

**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



Nous espérons que la présente publication remplisse son objectif, à savoir: mettre entre les mains des praticiens du droit et des scientifiques un instrument utile dans le cadre de leur travail quotidien et dans le développement du droit suisse des réfugiés qui se réfère aux normes européennes et internationales. En même temps, nous aimerions que cette étude, par son caractère comparatif, puisse aussi retenir l'attention en dehors de Suisse et combler une lacune.

Octobre 2008

Beat Meiner

Secrétaire général de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR

Hans Lunshof

Chef du service de liaison du HCR pour la Suisse et le Liechtenstein

Inhaltsverzeichnis/Table des matières

L'harmonisation de la politique d'asile dans l'Union européenne selon la perspective de la protection des réfugiés.....	13
ERIKA FELLER, Haute Commissaire adjointe pour la protection	
La définition de réfugié entre Genève, Bruxelles et Berne – différences, tensions, ressemblances.....	19
FRANCESCO MAIANI, Université de Lausanne	
Die subsidiäre Schutzform	67
PATRICIA PETERMANN/CHRISTINE KAUFMANN, Universität Zürich	
Le système de Dublin: évaluation du mécanisme de détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile dans l'Union européenne et en Suisse.....	123
CHRISTINE KADDOUS/RUTE VICENTE, Université de Genève	
Les standards d'accueil des personnes soumises au droit d'asile	163
CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN, Université de Lausanne	
Maximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylverfahren	199
ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN/ANDREA EGBUNA-JOSS/ MAGNUS OESCHGER, Universität Fribourg	
La procédure d'asyle II.....	301
FANNY MATTHEY/PASCAL MAHON, Université de Neuchâtel	
Rechtsschutz und Zugang zur Rechtsberatung und -vertretung	385
REGINA KIENER/MATHIAS KUHN, Universität Bern	
Vorübergehender Schutz in der Schweiz und der Europäischen Union.....	439
WALTER KÄLIN/NINA SCHREPFER, Universität Bern	
Die Familienvereinigung im internationalen und schweizerischen Flüchtlingsrecht	471
PETER UEBERSAX/NORA REFAEIL/STEPHAN BREITENMOSER, Universität Basel	

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren/ Liste des autrices et auteurs	539
Literaturverzeichnis/Bibliographie	543

L'harmonisation de la politique d'asile dans l'Union européenne selon la perspective de la protection des réfugiés

ERIKA FELLER, *Haute Commissaire adjointe pour la protection*

La politique d'asile européenne commune est une création ambitieuse et inédite au niveau international. Vingt-sept Etats souverains, avec des systèmes juridiques, des expériences d'immigration et d'asile ou encore des situations géographiques différentes, se sont mis d'accord pour harmoniser leurs lois et pratiques et créer un «régime d'asile européen commun». A ce jour ils ont adopté quatre Directives et deux Règlements qui constituent le cadre juridique de ce système commun. Les Directives¹ établissent des normes minimales pour la protection temporaire en situation d'afflux massif, l'accueil des demandeurs d'asile, les critères d'éligibilité au statut de réfugié et à la protection subsidiaire, ainsi que pour les procédures d'asile. Les Directives doivent être transposées dans la législation des Etats membres. Les Règlements sont directement applicables dans les Etats membres et concernent les systèmes dits «Dublin»² et «Eurodac»³ auxquels la Suisse s'apprête à s'associer.

¹ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 du 07.08.2001; Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31/18 du 06.02.2003; Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO 304 du 30.09.2004; Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

² Règlement 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25.02.2003.

³ Règlement 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison d'empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, JO L 316 du 15.12.2000.

Rechtsschutz und Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung

REGINA KIENER/MATHIAS KUHN*

A.	Ausgangslage	387
B.	Bundesverfassung	390
I.	Überblick	390
II.	Anspruch auf Rechtsschutz.....	391
	1) Formell: Rechtsweggarantie	391
	2) Materiell: faire Ausgestaltung des Verfahrens	392
III.	Anspruch auf Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung.....	393
	1) Recht auf Verbeiständung und Vertretung	393
	2) Unentgeltlichkeit	394
C.	Internationales Recht	396
I.	Internationaler und regionaler Menschenrechtsschutz.....	396
	1) Art. 6 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II	396
	2) Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II.....	398
	3) Art. 13 UNO-Pakt II und Art. 1 Abs. 1 des 7 ZP/EMRK.....	399
	4) Genfer Flüchtlingskonvention	401
	5) Verhältnis zu den Verfahrensgarantien der Bundesverfassung.....	403
II.	Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Union	403
	1) Verfahrensrichtlinie	404
	a) Anspruch auf Rechtsschutz.....	404
	b) Anspruch auf Rechtsberatung und Rechtsvertretung.....	406
	c) Umfang der Rechtsberatung und -vertretung.....	408
	2) Aufnahmerichtlinie.....	409
	3) Dublin-Verordnung	410
D.	Regelung im Asylgesetz	411
I.	Überblick	411
II.	Rechtsschutz	412
	1) Rechtsmittel gegen Verfügungen von Bundesbehörden.....	412
	2) Rechtsschutz gegen Verfügungen von kantonalen Behörden .	416

* Wir danken *Lucie von Büren, Beatrice Durrer und Melanie Krüsi* sowie *Samuel Mathys*, Assistentinnen bzw. Hilfsassistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, für ihre engagierte Mitarbeit bei den Recherchen für diesen Beitrag.

3)	Aufschiebende Wirkung.....	418
4)	Ausnahmen von der Anfechtbarkeit.....	421
5)	Beschneidung des Rechtsschutzes durch restriktive Fristen ...	424
	a) Das Problem.....	424
	b) Rechtsmittelfristen.....	424
	c) Behandlungsfristen.....	428
III.	Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung.....	429
	1) Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung.....	429
	2) Faktische Beschränkung der Verbeiständung und Beratung...	432
	3) Unentgeltlichkeit.....	434
E.	Fazit	437

A. Ausgangslage

Wer von einem staatlichen Hoheitsakt in seiner Rechtsstellung betroffen ist, hat Anspruch auf wirksamen Schutz seiner Rechte im Rahmen eines rechtlich geordneten, am Grundsatz der Fairness ausgerichteten Verfahrens. Verfahren und Rechtsschutz sind zentrale Elemente eines rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens¹. In den Worten des Bundesgerichts: «Es ist Aufgabe des Rechtsstaates, das Recht jedes Bürgers auf staatlichen Rechtsschutz zu gewährleisten»². Rechtsschutz gewinnt besondere Bedeutung dort, wo der Staat individuelle Rechtspositionen verkürzt oder den rechtlichen Status des Einzelnen regelt³. Dabei hängt die Effektivität des Rechtsschutzes gegen staatliche Anordnungen nicht zuletzt davon ab, dass die Entscheidadressaten über ihre prozeduralen Rechte informiert sind und bei deren Wahrnehmung unterstützt werden, sollten sie dazu alleine nicht in der Lage sein. Diese Grundsätze gelten in besonderem Mass für das Asylverfahren. Die Verfügung betreffend Zuerkennung oder Ablehnung von Asyl wirkt sich erheblich auf die Rechtsstellung der Betroffenen aus. Gleichzeitig sind Asylverfahren juristisch komplex. Die Betroffenen befinden sich in einer Situation besonderer Verletzlichkeit, und es fehlen ihnen in der Regel die sprachlichen und rechtlichen Kenntnisse, um ihre Verfahrensrechte selbständig und effektiv wahrnehmen zu können⁴.

Im Folgenden geht es um den ordentlichen Rechtsschutz gegen Asylentscheide, d.h. Entscheide über die Zuerkennung oder Ablehnung von Asyl im Sinn von Art. 2 AsylG⁵ sowie um den Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung im Zusammenhang mit der Anfechtung solcher Entscheide. Nur am Rande untersucht werden die mit dem Asylverfahren in Verbindung stehenden Ver-

¹ Vgl. *Philippe Mastronardi*, Verfassungslehre: Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, Basel/Stuttgart/Wien 2007, 280 Rz. 847, 854 f.; *Walter Haller/Alfred Kölz*, Allgemeines Staatsrecht, Basel/Genf/München 2004, 126 ff.; grundlegend zum Fairnessprinzip als Massstab staatlichen Handelns *René Wiederkehr*, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006; s. zu Fragen der Verfahrensgerechtigkeit auch *Axel Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.

² BGE 103 V 190 E. 5c S. 198.

³ Vgl. *Regina Kiener/Walter Kälin*, Grundrechte, Bern 2007, 434.

⁴ Vgl. *Manfred Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR-Commentary, 2nd ed. Kehl/Strassburg/Arlington 2005, 231 Rz. 19, oder generell *Urs Bolz*, Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht: eine rechtspolitische Untersuchung zum System des Rechtsschutzes im Bereiche von Einreise, Aufenthalt und Asyl, Basel 1990.

⁵ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG); SR 142.31.

fügungen wie insbesondere Anordnungen betreffend Wegweisung und vorläufige Aufnahme im Sinn von Art. 44 ff. AsylG. Nicht Gegenstand der Untersuchung sind die im Rahmen eines Asylverfahrens getroffenen Entscheide über Zwangsmassnahmen wie insbesondere die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft⁶. Ebenfalls nicht behandelt werden Verfahren, welche mit der Rechtsstellung von Asylsuchenden in einem weiteren Zusammenhang stehen, wie beispielsweise Verfahren über die Zuerkennung oder Kürzung von Sozialhilfeleistungen, von Nothilfe oder Kinderzulagen. Schliesslich liegt der Fokus auf den ordentlichen Rechtsmittelverfahren im Bund; das Verfahren in den Kantonen wird nur am Rande behandelt, und ausserordentliche Rechtsmittel wie die Revision und Rechtsbehelfe wie die Erläuterung und Berichtigung bleiben ausgeklammert.

Das Asylgesetz widmet dem Rechtsschutz ein eigenes Kapitel. Geregelt werden das Beschwerdeverfahren auf Kantonsebene und das Verfahren bei Beschwerden gegen Verfügungen von Bundesbehörden⁷. Subsidiär greifen – teilweise aufgrund ausdrücklicher Verweismormen im Asylgesetz – die Erlasse der Bundesrechtspflege. Der Rechtsschutz im Asylverfahren ergibt sich damit aus einem Nebeneinander von spezialgesetzlichen Regeln in einem dogmatisch das besondere Verwaltungsrecht betreffenden Politikbereich und von Bestimmungen der Verfahrenserlasse, welche die gesamte Bundesrechtspflege umschliessen und als *lex generalis* zur Anwendung gelangen, wo das Spezialgesetz keine spezifische Regel enthält.

Ziel dieses Beitrages ist es, die Bestimmungen über den Rechtsschutz gegen Asylentscheide in ihren Bezügen zum übergeordneten Recht zu erläutern und zu würdigen. Naheliegender Referenzpunkt bilden die auch den Asylgesetzgeber bindenden Rechtsschutzgarantien der Bundesverfassung⁸ und die in diesem Bereich zentralen, für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge, namentlich die Europäische Menschenrechtskonvention⁹ und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁰. Die Ausrichtung der vorliegenden Publikation verlangt schliesslich, den Blick auf jene Bestimmungen zu weiten, welche im Rahmen der Normenordnung der Europäischen Union Anwendung finden. Hier von Bedeutung sind insbesondere die Verfahrens-

⁶ Die Zwangsmassnahmen gegenüber Ausländerinnen und Ausländern werden in allgemeiner Weise im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 26. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG); SR 142.20 geregelt, vgl. Art. 73 ff. AuG.

⁷ Art. 103 bis Art. 112 AsylG.

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV); SR 101.

⁹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK); SR 0.101.

¹⁰ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II); SR 0.103.2.

richtlinie¹¹ sowie die Aufnahmerichtlinie¹². Zwar ist die Schweiz nicht an die Vorgaben dieser Richtlinien gebunden. Indessen hat sie sich im Dublin-Assoziierungsabkommen¹³ gegenüber der EU verpflichtet, die Dublin-Verordnung und die Eurodac-Verordnung¹⁴ sowie die zu diesen Verordnungen gehörenden Durchführungsbestimmungen¹⁵ anzuwenden¹⁶, und sich so zumindest in Teilbereiche des europäischen Asylrechts eingebunden.

Im Folgenden werden die allgemeinen Vorgaben des übergeordneten Rechts erläutert: mit der Bundesverfassung zunächst jene des Landesrechts (nachfolgend Bst. B), anschliessend jene des internationalen Rechts (Bst. C). In einem weiteren Schritt gilt es, die Rechtsschutzbestimmungen des Asylgesetzes sowie der einschlägigen Verfahrenserlasse darzustellen und im Licht der vorgängig gewonnenen Erkenntnisse zu würdigen (Bst. D). Zum Schluss werden die gewonnenen Erkenntnisse dargelegt (Bst. E).

¹¹ Richtlinie 2005/85/EG des Rates der Europäischen Union vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft (Verfahrensrichtlinie); ABl. 2005 L 31/18.

¹² Richtlinie 2003/9/EG des Rates der Europäischen Union vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten (Aufnahmerichtlinie); ABl. 2003 L 326/13.

¹³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26. Oktober 2004; SR 0.142.392.68.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens; ABl. 2000 L 316/1.

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (ABl. 2003 L 222/3), sowie Verordnung (EG) Nr. 407/2002 des Rates vom 28. Februar 2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (ABl. 2002 L 62/1).

¹⁶ Art. 1 Ziff. 1 Dublin-Assoziierungsabkommen.

B. Bundesverfassung

I. Überblick

Unbesehen der auf die internationalen Bezüge ausgerichteten Fokussierung der vorliegenden Publikation bietet sich als erster Bezugspunkt für die Auslegung und Handhabung der Asylrechtsordnung die *Bundesverfassung*, genauer: deren Grundrechtskatalog an. Dafür sprechen verschiedene Gründe. Zum einen fordert die Verfassung vom Gesetzgeber in Art. 35 Abs. 2 und 3 BV die Verwirklichung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung und verlangt damit unter anderem auch eine Ausgestaltung der Asylrechtsordnung, welche dem Gedanken der Verfahrensgrundrechte bestmöglich Rechnung trägt¹⁷. Zum anderen setzt der angestrebte Rechtsvergleich die Auslegung der einschlägigen Asylrechtsnormen voraus; sie bleibt ohne Rückgriff auf das Kriterium der verfassungskonformen Auslegung unvollständig¹⁸. Nicht zuletzt ist die verfassungsrechtliche Rahmenordnung für die vorliegende Fragestellung bedeutsam, weil das Völkerrecht – wie zu zeigen sein wird – den Asylsuchenden im Bereich des Rechtsschutzes und des Zugangs zur Rechtsberatung nur unvollständigen Schutz zu bieten vermag. Dieser Umstand gewichtet umso stärker, als die differenzierten Rechtsschutznormen des Europarechts in der Schweiz keine direkte Verbindlichkeit entfalten.

Der *Grundrechtskatalog der Bundesverfassung* enthält in Art. 29 bis 32 BV die dem Einzelnen in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen zustehenden Verfahrensgarantien¹⁹. Für das asylrechtliche Beschwerdeverfahren sind zunächst die in Art. 29 BV aufgeführten Rechte bedeutsam. Sie gewährleisten jeder Person den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist (Abs. 1), garantieren das rechtliche Gehör (Abs. 2) sowie den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand (Abs. 3). Für die hier interessierende Frage nach dem Rechtsschutz gegen Asylentscheide gewinnt Art. 29a BV Bedeutung, wonach jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beur-

¹⁷ Zu dieser Verpflichtungsebene der Grundrechte *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 38 ff.; *Pascal Mahon*, Art. 35, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf/2003; *Rainer J. Schweizer*, Kommentar zu Art. 35, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Kurt A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Zürich 2002, 478 ff.; vgl. auch *Pierre Tschannen*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl. Bern 2007, § 7 Rz. 18 ff.

¹⁸ Vgl. statt vieler *Ernst Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, Bern 2005, 89 ff.

¹⁹ Dazu *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 401 ff.

teilung durch eine richterliche Behörde hat. In diesem Fall gelangen zudem die Garantien von Art. 30 Abs. 1 und Abs. 3 BV zur Anwendung, welche dem Einzelnen Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht und das Recht darauf gewährleisten, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung – gesetzlich vorgesehene Ausnahmen vorbehalten – öffentlich erfolgen. Wird einer asylsuchenden Person die Freiheit entzogen, greifen schliesslich die Verfahrensgarantien gemäss Art. 31 BV.

Als justiziable Grundrechtsgarantien sind die verfassungsrechtlichen Verfahrensrechte unmittelbar, d.h. unbesehen ihrer Konkretisierung durch den Gesetzgeber, anwendbar²⁰. Gleichzeitig handelt es sich um *Minimalgarantien*; dem Gesetzgeber steht folglich offen, den Verfahrensbeteiligten weitergehende Ansprüche zu gewähren²¹.

II. Anspruch auf Rechtsschutz

In formeller Hinsicht verwirklicht sich der Anspruch auf Rechtsschutz durch die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie, in materieller Hinsicht durch die grundrechtlichen Garantien prozeduraler Fairness.

1) Formell: Rechtsweggarantie

Die Rechtsweggarantie vermittelt dem Einzelnen Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in grundsätzlich allen Rechtsstreitigkeiten und damit auch in Verwaltungssachen. Art. 29a BV verlangt, dass Streitigkeiten mindestens einmal durch eine *richterliche Instanz mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle* überprüft werden können. Die Garantie gewährleistet jedoch keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel an ein höheres Gericht mit dem Ziel der Überprüfung eines (erstinstanzlichen) richterlichen Urteils²². Ein solcher Anspruch besteht gemäss Art. 32 Abs. 3 BV einzig im

²⁰ Zu den Kriterien unmittelbarer Anwendbarkeit von Grundrechten vgl. BGE 118 Ia 112 E. 2b S. 116 f. oder 124 III 90 E. 3a S. 91; eingehend *Daniel Wüger*, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Bern 2005.

²¹ *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 403.

²² Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff. (zit. Botschaft Bundesrechtspflege), 4249; aus der Lehre insbesondere *Esther Topfink*, *Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung*, ZBl 107 (2006) 88 ff., 91; *Andreas Kley*, *Kommentar zu Art. 29a BV*,

Rahmen von Strafverfahren²³. Die Rechtsweggarantie verpflichtet im Übrigen auch die Kantone; sie müssen im Bereich des gesamten öffentlichen Rechts eine richterliche Überprüfung von Verfügungen bzw. Entscheiden vorsehen²⁴.

Der Rechtsweggarantie kommt jedoch keine absolute Geltung zu. Gemäss Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Der Kreis der zulässigen Ausnahmen ist eng zu ziehen. Angesprochen ist eine kleine Zahl von Hoheitsakten, welche sich aufgrund ihres hohen politischen Wertungsanteils nicht für die gerichtliche Beurteilung eignen. Dies betrifft insbesondere Entscheide mit vorwiegend *politischem Charakter*, Hoheitsakte von Parlamenten bzw. Regierungen und gewisse Hoheitsakte im Bereich der politischen Rechte²⁵. Formell verfassungskonform ist eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie allein dann, wenn die Materie in einem formellen Gesetz und ausdrücklich der gerichtlichen Zuständigkeit entzogen ist²⁶.

2) Materiell: faire Ausgestaltung des Verfahrens

Die Rechtsweggarantie kann nicht nur durch die Verweigerung des Gerichtszugangs, sondern auch dadurch beeinträchtigt werden, dass die gerichtliche Überprüfung des angefochtenen Hoheitsaktes in unzumutbarer, mit sachlichen Gründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird. In diesem Sinn gewährleistet Art. 29a BV nicht bloss den Zugang zu einem Gericht. Garantiert ist darüber hinaus auch das Recht auf *effektiven* Rechtsschutz²⁷, d.h. die Rechtssuchenden sollen eine faire Chance erhalten, mit ihrem Anliegen vor Gericht Gehör zu finden. Der Zugang zur gerichtlichen Überprüfung darf deshalb nicht durch übertriebene Formvorschriften oder andere

in: Ehrenzeller et al. (Anm. 17), Rz. 1 ff., Rz. 6; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 434; *Mahon* (Anm. 17), 276.

²³ Vgl. *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 473 f.

²⁴ Vgl. *Christoph Auer*, Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone, ZBl 107 (2006) 121 ff.; *Ruth Herzog*, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, 43 ff.; *Tophinke* (Anm. 22), 108 ff.

²⁵ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft neue Bundesverfassung), 524; *Herzog* (Anm. 24), 86 ff.; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 436; *Kley* (Anm. 22), Rz. 10 ff.; *René Rhinow*, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz. 2594 ff., Rz. 2604 ff.; *Tophinke* (Anm. 22), 96 ff.

²⁶ *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 436.

²⁷ *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 435; vgl. auch die Nachweise vorne in Anm. 22.

unsachliche Hindernisse (wie beispielsweise unzumutbare Kosten) beschränkt werden²⁸. Die Verfassung sichert diese Anforderungen namentlich durch die in Art. 29 Abs. 1 BV genannten Verfahrensgarantien. Neben dem ausdrücklich erwähnten Recht auf eine Beurteilung in angemessener Frist beinhaltet die Norm insbesondere auch das Verbot des *überspitzten Formalismus*²⁹.

Im Rahmen der Rechtsetzung wird das Verbot des überspitzten Formalismus verletzt, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre. Das Bundesgericht hält fest, dass Formvorschriften nicht Selbstzweck sind und sie die Verwirklichung des materiellen Rechts nicht in unhaltbarer Weise erschweren oder verhindern dürfen³⁰. Als überspitzt formalistisch und mit dem Fairnessprinzip nicht vereinbar erweisen sich beispielsweise unnötig kurze Fristen, welche die Parteien bei der Wahrnehmung ihrer Rechte beeinträchtigen³¹.

III. Anspruch auf Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung

1) Recht auf Verbeiständung und Vertretung

Art. 29 Abs. 2 BV gewährt den Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehört auch das Recht, sich *anwaltlich* beraten und vertreten zu lassen³². Tragweite und Modalitäten des Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit auch des Rechts auf Verbeiständung und Vertretung ergeben sich primär aus dem einschlägigen Prozessrecht³³. Der grundrechtliche Anspruch bleibt jedoch als nicht unterschreibbare, direkt anwendbare Minimalgarantie bestehen³⁴. Er gilt grundsätzlich in allen – gerichtlichen oder administrativen, streitigen oder nichtstreitigen – Verfahren und insbesondere auch in Rechts-

²⁸ *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 437; *Tophinke* (Anm. 22), 110.

²⁹ *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 415; BGE 128 II 139 E. 2a S. 142; 119 III 28 E. 3b S. 31.

³⁰ BGE 112 Ia 305 E. 2a S. 308; 120 V 413 E. 4b S. 417.

³¹ *Felix Uhlmann*, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005, Rz. 55 f.; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 415.

³² Unveröffentlichter BGer-E vom 11. Februar 2004 (I.202/2004) E. 2.1; BGE 119 Ia 290 E. 6a S. 260; BGer-E vom 12. März 1990, EuGRZ 1990, 216; BGE 132 V 443 E. 3.3 S. 445; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 426 f.

³³ *Hansjörg Seiler*, Art. 64, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, Rz. 3.

³⁴ Vgl. *Michel Hottelier*, Les garanties de procédure, in: Daniel Thürer/Jean-Francois Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 51 N 13.

mittelverfahren³⁵. Von besonderer Bedeutung ist der Anspruch auf Rechtsbeistand dort, wo das Verfahren – wie regelmässig im Asylrecht – als Einparteienverfahren ausgestaltet ist. Hier gewährleistet ein rechtlicher Beistand die symmetrische Vertretung der privaten gegenüber den amtlich vertretenen öffentlichen Interessen und stellt so erst die Chancengleichheit im Prozess sicher³⁶.

Das Recht auf Rechtsbeistand und anwaltliche Vertretung gilt nicht absolut: Der Anspruch darf aus sachlich gerechtfertigten Gründen (wie beispielsweise: einfache Rechtsfragen, Notwendigkeit des persönlichen Erscheinens, Gefährdung des Untersuchungszwecks im Strafverfahren) und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips eingeschränkt werden³⁷. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Parteivertretung zudem auf die entscheidenden Phasen des Verfahrens beschränkt werden³⁸, der Anspruch darf aber jedenfalls dann nicht verkürzt werden, wenn bedeutende Interessen auf dem Spiel stehen oder komplizierte Rechtsfragen zu beurteilen sind³⁹.

Wurde einer Person in einem Administrativverfahren die Freiheit entzogen, ergibt sich ein spezifischer Anspruch auf freien und unbeaufsichtigten Kontakt mit der Rechtsvertreterin bzw. dem Rechtsvertreter aus Art. 31 Abs. 2 BV⁴⁰. Dieser Anspruch darf nur eingeschränkt werden, wenn der konkrete Verdacht auf Missbrauch der anwaltlichen Vertrauensstellung besteht⁴¹.

2) Unentgeltlichkeit

Vom Anspruch auf Verbeiständung und Vertretung zu unterscheiden ist das in Art. 29 Abs. 3 BV verankerte Recht auf *unentgeltliche* Rechts-

³⁵ Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, 549.

³⁶ Zu diesem Aspekt prozeduraler Fairness *Wiederkehr* (Anm. 1), 25 ff., 28 m.w.H.; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 417 f.; BGE 127 I 73 E. 3 S. 75 ff.; 126 V 244 E. 4c S. 250; 131 I 350 E. 4 S. 360 f.

³⁷ Reinhold Hotz, Kommentar zu Art. 29, in: Ehrenzeller et al. (Anm. 17), N 25, 38.

³⁸ Unveröffentlichter BGer-E vom 11. Februar 2004 (I.202/2004) E. 2.1; BGE 119 Ia 290 E. 6c S. 262 f.; BGer-E vom 12. März 1990, EuGRZ 1990, 216.

³⁹ René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 271.

⁴⁰ BGE 126 Ia 153 E. 2a S. 156; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 469.

⁴¹ Vgl. BGE 121 I 164 E. 2c S. 171, welcher die Verteidigungsrechte einer inhaftierten Angeschuldigten im Strafverfahren betrifft. Die entwickelten Grundsätze haben mutatis mutandis auch für Freiheitsentzüge im Rahmen von Administrativverfahren zu gelten.

pflüge⁴²: «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 erforderlich ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.»

Neben der kostenlosen Prozessführung garantiert die Verfassung als allgemeine Verfahrensgarantie unter gewissen Voraussetzungen auch das Recht auf *unentgeltlichen Rechtsbeistand*. Dieses Recht besteht grundsätzlich in allen Verfahren⁴³. Es hängt weder von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlage noch von der Natur des in Frage stehenden Verfahrens ab, sondern gilt generell in jedem staatlichen Verfahren, in welches die gesuchstellende Person einbezogen wird oder das sie zur Wahrung ihrer Rechte führt⁴⁴. Entsprechend gelangte die frühere Asylrekurskommission zum Schluss, dass das Recht auf unentgeltliche Verbeiständung auch im erstinstanzlichen Asylverfahren als einem nichtstreitigen Verwaltungsverfahren Anwendung findet⁴⁵.

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung ist nicht voraussetzungslos gegeben, sondern an die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person, an die Erfolgsaussichten des Rechtsbegehrens und an die Notwendigkeit des anwaltlichen Beistands geknüpft⁴⁶. Die einschlägigen Verfahrenserlasse können einen weitergehenden Anspruch vorsehen bzw. die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zugunsten der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller herabsetzen.

Die Anforderungen an das verfassungsrechtliche Kriterium der *Bedürftigkeit* sind von der Rechtsprechung hoch angesetzt worden. Erfasst werden nur Personen, denen die Mittel fehlen, um neben dem Grundbedarf für sich und die Familie auch die Gerichts- und Anwaltskosten aufzubringen⁴⁷. Als *aussichtslos* gelten Prozessbegehren, «bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. (...) Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (...)»⁴⁸ Soweit ein Verfahren schwerwie-

⁴² Zum Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 429 ff.; *Reinhold Hotz*, Kommentar zu Art. 29, in: Ehrenzeller et al. (Anm. 17), N 42 ff.

⁴³ Botschaft neue Bundesverfassung (Anm. 25), 182; vgl. auch BGE 130 I 180 E. 2.2 S. 182; 128 I 225 E. 2.3 S. 227; *Jörg Paul Müller* (Anm. 35), 549.

⁴⁴ BGE 119 Ia 264 E. 3a S. 265 und 121 I 314 E. 2b S. 315.

⁴⁵ Entscheidungen und Mitteilungen der ARK (EMARK) 2001/11, E. 4b/bb S. 82 f.

⁴⁶ Vgl. zu diesen Anforderungen allgemein *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 431 f.; BGE 128 I 225 E. 2.3 S. 226 f.

⁴⁷ BGE 124 I 1 E. 2a S. 2 f.; *Kiener/Kälin* (Anm. 3), 431; *Reinhold Hotz*, Kommentar zu Art. 29, in: Ehrenzeller et al. (Anm. 17), N 47.

⁴⁸ BGE 125 II 265 E. 4b S. 275.

gend in die Rechtsstellung einer Prozesspartei eingreift, ist das Argument der Aussichtslosigkeit indessen zu relativieren, weil sich in solchen Verfahren regelmässig komplexe und deshalb besonders sorgfältig zu beurteilende Abwägungsfragen stellen⁴⁹. Ob schliesslich eine unentgeltliche anwaltliche Vertretung auch *notwendig* ist, hängt einerseits davon ab, ob die Interessen der betroffenen Person in schwerwiegender Weise betroffen sind und andererseits davon, ob der konkrete Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition des Betroffenen einzugreifen, ist die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung geboten. In anderen Fällen ist sie nur erforderlich, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten kommen, denen der Gesuchsteller, auf sich alleine gestellt, nicht gewachsen wäre⁵⁰.

C. Internationales Recht

I. Internationaler und regionaler Menschenrechtsschutz

Der Zugang zu einem Rechtsmittel bleibt wirkungslos, wenn dieser nur theoretisch besteht, weil die Rechtsuchenden nicht oder nur schlecht beraten sind. Entsprechend sehen verschiedene Normen des internationalen sowie des regionalen Menschenrechtsschutzes einen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde vor.

1) Art. 6 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II

Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II gewährleisten den Anspruch auf Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte EGMR hat in diesem Zusammenhang eine Pflicht der Mitgliedstaaten statuiert, ihr Rechtsschutzsystem so einzurichten, dass sich der Rechtsschutzanspruch des Einzelnen tatsächlich realisieren lässt. Er hat dabei insbesondere darauf hingewiesen, dass der Einzelne die Möglichkeit

⁴⁹ Kiener/Kälin (Anm. 3), 431; Reinhold Hotz, Kommentar zu Art. 29, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Anm. 17), N 48.

⁵⁰ BGE 130 I 180 E. 2.2 S. 182; vgl. auch BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 232; 125 V 32 E. 4b S. 35 f.; Kiener/Kälin (Anm. 3), 431 f.

haben muss, zur Durchsetzung seiner Rechtsschutzansprüche einen Anwalt oder eine Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen⁵¹.

Von ihrem persönlichen Geltungsbereich her sind die Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes allen Personen zu gewähren, welche der Hoheitsgewalt einer Vertragspartei unterstehen⁵². Dazu zählen auch Asylsuchende sowie anerkannte Flüchtlinge⁵³. Der sachliche Schutzbereich der Bestimmungen ist indessen auf zivilrechtliche Streitigkeiten und strafrechtliche Anklagen beschränkt. In der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stellen Asylverfahren *keine zivilrechtlichen Streitigkeiten* im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar⁵⁴. In der Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses zur Tragweite von Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II gelten indessen die allgemeinen Prinzipien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Verfahrensfairness und Waffengleichheit jedenfalls dann auch für *verwaltungsrechtliche* Verfahren ohne straf- oder zivilrechtlichen Charakter, wenn der Staat ein *Gericht* einsetzt⁵⁵. Demzufolge ist die Schweiz verpflichtet, diese Grundsätze auch bei der Ausgestaltung des asylrechtlichen Beschwerdeverfahrens zu befolgen⁵⁶. In der Lehre wird zudem erwogen, Art. 6 EMRK zumindest in jenen Fällen anzuwenden, wo es um den Widerruf von Asyl bzw. um die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft geht⁵⁷.

⁵¹ EGMR-E vom 19. September 2000, Gnahre gegen Frankreich, Z. 38; Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. München 2008, § 24 Rz. 48.

⁵² Art. 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II.

⁵³ Siehe zum persönlichen Schutzbereich von Art. 6 EMRK Wolfgang Peukert, in: Jochen Abraham Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl 1996, Artikel 6 Rz. 4.

⁵⁴ EGMR-E Maaouia c. France, vom 5. Oktober 2000 (Application N° 39652/98); Cathryn Costello, New Issues in Refugee Research, UNHCR Research Paper No. 134, November 2006, 19, 31; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. Zürich 1999, 192 Rz. 296; vgl. auch Peukert (Anm. 53), Artikel 6 Rz. 36; Grabenwarter (Anm. 51), § 24 Rz. 13; Christoph Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien/New York 1997, 50. Anders Susanne Raess-Eichenberger, Das Asylverfahren nach Schweizerischem Recht und Völkerrecht, Zürich 1989, 123.

⁵⁵ Zum Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II vgl. Nowak (Anm. 4), 238 Rz. 4; Battjes, European Asylum Law (Fn. 11), 292 ff.; Jane McAdam, Complementary Protection in International Refugee Law, 2007, 114 ff., insb. 122 ff.

⁵⁶ Walter Kälin, Die Bedeutung der Menschenrechte für das Migrationsrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht, Bern 2005, 82 m.w.H.

⁵⁷ Vgl. den Nachweis bei Costello (Anm. 54), 19 FN 139.

2) Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II

Art. 13 EMRK garantiert jeder Person, die in den ihr gemäss der Konvention zustehenden Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, «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.» Ein analoges Recht auf eine wirksame Beschwerde vermittelt Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II⁵⁸.

Anders als Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II und Art. 13 EMRK ihrem Wortlaut nach vermuten lassen, muss keine Verletzung einer materiellen Garantie gegeben sein. Vielmehr verwirklicht sich der Anspruch auf eine wirksame Beschwerde, sobald der Rechtsuchende *glaubhaft darlegt*, in einem Konventions- bzw. Paktrecht verletzt zu sein⁵⁹. Dabei genügt, dass die Behauptung «vertretbar» erscheint, das heisst zumindest so plausibel ist, dass sich eine Prüfung der aufgeworfenen Frage rechtfertigt. Nicht hinreichend substantiierte oder missbräuchliche Behauptungen müssen dagegen nicht geprüft werden⁶⁰.

Der Begriff der *wirksamen Beschwerde* wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte autonom interpretiert. Verlangt wird, dass der Einzelne Zugang zu einem Rechtsmittel hat, mit dem er die Verletzung von Konventionsbestimmungen vorbringen kann. Im Asylverfahren darf das Recht auf wirksame Beschwerde folglich nicht dadurch verkürzt werden, dass der Zugang zum Verfahren verweigert oder übermässig erschwert wird⁶¹. Bei der *Rechtsmittelinstanz* muss es sich nicht zwingend um ein Gericht handeln. Es genügt, wenn die überprüfende Behörde über die Unabhängigkeit verfügt, den

⁵⁸ Vgl. *Grabenwarter* (Anm. 51), § 24 Rz. 160 mit dem Hinweis, dass Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II das Beschwerderecht nur als Staatenverpflichtung und nicht als Individualrecht ausformt; differenzierend *Giorgio Malinverni*, in: Kälin/Malinverni/Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl. Basel/Frankfurt/Brüssel 1997, 60. Auch gemäss Art. 8 der nicht verbindlichen Allgemeine[n] Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 hat jeder einen Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei den zuständigen innerstaatlichen Gerichten gegen Handlungen, durch die seine ihm nach der Verfassung oder nach dem Gesetz zustehenden Grundrechte verletzt werden.

⁵⁹ EGMR-E *Klass gegen Deutschland*, vom 6. September 1978 (Application no. 5029/71); zur Konventionsgarantie *Grabenwarter* (Anm. 51), § 24 Rz. 170.

⁶⁰ EGMR-E *Leander gegen Schweden*, Serie A 116 Z. 77; *Boyle u. Rice gegen Grossbritannien*, Serie A 131, Z. 52; *MRA, Kazantzis gegen Zypern*, 972/2001 (2003), Ziff. 6.6; *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel/Genf/München 2005, 180.

⁶¹ *Walter Kälin* (Anm. 56), 81 m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR.

Entscheid der Vorinstanz aufzuheben⁶². In dem Sinn vermag auch eine organisatorisch der Exekutive zugeordnete Justizbehörde die Anforderungen von Art. 13 EMRK zu erfüllen⁶³, wenn die Beschwerdeinstanz den angefochtenen Hoheitsakt zumindest auf seine Übereinstimmung mit der EMRK oder mit entsprechenden Garantien des nationalen Rechts überprüfen kann und in diesem Rahmen auch Zugang zum relevanten Sachverhalt hat⁶⁴. Für Beschwerden wegen Verletzung von fundamentalen Garantien verlangt der Gerichtshof, dass die Beschwerdeinstanz nicht nur die Aussagen der Betroffenen aufnimmt, sondern eigene Beweiserhebungen durchführt⁶⁵. Als *wirksam* gilt ein Rechtsmittel nur, wenn es dem Betroffenen tatsächlich offensteht. Der Gerichtshof anerkennt die zwingende Notwendigkeit von Frist- und Formvorschriften, verlangt aber, dass sie nicht so restriktiv ausgestaltet werden, dass der Zugang der Betroffenen zur Beschwerdeinstanz gefährdet und ihr Beschwerderecht damit ausgehöhlt wird⁶⁶. Bei einer unmittelbar drohenden Menschenrechtsverletzung gilt eine Beschwerde beispielsweise nur dann als wirksam, wenn ihr *aufschiebende Wirkung* zukommt⁶⁷.

3) Art. 13 UNO-Pakt II und Art. 1 Abs. 1 des 7 ZP/EMRK

Art. 13 UNO-Pakt II und Art. 1 Abs. 1 Bst. b des – von der Schweiz ratifizierten – 7. Zusatzprotokolls zur EMRK⁶⁸ räumen Ausländerinnen und Ausländern, die aus einem Vertragsstaat ausgewiesen werden sollen, einen Anspruch auf Überprüfung des Ausweisungsentscheides ein. Anders als Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II wirken diese Garantien im Rahmen ihres Schutzbereichs nicht bloss akzessorisch. Über die Rechtsweggarantie hinaus sehen Art. 13 UNO-Pakt II und Art. 1 Abs. 1 Bst. c ZP 7/EMRK zudem einen ausdrücklichen Anspruch auf Rechtsvertretung vor⁶⁹.

⁶² EGMR-E *Silver u.a. gegen Grossbritannien*, Serie A 61 = EuGRZ 1984, 147, § 113 ff.

⁶³ Vgl. *Grabenwarter* (Anm. 51), § 24 Rz. 173; *Villiger* (Anm. 54), § 29 Rz. 649.

⁶⁴ *Silver u.a. gegen Grossbritannien*, Nr. 61, § 116; *Villiger* (Anm. 54), § 29 Rz. 649.

⁶⁵ EGMR-E *Altun gegen die Türkei* vom 1.6.2004, Nr. 24561/94, Ziff. 73; *Grabenwarter* (Anm. 51), § 24 Rz. 175; vgl. zur Pflicht der Behörden, eine offizielle, unabhängige und wirksame Untersuchung zur Erhebung des Sachverhaltes zu führen, EGMR-E *Akpinar und Altun gegen Türkei* vom 27.2.2007, Nr. 56760/00, Ziff. 35 ff., 57 ff.

⁶⁶ *Villiger* (Anm. 54), § 29 Rz. 650.

⁶⁷ *Kälin/Künzli* (Anm. 60), 180 mit Bezug auf EGMR *Jabari gegen die Türkei*, Reports 2000 VIII, Ziff. 50.

⁶⁸ SR 0.101.07.

⁶⁹ Zur Konventionsgarantie *Villiger* (Anm. 54), Rz. 691; *Grabenwarter* (Anm. 51), § 24 Rz. 158; zur Paktgarantie *Kälin/Künzli* (Anm. 60), 476.

Der Begriff der «Ausweisung» in Art. 1 ZP 7/EMRK ist autonom, ohne Rücksicht auf innerstaatliche Definitionen auszulegen⁷⁰. Er umfasst mit Ausnahme von Auslieferungen alle Vorkehrungen, die einen Ausländer zwingen, einen Vertragsstaat zu verlassen⁷¹. Die genannten Garantien finden indessen nur Anwendung, wenn sich die ausländische Person *rechtmässig* im Hoheitsgebiet des ausweisenden Vertragsstaates aufhält und wenn nicht zwingende Gründe der nationalen Sicherheit entgegenstehen. Als rechtmässig gilt ein Aufenthalt, wenn der Ausländer in Übereinstimmung mit der nationalen Rechtsordnung eingereist ist oder – nach illegaler Einreise – eine gültige Anwesenheitserlaubnis hat⁷². Geschützt sind insbesondere auch Asylsuchende während des Verfahrens⁷³. Selbst wenn eine Ausweisung aus zwingenden Gründen der nationalen Sicherheit erfolgt, werden die erwähnten Garantien nicht gegenstandslos. Vielmehr kann die betroffene Person sich auch nach ihrer Ausweisung darauf berufen⁷⁴. Macht der Betroffene drohende Folter geltend, verbietet das Rückschiebungsverbot (Art. 3 UN-Folterkonvention⁷⁵), dass eine Abschiebung so rasch erfolgt, dass es der rechtsuchenden Person verunmöglicht wird, an den Ausschuss zu gelangen und vorsorglichen Rechtsschutz zu verlangen⁷⁶. Für die schweizerische Praxis bedeutet dies, dass der sofortige Vollzug eines abweisenden Beschwerdeentscheids ausgeschlossen ist, wenn die betroffene Person beim Folterausschuss Individualbeschwerde einreichen will.

Die betroffene Person muss Gelegenheit haben, die gegen ihre Ausweisung sprechenden Gründe vorzubringen und diese von einer zuständigen Behörde

⁷⁰ EGMR-E Bolat gegen Russland vom 5. Oktober 2006, Nr. 14139/03, Ziff. 79.

⁷¹ Stefan Trechsel, Das verfluchte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, in: Festschrift Ermacora, 1988, 195, 199; Grabenwarter (Anm. 51), § 24 Rz. 156.

⁷² Alberto Achermann/Martina Caroni/Walter Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Anm. 58), 155 ff. 182; Nowak (Anm. 4), Art. 13 Rz. 7; Grabenwarter (Anm. 51), § 24 Rz. 156.

⁷³ Achermann/Caroni/Kälin (Anm. 72), 182; Vgl. auch CCPR General Comment No. 15, The position of aliens under the Covenant, 11 April 1986, para. 9 f., wonach bei strittiger Rechtmässigkeit der Anwesenheit oder Einreise jeder Entscheid, der zur Ausweisung der ausländischen Person führt, die Anforderungen von Art. 13 UNO-Pakt II respektieren muss.

⁷⁴ EGMR-E Lupsa gegen Rumänien vom 8. Juni 2006, Nr. 10337/04, Ziff. 53; EGMR-E Kaya gegen Rumänien vom 12. Oktober 2006, Nr. 33970/05, Ziff. 53.

⁷⁵ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. Juni 1987; SR 0.105.

⁷⁶ Kälin (Anm. 56), 82, m.w.H.

überprüfen zu lassen⁷⁷. Die Bestimmung dieser Behörde ist dem Landesrecht überlassen; es kann sich um eine Verwaltungsbehörde oder um ein Gericht handeln⁷⁸. Wirksamer und konkreter Schutz gegen unrechtmässige Ausweisungen bedingt, dass die ausgewiesene Person von den Gründen ihrer Ausweisung Kenntnis erhält. Erfolgt diese Mitteilung nicht im Zusammenhang mit der ordentlichen Eröffnung des Ausweisungsentscheids, sondern erst im Rahmen des nachträglichen Überprüfungsverfahrens, ist der Prozess auf Gesuch hin mindestens zu vertagen, um dem Rechtsuchenden oder seiner Rechtsvertreterin die nötige Zeit für eine wirksame Beschwerdeführung zu gewähren⁷⁹.

Schliesslich muss die betroffene Person Gelegenheit haben, sich in diesem Verfahren *vertreten* zu lassen⁸⁰. Eine Beschränkung auf rechtskundige Vertretung ist nicht vorgesehen⁸¹; die nähere Benennung des vertretungsbefugten Personenkreises steht dem nationalen Gesetzgeber jedoch offen.

4) Genfer Flüchtlingskonvention

Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge⁸² dient dem Schutz der Flüchtlinge und damit einer bestimmten, besonders schutzbedürftigen Kategorie von Personen. Die Konvention regelt die Rechtsstellung der Flüchtlinge⁸³. Sie verbietet, Flüchtlinge in den Verfolgerstaat zurückzuschicken (Non-Refoulement-Prinzip)⁸⁴, gewährt aber weder einen Anspruch auf Asyl, noch äussert sie sich zum Asylverfahren⁸⁵.

Für die Frage des Rechtsschutzes sind zwei Aspekte von Bedeutung: Das Verfahren um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft wird in der Konvention nicht geregelt, und der persönliche Anwendungsbereich der Konvention

⁷⁷ Kälin/Künzli (Anm. 60), 476; Villiger (Anm. 54), 453 Rz. 691.

⁷⁸ Allgemein Kälin/Künzli (Anm. 60), 476 mit FN 19; zur Konventionsgarantie Villiger (Anm. 54), Rz. 453, Rz. 691 und Grabenwarter (Anm. 51), § 24 Rz. 158; zur Paktgarantie Nowak, (Anm. 4), 229 Rz. 16.

⁷⁹ EGMR-E Lupsa gegen Rumänien vom 8. Juni 2006, Nr. 10337/04, Ziff. 59–61; EGMR-E Kaya gegen Rumänien vom 12. Oktober 2006, Nr. 33970/05, Ziff. 59–61.

⁸⁰ Kälin/Künzli (Anm. 60), 476; Nowak (Anm. 4), 231 Rz. 19.

⁸¹ Grabenwarter (Anm. 51), § 24 Rz. 158; Frowein/Peukert (Anm. 53), Art. 1 7. ZP Rz. 6.

⁸² Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, abgeschlossen in Genf am 28. Juli 1951, SR 0.142.30 (GFK).

⁸³ Etwa ihre Rechte im Zufluchtsstaat bezüglich Erwerbstätigkeit, Fürsorge und Bildung.

⁸⁴ Art. 33 GFK.

⁸⁵ Kälin/Künzli (Anm. 60), 50 und 489 f.

ist grundsätzlich auf Flüchtlinge im konventionsrechtlichen Sinn beschränkt⁸⁶. Einzelne Rechte müssen den Asylbewerbern indessen bereits vor Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zustehen⁸⁷. Insbesondere das Non-Refoulement-Prinzip gemäss Art. 33 GFK findet auch auf Asylsuchende Anwendung⁸⁸. Zudem hält ein Beschluss des UNHCR-Exekutivkomitees von 1977⁸⁹ die grundlegenden Minimalanforderungen an das Verfahren um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft – und damit auch die Rechte der Asylsuchenden im entsprechenden Verfahren – fest. Auch schützt die Konvention Flüchtlinge, die sich rechtmässig auf dem Gebiet eines Vertragsstaates aufhalten, vor willkürlicher Ausweisung. Gemäss Art. 32 Abs. 2 GFK muss dem *Flüchtling* erlaubt werden, gegen eine Ausweisung *Rekurs* einzureichen und sich dabei vor einer zuständigen Behörde oder vor einer oder mehreren von der zuständigen Behörde bezeichneten Personen *vertreten* zu lassen⁹⁰. Die Ausweisungsgründe sind gemäss Art. 32 Abs. 1 GFK auf solche der Staatssicherheit und der öffentlichen Ordnung beschränkt⁹¹.

⁸⁶ Zum Flüchtlingsbegriff der Konvention Art. 1 GFK. Zum Begriff des Flüchtlings und zur Unterscheidung von Flüchtlingen und (noch nicht als Flüchtlinge anerkannten) Asylsuchenden etwa *Walter Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 23 ff., sowie *Francesco Maiani*, La définition de réfugié entre Genève, Bruxelles et Berne – différences, tensions, ressemblances, S. 19 ff.

⁸⁷ *Kälin/Künzli* (Anm. 60), 490.

⁸⁸ *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, The Refugee in International Law, 3rd ed., 2007 232 f., 412.

⁸⁹ Gemäss Empfehlung des UNHCR-Exekutivkomitees von 1977 (Executive Committee, No. 8 [XXVIII], 1977, Determination of Refugee Status) sollten die Verfahren zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft unter anderem folgenden Grundanforderungen genügen: Der Antragsteller sollte die nötigen Hinweise über die Art des einzuhaltenden Verfahrens erhalten (e [ii]); wenn der Antragsteller nicht anerkannt wird, sollte ihm eine angemessene Frist eingeräumt werden, in der er eine formelle Überprüfung der Entscheidung beantragen kann, entweder bei derselben oder bei einer anderen Behörde, sei es eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht, je nach dem vorherrschenden Rechtssystem (e [vi]); und es sollte ihm ebenfalls gestattet werden, im Land zu bleiben, solange eine Berufung bei einer höheren Verwaltungsbehörde oder den Gerichten anhängig ist (e [vii]).

⁹⁰ Die Konvention selbst statuiert eine Ausnahme von diesen Garantien; nämlich wenn zwingende Gründe der Staatssicherheit entgegenstehen (Art. 32 Abs. 2 Satz 2 GFK).

⁹¹ *Kälin/Künzli* (Anm. 60), 491.

5) Verhältnis zu den Verfahrensgarantien der Bundesverfassung

Die Rechtsschutzgarantien des internationalen Rechts vermitteln *keinen weitergehenden Schutz* als die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung, im Gegenteil. Die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist in allen Rechtsstreitigkeiten und damit auch in asylrechtlichen Verfahren anwendbar⁹². Darüber hinaus vermittelt Art. 29a BV den Zugang zu einem Gericht und nicht bloss eine justizförmige Überprüfung durch eine nichtgerichtliche Beschwerdeinstanz⁹³. Weiter verfügt die nach dem nationalen Recht zuständige Gerichtsbehörde von Verfassungs wegen über volle Kognition (Sachverhalts- und Rechtsfragen)⁹⁴. Bezüglich des Anspruchs auf (unentgeltlichen) Rechtsbeistand garantiert die Bundesverfassung einen Mindestanspruch auf anwaltliche Vertretung; demgegenüber gewährleisten einzelne Bestimmungen des internationalen Menschenrechtsschutzes die freie Wahl des (nicht zwingend anwaltlichen) Vertreters⁹⁵.

II. Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Union

Von besonderer Bedeutung für den Rechtsschutz im Bereich des Asylrechts ist die Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Verfahrensrichtlinie). Einzelne Normen zum Beschwerdeverfahren finden sich auch in der Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten (Aufnahmerichtlinie) sowie in der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-Verordnung).

⁹² Demgegenüber nicht Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II, vgl. vorne C.I.1.

⁹³ So wie Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II, Art. 1 Abs. 1 Bst. b 7. ZP/EMRK, Art. 13 UNO-Pakt II; vgl. vorne C.I.2 und C.I.3.

⁹⁴ Vgl. dazu vorne B.II.1.

⁹⁵ Vgl. dazu vorne C.I.1 und C.I.3.

1) Verfahrensrichtlinie

a) Anspruch auf Rechtsschutz

Die Verfahrensrichtlinie soll zur Harmonisierung der Asylverfahren in den Mitgliedstaaten der EU beitragen. Sie gilt für alle Asylanträge, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gestellt werden, sowie für die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft⁹⁶. Soweit ein Mitgliedstaat ein Verfahren anwendet, in dem sowohl über Anträge aufgrund der Flüchtlingskonvention als auch über die Gewährung subsidiärer Schutzformen entschieden wird, gilt die Richtlinie für das gesamte Verfahren⁹⁷. Die in der Richtlinie enthaltenen Verfahrensgarantien haben als Mindeststandards unionsweite Geltung. Den Mitgliedstaaten ist es gestattet, für den Schutzsuchenden *günstigere Bestimmungen* einzuführen oder beizubehalten, wenn diese mit der Richtlinie vereinbar sind⁹⁸.

Art. 39 der Verfahrensrichtlinie enthält die für den Rechtsschutz geltenden Rahmenvorschriften. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass Asylbewerber gegen die in Art. 39 Abs. 1 Bst. a–e der Richtlinie aufgeführten Entscheidungen der Asylbehörden ein wirksamer Rechtsbehelf vor einem Gericht oder Tribunal offensteht⁹⁹. Ein abschlägiger Asylentscheid muss also *zumindest einmal bei einer richterlichen Instanz* angefochten werden können¹⁰⁰. Ausgehend vom Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz muss das Gericht befugt sein, sowohl Rechts- als auch Sachverhaltsfragen zu prüfen¹⁰¹.

⁹⁶ Art. 3 Abs. 1 Verfahrensrichtlinie; keine Anwendung findet die Richtlinie dagegen, wenn in Vertretungen der Mitgliedstaaten um diplomatisches oder territoriales Asyl nachgesucht wird (Abs. 2).

⁹⁷ Art. 3 Abs. 3 Verfahrensrichtlinie. Falls über die Gewährung des subsidiären Rechtsschutzes in einem anderen Verfahren entschieden wird, steht es den Mitgliedstaaten offen, die Richtlinie auch auf diese Verfahren anzuwenden (Abs. 4).

⁹⁸ Art. 5 Verfahrensrichtlinie; das Erfordernis der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Verfahrensrichtlinie kann problematisch werden, wenn die Einführung oder Beibehaltung günstigerer Bestimmungen notwendig ist, um die Übereinstimmung mit internationalen Verpflichtungen zu gewährleisten, vgl. *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, *The refugee in international law*, 3. Aufl. Oxford 2007, 537 FN 155.

⁹⁹ Art. 39 Abs. 1 Verfahrensrichtlinie.

¹⁰⁰ *Günter Renner*, Europäische Mindestnormen für Asylverfahren, ZAR 3/2003 88 ff., 95.

¹⁰¹ *Renner* (Anm. 100), 95; *Kay Hailbronner*, Asylpolitik in der Europäischen Union, ZAR 2002 259 ff., 263; *Marcus ter Steeg*, Das Einwanderungskonzept der EU, Baden-Baden 2006, 261 FN 244. Vgl. auch Ziff. 27 der einleitenden Erwägungen zur Verfahrensrichtlinie sowie das UNHCR in seinen Provisional Comments on The Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in

Die Kommission hatte einen Rechtsweg über drei Instanzen angeregt (Asylbehörde, erste Überprüfungsinstanz, gerichtliche Überprüfung); dieser Vorschlag wurde vom Rat jedoch nicht übernommen¹⁰².

Gemäss Art. 39 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten die Fristen und sonstige Verfahrensvorschriften so ausgestalten, dass die Rechtsuchenden ihren Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf auch *faktisch wahrnehmen können*. Der Zugang zur Rechtsmittelinstanz darf also nicht durch *übermässig strenge Verfahrensvorschriften* oder durch tatsächliche Hindernisse verunmöglicht oder in unzumutbarer Weise erschwert werden.

Die in den Beratungen umstrittene Frage¹⁰³ einer *aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs* ist mit Art. 39 Abs. 3 der Verfahrensrichtlinie in das *Ermessen* der Mitgliedstaaten gestellt: Sie können – im Einklang mit ihren internationalen Verpflichtungen – Regeln darüber erlassen, ob der Antragsteller sich bis zum Entscheid über seinen Rechtsbehelf im betreffenden Mitgliedstaat aufhalten darf (Abs. 3 Bst. a). Sofern einer Beschwerde nach dem innerstaatlichen Recht keine aufschiebende Wirkung zukommt, kann die Möglichkeit eines Rechtsmittels oder von Sicherungsmassnahmen vorgesehen werden (Bst. b). Für den Fall, dass ein Asylantrag für unzulässig erklärt wird, weil ein Nichtmitgliedstaat als sicherer Drittstaat betrachtet wird, können die Mitgliedstaaten eine Begründungspflicht für die Anfechtung des Nichteintretensentscheids vorsehen (vgl. Bst. c). Dass der Beschwerde gegen einen Asylentscheid nicht zwingend aufschiebende Wirkung zukommt, stösst in der Literatur und insbesondere bei den Nichtregierungsorganisationen auf heftige Kritik¹⁰⁴. Zu Recht wird dabei unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Euro-

Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status, vom 10. Februar 2005, 53.

¹⁰² *Ter Steeg* (Anm. 101), 260 f. (mit Verweis auf Art. 32 ff. des ersten Kommissionsvorschlages, KOM(200) 578); ein Rechtsweg über drei Instanzen hätte nach Auffassung von *ter Steeg* auch Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 Bst. d EGV widersprochen, wonach die Kompetenz des Rates auf den Erlass von *Mindestnormen* beschränkt ist.

¹⁰³ Weiterführend *ter Steeg* (Anm. 101), 261.

¹⁰⁴ *Steve Peers/Nicola Rogers*, EU Immigration and Asylum Law, 367 ff., 408 f.; *Cathryn Costello*, *The European asylum procedures directive in legal context*, Oxford 2006, 28 ff.; *Jens Vedsted-Hansen*, Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?, in: *European Journal of Migration and Law*, 7/2005, 376; vgl. auch European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, October 2006, 34 f.; Immigration Law Practitioners' Association (ILPA), Analysis and Critique of Council Directive on minimum standards on procedures in

päischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 und 13 EMRK namentlich auf die Problematik einer Ausschaffung vor der endgültigen Entscheidung über das Asylgesuch hingewiesen¹⁰⁵.

Den Mitgliedstaaten ist es nach Art. 39 Abs. 4 der Verfahrensrichtlinie gestattet, für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz spezielle *Behandlungsfristen* vorzusehen. Sie können zudem in ihren nationalen Rechtsvorschriften die Bedingungen für den Verzicht auf die Beschwerde sowie das anzuwendende Verfahren festlegen (vgl. Abs. 6). Nach Art. 39 Abs. 5 der Verfahrensrichtlinie wird ein wirksamer Rechtsschutz auch für die Aberkennung eines anderen Status, der dieselben Rechte und Vergünstigungen wie die Flüchtlingseigenschaft nach Massgabe der Richtlinie 2004/83/EG gewährt, unterstellt¹⁰⁶.

b) *Anspruch auf Rechtsberatung und Rechtsvertretung*

Der Rat der Europäischen Union anerkennt, dass der wirksame Verfahrenszugang durch die Möglichkeit des Beizugs von Rechtsberaterinnen und -beratern gesichert wird. Im asylrechtlichen Verfahren kommt der Unterstützung durch eine rechtskundige Person besondere Bedeutung zu, hat das Flüchtlingsrecht doch eine Komplexität angenommen, die es juristischen Laien in der Regel nicht erlaubt, ihre Interessen und Rechte ohne die Hilfe Dritter wirksam zu vertreten¹⁰⁷. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die fehlende Vertrautheit der Rechtsuchenden mit der Sprache und dem Rechtssystem des Aufnahmestaates¹⁰⁸.

Art. 15 Abs. 1 der Verfahrensrichtlinie gewährleistet den Asylsuchenden ein umfassendes Recht, *auf eigene Kosten* in wirksamer Weise einen Rechtsanwalt oder sonstigen nach nationalem Recht zugelassenen oder zulässigen Rechtsberater in Fragen ihres Asylantrags zu konsultieren. Dieser Anspruch besteht während des ganzen Asylverfahrens.

Member States for granting and withdrawing refugee status, July 2004, 32; UNHCR, Provisional Comments (Anm. 101), 53.

¹⁰⁵ Vgl. etwa *Rosemary Byrne*, Remedies of Limited Effect: Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures, in: European Journal of Migration and Law 7/2005, 71 ff., 78 ff. (mit Verweis auf EGMR-E vom 11. Juli 2000 in Sachen Jabari gegen die Türkei, Appl. No. 40035/98 und EGMR-E vom 5. Februar 2002 in Sachen Conka gegen Belgien, Appl. No. 51564/99).

¹⁰⁶ Vgl. *Renner* (Anm. 100), 307.

¹⁰⁷ Ziff. 13 der einleitenden Erwägungen zur Verfahrensrichtlinie; s. auch UNHCR, Provisional Comments (Anm. 101), 19, sowie ECRE (Anm. 104), 15.

¹⁰⁸ Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, October 2006, zu Art. 15.

Kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung muss gemäss Art. 15 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie in den Mitgliedstaaten lediglich im Fall einer ablehnenden Entscheidung einer Asylbehörde und nur auf Antrag hin gewährt werden. Sie muss nach Abs. 3 überdies nur in bestimmten Fällen *zwingend* gewährt werden. Namentlich kann das Recht auf kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung auf das gemäss Art. 39 vorgeschriebene Rechtsbehelfsverfahren (Abs. 3 Bst. a) und auf Personen, die nicht über hinreichende eigene finanzielle Mittel verfügen (Bst. b), beschränkt werden. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung lediglich durch Berater, die nach nationalem Recht zur Unterstützung und/oder Vertretung bestimmt wurden, erfolgt (Bst. c). Sie muss zudem nur bei hinreichenden Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs gewährt werden (Bst. d). Ferner dürfen die Mitgliedstaaten gemäss Art. 15 Abs. 5 Bst. a die Beratung und/oder Vertretung in finanzieller und/oder zeitlicher Hinsicht begrenzen, soweit dadurch der grundsätzliche Zugang nicht willkürlich eingeschränkt wird. Nach Bst. b der Bestimmungen sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, den Antragstellern hinsichtlich der Gebühren und anderen Kosten eine günstigere Behandlung zuteilwerden zu lassen, als den eigenen Staatsangehörigen in Fragen der Rechtsberatung im Allgemeinen gewährt wird. Gemäss Art. 15 Abs. 6 der Verfahrensrichtlinie können die entstandenen Ausgaben schliesslich ganz oder teilweise zurückgefordert werden, wenn sich die finanzielle Lage des unentgeltlich Vertretenen beträchtlich verbessert hat oder wenn die Entscheidung zur Gewährung der staatlichen Unterstützung aufgrund falscher Angaben des Antragstellers getroffen wurde.

In der Literatur stossen insbesondere diejenigen Bestimmungen auf Kritik, welche das Recht auf kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung auf das Beschwerdeverfahren beschränken und dieses von hinreichenden Erfolgsaussichten abhängig machen¹⁰⁹. Solche Beschränkungen sind besonders problematisch, wenn das innerstaatliche Recht das Rechtsmittel nicht mit aufschiebender Wirkung ausstattet: Unter Umständen haben sie zur Folge, dass die beschwerdeführende Person ausgeschafft wird, bevor sie den Antrag auf kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung überhaupt stellen konnte¹¹⁰. Weiter wird vorgebracht, dass sich zahlreiche, in erster Instanz begangene und im Beschwerdeverfahren schwierig zu korrigierende Fehler vermeiden liessen, stünde von Anfang an ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Verfügung¹¹¹.

¹⁰⁹ *Goodwin-Gill/McAdam* (Anm. 88), 541; *Peers/Rogers* (Anm. 104), 391 f.; vgl. auch ECRE (Anm. 104), 19 f.

¹¹⁰ ECRE (Anm. 104), 19 f.; *Peers/Rogers* (Anm. 104), 391 f.

¹¹¹ *Costello* (Anm. 104), 31; *ILPA* (Anm. 104), 19 f.

c) *Umfang der Rechtsberatung und -vertretung*

Art. 16 der Verfahrensrichtlinie bestimmt den minimalen Umfang des Beratungs- und Vertretungsanspruchs. Die Mitgliedstaaten müssen zunächst sicherstellen, dass der Rechtsanwalt oder sonstige nach nationalem Recht zugelassene oder zulässige Rechtsberater Akteneinsicht erhält. Ausnahmen von der Akteneinsicht sind richtlinienkonform, wenn die nachgesuchten Informationen für die Prüfung des Antrags irrelevant sind oder wenn die Preisgabe von Informationen oder Quellen bestimmte hochstehende Schutzgüter beeinträchtigen würde (namentlich die nationale Sicherheit, die Sicherheit der Organisationen bzw. Personen, von denen diese Informationen stammen, oder die Sicherheit der Person[en], die die Informationen betreffen), oder wenn dadurch die Ermittlungsinteressen im Rahmen der Prüfung von Asylanträgen durch die zuständigen Behörden oder die internationalen Beziehungen der Mitgliedstaaten beeinträchtigt würden (Abs. 1).

In der Literatur wird zu Recht geltend gemacht, dass die Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts teilweise zu weit gehen. Im Sinne einer Waffengleichheit zwischen den entscheidenden Behörden und dem Asylsuchenden bzw. seinem Vertreter wird gefordert, dass die Offenlegung von Informationen und deren Quellen von den Mitgliedstaaten nur in klar definierten Fällen eingeschränkt werden darf¹¹².

So oder anders darf der Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass der Kontakt zwischen den Asylsuchenden und ihren Vertreterinnen und Vertretern verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert wird. Der Zugang zu einem Rechtsvertreter oder einer Rechtsvertreterin muss folglich auch gewährleistet bleiben, wenn der antragstellenden Person die Freiheit entzogen wurde. Dies anerkennt auch die Verfahrensrichtlinie: Die Mitgliedstaaten der EU müssen gemäss Art. 16 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie sicherstellen, dass der Rechtsanwalt oder Rechtsberater auch Zugang zu räumlich abgeschlossenen Bereichen wie z.B. Haftanstalten oder Transitzonen erhält. Dabei dürfen sie die Möglichkeit zum Besuch von Asylsuchenden nur gemäss den nationalen Rechtsvorschriften (d.h. gestützt auf eine gesetzliche Grundlage) und zudem nur dann einschränken, wenn dies objektiv für die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder die Verwaltung dieses Bereichs oder zur Gewährleistung einer effizienten Prüfung des Asylantrags erforderlich ist und schliesslich der Zugang zur Rechtsberatung bzw. -vertretung dadurch nicht wesentlich behindert oder unmöglich gemacht wird.

Gemäss Art. 16 Abs. 3 der Verfahrensrichtlinie können die Mitgliedstaaten Vorschriften für die *Anwesenheit des Rechtsvertreters* bzw. der Rechtsvertre-

¹¹² ECRE (Anm. 104), 16; ILPA (Anm. 104), 20; UNHCR Provisional Comments (Anm. 104), 19 f.

terin bei allen Anhörungen im Rahmen des Asylverfahrens festlegen. Sie können vorsehen, dass Antragstellerinnen und Antragsteller sich bei der persönlichen Anhörung von einer nach den nationalen Rechtsvorschriften zugelassenen Vertreterin oder einem Vertreter begleiten lassen. Die Mitgliedstaaten dürfen zudem verlangen, dass die Antragstellenden unbesehen einer anwaltlichen Vertretung bei der persönlichen Anhörung anwesend sind. Ferner können die Mitgliedstaaten fordern, dass die Asylsuchenden die an sie gestellten Fragen persönlich beantworten. Die zuständige Behörde darf die persönliche Anhörung des Antragstellers bzw. der Antragstellerin auch durchführen, wenn der Rechtsvertreter nicht daran teilnimmt (vgl. Abs. 4).

Besondere Garantien gelten gemäss Art. 17 der Verfahrensrichtlinie für *unbegleitete Minderjährige*¹¹³. Ihnen ist so bald als möglich und von Amtes wegen ein Vertreter bzw. eine Vertreterin beizuordnen. Von dieser Verpflichtung darf nur in Ausnahmefällen abgewichen werden.

2) *Aufnahmerichtlinie*

Die Aufnahmerichtlinie bezweckt in erster Linie eine *Harmonisierung* der Aufnahmebedingungen für Flüchtlinge¹¹⁴. Es geht darum, für die Asylsuchenden in allen Mitgliedstaaten vergleichbare Lebensbedingungen zu schaffen und ihnen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen¹¹⁵. Einheitliche Bedingungen für die Aufnahme von Asylsuchenden sollen nicht zuletzt dazu beitragen, die auf unterschiedliche Aufnahmevorschriften zurückzuführende Sekundärmigration einzudämmen¹¹⁶.

Die Aufnahmerichtlinie enthält punktuell auch Mindestgarantien zum Verfahren. Gemäss Art. 21 der Richtlinie müssen Entscheide im Zusammenhang mit der Gewährung von *Zuwendungen* sowie Entscheide über den *Wohnsitz* und die *Bewegungsfreiheit* von Asylsuchenden mit einem Rechtsmittel angefochten werden können. Dabei muss zumindest letztinstanzlich die Möglichkeit bestehen, Berufung oder Revision vor einem Gericht einzulegen. Jedenfalls

¹¹³ Dazu auch den Beitrag von *Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger*, S. 219 ff. (in diesem Band).

¹¹⁴ Weiterführend *Bettina Gerber*, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union: unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, Frankfurt a.M. 2004; *ter Steeg* (Anm. 101), 243 ff.

¹¹⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 7 der Aufnahmerichtlinie.

¹¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 8 der Aufnahmerichtlinie.

für die Beschwerdeverfahren vor Gericht muss der Zugang zu einem Rechtsbeistand gewährleistet sein¹¹⁷.

Art. 5 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten – unabhängig von einem konkreten Beschwerdeverfahren –, dafür Sorge zu tragen, dass Asylsuchende erfahren, welche Organisationen oder Personengruppen spezifischen *Rechtsbeistand* gewähren¹¹⁸. Die Mitgliedstaaten müssen den Asylsuchenden ermöglichen, mit ihren Rechtsvertreterinnen und -vertretern Verbindung aufzunehmen und diese auch über die allfällige Verlegung an einen neuen Aufenthaltsort informieren zu können (Art. 14 Abs. 2 und 4 der Aufnahmerichtlinie)¹¹⁹. Zudem muss der Rechtsbeistand Zugang zu den Aufnahmezentren und sonstigen Unterbringungseinrichtungen erhalten (Art. 14 Abs. 7 der Aufnahmerichtlinie).

3) Dublin-Verordnung

Die für die Schweiz verbindliche Dublin-Verordnung regelt das Verfahren zur Bestimmung des Staates, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist; die massgebenden Kriterien werden in den Art. 5 ff. der Verordnung festgelegt¹²⁰. Erachtet sich der erstersuchte Staat für die Prüfung eines Asylantrags als unzuständig und hat der nach den Dublin-Kriterien tatsächlich zuständige Staat der Aufnahme des Asylantragstellers zugestimmt, teilt der erstersuchte Staat dem Asylsuchenden gemäss Art. 19 Abs. 1 der Verordnung die Entscheidung mit, den Asylantrag nicht zu prüfen und den Antragsteller an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen. Gegen den Entscheid, einen Asylantrag nicht zu prüfen, kann ein Rechtsbehelf eingelegt werden. Dieser hat jedoch *keine* aufschiebende Wirkung für die Durchführung der Überstellung an den zuständigen Staat, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen würden im Einzelfall nach Massgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders entscheiden (Art. 19 Abs. 2 Dublin-Verordnung). Folglich darf ein Dublin-Staat – abweichend von der Grundregel des fehlenden

¹¹⁷ Art. 21 Abs. 2 der Aufnahmerichtlinie.

¹¹⁸ Dazu *Gerber* (Anm. 114), 163 ff.

¹¹⁹ Dazu *Gerber* (Anm. 114), 278 ff.

¹²⁰ Weiterführend *Birgit Schröder*, Die EU-Verordnung zur Bestimmung des zuständigen Asylstaats, ZAR 2003, 126 ff.; *Hemme Battjes*, A Balance between Fairness and Efficiency? The Directive on International Protection and the Dublin Regulation, EJML 2002, 159 ff.; *ter Steeg* (Anm. 101), 235 ff.

Suspensiveffekts – der Beschwerde gegen den Verteilungsentscheid nach seinem innerstaatlichen Recht die aufschiebende Wirkung erteilen¹²¹.

Wird ein Mitgliedstaat von einem andern Mitgliedstaat um *Wiederaufnahme* eines Asylbewerbers ersucht, entscheidet der ersuchte Staat über den Wiederaufnahmeantrag. Nach Art. 20 Abs. 1 Bst. e der Dublin-Verordnung teilt der ersuchende Staat dem Asylbewerber die Entscheidung des zuständigen Mitgliedstaates mit. Auch dieser Entscheid hat grundsätzlich *keine aufschiebende Wirkung*, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen entscheiden im Einzelfall nach Massgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders.

D. Regelung im Asylgesetz

I. Überblick

Das Asylgesetz widmet dem Rechtsschutz ein eigenes Kapitel. Ein erster Abschnitt (einzige Norm: Art. 103 AsylG) regelt das Beschwerdeverfahren auf Kantonsebene, ein zweiter, längerer Abschnitt – er umfasst die Art. 104 bis 112 AsylG – ist dem Beschwerdeverfahren auf Bundesebene gewidmet. Für Beschwerden gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide verweist das Asylgesetz generell auf die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 103 Abs. 2 AsylG), im Ergebnis angesprochen ist damit das *Bundesgerichtsgesetz*¹²². Für Beschwerden gegen Verfügungen von Bundesbehörden (genauer: des Bundesamtes für Migration) wird in Art. 105 AsylG ausdrücklich auf das *Verwaltungsgerichtsgesetz*¹²³ verwiesen. Während das Asylgesetz keine Vorschriften für das kantonale Verfahren enthält¹²⁴, finden sich zum Verfahren auf Bundesebene im Asylgesetz verschiedene Bestimmungen, welche den allgemeinen Regeln der Bundesrechtspflege vorgehen. In den Artikeln 106 bis 112 AsylG werden die zulässigen Beschwerdegründe, die anfechtbaren Zwischenverfügungen sowie die Be-

¹²¹ Zur Umsetzung dieser Bestimmungen im AsylG: *Anne Peters/Myriam Jung*, Öffentlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II, AJP 2005 954 ff., 962 f.

¹²² Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110. – Das Verwaltungsgerichtsgesetz (Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht, VGG; SR 173.32) findet in diesem Zusammenhang keine Anwendung, denn die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht richtet sich – spezialgesetzliche Regelung vorbehalten – allein gegen Verfügungen und Entscheide von Behörden des Bundes (vgl. Art. 33 Bst. i VGG). Eine solche spezialgesetzliche Regelung findet sich im AsylG nicht.

¹²³ Vgl. Anm. 122.

¹²⁴ Diese finden sich im hier einschlägigen Bundesgerichtsgesetz, Art. 110 ff. BGG.

schwerde-, Behandlungs- und Verfahrensfristen spezialgesetzlich geregelt. Ebenfalls einer spezialgesetzlichen Regelung zugeführt sind die Bereiche einzelrichterlicher Zuständigkeit. Schliesslich enthält das Asylgesetz Vorschriften über das Verfahren und den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sowie über die Wirkung ausserordentlicher Rechtsmittel. Zur Rechtsvertretung äussert sich das Asylgesetz in Art. 29 Abs. 2; einschlägig ist darüber hinaus Art. 17 Abs. 4 AsylG.

II. Rechtsschutz

1) Rechtsmittel gegen Verfügungen von Bundesbehörden

Das Asylgesetz unterstellt Verfügungen des Bundesamtes für Migration der Beschwerde an das *Bundesverwaltungsgericht* (vgl. Art. 105 AsylG)¹²⁵. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht – wie vorgängig die Asylrekurskommission¹²⁶ – für alle Beschwerden betreffend Erteilung, Verweigerung oder Beendigung von Asyl oder betreffend der vorübergehenden Schutzgewährung zuständig. Das Bundesverwaltungsgericht ist das allgemeine Verwaltungsgericht des Bundes; seine Unabhängigkeit ist nach Massgabe von Art. 191c BV verfassungsrechtlich und gemäss Artikel 2 VGG auch auf Gesetzesebene ausdrücklich garantiert¹²⁷.

Anfechtungsobjekt gemäss Art. 105 AsylG bilden *Verfügungen* nach Art. 5 VwVG (Art. 31 VGG) und damit alle einseitig-verbindlichen Anordnungen

¹²⁵ Das Bundesverwaltungsgericht ersetzt die frühere Asylrekurskommission, vgl. Botschaft zur Verordnung der Bundesversammlung betr. die Anpassung von Erlassen an die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 6. September 2006, BBl 2006 7759 ff. (zit. Botschaft Anpassungsverordnung), 7764, sowie bereits Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 22), 4400. Allgemein zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 31 ff. VGG vgl. *Pierre Louis Manfrini*, Le Tribunal administratif fédéral, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Genf 2006, 25 ff., 33 ff.; s. auch *Philippe Weissenberger*, Das Bundesverwaltungsgericht, AJP 2006 1491 ff., 1508 ff.

¹²⁶ Vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBl 2002 6845 ff. (zit. Botschaft Asylgesetz 2002), 6903.

¹²⁷ Zur Unabhängigkeit des Bundesverwaltungsgerichts *Christoph Bandli*, Die Rolle des Bundesverwaltungsgerichts, in: Tschannen (Anm. 24), 195 ff., 201 ff.; die Unabhängigkeit des Bundesverwaltungsgerichts von den anderen Staatsgewalten ergibt sich auch aus Art. 14 VGG, wonach das Bundesverwaltungsgericht seine Organisation und Verwaltung selber regelt.

einer Behörde im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Regelung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben¹²⁸. Als anfechtbare Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 VwVG insbesondere auch Vollstreckungsverfügungen und Zwischenverfügungen. Vom Grundsatz der Anfechtbarkeit von *Zwischenverfügungen* weicht auch das Asylgesetz nicht ab. Art. 107 AsylG führt nicht das Prinzip der Anfechtbarkeit einer spezialgesetzlichen Regelung zu, sondern – jedenfalls punktuell und in Abweichung von Art. 37 VGG in Verbindung mit 45 f. VwVG – die Frage der *selbständigen* Anfechtbarkeit¹²⁹.

Die Regelung in Art. 107 AsylG ist kompliziert: *Selbständig anfechtbar* sind gemäss Art. 107 Abs. 2 Bst. a AsylG jedenfalls Zwischenverfügungen über «vorsorgliche Massnahmen» – wobei das Gesetz die Tragweite dieses Begriffs nicht ausleuchtet, sondern wohl auf Massnahmen im Sinn von Art. 55 f. VwVG verweist. Ebenfalls selbständig anfechtbar sind Verfügungen, mit denen das Verfahren sistiert wird, ausser Verfügungen nach Art. 69 Abs. 3 AsylG (es handelt sich um Sistierungsverfügungen bei vorübergehender Schutzgewährung). So oder anders muss die Massnahme bzw. Sistierungsverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können. Gemäss Art. 107 Abs. 1 AsylG *nicht selbständig* anfechtbar sind auf der anderen Seite Zwischenverfügungen, die in Anwendung der Art. 10 Abs. 1 bis 3 AsylG und Art. 18 bis 48 AsylG sowie Art. 71 AuG ergehen; sie müssen mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden. Eine Sonderregelung gilt gemäss Art. 107 Abs. 1 Satz 2 AsylG für die «Anfechtung von Verfügungen nach Artikel 27 Absatz 3» des Asylgesetzes. Die Tragweite der Bestimmung ist unklar: Unseres Erachtens handelt es sich beim Entscheid über die Zuweisung von Asylsuchenden an den Kanton um eine Endverfügung und nicht um eine Zwischenverfügung¹³⁰. Gleiches muss der Sache nach für Zuweisungsverfügungen im Verfahren am

¹²⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 VwVG; zum Verfügungsbegriff statt vieler *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 28 Rz. 1 ff.

¹²⁹ Zum Begriff der Zwischenverfügung s. etwa *Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener*, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, 40; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, Rz. 511 ff. Zur selbständigen Anfechtung von Zwischenverfügungen nach Art. 45 f. VwVG vgl. Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 22), 4407 f.; betr. die analoge Regelung in Art. 92 f. BGG *Regina Kiener*, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen (Anm. 24), 219 ff., 230 f.

¹³⁰ Grundsätzlich ist ein Zuweisungsentscheid nach Art. 27 Abs. 3 AsylG *nicht anfechtbar* (weder selbständig noch mit dem Endentscheid), daher Endverfügung (vgl. zu Art. 14a Abs. 3 aAsylG *Walter Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, 281 und die dortigen Verweise; *Alberto Achermann/Christina Hausammann*, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl. Bern/Stuttgart 1991, 268). Ausnahmsweise ist ein Zuweisungsentscheid *anfechtbar*, nämlich wenn eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie gerügt wird (Art. 27 Abs. 3 S. 3 AsylG); das Ge-

Flughafen (Art. 22 Abs. 6 AsylG) gelten; dies entgegen dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 Satz 1 AsylG, wonach Verfügungen gemäss Art. 18 bis 48 AsylG generell Zwischenverfügungen darstellen. Alle übrigen, von Art. 107 AsylG nicht erfassten Zwischenverfügungen unterliegen der allgemeinen Regelung von Art. 45 f. VwVG.

Der Gesetzgeber beschränkt sich auf ein *einstufiges Beschwerdeverfahren*; im Anschluss an den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts steht kein weiteres ordentliches Rechtsmittel im Bund zur Verfügung¹³¹. Ausgeschlossen ist zunächst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht: Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG erklärt die Beschwerde gegen die vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Entscheide auf dem Gebiet des Asyls ausdrücklich als unzulässig¹³². Ebenfalls ausgeschlossen ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde; dieses Rechtsmittel kommt gemäss Art. 113 BGG nur gegen Entscheide kantonaler Vorinstanzen in Frage¹³³. Ausserordentliche Rechtsmittel vorbehalten, ist der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts folglich endgültig¹³⁴.

Das Bundesverwaltungsgericht verfügt – für eine gerichtliche Behörde unüblich – über *volle Kognition*. Die zulässigen Beschwerdegründe werden in Art. 106 Abs. 1 Bst. a bis c AsylG aufgeführt. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gerügt werden kann zunächst die Verletzung von Bundesrecht –

setz geht davon aus, dass es sich bei einem solchen Zuweisungsentscheid um einen selbständig anfechtbaren *Zwischenentscheid* handelt (Art. 107 Abs. 1 S. 2 AsylG). Vgl. auch Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1 ff. (zit. Botschaft AsylG 1998), 54 f. zu Art. 26 Abs. 3 E-AsylG (entspricht Art. 27 Abs. 3 AsylG): «Der bisherige Art. 14a Abs. 3 statuiert, dass das BFF die Asylsuchenden auf die Kantone verteilt, wobei es den schützenswerten Interessen der Kantone und der Asylsuchenden Rechnung trägt und insbesondere den Grundsatz der Einheit der Familie berücksichtigt. Der diesbezügliche Entscheid war nach bisherigem Recht endgültig und konnte demnach nicht angefochten werden. [...] Der Zwischenentscheid über die Verteilung der Asylsuchenden auf die Kantone soll [...] neu selbständig angefochten werden können, jedoch nur mit der Begründung, er verletze den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 103 Abs. 1, 2. Satz).»

¹³¹ Botschaft Anpassungsverordnung (Anm. 125), 7764.

¹³² Vgl. Seiler (Anm. 33), Art. 83, Rz. 36 und 37. Zum System der Zugangsschranken allgemein Kiener (Anm. 130), 242 ff.

¹³³ Statt anderer Ulrich Zimmerli, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, in: Tschannen (Anm. 24), 281 ff., 285 ff.

¹³⁴ Als ausserordentlicher Rechtsbehelf kommt insbesondere die Revision in Frage. Die Revision von Asylentscheiden des Bundesverwaltungsgerichts richtet sich gemäss Art. 45 VGG nach den Artikeln 121–128 BGG. Sollen dagegen Entscheide der ehemaligen Asylrekurskommission durch das Bundesverwaltungsgericht revidiert werden, gelangen nach Massgabe von Art. 37 VGG die weniger restriktiven Revisionsbestimmungen des VwVG zur Anwendung, vgl. dazu BVGE 2007/21.

wozu nach ständiger Praxis auch direkt anwendbare völkerrechtliche Bestimmungen gehören¹³⁵ –, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens. Beschwerdegrund bildet weiter die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts¹³⁶; schliesslich kann der Beschwerdeführer oder die Beschwerdeführerin vorbringen, die von der Vorinstanz getroffene Verfügung sei unangemessen¹³⁷.

Die vorstehend skizzierte Rechtsmittelordnung mit der Möglichkeit der beschwerdeförmigen Anfechtung vor Bundesverwaltungsgericht unter gleichzeitigem Verzicht auf ein mehrstufiges Anfechtungsverfahren ist mit Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) verfassungsrechtlich abgesichert und von daher der Disposition des Gesetzgebers entzogen¹³⁸. Sie läuft den Anforderungen des internationalen Rechts nicht zuwider, denn weder die Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes noch die europäische Verfahrensrichtlinie verlangen nach einem mehrstufigen Instanzenzug¹³⁹. Als unabhängige und nur dem Recht verpflichtete Justizbehörde erfüllt das Bundesverwaltungsgericht die verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben an eine Rechtsmittelinstanz oder geht – wo allein die Überprüfung durch eine (Verwaltungs-)«Justizbehörde» verlangt ist¹⁴⁰ – darüber hinaus. In Bezug auf seine Überprüfungsbefugnisse entspricht das Bundesverwaltungsgericht den Anforderungen des übergeordneten Rechts. Da Entscheide über die Zuerkennung oder Ablehnung von Asyl unter Einschluss von Nichteintretensentscheiden der Beschwerde unterliegen und das Asylgesetz dabei sowohl Rechts- als auch Sachverhaltsrügen zulässt, besteht insbesondere auch kein Widerspruch zu den Anforderungen der Verfahrensrichtlinie¹⁴¹.

¹³⁵ Weiterführend Kölz/Häner (Anm. 129), Rz. 621; Rhinow/Koller/Kiss (Anm. 39), Rz. 1294; Zimmerli/Kälin/Kiener (Anm. 129), 80.

¹³⁶ Weiterführend Kölz/Häner (Anm. 129), Rz. 630 ff.; Rhinow/Koller/Kiss (Anm. 39), Rz. 1032 f. und 1300 ff.; Zimmerli/Kälin/Kiener (Anm. 129), 84 f.

¹³⁷ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 22), 4256; Bandli (Anm. 127), 214 ff., zur Praxis der Asylrekurskommission insb. 215 f. Illustrativ die Entscheide der ARK in EMARK 2006 Nr. 4 und EMARK 2004 Nr. 38.

¹³⁸ Vgl. dazu vorne B.II.1.

¹³⁹ Vgl. dazu C.II.1.a.

¹⁴⁰ Vgl. dazu C.I.2.

¹⁴¹ Vgl. dazu vorne C.II.1.a.

Auch die gemäss Art. 111 AsylG¹⁴² in bestimmten Fällen vorgesehene *einzelrichterliche Zuständigkeit* verletzt grundsätzlich kein übergeordnetes Recht. Weder der Anspruch auf eine wirksame Beschwerde noch die Rechtsweggarantie verlangen eine Überprüfung durch ein Kollegialgremium. Indessen ist der Gesetzgeber durch Art. 35 BV auch unabhängig von unmittelbar durchsetzbaren Ansprüchen verpflichtet, für eine möglichst umfassende Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen. Vor diesem Hintergrund sollte eine einzelrichterliche Zuständigkeit nur in begründeten Ausnahmefällen vorgesehen werden. Je schwerwiegender ein Verfahren in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, umso mehr drängt sich eine Entscheidungsfindung durch ein Kollegialgericht auf¹⁴³. Weil das Bundesverwaltungsgericht in asylrechtlichen Streitigkeiten als erste und letzte Beschwerdeinstanz entscheidet und asylrechtliche Urteile zentrale Rechtspositionen betreffen, müssen einzelrichterlich getroffene Entscheide die Ausnahme bleiben.

2) Rechtsschutz gegen Verfügungen von kantonalen Behörden

Soweit den kantonalen Behörden im Bereich des Asylrechts Verfügungskompetenzen zukommen, richtet sich der Rechtsweg zunächst und in allgemeiner Weise nach den Vorschriften des kantonalen Prozessrechts. Die Kantone sind bei der Ausgestaltung ihrer Prozessrechtsordnung indessen nicht vollumfänglich frei, denn der Bundesgesetzgeber schreibt ihnen in Art. 103 Abs. 1 AsylG die Einrichtung mindestens einer «Beschwerdeinstanz» vor, bei der gegen Verfügungen kantonalen Behörden Beschwerde geführt werden kann. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist nicht eine *gerichtliche* Beschwerdeinstanz verlangt. Die Kantone haben aber nach Massgabe des Bundesgerichtsgesetzes¹⁴⁴ als Vorinstanz des Bundesgerichts im Regelfall eine gerichtliche Behörde einzusetzen, welche den Sachverhalt

¹⁴² Gemäss Art. 111 AsylG ist die einzelrichterliche Zuständigkeit bei Abschreibungen von Beschwerden infolge Gegenstandslosigkeit (Bst. a), bei Nichteintretensentscheiden auf offensichtlich unzulässige Beschwerden (Bst. b), bei Entscheiden über die vorläufige Verweigerung der Einreise am Flughafen und Zuweisung eines Aufenthaltsorts am Flughafen (Bst. c), bei Entscheiden über die Anordnung der Haft nach Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 AuG (Bst. d) sowie mit Zustimmung eines zweiten Richters bei offensichtlich begründeten oder unbegründeten Beschwerden (Bst. e) vorgesehen.

¹⁴³ Vgl. Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 338 f.

¹⁴⁴ Art. 110 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG (für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) bzw. Art. 114 und 117 BGG (für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde).

frei prüfen und das massgebende Recht von Amtes wegen anwenden kann¹⁴⁵. Die Beurteilung durch eine nichtgerichtliche Behörde ist gemäss Art. 86 Abs. 3 BGG einzig dann zulässig, wenn es sich um einen «Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter»¹⁴⁶ handelt. Art. 103 Abs. 1 AsylG ist im Lichte der Rechtsweggarantie und der soeben zitierten Bestimmungen des BGG auszulegen. Nachdem die Kantone im Bereich ihrer asylrechtlichen Zuständigkeiten keine Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter fällen, ist davon auszugehen, dass sie *als letzte Beschwerdeinstanzen ein Gericht* einzusetzen haben.

Der nachfolgende Rechtsmittelweg auf Bundesebene richtet sich nach den Vorschriften des Bundesrechts: Das Asylgesetz verweist in Artikel 103 Absatz 2 auf die allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege. Demnach unterstehen letztinstanzliche kantonale Entscheide der *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten*¹⁴⁷. Der ordentliche Beschwerdeweg ans Bundesgericht ist gemäss Art. 83 Bst. d Ziff. 2 BGG jedoch ausgeschlossen, wenn der kantonale Entscheid eine Bewilligung betrifft, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt.

Kein Anspruch besteht auf Bewilligungen gemäss Art. 14 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 3 AsylG; hingegen haben anerkannte Flüchtlinge Anspruch auf eine Aufenthalts- oder gegebenenfalls Niederlassungsbewilligung (Art. 60 AsylG)¹⁴⁸. Kantonale Entscheide in Asylrechtssachen, welche nicht zugleich eine Bewilligung zum Gegenstand haben, unterstehen ohne Weiteres der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Das gilt beispielsweise für asylrechtlich geregelte Fürsorgeleistungen (Art. 80 ff. AsylG)¹⁴⁹ unter Einschluss von Rückerstattungspflicht und von Sicherheitsleistungen (Art. 85 ff. AsylG)¹⁵⁰. Ordnet eine kantonale Behörde gestützt auf Art. 83 AsylG die Einschränkung von Fürsorgeleistungen an, kann ihre Verfügung (oder bei einem mehrstufigen Verfahren: der Beschwerdeentscheid der übergeordneten Verwaltungsinstanz) also bei einem kantonalen Gericht angefochten werden, welches über volle Sachverhalts- und Rechtskontrolle verfügt. Dieser Instanzenzug steht im Einklang mit

¹⁴⁵ Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 22), 4348 f.; Herzog (Anm. 24), 73 ff.; Zimmerli (Anm. 133), 287 f.

¹⁴⁶ Zu diesem Begriff eingehend Herzog (Anm. 24), 86 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁴⁷ Art. 82 ff. BGG. Zu diesem Rechtsmittel eingehend Heinz Aemisegger, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, 103 ff.; Kiener (Anm. 129), 219 ff.

¹⁴⁸ Seiler (Anm. 33), Art. 83 Rz. 38.

¹⁴⁹ Seiler (Anm. 33), Art. 83 Rz. 38, mit Verweis auf BGER-E 2A.692/2004 vom 9. Februar 2005, E. 1; BGER-E 2A.242/2001 vom 26. Oktober 2001, E. 1.

¹⁵⁰ Seiler (Anm. 33), Art. 83 Rz. 38, unter Hinweis auf BGER-E 2A.472/2002 vom 28. Januar 2003, E. 1; BGER-E 2A.319/2000 vom 5. Dezember 2000, E. 1.

Art. 21 der Aufnahme richtlinie, wonach Asylbewerbern gegen abschlägige Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Zuwendungen die nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zulässigen Rechtsmittel offenstehen müssen.

Ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gestützt auf Art. 83 Bst. d Ziff. 2 BGG ausgeschlossen, steht den Rechtsuchenden die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* an das Bundesgericht offen¹⁵¹. Mit der Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden¹⁵². Trotz der beschränkten Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde sind die Rechtsschutzgarantien der Bundesverfassung und des internationalen Rechts, welche zumindest einmal die gerichtliche Überprüfung von Rechts- und Sachverhaltsfragen fordern, erfüllt¹⁵³. Denn auch im Falle einer Verfassungsbeschwerde auf Bundesebene ist als kantonale Vorinstanz ein Gericht mit Sachverhalts- und Rechtskontrolle eingerichtet¹⁵⁴.

3) Aufschiebende Wirkung

Das Asylgesetz enthält keine Bestimmungen zur aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln im ordentlichen Beschwerdeverfahren¹⁵⁵. Damit findet die allgemeine Regel des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung: Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung¹⁵⁶.

Die früher geltende spezialgesetzliche Regelung sah vor, dass bei Nichteintretensentscheiden die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde entzogen und der sofortige Vollzug angeordnet werden konnte¹⁵⁷. Damit blieb einer asylsuchenden Person eine gesetzliche Frist von 24 Stunden zur Einreichung eines Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Diese Regelung wurde im Rahmen des Vernehm-

¹⁵¹ Art. 113 ff. BGG. Zu diesem Rechtsmittel eingehend *Zimmerli* (Anm. 133), 281 ff.

¹⁵² Art. 116 BGG. Dazu zählen auch entsprechende Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes, vgl. *Zimmerli* (Anm. 133), 289 ff.; *Seiler* (Anm. 33), Art. 116 Rz. 3.

¹⁵³ Vgl. dazu vorne B.II.1 betr. Art. 29a BV.

¹⁵⁴ Art. 114 i.V.m. Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG, Art. 117 i.V.m. Art. 110 BGG; vgl. auch *Zimmerli* (Anm. 133), 287 f.

¹⁵⁵ Vgl. aber für die Wirkung der ausserordentlichen Rechtsmittel Art. 112 AsylG; dazu Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6906.

¹⁵⁶ Art. 37 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6906.

¹⁵⁷ Art. 45 Abs. 2 AsylG 1998.

lassungsverfahrens zur Teilrevision des Asylgesetzes als völkerrechtswidrig kritisiert und in der Folge aufgehoben¹⁵⁸.

Näher untersucht werden muss die Frage, ob einer asylrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung *entzogen* werden kann. Art. 55 Abs. 2 VwVG sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor. Gemäss Art. 55 Abs. 3 VwVG kann die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden. Gleichzeitig bestimmt Art. 42 AsylG (Aufenthalt während des Asylverfahrens), dass Asylsuchende, welche ihr Gesuch in der Schweiz gestellt haben, sich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten dürfen. Mit Blick auf die Materialien, welche belegen, dass der Gesetzgeber insbesondere die Völkerrechtskonformität des Asylverfahrens sicherstellen wollte und deshalb den Beschwerden generell aufschiebende Wirkung zusprach¹⁵⁹, sollte die Bestimmung unbeschadet ihrer systematischen Verortung ausserhalb des Kapitels über den Rechtsschutz weit ausgelegt werden und damit auch für das Beschwerdeverfahren gelten. Nicht vertreten liesse sich der nach Massgabe von Art. 55 Abs. 2 VwVG zulässige Entzug der aufschiebenden Wirkung – und damit die Ausweisung vor Eintritt der Rechtskraft des Asylentscheids – jedenfalls dann, wenn eine asylsuchende Person rügt, die Ausweisung verletze die auf das Asylverfahren anwendbaren Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes, namentlich das Verbot des Refoulement (Art. 3 EMRK). Eine solche Handhabung der Suspensivwirkung bei geltend gemachter Verletzung von Art. 3 EMRK würde nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) verletzen¹⁶⁰, ebenso zur Disposition stünde das Recht auf non-refoulement gemäss Flüchtlingskonvention¹⁶¹.

Verfahrensrichtlinie und *Dublin-Verordnung* überlassen die Frage der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs dem innerstaatlichen Recht (Art. 39 Abs. 3 Bst. a Verfahrensrichtlinie; Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-Verordnung). Gemäss Art. 39 Abs. 3 Bst. b der Verfahrensrichtlinie sehen die Mitgliedstaaten gegebenenfalls ein besonderes Rechtsmittel oder Sicherungsmassnahmen vor, falls der reguläre Rechtsbehelf keinen Abschiebeschutz bietet¹⁶². Im schweizerischen Asylrecht kommt einem Rechtsmittel im ordentlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich aufschie-

¹⁵⁸ Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6851.

¹⁵⁹ Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6851, 6888 f., 6906 und 6931.

¹⁶⁰ Vgl. insb. EGMR-E vom 11. Juli 2000 in Sachen Jabari gegen die Türkei, Appl. No. 40035/98; EGMR-E vom 5. Februar 2002 in Sachen Čonka gegen Belgien, Appl. No. 51564/99; EGMR-E vom 26. April 2007 in Sachen Gebremedhin gegen Frankreich, Appl. No. 25389/05, E. 65–76.

¹⁶¹ Vgl. dazu vorne Ziff. C/I/4.

¹⁶² *Ter Steeg* (Anm. 101), S. 261 FN 249.

bende Wirkung zu. Diese Regelung geht über die Mindestanforderungen der Verfahrensrichtlinie hinaus. Gleichzeitig macht die Schweiz mit dieser Regelung von der Ermächtigung zur Einräumung eines Suspensiveffekts bei Beschwerden gegen *Dublin-Verteilungsentscheide* (vgl. Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG) Gebrauch und garantiert damit ein hohes Schutzniveau bei Überstellungen im Dublin-Raum¹⁶³.

Die grosszügigere schweizerische Regelung wird mit Inkrafttreten des Art. 107a AsylG¹⁶⁴ relativiert: Keine aufschiebende Wirkung haben Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide bei Gesuchen von Asylsuchenden, die in einen Staat ausreisen können, der staatsvertraglich für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist. Liegen jedoch begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung der konventionsrechtlich garantierten Rechte durch diesen Staat vor, kann gemäss Art. 107a AsylG die aufschiebende Wirkung gewährt werden. Obwohl der Suspensiveffekt ausdrücklich entzogen wird, ist allerdings fraglich, ob der Dublin-Nichteintretensentscheid sofort – also mit seiner Eröffnung gegenüber dem Asylgesuchsteller – vollzogen werden kann.

Um eine Verletzung der EMRK zu verhindern, müssen die Betroffenen zumindest Zeit haben, Anhaltspunkte für eine Verletzung der EMRK vorbringen zu können. Da die Beschwerdefrist gegen Nichteintretensentscheide ohnehin nur fünf Arbeitstage beträgt und eine noch kürzere Frist für das Einreichen eines Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kaum völkerrechtskonform wäre¹⁶⁵, kann die Wegweisung frühestens mit Ablauf der Beschwerdefrist vollzogen werden. Wird in dieser Zeit zusammen mit der Beschwerde ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eingereicht, muss der Beschwerdeführer mindestens so lange in der Schweiz bleiben können, bis das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde im Hinblick auf das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Konventionsverletzung geprüft hat.

Das Recht, auch Beschwerden gegen *Dublin-Wegweisungsentscheide* mit Suspensivwirkung auszustatten (Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-Verordnung), hat der eidgenössische Gesetzgeber demgegenüber nicht in Anspruch genommen:

¹⁶³ *Anne Peters/Myriam Jung*, Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II, AJP 2005 994 ff., 963.

¹⁶⁴ Vgl. den Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin (AS 2008 447 ff., 457; BBl 2004 S. 7149 ff., 7159). Der Bundesbeschluss ist vom Volk am 5. Juni 2005 angenommen worden; der Bundesrat bestimmt den Zeitpunkt der Inkraftsetzung der geänderten Artikel (Art. 4 Abs. 2), vgl. AS 2008 447 ff., 478 f.).

¹⁶⁵ Siehe zu den Fristen hinten Ziff. D.II.5.

Nach Art. 64a Abs. 2 AuG¹⁶⁶ haben Beschwerden gegen Wegweisungen aufgrund der Bestimmungen der Dublin-Assoziierungsabkommen keine aufschiebende Wirkung¹⁶⁷. Diese Regelung ist jedenfalls dann nicht haltbar, wenn begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung der EMRK bzw. der Flüchtlingskonvention im Fall einer Rückweisung in einen Drittstaat vorliegen¹⁶⁸.

4) Ausnahmen von der Anfechtbarkeit

Die Möglichkeit, Entscheide des Bundesamtes für Migration in umfassender Weise gerichtlich überprüfen zu lassen, gilt nicht absolut. Zum einen sieht beispielsweise Art. 69 Abs. 2 letzter Satz AsylG vor, dass der Entscheid über die Gewährung vorübergehenden Schutzes nicht angefochten werden kann. Zum andern können bestimmte Beschwerdesachen nur unvollständig überprüft werden. Art 106 Abs. 2 AsylG enthält bezüglich der zulässigen Beschwerdegründe einen Vorbehalt zugunsten von Art. 27 Abs. 3 AsylG und Art. 68 Abs. 2 AsylG. Gemäss Art. 27 Abs. 3 AsylG kann im Rahmen der Verteilung der Asylsuchenden auf die Kantone der Zuweisungsentscheid des Bundesamtes für Migration nur mit der Begründung angefochten werden, er verletze den *Grundsatz der Einheit der Familie*. Ebenfalls auf diese Rüge beschränkt ist die Beschwerde gegen einen Entscheid des Bun-

¹⁶⁶ Ergänzungen im Rahmen der Umsetzung der Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen, Entwurf, BBl 2007 7979 ff., 7979 f.

¹⁶⁷ Weiterführend Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme des Schengener Grenzkodex (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) und zu den Änderungen im Ausländer- und Asylrecht zur vollständigen Umsetzung des bereits übernommenen Schengen- und Dublin-Besitzstands (Ergänzungen), vom 24. Oktober 2007, BBl 2007 7937 ff., 7956; EJPD/BFM, Genehmigung und Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme des Schengener Grenzkodex (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) und Änderungen im Ausländer- und Asylrecht zur vollständigen Umsetzung des bereits übernommenen Schengen- und Dublin-Besitzstands (Nachbesserung), Erläuternder Bericht, S. 18 f.

¹⁶⁸ Gl.M. die Minderheit der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (vgl. Sommersession 2008 II Nationalrat, 07.083 Schengener Grenzkodex. Änderungen im Ausländer- und Asylrecht: Antrag der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, vom 10. April 2008, zu Art. 64a Abs. 2 AuG). – Vgl. auch EGMR-E vom 7. März 2000 in Sachen T.I. gegen Vereinigtes Königreich, Appl. No. 43844/98, sowie die vorne in Anm. 105 erwähnte Strassburger Rechtsprechung, wonach eine Beschwerde bei geltend gemachter Verletzung von Art. 3 EMRK nur dann wirksam ist, wenn sie aufschiebende Wirkung hat.

desamtes über die Gewährung vorübergehenden Schutzes an Schutzbedürftige im Ausland (Art. 68 Abs. 2 AsylG). Die Beschränkung der zulässigen Rügegründe hat eine Beschränkung des Rechtsschutzes zur Folge. Kann der Betroffene keinen der zulässigen Rügegründe (Verletzung der Einheit der Familie) für sich geltend machen, entfällt auch die Anfechtungsmöglichkeit, und der Entscheid des Bundesamtes für Migration erwächst in Rechtskraft¹⁶⁹.

Mit der Rüge der Verletzung der Einheit der Familie wollte der Gesetzgeber offensichtlich der Tatsache Rechnung tragen, dass sowohl der Zuweisungsentscheid als auch der Entscheid über die vorläufige Aufnahme das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen können und Art. 13 EMRK jeder Person, die in vertraglich anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, ein Recht auf eine wirksame Beschwerde gewährleistet¹⁷⁰. Indem der Gesetzgeber in diesen Bereichen die Beschwerde nicht generell ausschliesst, sondern die Rüge zulässt, der Grundsatz der Einheit der Familie sei verletzt, werden zumindest die minimalen Anforderungen des Völkerrechts erfüllt. Die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die zwingenden Anforderungen des Völkerrechts greift jedoch zu kurz: Mit Inkrafttreten der *Rechtsweggarantie* genügen Art. 27 Abs. 3 und Art. 68 Abs. 2 AsylG den Vorgaben des übergeordneten Verfassungsrechts nicht mehr, gewährleistet Art. 29a BV doch einen grundrechtlichen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde, die sowohl Rechts- als auch Sachverhaltsfragen frei prüfen kann.

Der Entscheid über die Zuweisung eines Asylsuchenden an einen Kanton gehört materiell nicht zum Kreis jener Fälle, welche eine Ausnahme von der gerichtlichen Beurteilung im Sinne von Art. 29a Satz 2 BV rechtfertigen¹⁷¹. Gleiches gilt für den Entscheid über die Gewährung des vorübergehenden Schutzes an Gruppen oder Einzelpersonen durch das Bundesamt für Migration. Um einen *politischen Entscheid*, der nicht zwingend einer richterlichen Kontrolle bedarf, handelt es sich lediglich beim Grundsatzentscheid¹⁷² des Bundesrates über den vorübergehenden Schutz¹⁷³. Beim Entscheid des Bundesamtes für Migration über die Frage, welche Personen im Einzelfall die vom Bundesrat festgelegten Kriterien zur Gewährung des vorübergehenden

¹⁶⁹ Zur gleich gelagerten Problematik bezüglich Rechtsschutz beim Kantonswechsel von vorläufig Aufgenommenen gemäss Art. 85 Abs. 3 und 4 AuG, vgl. *Regina Kiener/Mathias Kuhn*, Rechtsschutz im Ausländerrecht, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2005/2006 91 ff., 101 f.

¹⁷⁰ Vgl. zu diesem Grundsatz vorne C.I.2.

¹⁷¹ Vgl. zum Kreis dieser Ausnahmen vorne B.II.1.

¹⁷² Art. 66 AsylG.

¹⁷³ Dazu *Walter Kälin/Nina Schrepfer*, *Vorübergehender Schutz in der Schweiz und der Europäischen Union* (in diesem Band).

Schutzes erfüllen, handelt es sich dagegen nicht um eine politische Angelegenheit. Dass solche Entscheide einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sind, zeigt sich ohne Weiteres durch die vom Gesetzgeber anerkannte Anfechtungsmöglichkeit mit der Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie.

Im Ergebnis erweisen sich Art. 27 Abs. 3, Art. 68 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 2 AsylG als *verfassungswidrig*. Eine verfassungskonforme Auslegung ist aufgrund des klaren Wortlauts kaum möglich, eine Aufhebung der Normen im gerichtlichen Verfahren scheitert am verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Gebot der Anwendung auch verfassungswidriger Bundesgesetze (Art. 191 BV). Den verfassungskonformen Zustand kann einzig der Gesetzgeber herstellen. Die jüngste Revision des Asylgesetzes hätte Gelegenheit dazu gegeben.

Fraglich ist, ob die Beschränkung der Beschwerde über Entscheide betreffend Kantonszuweisung von Asylsuchenden im Widerspruch zu den entsprechenden Regelungen der Europäischen Union steht. Art. 21 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie sieht lediglich vor, dass gegen Entscheide gemäss Art. 7 der Richtlinie (Wohnsitz und Bewegungsfreiheit) ein Rechtsmittel nach den in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Verfahren eingelegt werden kann. Zumindest in letzter Instanz muss zudem die Möglichkeit bestehen, ein Gericht anrufen zu können. Die Regelung lässt also offen, ob eine Beschränkung der gerichtlichen Prüfungsbefugnis auf spezifische Rechtsfragen, wie den Grundsatz der Einheit der Familie, zulässig ist. Ebenso wenig steht Art. 68 Abs. 2 AsylG in einem offensichtlichen Widerspruch zur Gesetzgebung der Europäischen Union. Art. 29 der Richtlinie 2001/55/EG¹⁷⁴ sieht lediglich vor, dass Personen, die von einem Mitgliedstaat vom vorübergehenden Schutz oder von der Familienzusammenführung ausgeschlossen worden sind, berechtigt sind, im betreffenden Mitgliedstaat Rechtsbehelfe einzulegen. Minimalanforderungen über die inhaltliche Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsmittel enthält die Richtlinie nicht¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Massnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten; ABl. 2001 L 212/12.

¹⁷⁵ Vgl. dazu den Beitrag von *Walter Kälin/Nina Schrepfer* (Anm. 173).

5) Beschneidung des Rechtsschutzes durch restriktive Fristen

a) Das Problem

Im Rechtsgang sind prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens und die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Werden für ein Verfahren aber rigorose Formvorschriften aufgestellt, ohne dass dafür ein schutzwürdiges Interesse besteht, oder wird die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise verhindert oder auch nur erschwert, liegt *überspitzter Formalismus* als besondere Form der Rechtsverweigerung vor¹⁷⁶. Neben dem Anspruch auf ein faires Verfahren und dem Verbot der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) können auch die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und der völkerrechtlich gewährleistete Anspruch auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II) durch überspitzte formalistische Formvorschriften verletzt werden¹⁷⁷. Insbesondere bei kurzen Anfechtungsfristen stellt sich die Frage, ob die normativ gewährleistete Beschwerdemöglichkeit in der Lebenswirklichkeit auch faktisch wahrgenommen werden kann, oder ob den Rechtsuchenden nicht unzumutbar hohe Hürden beim Justizzugang errichtet werden¹⁷⁸.

b) Rechtsmittelfristen

Die Regelung der Rechtsmittelfristen im Asylrecht unterscheidet sich teilweise erheblich von der allgemeinen Ordnung im öffentlichen Verfahrensrecht und erweist sich im Einzelnen als komplex:

Beschwerden gegen Verfügungen des Bundesamtes für Migration sind gemäss Art. 108 Abs. 1 AsylG im Grundsatz innerhalb von 30 Tagen mit Beschwerde anfechtbar. Dies entspricht der in Art. 50 Abs. 1 VwVG geregelten, ordentlichen Beschwerdefrist in Verfahren der Bundesverwaltungsrechtspflege¹⁷⁹. Für die Anfechtung von *Zwischenverfügungen* gilt im Asylrecht neu eine Beschwerdefrist von 10 Tagen¹⁸⁰. Damit weicht das Asylgesetz von der allgemeinen Regelung ab, wie sie für verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren und namentlich auch für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

¹⁷⁶ Vgl. BGE 112 Ia 305 E. 2a S. 308; dazu auch vorne B.II.2.

¹⁷⁷ Vgl. dazu vorne C.I.2.

¹⁷⁸ Dies gilt im Übrigen nicht nur für Rechtsmittel-, sondern auch für Verfahrensfristen, vgl. Art. 110 AsylG.

¹⁷⁹ Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6904. Vgl. auch Art. 100 Abs. 1 BGG für Verfahren vor Bundesgericht.

¹⁸⁰ Art. 108 Abs. 1 AsylG.

gilt¹⁸¹. Bei der Beschwerde gegen *Nichteintretensentscheide* und bei Asyldentscheiden, die am Flughafen getroffen werden, beträgt die Beschwerdefrist nach Massgabe von Art. 108 Abs. 2 AsylG fünf Arbeitstage. Gegen die vorläufige *Verweigerung der Einreise am Flughafen* (Art. 22 Abs. 2 AsylG¹⁸²) kann bis zum Zeitpunkt der Eröffnung eines Asyldentscheids am Flughafen Beschwerde erhoben werden (Art. 108 Abs. 3 AsylG). Jederzeit mittels Beschwerde anfechtbar ist die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der *Zuweisung eines Aufenthaltsortes am Flughafen* oder an einem anderen geeigneten Ort und die *Anordnung der Haft* nach Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 AuG (Art. 108 Abs. 4 AsylG)¹⁸³.

Vor dem Hintergrund des menschenrechtlichen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz erscheint insbesondere die in der Schweiz für Nichteintretensentscheide und Entscheide am Flughafen vorgesehene *fünfstägige Beschwerdefrist* (Art. 108 Abs. 2 AsylG)¹⁸⁴ problematisch. Nun enthalten weder die einschlägigen verfassungs- noch die völkerrechtlichen Verfahrensgarantien Regelungen über die minimale Dauer der Rechtsmittelfristen. Auch die Verfahrensrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich, die Fristen und sonstigen Vorschriften so festzulegen, dass der Antragsteller sein *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf* wahrnehmen kann¹⁸⁵. Dass das internationale Recht keine Minimalfristen kennt, erstaunt nicht, hängt doch massgeblich von der Komplexität des Verfahrens und der konkreten Lebenssituation der Rechtsuchenden ab, ob eine Beschwerdefrist ausreicht, um den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen an den Rechtsschutz gerecht zu werden.

Mit Blick auf die Zielsetzungen der verfassungs- und menschenrechtlich verbürgten Rechtsweggarantien, der Verfahrensrichtlinie und – konkreter –

¹⁸¹ Gemäss Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und 45 f. VwVG bzw. Art. 37 VGG (für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht) gilt für die Beschwerde gegen Zwischenverfügungen die allgemeine 30-tägige Beschwerdefrist, vgl. Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 22), 4409.

¹⁸² Neufassung durch die Ergänzungen im Rahmen der Umsetzung der Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen, Entwurf, vgl. BBl 2007 7979 ff., 7984 f.

¹⁸³ Mit der jederzeitigen Beschwerdemöglichkeit trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der Festhaltung im Transitbereich des Flughafens um einen Freiheitsentzug i.S.v. Art. 5 EMRK handelt. In diesen Fällen muss das Recht, jederzeit ein Gericht anrufen zu können (Art. 31 BV, Art. 5 EMRK), gewährleistet werden, vgl. BGE 123 II 193 sowie Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6904.

¹⁸⁴ Nach Art. 53 AsylV 1 gelten bei der Berechnung der Frist für Beschwerden nach Art. 108 Abs. 2 AsylG Samstage, Sonntage, Feiertage des Bundes sowie nach kantonalem Recht am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung anerkannte Feiertage nicht als Arbeitstage.

¹⁸⁵ Art. 39 Abs. 2 Verfahrensrichtlinie; vgl. dazu vorne C.II.1.a.

auf das verfassungsrechtlich gesicherte und durch die Rechtsprechung präzierte Verbot des überspitzten Formalismus¹⁸⁶ sind Rechtsmittelfristen so zu bemessen, dass den Rechtsuchenden der Zugang zur Beschwerdeinstanz nicht verunmöglicht oder erheblich erschwert wird. Kurze Fristen müssen dem Beschwerdeführer nicht nur subjektiv zumutbar, sondern auch durch objektive Gründe gerechtfertigt sein. So können kurze Fristen der Rechtssicherheit dienen, das Verfahren beschleunigen und damit auch die Verfahrenskosten senken.

Im Asylverfahren ist der besonderen Situation der Asylsuchenden Rechnung zu tragen. Sie sind in der Regel nicht rechtskundig, sprechen keine Amtssprache¹⁸⁷ und haben häufig eine physisch und psychisch belastende Flucht hinter sich und sind deshalb möglicherweise nicht immer in der Lage, nach einem negativen erstinstanzlichen Entscheid die notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob sich kurze Fristen im Asylverfahren hinreichend rechtfertigen lassen. Das Argument, rasche Verfahren dienen der Rechtssicherheit, wird jedenfalls dann strapaziert, wenn so der – verfassungsrechtlich garantierte – Verfahrenszugang für die Rechtsuchenden und die Rechtsfindung übermässig erschwert werden. Auch die mit kurzen Fristen und raschen Verfahren allenfalls verbundenen finanziellen Vorteile fallen vor dem Hintergrund der in Frage stehenden Individualinteressen und der bedrohten Schutzgüter – namentlich dem Gebot des Non-Refoulement¹⁸⁸ – nicht ins Gewicht. Eine Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen scheint deshalb für Entscheide am Flughafen, aber auch für Nichteintretensentscheide zu knapp bemessen zu sein.

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Seitenblick auf die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung zu Vereinbarkeit von prozessualen Fristen mit der Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)¹⁸⁹. Sie lässt sich wie folgt zusammenfassen und interpretieren: «Die Fristen dürfen [...] nicht zu *kurz* bemessen sein. Sie müssen dem Rechtsschutzsuchenden Zeit geben, sich die Sache zu überlegen, gegebenenfalls Rechtsrat einzuholen und die Einlegung eines Rechtsmittels technisch in die Wege zu leiten. Feste Zeitangaben lassen sich von Verfassungen wegen nicht machen. In der Regel dürfte aber eine *Wochenfrist*¹⁹⁰ das Minimum sein.»¹⁹¹ In Anwendung dieser

¹⁸⁶ Vgl. dazu vorne B.II.2.

¹⁸⁷ Vgl. dazu den Beitrag von Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger, Seite 214 f. (in diesem Band).

¹⁸⁸ Vgl. dazu den Beitrag von Patricia Petermann/Christine Kaufmann, Die subsidiäre Schutzform, S. 69 ff., S. 78 (in diesem Band).

¹⁸⁹ Dazu ausführlich Walter Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, Gutachten zuhanden UNHCR, Asyl 4/01 3 ff., 10.

¹⁹⁰ Hervorhebung durch die Verfasser.

Grundsätze ist das deutsche Bundesverfassungsgericht 1996 in einem Urteil betreffend das Flughafenverfahren nach deutschem Recht zur Ansicht gelangt, dass eine Regelung, welche bei negativem Verfahrensausgang am Flughafen verlangt, dass ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz innert drei Tagen gestellt und begründet werde, die Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Die verfassungsmässige Garantie eines effektiven Rechtsschutzes verlange, dass der «nicht anwaltlich vertretene Antragsteller [...] Gelegenheit erhalten [muss], asylrechtskundige Beratung in Anspruch zu nehmen, um die Erfolgsaussichten einer etwaigen Beschreitung des Rechtsweges beurteilen zu können»; für «die Begründung des innerhalb von drei Tagen zu stellenden Eilantrages an das Verwaltungsgericht muss jedenfalls ein Zeitraum von weiteren vier Tagen ab Zustellung der behördlichen Entscheidungen zur Verfügung stehen.»¹⁹² Die Begründung des Gerichts lautete: «Effektiver Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte (Art. 19 Abs. 4 GG) verlangt im Flughafenverfahren Vorkehrungen des Bundesamtes und der Grenzschutzbehörden, dass die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes nicht durch die obwaltenden Umstände (insbesondere Abgeschlossenheit des asylsuchenden Ausländers im Transitbereich, besonders kurze Fristen, Sprachunkundigkeit) unzumutbar erschwert oder gar vereitelt wird.»¹⁹³

Regelt das Gesetz den Beginn der Rechtsmittelfrist nicht ausdrücklich, erfordert eine verfassungskonforme Auslegung zudem, dass im Zweifelsfall der Fristenlauf so berechnet wird, dass eine wirksame Beschwerde möglich ist. Bei Verfügungen des Bundesamtes für Migration, die eine unbegleitete minderjährige Person betreffen, hat sich bislang die Frage gestellt, ob die Frist mit Zustellung an die Vertrauensperson oder aber erst dann zu laufen beginnt, wenn die Verfügung der unbegleiteten minderjährigen Person selbst zur Kenntnis gebracht worden ist. Solange hier weder das Gesetz noch die Verordnung eine klare Antwort gegeben haben, war im Zweifelsfall zugunsten der für den Betroffenen günstigeren Variante zu entscheiden. Diese Deutung ist mit dem am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 53 a AsylV 1¹⁹⁴ nun Buchstabe geworden: Danach ist die erstinstanzliche Verfügung der minderjährigen Person sowie der Vertrauensperson zu eröffnen (Satz 1); die Beschwerdefrist beginnt an dem auf die spätere Eröffnung dieser Verfügung folgenden Tag zu laufen (Satz 2).

Im Übrigen sind kurze Rechtsmittelfristen durch prozedurale Vorkehren zu kompensieren. Besondere Bedeutung erlangt im Zusammenhang das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) und damit die sprachliche

¹⁹¹ Eberhard Schmidt-Assmann, Rz. 235 zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt-Sammlung, Lieferung 242, Januar 1985 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁹² BVerfGE 94, 166, Leitsatz 4 und 205 ff.

¹⁹³ BVerfGE 94, 166 (206).

¹⁹⁴ Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen, vom 11. August 1999 (Asylverordnung 1); SR 142.311.

und namentlich auch die rechtliche Unterstützung der Betroffenen. Mit anderen Worten: Kurze Beschwerdefristen lassen sich aus einer grund- und menschenrechtlichen Optik nur rechtfertigen, wenn der Zugang zu einem Übersetzungsdienst und zur Rechtsberatung gewährleistet ist¹⁹⁵.

In der Schweiz fehlt eine gesetzliche Regelung, welche die Behörden verpflichtet, erstinstanzliche Entscheide und Verfügungen in einer der asylsuchenden Person verständlichen Sprache zu eröffnen. Mit Blick auf Art. 10 Abs. 1 Bst. e der Verfahrensrichtlinie¹⁹⁶ sollten die Betroffenen zumindest mündlich in einer Sprache, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, über den Inhalt der behördlichen Anordnung und über mögliche Rechtsbehelfe orientiert werden, wenn sie nicht rechtlich vertreten sind.

c) *Behandlungsfristen*

Art. 109 AsylG verpflichtet das Bundesverwaltungsgericht, asylrechtliche Beschwerden innerhalb bestimmter Fristen zu erledigen. Beschwerden gegen Verfügungen über Nichteintretensentscheide sind in der Regel innerhalb von sechs Wochen zu erledigen (Abs. 1); wird kein Schriftenwechsel durchgeführt und sind keine weiteren Prozesshandlungen erforderlich, so hat das Gericht über die am Flughafen getroffenen erstinstanzlichen Entscheide und über Nichteintretensentscheide innert fünf Arbeitstagen zu entscheiden (Abs. 2); über Beschwerden gegen Verfügungen, die einen Freiheitsentzug zur Folge haben, muss das Gericht unverzüglich entscheiden (Abs. 3); über Rechtsmittel gegen materielle Asylentscheide des Bundesamtes, bei denen weitere Abklärungen getroffen werden müssen, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Regel innerhalb von zwei Monaten (Abs. 4).

Behandlungsfristen sind keine Eigenart des Schweizer Asylverfahrens. Auch Art. 39 Abs. 4 der Verfahrensrichtlinie berechtigt die Mitgliedstaaten der EU, für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz spezielle Behandlungsfristen vorzusehen. Kurze Behandlungsfristen dienen der Beschleunigung des Verfahrens und der Sicherstellung verfassungsmässiger Rechte – zumindest, wenn es um die unverzügliche Beurteilung der Rechtmässigkeit von Eingriffen in die Rechtsstellung Asylsuchender geht. Knapp bemessene Behandlungsfristen tragen indessen die Gefahr in sich, dass die Sorgfalt bei der Be-

handlung der Eingaben beeinträchtigt und so das Recht der Asylsuchenden auf eine wirksame Beschwerde und ihr Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt werden.

Vor diesem Hintergrund sind Behandlungsfristen flexibel zu handhaben: Entscheide sind innerhalb einer der Komplexität des konkreten Falles angemessenen Frist zu fällen. Dieser Grundsatz kann im Interesse der Rechtsuchenden dazu führen, dass die rechtsanwendenden Behörden nötigenfalls die gesetzlich vorgegebene Frist überschreiten. Entsprechend verpflichtet der Gesetzgeber das Bundesverwaltungsgericht nur dann zur strikten Einhaltung der vorgegebenen Frist, wenn aufgrund der klaren Ausgangslage auf einen *Schriftenwechsel* verzichtet wird und keine weiteren Prozesshandlungen erforderlich sind¹⁹⁷ oder die kurzen Behandlungsfristen der von einem Freiheitsentzug betroffenen Person dienen¹⁹⁸. In den anderen Fällen wird dem Fairnessgedanken insoweit Rechnung getragen, als Fristen zur Behandlung einer Beschwerde nicht absolut, sondern «in der Regel» einzuhalten sind¹⁹⁹.

III. Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung

1) Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung

Verschiedene Bestimmungen des AsylG weisen darauf hin, dass sich Asylsuchende während des Asylverfahrens vertreten lassen dürfen. Gemäss Art. 29 Abs. 2 AsylG können sich die Asylsuchenden bei der Anhörung zu den Asylgründen von einer Vertreterin oder einem Vertreter und einer Dolmetscherin oder einem Dolmetscher ihrer Wahl, die selber nicht Asylsuchende sind, begleiten lassen. Zudem bestimmt das nach Art. 6 AsylG anwendbare Verwaltungsverfahrensgesetz in Artikel 11, dass sich die Partei *auf jeder Stufe des Verfahrens*, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, vertreten oder, soweit die Dringlichkeit einer amtlichen Untersuchung es nicht ausschliesst, verbeistanden lassen kann. Schliesslich enthält Art. 17 Abs. 4 AsylG eine Delegationsnorm, mit welcher der Bundesrat zum Erlass einer Regelung über den Zugang zur Rechtsberatung und Vertretung in den Empfangsstellen und Flughäfen ermächtigt wird (vgl. Art. 7a AsylV 1).

¹⁹⁵ Dazu nachfolgend Ziff. III.

¹⁹⁶ Asylbewerber sind nach Art. 10 Abs. 1 Bst. e der Verfahrensrichtlinie von der Asylbehörde in einer Sprache über das Ergebnis der Entscheidung zu unterrichten, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, sofern sie nicht von einem Rechtsanwalt oder sonstigen Rechtsberater vertreten werden und keine kostenlose Rechtsberatung zur Verfügung steht. Die Mitteilung muss auch Informationen über mögliche Rechtsbehelfe bei einer ablehnenden Entscheidung enthalten.

¹⁹⁷ Art. 109 Abs. 2 AsylG. Der Entscheid, ob ein weiterer Schriftenwechsel erforderlich ist, liegt im Ermessen der rechtsanwendenden Behörde und ist durch den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit verfassungsrechtlich geschützt.

¹⁹⁸ Art. 109 Abs. 3 AsylG.

¹⁹⁹ Art. 109 Abs. 1 und Abs. 4 AsylG.

Im Ergebnis steht der asylsuchenden Person grundsätzlich auf jeder Stufe des Verfahrens und damit sowohl im erstinstanzlichen Asylverfahren als auch im Beschwerdeverfahren offen, sich vertreten bzw. verbeiständen zu lassen. Bei der Vertreterin bzw. dem Vertreter muss es sich nicht zwingend um einen Juristen oder eine Juristin handeln²⁰⁰. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob der Anspruch auf Vertretung in der *Verfahrenswirklichkeit* von den Asylsuchenden tatsächlich auch wahrgenommen werden kann. Fehlende oder beschränkte finanzielle Mittel mögen durch die Unentgeltlichkeit der Rechtsvertretung kompensiert werden²⁰¹. Die wirksame Ausübung des Rechts auf Vertretung kann indessen auch dadurch beeinträchtigt sein, dass den Asylsuchenden das *Wissen* um den Anspruch auf einen Beistand fehlt bzw. die Möglichkeit abgeht, mit diesem in *Kontakt* zu treten.

Diese Defizite sind durch behördliche Informationspflichten zu kompensieren. Entsprechende Pflichten der rechtsanwendenden Behörden ergeben sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess (Art. 29 Abs. 1 BV) sowie aus dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte²⁰², denn nur wer über seine Verfahrensrechte informiert ist, kann diese auch tatsächlich wahrnehmen. Eine gesetzliche Verankerung der verfassungsrechtlich gebotenen behördlichen Informationspflicht würde namentlich auch den Vorgaben von Art. 15 Abs. 1 der Verfahrensrichtlinie entsprechen. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass asylsuchende Personen *in wirksamer Weise* einen Rechtsanwalt oder sonstigen nach nationalem Recht zugelassenen oder zulässigen Rechtsberater konsultieren können²⁰³. Das Asylgesetz selber enthält keine Bestimmung, welche die Behörden in allgemeiner Weise zur Information der Asylsuchenden über ihren Anspruch auf Rechtsbeistand verpflichtet. Art. 7 Abs. 2 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich²⁰⁴ sieht zwar vor, dass in den Unterkünften des Bundes Listen mit Adressen von Rechtsberatungsstellen und Rechtsvertretungen frei zugänglich sind. Indessen werden diese Informationen den Asylsuchenden nicht individuell bekannt gemacht, und sie sind allein jenen Personen zugänglich, die sich in einer Unterkunft des Bundes befinden.

Hier scheinen die Ausführungsbestimmungen zu Art. 17 Abs. 4 AsylG Verbesserungen zu bringen. Gemäss Botschaft soll der Bundesrat «für das Verfahren an den Flughäfen und in den Empfangsstellen den *effektiven* [Hervor-

²⁰⁰ Achermann/Hausammann (Anm. 130), 355.

²⁰¹ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.

²⁰² Zu Treu und Glauben im Prozess (Art. 29 Abs. 1 BV) siehe statt anderer Kiener/Kälin (Anm. 3), S. 417 f. Zu Art. 35 Abs. 2 BV s. etwa Schweizer (Anm. 17), Rz. 15 ff.

²⁰³ Vgl. zur Tragweite der Bestimmung vorne C.II.1.b.

²⁰⁴ Verordnung vom 24. November 2007; SR 142.311.23.

hebung durch die Verfasser] Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung regeln»²⁰⁵. Der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Art. 7a AsylV 1 sieht unter der Marginalie «Zugang zu Rechtsberatung und Rechtsvertretung» in Abs. 1 vor, dass das Bundesamt die Asylsuchenden bei Einreichung eines Asylgesuches am Flughafen und in den Empfangsstellen schriftlich oder in anderer geeigneter Weise in einer ihnen verständlichen Sprache über die Möglichkeit *orientiert*, sich verbeiständen zu lassen oder sich an eine Rechtsberatung zu wenden. Gemäss Erläuterndem Bericht des Bundesamtes für Migration²⁰⁶ (nachfolgend Bericht BFM) muss das Bundesamt die Asylsuchenden *neu aktiv* auf die Möglichkeit der Kontaktaufnahme zu einer Rechtsberatung oder Rechtsvertretung aufmerksam machen, was in Form eines in über dreissig Sprachen übersetzten Merkblattes geschehen soll. Indem die Aushändigung protokollarisch festgehalten wird, soll gewährleistet werden, dass alle Asylsuchenden von den Behörden über ihre Rechte informiert wurden²⁰⁷.

Art. 7a Abs. 2 AsylV 1 soll sicherstellen, dass die Kontaktaufnahme mit einer Rechtsanwältin oder einer Rechtsberatungsstelle auch faktisch möglich ist. Die Bestimmung verlangt, dass das Bundesamt den Asylsuchenden am Flughafen und in den Empfangsstellen die *Mittel zur Kontaktaufnahme* mit einer Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zur Verfügung stellt²⁰⁸. Gemäss Bericht BFM müssen diese Mittel (Telefon, Fax, Telefonkarten, Adressen) bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuchs zugänglich sein, und bei der Kontaktaufnahme ist Unterstützung (z.B. durch Zurverfügungstellung eines Übersetzers) zu leisten, wenn die asylsuchende Person nicht in der Lage ist, selber den Kontakt herzustellen²⁰⁹. Besondere Besprechungsräume, Büroräumlichkeiten und entsprechende Infrastruktur stehen den Rechtsvertretern und Rechtsberatern in den Empfangsstellen hingegen nicht zur Verfügung²¹⁰. Gemäss Art. 7a Abs. 3 AsylV 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich wird sowohl in den Empfangs- und Aussenstellen als auch in den Unterkünften an den internationalen Flughäfen der persönliche Kontakt zwi-

²⁰⁵ Botschaft Asylgesetz 2002 (Anm. 126), 6879.

²⁰⁶ Bericht des Bundesamtes für Migration zur Änderung der Asylverordnungen 1, 2 und 3 sowie der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA), siehe: www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/asyl-_und_auslaenderrecht.Par.0028.File.tmp/20070328_ber_VVWA_AsyLV-d.pdf.

²⁰⁷ Zum Ganzen Bericht BFM (Anm. 206), 4 zu Absatz 1.

²⁰⁸ Vgl. auch Art. 7 Abs. 1 Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich.

²⁰⁹ Bericht BFM (Anm. 206), 4 zu Absatz 2.

²¹⁰ Bericht BFM (Anm. 206), 4 zu Absatz 3.

schen der Rechtsvertretung oder Rechtsberatung und ihren Mandanten ermöglicht.

Im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 1 Bst. c der Verfahrensrichtlinie und Art. 14 Abs. 2 Bst. b der Aufnahmerichtlinie wird den Asylsuchenden weder im Asylgesetz noch in den Ausführungsbestimmungen ausdrücklich die Möglichkeit zugesichert, mit dem UNHCR selber oder einer anderen im Auftrag des UNHCR tätigen Organisation in Verbindung treten zu können.

2) Faktische Beschränkung der Verbeiständung und Beratung

Wirksame Verbeiständung setzt voraus, dass der Rechtsbeistand Zugang zum Asylsuchenden und Einsicht in die Verfahrensakten erhält. Ein Blick in die Praxis zeigt indessen, dass diese Ansprüche in verschiedener Hinsicht relativiert werden.

Das *Akteneinsichtsrecht* des Rechtsvertreters ergibt sich aus Art. 26 VwVG. Gemäss heutiger Praxis des Bundesamtes für Migration werden die Akten nur bei Nichteintretensentscheiden ausgehändigt, bei materiellen Entscheiden ist ein förmliches Akteneinsichtsgesuch erforderlich. Die damit einhergehenden Verzögerungen bewirken eine faktische Verkürzung der Beschwerdefrist. Mit Blick auf die Schutzrichtung der Garantie der wirksamen Verbeiständung angemessen erscheint hier die Aushändigung der Verfahrensakten von Amtes wegen, zusammen mit der Eröffnung des Entscheids. Mit Blick auf die kurzen Fristen des Asylverfahrens würde dieses Vorgehen das Akteneinsichtsrecht wirksam gewährleisten, rechtsetzungstechnisch könnte es mittels einer entsprechenden Bestimmung in der AsylV 1 praktikabel umgesetzt werden. Eine entsprechende Änderung drängt sich im Übrigen auch mit Blick auf Art. 14 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie auf²¹¹. Bis dahin sind die Beschränkungen des Anspruchs auf Rechtsvertretung und -beratung durch eine grosszügige Regelung von Erstreckung bzw. Wiederherstellung von Fristen zu kompensieren.

Was den *Zugang zur asylsuchenden Person* betrifft, wird in den Empfangs- und Aussenstellen während den Besuchszeiten der persönliche Kontakt mit einer Rechtsvertreterin oder einem Rechtsvertreter ermöglicht (Art. 7a Abs. 3 AsylV 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich); Art. 7 Abs. 3 der Verordnung des

²¹¹ Nach Art. 14 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie haben die EU-Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass ein Antragsteller rechtzeitig Zugang zu dem Bericht über die persönliche Anhörung hat. Wird der Zugang erst nach der Entscheidung der Asylbehörde gewährt, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Zugang so frühzeitig ermöglicht wird, dass fristgerecht ein Rechtsbehelf vorbereitet und eingelegt werden kann.

EJPD sieht vor, dass Mitteilungen von Rechtsvertreterinnen und -vertretern an die Asylsuchenden weitergeleitet werden. Auch in den Unterkünften an den internationalen Flughäfen wird der persönliche Kontakt zwischen der Rechtsvertretung oder -beratung und ihrer Mandantin ermöglicht (Art. 7a Abs. 3 AsylV 1 i.V.m. Art. 16 Abs. 2 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich). Auf den ersten Blick scheinen diese Gewährleistungen den Vorgaben des übergeordneten Rechts und auch den Anforderungen von Art. 16 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie zu entsprechen²¹². Eine erste Beschränkung des Zugangs zu Rechtsberatung und -vertretung liegt indessen in der restriktiven *Zutrittsregelung*: Die Gewährleistung des persönlichen Kontakts beschränkt sich auf bereits mandatierte (und entsprechend bevollmächtigte) Rechtsvertreter. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut von Art. 7a Abs. 3 AsylV 1 sowie von Art. 9 Abs. 2 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich, sondern entspricht auch der altrechtlichen Praxis²¹³. Indessen sind erfahrungsgemäss nur die wenigsten Asylsuchenden schon zu Beginn des Asylverfahrens vertreten, weshalb sich eine entsprechende Beschränkung nicht rechtfertigen lässt. Ein niederschwelliger Zugang zur Rechtsberatung, welche auch die Chancen eines Asylgesuchs thematisiert, würde vermutlichweise die Akzeptanz in den Ausgang des Asylverfahrens stärken und könnte in aussichtslosen Fällen zur freiwilligen Ausreise motivieren. Erneut ist festzuhalten, dass die völker- und verfassungsrechtlichen Garantien den Asylsuchenden einen effektiven Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung gewährleisten. Zur Sicherstellung dieser Garantien sollten zumindest akkreditierte Rechtsberaterinnen und Rechtsberater während der Öffnungszeiten in den Empfangsstellen Rechtsberatungen *anbieten* dürfen²¹⁴. Mit der Akkreditierung der Rechtsberatungen wäre sichergestellt, dass das Bundesamt für Migration die Kontrolle über die Empfangsstellen behält und nur qualifizierte Rechtsberatung angeboten wird. Eine Beschränkung auf akkreditierte Rechtsberater stünde jedenfalls in Einklang mit Art. 15 Abs. 3 Bst. c der Verfahrensrichtlinie.

Eine weitere faktische Beeinträchtigung des Anspruchs auf Rechtsvertretung und -beratung liegt in der *restriktiven Ausgangsregelung*: Der Besuch einer Beratungsstelle oder der ungestörte Kontakt zum Rechtsvertreter kann einen Ausgang erfordern, umso mehr, als Büroräumlichkeiten in den Empfangsstel-

²¹² S. oben C.II.1.c.

²¹³ Betr. Praxis zu Art. 10 Abs. 2 Empfangsstellenverordnung (Verordnung des EJPD zum Betrieb von Empfangsstellen, vom 14. März 2001, SR 142.311.23; abgelöst durch die Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich) s. *Susanne Bolz*, Wie EU-kompatibel ist das Schweizer Asylrecht?, ASYL 1/05, 10 f.

²¹⁴ S. auch Art. 21 Abs. 1 Verfahrensrichtlinie zur Rolle des UNHCR.

len und Flughäfen nicht zur Verfügung stehen. Nach der asylrechtlichen Regelung sind Ausgänge indessen bewilligungspflichtig und nur zu den in Art. 11 Abs. 2 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich vorgesehenen Zeiten möglich. Immerhin sollte der Besuch einer Rechtsberatungsstelle oder eines Anwaltes für die Erteilung einer Ausgangsbewilligung genügen.²¹⁵ Der Ausgang kann faktisch auch daran scheitern, dass sich der Asylsuchende die *Transportkosten* zur Beratungsstelle bzw. zum Büro der Rechtsvertreterin nicht leisten kann²¹⁶. In Umsetzung der Garantien effektiven Zugangs zu Rechtsberatung und -vertretung haben die Behörden dafür zu sorgen, dass bereits vor einer Entscheidung über die Zusage der unentgeltlichen Verbeiständung die faktischen Voraussetzungen geschaffen werden, einen Anwalt aufsuchen zu können. Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 7a Abs. 2 AsylV 1 hat zur Folge, dass auch allfällige Reisekosten zu den Mitteln gezahlt werden, welche den Asylsuchenden zur Kontaktaufnahme mit einer Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zur Verfügung zu stellen sind.

Die Wahrnehmung der rechtlich zugesicherten Vertretungsrechte wird schliesslich auch durch die teilweise sehr kurzen, von den ordentlichen Verfahrensvorschriften abweichenden *Fristen* des Asylgesetzes beeinträchtigt. Bei einer Nichteintretensentscheidung oder im Rahmen eines Flughafenverfahrens beträgt die Frist zur Einreichung der Beschwerde lediglich fünf Arbeitstage²¹⁷. Die ohnehin knapp bemessene Beschwerdefrist beginnt selbst dann ab Mitteilung an die Asylsuchenden zu laufen, wenn diese einen Anwalt oder eine Anwältin mandatiert haben²¹⁸. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass Rechtsanwältinnen und -anwälte erst unmittelbar vor oder sogar erst nach Ablauf der Beschwerdefrist vom erstinstanzlichen Entscheid erfahren.

3) Unentgeltlichkeit

Die meisten Asylsuchenden sind mittellos und können diesen Zustand aufgrund des Arbeitsverbots²¹⁹ nicht aus eigenen Kräften ändern. Die Bundesverfassung gewährleistet mittellosen Menschen ein Recht auf unent-

²¹⁵ Vgl. auch Art. 12 Abs. 1 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich e contrario.

²¹⁶ S. etwa Motion 01.3449 Mugny Patrice vom 19. September 2001.

²¹⁷ Art. 108 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 53 AsylV 1; siehe dazu vorne Ziff. D.II.5.

²¹⁸ Art. 13 Abs. 3 AsylG, wonach Art. 11 Abs. 3 VwVG keine Anwendung findet.

²¹⁹ Art. 43 Abs. 1 AsylG, wonach während der ersten drei Monate nach dem Einreichen eines Asylgesuchs Asylsuchende grundsätzlich keine Erwerbstätigkeit ausüben dürfen.

geltliche Verbeiständung, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint und die Verbeiständung notwendig ist (Art. 29 Abs. 3 BV)²²⁰. Das im Asylverfahren anwendbare VwVG sieht bei gegebenen Voraussetzungen lediglich für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren die unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung vor (Art. 65 Abs. 2 VwVG). Nach der Rechtsprechung wird ein entsprechender Anspruch aber grundsätzlich auch im *erstinstanzlichen* Asylverfahren anerkannt²²¹. Damit geht die schweizerische Praxis weiter als Art. 15 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie, welche die Mitgliedstaaten der EU lediglich im Beschwerdeverfahren zur Einrichtung einer kostenlosen Rechtsberatung bzw. Rechtsvertretung verpflichtet.

Die Rechtsprechung der ehemaligen Asylrekurskommission zeigt jedoch, dass die amtliche Verbeiständung im erstinstanzlichen Verfahren nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen bejaht wird²²². Besonders hohe Anforderungen werden an das Kriterium der Notwendigkeit einer Verbeiständung geknüpft²²³. Nach Auffassung der ARK ist der Beizug eines professionellen Rechtsvertreters kaum je erforderlich, weil das Asylverfahren vom Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen beherrscht ist. Eine möglicherweise fehlende Unparteilichkeit der erstinstanzlichen Behörde werde zudem durch die gemäss Art. 30 AsylG vorgesehene Teilnahme der Hilfswerksvertretung bei der Anhörung des Asylsuchenden und durch die zahlreich bestehenden Beratungsstellen der Hilfswerke kompensiert²²⁴.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Die Asylrekurskommission anerkennt zwar die «erhebliche Tragweite» des Asylverfahrens, zieht daraus aber nicht die richtige Schlussfolgerung. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition des Betroffenen einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gemäss Bundesgericht zwingend geboten²²⁵. Das Asylverfahren hat für die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller elementare Bedeutung. Unter Umständen wird darüber entschieden, ob sie in der Schweiz bleiben oder in ein Land abgeschoben werden, wo sie in elementaren Schutzgütern gefährdet sind. Die Notwendigkeit der anwaltlichen Verbeiständung dürfte im erstinstanzlichen Asylverfahren deshalb grundsätz-

²²⁰ Vgl. dazu vorne B.III.2.

²²¹ S. vorne B.III.2; Entscheidungen und Mitteilungen der ARK, EMARK 2001/11 E. 4b/bb S. 82 f., 2004/9 E. 3a S. 60.

²²² *Susanne Bolz*, Die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission im Jahr 2004 und im 1. Halbjahr 2005, in: Jahrbuch für Migrationsrecht (Anm. 212), 186; *dies.* (Anm. 213), 11.

²²³ EMARK 2001/11 E. 6 S. 84 ff., 2004/9 E. 3 S. 60 f.

²²⁴ EMARK 2001/11 E. 6b/bb S. 87, 2004/9 E. 3b S. 60 f.

²²⁵ Vgl. *Seiler* (Anm. 33), Art. 64 Rz. 29.

lich gegeben sein²²⁶. Daran ändert auch nichts, dass im Asylverfahren die *Untersuchungsmaxime* gilt, denn die Verfahrensgrundrechte der Betroffenen gelten auch hier; angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit der Betroffenen kann die Gewährleistung der Verfahrensgrundrechte (namentlich: das rechtliche Gehör) im besonderen Mass nach Mitwirkung eines Anwalts oder einer Anwältin verlangen. Auch vermag der Untersuchungsgrundsatz allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern²²⁷, und die Unabhängigkeit der Verwaltungsbehörden wird überschätzt, wenn im Verwaltungsverfahren strengere Anforderungen für die Notwendigkeit einer Verbeiständung gelten²²⁸. Kein Argument gegen die Notwendigkeit der Verbeiständung ist auch die Anwesenheit von Vertretern der Hilfswerke und die Möglichkeit, sich von Hilfswerken beraten zu lassen. Art. 30 Abs. 4 AsylG hält ausdrücklich fest, dass den Vertreterinnen und Vertretern der Hilfswerke keine Parteirechte zukommen. Abgesehen davon ist es die Aufgabe der Behörden und nicht jene privater Hilfswerke, für ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren zu sorgen. Die Behörden haben die Asylsuchenden auf ihre Rechte aufmerksam zu machen und ihnen auf Antrag hin einen amtlichen Vertreter bzw. eine Vertreterin zur Seite zu stellen.

Asylentscheide betreffen in der Regel zentrale Rechtsgüter wie Leib, Leben, Freiheit. Die meisten Asylsuchenden sind keiner Amtssprache mächtig, sind mit dem Schweizerischen Rechts- und insbesondere dem Rechtsmittelsystem nicht vertraut und zudem mittellos. Aufgrund der kurzen Verfahrensfristen drohen ihnen bedeutende Rechtsverluste, die überdies mit Freiheitsbeschränkungen verbunden sein können. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass der Zugang zu Rechtsberatung und Rechtsvertretung besonders während des Aufenthalts in einer Empfangsstelle und erst recht in der Flughafentransitzzone faktisch eingeschränkt ist, sind besondere staatliche Anstrengungen notwendig, die es den Asylsuchenden auch unter erschwerten Umständen ermöglichen, ihr Recht auf eine wirksame Beschwerde und ihren Anspruch auf (unentgeltliche) Rechtsvertretung wahrzunehmen. Verbesserungen der bestehenden Defizite könnten durch weitere Anpassungen der AsylV 1 sowie durch Änderungen der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich auch unter dem geltenden Asylgesetz realisiert werden.

²²⁶ BGE 130 I 180 E. 2.2 S. 182; vgl. auch BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 232 und 125 V 32 E. 4b S. 35 f.

²²⁷ BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183.

²²⁸ BGE 112 Ia 14 E. 3b S. 16 f.

E. Fazit

Werden die schweizerischen asylrechtlichen Regelungen im Bereich des Rechtsschutzes und des Zugangs zu Rechtsberatung und Rechtsvertretung vor dem Hintergrund der verbindlichen menschenrechtlichen Schutzbestimmungen und mit Blick auf die entsprechenden Normen des EU-Gemeinschaftsrechts gewürdigt, entsteht ein zwiespältiger Eindruck. Positiv zu erwähnen ist, dass Anordnungen und Entscheide der erstinstanzlich verfügenden Asylbehörden grundsätzlich beim Bundesverwaltungsgericht, einer richterlichen Instanz mit umfassender Überprüfungsbefugnis, angefochten werden können. Nicht verständlich ist, dass in einzelnen Fällen nur der Grundsatz der Einheit der Familie mit Beschwerde gerügt werden kann. Diese Beschränkung beeinträchtigt zwar den durch die EMRK und den UNO-Pakt II gesicherten Anspruch auf eine wirksame Beschwerde nicht, sie steht aber im Widerspruch zur verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsweggarantie. Positiv zu würdigen ist der Umstand, dass asylrechtliche Beschwerden grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben. Die Schweiz macht also von der in der Verfahrensrichtlinie eingeräumten Möglichkeit, im Gesetz die aufschiebende Wirkung zu entziehen, keinen Gebrauch. Auf die Möglichkeit, auch Beschwerden gegen Dublin-Wegweisungsentscheide im Sinne von Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-Verordnung mit Suspensiveffekt auszustatten, hat der Gesetzgeber dagegen verzichtet, mit der Konsequenz, dass dadurch in bestimmten Fällen das Recht auf eine wirksame Beschwerde zur Disposition steht. Die Rechtsweggarantie und der Anspruch auf ein effektives Rechtsmittel können überdies durch die teilweise äusserst knapp bemessenen Beschwerdefristen beeinträchtigt werden.

Auch eine Würdigung der Situation im Bereich des Zugangs zur Rechtsberatung und Rechtsvertretung fällt nicht durchwegs positiv aus. Bundesverfassung und Verfahrensgesetze gewährleisten zwar ein für alle Verfahren geltendes Recht auf Verbeiständung. Indem das Recht auf unentgeltliche Verbeiständung grundsätzlich auch im erstinstanzlichen Asylverfahren besteht, geht die schweizerische Gesetzgebung zumindest in der Theorie weiter als die EU-Verfahrensrichtlinie. In der Verfahrenswirklichkeit kann der Zugang der Asylsuchenden zu einer Rechtsvertretung oder Rechtsberatung und damit auch der Zugang zu einer wirksamen Beschwerde jedoch durch faktische Hindernisse beeinträchtigt sein. Die asylrechtlichen Erlasse tragen der besonderen Situation der asylsuchenden Personen (physische und psychische Belastung durch Flucht, fehlende Sprach- und Rechtskenntnisse, Freiheitsbeschränkungen im Empfangszentrum oder in der Transitzone, kurze Beschwerdefristen) nach wie vor zu wenig Rechnung. Der Umfang der Vertretungs- und Beratungsrechte sollte nicht zuletzt auch mit Blick auf die detaillierten Regeln der Verfahrensrichtlinie und der Aufnahmerichtlinie in den

Ausführungsbestimmungen zum Asylgesetz weiter ausgebaut werden. Nur durch Vorschriften, welche einen schnellen, einfachen und in der Regel kostenlosen Zugang zur Rechtsvertretung oder Rechtsberatung vorsehen, kann der menschenrechtlich gewährleistete Anspruch auf eine wirksame Beschwerde umfassend verwirklicht werden.

Vorübergehender Schutz in der Schweiz und in der Europäischen Union

WALTER KÄLIN*/NINA SCHREPFER**

Scy 53

A.	Einleitung.....	441
B.	Herkunft und Motive.....	441
C.	Konzeptionen des vorübergehenden Schutzes in der Europäischen Union und in der Schweiz	445
I.	EG-Richtlinie über den vorübergehenden Schutz.....	445
a)	Entstehung der Richtlinie	445
b)	Inhalt der EG-Richtlinie – ein kurzer Überblick	446
aa)	Gewährung des vorübergehenden Schutzes.....	446
bb)	Pflichten der Aufnahmestaaten während der Schutzgewährung.....	447
cc)	Beendigung und Aufhebung des vorübergehenden Schutzes	449
dd)	Verhältnis zum regulären Asylverfahren	451
ee)	Solidarität unter den EU-Mitgliedstaaten	452
II.	Vorübergehender Schutz im schweizerischen Asylrecht.....	452
a)	Ausgangslage und Entwicklung der Regelung.....	452
b)	Heutige Regelung des vorübergehenden Schutzes im Asylgesetz	453
aa)	Gewährung des vorübergehenden Schutzes.....	453
bb)	Rechtsstellung der vorläufig Aufgenommenen.....	455
cc)	Beendigung und Aufhebung des vorübergehenden Schutzes	455
dd)	Verhältnis zum regulären Asylverfahren	457
ee)	Solidarität und Lastenteilung	458
D.	Vorübergehender Schutz im Vergleich Schweiz–EG	459
I.	Konzeptionelle Unterschiede	459
a)	Qualifizierung der Schutzsuchenden	459
b)	Lastenteilung	461
c)	Schutzgewährung als Rechtspflicht?.....	461
II.	Inhaltliche Unterschiede	462
a)	Dauer des Schutzes und Zugang zum Asylverfahren	462
b)	Zugang zur Erwerbstätigkeit	462
c)	Familienbegriff.....	463
d)	Unbegleitete Minderjährige.....	463