem andern Gebiet des Verwaltungsrechts. Die Asylrekurskommission hat dies in einem entsprechenden Leitentscheid u.a. mit dem Vorherrschen der Officialmaxime sowie namentlich mit der Anwesenheit der HWV bei Anhörungen sowie mit dem Vorhandensein von Rechtsberatungsstellen für Asylsuchende gerechtfertigt (vgl. EMARK 2001/11, wo die ARK in Erwägung 6. Folgendes festgehalten hat:)

bb) Umgekehrt dürfte das weiterhin vorausgesetzte - den Beizug eines professionellen Rechtsvertreters erfordernde - Anstehen komplexer Tatsachen- und Rechtsfragen im erstinstanzlichen Asylverfahren nur äusserst selten verwirklicht sein. So wird dieses Verfahren - wie vom BFF zutreffend vermerkt - vom Untersuchungsgrundsatz wie auch vom Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen beherrscht, weshalb sich das Zutun (Mitwirken) eines Gesuchstellers in aller Regel auf das Schildern von Erlebnissen und das Bezeichnen (und allenfalls Beschaffen) von Beweismitteln beschränken kann. Zwar mag es zutreffen, dass - wie vom Bundesgericht im Entscheid 112 Ia 14 ff. erwogen - "... die Unparteilichkeit von Verwaltungsbehörden wohl überschätzt [wird], wenn man ihnen zumutet, dass sie in vollkommen unvoreingenommener Weise gleichzeitig das öffentliche Interesse wahrnehmen und dafür Sorge tragen, dass der an der verwaltungsrechtlichen Auseinandersetzung beteiligte Bürger nicht benachteiligt wird" (vgl. a.a.O., S. 16 f.). Das Asylverfahren jedoch kennt Einrichtungen, die in aller Regel durchaus geeignet sind, möglichen negativen Auswirkungen eines solchen Interessenkonflikts auf den Gesuchsteller wirksam zu begegnen. **So ist es die eigentliche Funktion der gesetzlich vorgesehenen Hilfswerksvertretung, durch die Teilnahme an Anhörungen deren korrekten Ablauf sicherzustellen bzw. diesbezügliche Mängel aktenkundig - und damit später nachprüfbar - zu machen (vgl. Art. 30 Abs.**

4 AsylG). Ferner bieten die zahlreichen im Asylbereich tätigen Hilfswerke und Beratungsstellen mannigfaltig weitergehende Leistungen - unter anderem auch die weitgehend kostenlose (bzw. zumindest nicht von Vorschussleistung an die Mandatäre abhängige) Verbeiständung durch sachkundige Personen und Übersetzungsdienste - an. Und letztlich kommt noch dazu, dass der zur Begründung des Asylgesuches vorgetragene Sachverhalt bloss glaubhaft sein muss (reduziertes Beweismass).

cc) Im Entscheid 123 I 145 ff. (S. 147) hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei der Beurteilung der Notwendigkeit anwaltlicher Verbeiständung auch persönliche Umstände der Partei (wie etwa Alter, soziale Situation, Rechts- und Sprachkenntnisse, gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung) mit zu berücksichtigen seien. Eine "Aufweichung" des - durch das vorausgesetzte Anstehen schwieriger Sach- und/oder Rechtsfragen - objektivierten Anforderungsprofils durch die Zulassung derartiger subjektiver Elemente wird daraus für das erstinstanzliche Asylverfahren indessen kaum abzuleiten sein. Vielmehr wird im Asylverfahren ein subjektives Zurückbleiben der Partei hinter dem "durchschnittlichen Bewerber" in aller Regel als durch dessen verfahrensspezifische Eigenheiten (wie etwa: **Institut der Hilfswerksvertretung; amtlich bestellte Dolmetscher; Existenz von weitgehend unentgeltlich arbeitenden Beratungsstellen; Beiordnung einer rechtskundigen Vertrauensperson bei unbegleiteten Minderjährigen**) aufgefangen gelten müssen.

Berücksichtigt man die Argumente dieses Leiturteils so wird deutlich, dass bei einem Wegfall der Mitwirkung der (anerkannten) Hilfswerke im Asylverfahren erhebliche Rechtsschutzdefizite entstehen. Diese sind zweifellos zu kompensieren. Dies könnte - wohl am einfachsten - durch eine konsequent liberalere Anwendung der Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege und - Verbeiständung geschehen. Die Mandate könnten von behördenunabhängigen, berufsmässigen RechtsvertreterInnen übernommen werden. Zahlreiche kantonale Behörden haben im Zusammenhang mit der Beiordnung von amtlichen Rechtsvertretungen langjährige Erfahrungen. Auf diese kann bei der Ausgestaltung eines entsprechenden Systems für das Asylverfahren zurückgegriffen werden.

Die Einführung einer Verfahrens- und Chancenberatung, welche in keinem andern Gebiet des Verwaltungsrechts existiert, stellt demgegenüber eine Scheinlösung dar, welche keine Verbesserungen, aber zusätzlichen administrativen Aufwand nach sich zieht.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass auch der Bericht des EJPD auf die Rückführungsrichtlinie¹, hinweist, welche (unverständlicherweise erst Anfang 2011) in das Schweizer Recht übernommen werden soll. Diese hält – notabene hinsichtlich des Wegweisungsverfahrens – fest, dass die unentgeltliche Rechtsvertretung oder -beratung im Beschwerdeverfahren durch die Mitgliedstaaten auf Antrag der weggewiesenen Person gemäss den nationalen Bestimmungen zur Prozesskostenhilfe gewährt werden muss (Art. 13 Abs. 4 der Rückführungsrichtlinie).

¹ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten

Muss aber solcher Rechtsschutz bereits im Rahmen des Wegweisungsverfahrens gewährleistet werden, besteht umso mehr weiterführender Handlungsbedarf im Bereich des Asylverfahrens. Nicht erst beim Vollzug einer Wegweisung, sondern bereits bei der Klärung der Fragen, die mit der Gewährung internationalen Schutzes verbunden sind, drängt sich deshalb eine grosszügige Gewährung unentgeltlichen Rechtsschutzes im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV auf. Eine Möglichkeit zur Ausgestaltung zeigen wir mit unseren Vorschlägen zu Art. 94bis (neu) und Art. 107bis (neu) auf.

Es ist zwar nicht einfach, die mit einer solchen Regelung verbundenen Kosten abzuschätzen. Andere Staaten, insbesondere die Niederlande, welche im Asylverfahren eine anwaltliche Verbeiständung vorschreiben, weisen entsprechende Erfahrungen auf.

2.9 Übernahme der bisherigen Haftgründe bei NEE

Neu soll auch nach materiellen erstinstanzlichen Entscheiden eine Ausschaffungshaft angeordnet werden können in Fällen, bei denen bisher ein NEE gefällt und dieser als Haftgrund angeführt werden konnte. Dies ist namentlich der Fall bei nicht feststehender Identität oder wenn ein Asylgesuch eingereicht wurde mit dem vermuteten Zweck, einen drohenden Wegweisungsvollzug zu vermeiden. Darunter fallen Personen ohne Reisepapiere, die bei der Durchreise an der Grenze aufgegriffen und der Schweizer Polizei übergeben werden. Hierbei kann es sich sehr wohl um verfolgte Flüchtlinge handeln, die in einem anderen Land um Asyl ersuchen wollten. In der Ausschaffungshaft können sie keinen Anwalt aufsuchen, der sie in ihrem Asyl- und Beschwerdeverfahren vertritt.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme den eidgenössischen Räten zur Kenntnis zu bringen.

Mit freundlichen Grüssen

Catherine Weber
Sekretärin DJS

Balthasar Glättli
Geschäftsführer Solidarité sans frontières