

# **Gutachten betreffend rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Neustrukturierung im Asylbereich und der Beschleunigung im Asylverfahren**

Im Auftrag der DJS erstellt von Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M. und Nicole Scheiber, MLaw  
im August 2015

## **Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse**

### **1. Einführung und Auftrag**

Am 29.09.2012 wurde aufgrund der dringlich erklärten Revision des Asylgesetzes u.a. Art. 112b AsylG in Kraft gesetzt, die Grundlage für die am 01.10.2013 in Kraft getretene Testphasenverordnung (SR 142.318.1). Seit Januar 2014 werden in Zürich (Zentrum Juch) entsprechende Testverfahren durchgeführt. Die dringlichen Massnahmen wurden durch die Bundesversammlung am 26.09.2014 verlängert (BBI 2014 7309). In der Herbstsession 2015 wurde die Testphasenverordnung ins AsylG überführt, bevor überhaupt eine definitive Evaluation der beschleunigten Verfahren vorlag.

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) hatten von Anfang an sowohl aufgrund formeller als auch materieller Aspekte grosse Bedenken in Bezug auf dieses Verfahren und vermehrt auf die kritischen Punkte hingewiesen. Schliesslich haben die DJS Prof. Martina Caroni (Universität Luzern) den Auftrag erteilt, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die Verfassungskonformität der beschleunigten Verfahren zu untersuchen. Im Folgenden werden die wichtigsten Befunde präsentiert:

### **2. Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung**

Die Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung muss gewährleistet sein. Unabdingbare Voraussetzung dafür ist die klare Trennung in institutioneller, persönlicher und räumlicher Hinsicht gegenüber anderen Akteuren. Das Gutachten nennt vier Aspekte, die dem Anspruch an die Unabhängigkeit nicht genügen:

- Letztentscheidungsbefugnis des SEM über personelle Entscheide: Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat die Kompetenz zum Ersatz der für die Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Personen. Dass damit die Beschwerdegegnerin der asylsuchenden Person eine Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf personelle Entscheide der Rechtsvertretung hat, sei mit den «Anforderungen, die an eine unabhängige Beratung und Rechtsvertretung gestellt werden, nicht zu vereinbaren» (*Gutachten*, S. 14).
- Entscheidung über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege: Die Pflicht der Rechtsvertretung, wegen Aussichtslosigkeit einer Beschwerde das Mandatsverhältnis in einem autonomen, nicht anfechtbaren Entscheid zu beenden wird scharf kritisiert. Damit würde der Entscheid über den verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, der eigentlich dem Bundesverwaltungsgericht zukommen würde, auf die Rechtsvertretung übertragen, was «nicht mit der Stellung der Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter als Interessenvertretung der asylsuchenden Personen vereinbar» sei (*Gutachten*, S. 15 und 33).
- Fallpauschale: Die pauschale Entschädigung der Vertretungstätigkeit ohne Berücksichtigung der getätigten Verfahrensschritte sei mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit unvereinbar (*Gutachten*, S. 15 f.).
- Räumliche Nähe: Auch an der räumlichen Unabhängigkeit müsse gezweifelt werden – aufgrund der Nähe der Mitarbeitenden von Beratung und Rechtsvertretung zu jenen des SEM, die sich u.a. die Cafeteria teilen und sich untereinander informell austauschen (*Gutachten*, S. 18 f.).

### 3. Ausgestaltung der unentgeltlichen Rechtsvertretung

Die Gewährleistung eines Anspruches auf unentgeltliche Rechtsvertretung für alle Personen, deren Asylgesuch im Rahmen des beschleunigten Verfahrens behandelt wird, sei unabdingbar, um die mit der Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen verbundenen Einschränkungen auszugleichen. In diesem Zusammenhang stellt das Gutachten folgende zentrale Mängel fest:

- Mandatsniederlegung bei Aussichtslosigkeit: Als Hauptproblem wurde die Pflicht der Rechtsvertretung zur Mandatsniederlegung bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde identifiziert. Diese sei zum einen nicht vereinbar mit der Rolle der Rechtsvertretung als Interessenvertretung der asylsuchenden Person. Zum anderen sei sie nicht vereinbar mit den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts. Die Kompetenz zur Entscheidung über die Verweigerung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes müsse auch im beschleunigten Asylverfahren bei der Beschwerdeinstanz und nicht der Rechtsvertretung liegen (*Gutachten*, S. 32 f.).

- Handwechsel: Aus organisatorischen Gründen findet offenbar in mehr als der Hälfte der Fälle mindestens einmal ein Handwechsel (Wechsel der Rechtsvertretung) statt. Das Gutachten bemängelt, dass dadurch das – in einem Vertretungsverhältnis unabdingbare – Vertrauensverhältnis stark erschüttert oder gar zerstört werden könne (*Gutachten, S. 26 f.*).
- Stellungnahme zu einem Entscheidentwurf: Die Möglichkeit zur Stellungnahme zu einem Entscheidentwurf sei ungenügend, zumal die Rechtsvertretung gerade in komplexeren Fällen zu wenig Zeit habe, eine Stellungnahme zu verfassen; andererseits wirke sich die Stellungnahme auch nur sehr beschränkt auf das Ergebnis des erstinstanzlichen Asylentscheides aus (*Gutachten, S. 30 f.*).

Im Allgemeinen positiv bewertet das Gutachten hingegen die Organisation und Ausgestaltung der unentgeltlichen Beratung. Die Beratung nehme ihre Aufgaben grundsätzlich wahr und stelle einen wichtigen Aspekt des beschleunigten Verfahrens dar (*Gutachten, S. 25*).

#### **4. Verkürzte Verfahrens- und Beschwerdefristen**

In Bezug auf die Vorbereitungsphase ist insbesondere deutlich geworden, dass die Mitarbeitenden des SEM sowie die Rechtsvertretung ihre Aufgaben in den kurzen Fristen kaum in befriedigender Weise zu erfüllen vermögen.

Im Zusammenhang mit der sogenannten Taktenphase (dem eigentlichen Asylverfahren) konnten zwei Problemfelder identifiziert werden. Zum einen sei die kurze Frist von acht bis zehn Tagen mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht vereinbar. Zum anderen sei selbst in einfach gelagerten Fällen fraglich, ob die Rechtsvertretung ihre Aufgaben in dieser kurzen Frist in einer Weise zu erfüllen vermöge, dass sie als wirksam und effektiv qualifiziert werden kann. Schliesslich wurde festgestellt, dass die Verkürzung der Beschwerdefrist von 30 auf zehn Tage als «unzumutbares Hindernis des Zugangs zu einem Gericht und als Verletzung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sowie des Verbots des überspitzten Formalismus nach Art. 29 Abs. 1 BV zu qualifizieren» sei (*Gutachten, S. 51 f.*).

#### **5. Unterbringung in Bundeszentren**

Die Unterbringung in einem Bundeszentrum mit Beschränkung der Ausgangsmöglichkeiten (u.a. Bewilligungspflicht) stellt einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit dar. Gemäss dem Gutachten bestehen erhebliche Zweifel an der Verhältnismässigkeit dieser Massnahme. Vor diesem Hintergrund wird in Frage gestellt, ob ein Bundeszentrum adäquat sei oder ob dieses nicht auch durch dezentrale Wohneinheiten ersetzt werden könnte.

Im Hinblick auf die Überführung der Testverfahren ins Gesetz weist das Gutachten darauf hin, dass je nach Ausgestaltung der Bundeszentren die Einschränkung der Bewegungsfreiheit das Ausmass eines Freiheitsentzuges annehmen könnte. Entscheidend seien etwa Art und Weise, die Dauer des Eingriffes wie auch die Auswirkungen auf die betroffene Person und die Möglichkeit sozialer Kontakte zu berücksichtigen. Ein Freiheitsentzug könnte etwa dann vorliegen, wenn die Unterbringungsmodalitäten so restriktiv ausgestaltet sind oder die Unterkunft derart weit von der nächsten Ortschaft gelegen ist, dass es den darin untergebrachten Asylsuchenden nicht mehr möglich ist, in angemessener Weise am sozialen Leben teilhaben zu können. Für die Zulässigkeit eines Freiheitsentzuges würden qualifizierte Anforderungen gelten (Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK und Art. 10 Abs. 2 UNO Pakt II; *Gutachten*, S. 56 ff.)

## **6. Dringlichkeit und Delegationsnorm**

Kritisiert wird im Gutachten auch der Rechtssetzungsprozess. Die Delegationsnorm von Art. 112b AsylG sei sowohl in Bezug auf ihren Charakter als Delegationsnorm als auch aufgrund ihrer Entstehung im dringlichen Verfahren problematisch. Es sei sehr fraglich, ob die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsgesetzgebung vorlagen (*Gutachten*, S. 7). Die Delegationsnorm von Art. 112b AsylG entspreche nicht allen aus dem Gesetzmässigkeits- und Gewaltenteilungsprinzip fliessenden Delegationsvoraussetzungen. Da sich Art. 112b AsylG weder auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet bezieht noch in genügender Weise die Grundzüge der delegierten Materie umreisst, rücke die Bestimmung in die Nähe einer verfassungsrechtlich unzulässigen Blankodelegation (*Gutachten*, S. 10).

Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz

Bern, im November 2015