

Gutachten

im Auftrag der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS-JDS)

betreffend

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

erstattet von

Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M.

Nicole Scheiber, MLaw

unter Mitarbeit von

Angela Hefti, MLaw

lic.iur. Iringo Hockley, RA

Livia Meisser, BLaw

Universität Luzern

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Frohburgstr. 3

Postfach 4466

6002 Luzern

August 2015

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	VII
Literatur	XI
Materialien	XIII
I. Einleitung	1
1. Ausgangslage und Auftrag	1
2. Vorgehen	2
II. Kontextualisierung: Dringlichkeit und Gesetzesdelegation	4
1. Ausgangslage	4
2. Dringlicherklärung von Art. 112b AsylG	4
2.1. Dringlicherklärung im Allgemeinen	5
2.2. Dringlicherklärung von Art. 112b AsylG	7
2.3. Verlängerung der Dringlicherklärung	8
3. Gesetzesdelegation	8
3.1. Voraussetzungen der Gesetzesdelegation im Allgemeinen	9
3.2. Verfassungskonformität der in Art. 112b AsylG enthaltenen Delegation	9
4. Zwischenfazit	10
III. Faires Verfahren und Rechtsweggarantie	11
1. Unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung	11
1.1. Fragestellung.....	12
1.2. Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung	13
1.2.1. Unabhängigkeit in institutioneller Hinsicht	13
a) Unabhängigkeit gegenüber dem SEM	14
aa. Auswahl der für Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Personen	14
bb. Mandatsniederlegung durch die Rechtsvertretung bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde	15
cc. Entschädigung der Beratungs- und Vertretungstätigkeit	15
b) Unabhängigkeit gegenüber dem Leistungserbringer	17

1.2.2. Unabhängigkeit in räumlicher Hinsicht	18
1.2.3. Zwischenfazit zur Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung	19
1.3. Unentgeltliche Beratung.....	20
1.3.1. Aufgaben der Beratung	20
a) Vermittlung von allgemeinen Informationen	21
b) Abklärung der persönlichen, nicht asylrechtlichen Situation	22
c) Herstellung einer Verbindung zwischen Asylsuchenden und Rechtsvertretung.....	23
1.3.2. Zur Beratung zugelassene Personen	23
1.3.3. Zugang zur Beratung.....	24
1.3.4. Zwischenfazit zur Ausgestaltung der unentgeltlichen Beratung.....	25
1.4. Unentgeltliche Rechtsvertretung.....	25
1.4.1. Zuweisung einer Rechtsvertretung und Möglichkeit des Verzichts	26
1.4.2. Aufgaben der Rechtsvertretung	28
a) Vermittlung von allgemeinen Informationen	28
b) Teilnahme an der Erstbefragung sowie der Anhörung zu den Asylgründen	29
c) Aufklärung über die Erfolgsaussichten des Asylgesuches	30
d) Stellungnahme zum Entwurf eines ablehnenden Asylentscheides	30
e) Beurteilung der Erfolgschancen einer Beschwerde und Niederlegung des Mandates	32
f) Vertretung der asylsuchenden Person im Beschwerdeverfahren.....	34
g) Vertrauensperson von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden.....	35
1.4.3. Zur Rechtsvertretung zugelassene Personen	35
1.4.4. Zugang zur Rechtsvertretung	36
1.4.5. Zwischenfazit zur Ausgestaltung der unentgeltlichen Rechtsvertretung.....	36
2. Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen	37
2.1. Fragestellung.....	39
2.2. Verkürzung der Fristen in der Vorbereitungs- und der Taktenphase.....	39
2.2.1. Vorbereitungsphase	40
2.2.2. Taktenphase	42
2.3. Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen.....	46
2.3.1. Die Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht	47
2.3.2. Die Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen in der Testphase	48
2.4. Verkürzung der Beschwerdefristen	50
2.4.1. Allgemeine Grundsätze.....	50

2.4.2. Verkürzung der Beschwerdefrist im Testverfahren.....	51
2.5. Kurze Ausreisefrist	53
2.6. Zwischenfazit zu den verkürzten Verfahrens- und Beschwerdefristen	54
IV. Ausgestaltung und Organisation des Testzentrums.....	55
1. Fragestellung	56
2. Das Recht auf Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV	56
V. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende.....	63
1. Vertrauensperson.....	63
2. Wechsel der zugewiesenen Rechtsvertretung	65
3. Unterkunft	65

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AOZ	Asyl-Organisation Zürich
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
AsylV 1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (Asylverordnung 1), SR 142.311
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BFM	Bundesamt für Migration
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz), SR 935.61
BR	Bundesrat
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichtes
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, SR 101
d.h.	das heisst
DJS	Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz
E.	Erwägung
E-AsylG	AsylG Entwurf, BBl 2014 8119 ff.
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950, SR 0.101
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EVZ	Empfangs- und Verfahrenszentrum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz) vom 18. Dezember 1998, SR 810.11
Hrsg.	Herausgeber
HW	Handwechsel
inkl.	inklusive
IOM	Internationale Organisation für Migration
i.V.m.	in Verbindung mit
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
lit.	litera
N	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
RBS	Rechtsberatungsstelle
RBS BE	Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not
resp.	respektive
RV	Rechtsvertretung
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
S.	Seite
SAH	Netzwerk Schweizerisches Arbeiterhilfswerk
SEM	Staatssekretariat für Migration
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
sog.	sogenannte / sogenannter
SR	Systematische Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft
TestV	Verordnung über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich (Testphasenverordnung) vom 4. September 2013, SR 142.318.1
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
UMA	Unbegleitete minderjährige Asylsuchende / Unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember

	1966, SR 0.103.2
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VSJF	Verband Schweizerischer Jüdischer Fürsorgen
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

LITERATUR

- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zitiert als BEARBEITER, Kommentar VwVG)
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar BV, Zürich 2007
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zitiert als BEARBEITER, St. Galler Kommentar)
- FELLMANN WALTER, Art. 12 / II. Art. 12 lit. a: Sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung / C. Pflichten gegenüber Klienten, in: Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G., Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Auflage, Bern 2011, S. 157 ff.
- FEUZ ROLAND, Materielle Gesetzesbegriffe: Inhalt und Tragweite, Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Bern 2002
- FREI NULA/GORDZIELIK TERESIA, Schnell, aber fair?, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 2/13 S. 21 ff.
- GEMPERLI SIMON/VÖGELI DOROTHEE, Interview mit dem IOM-Generaldirektor William Swing, „Wir sind klar gegen geschlossene Asylzentren“, in: NZZ vom 21. August 2015
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012
- INTERFACE, Evaluation Testbetrieb Asyl – Mandat 3, Zwischenbericht zuhanden des Bundesamts für Migration (BFM), Kurzversion, Luzern 2014 (zitiert als INTERFACE, Evaluation Mandat 3, Zwischenbericht)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013
- KOLLER HEINRICH, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé/Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol, 27 juillet au 1er août 1998, Zürich 1998, S. 305 ff.
- KUHN MATHIAS, Verkürzung der Beschwerdefrist im Asylverfahren – Rechtsstaatlichkeit einer 15-tägigen Beschwerdefrist, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 4/10 S. 3 ff.
- McKINSEY&COMPANY, Evaluation Testbetrieb, Zwischenbericht Mandat 1, Betriebswirtschaftliche Evaluation der Massnahmen zur Beschleunigung im Asylwesen, Bern 2015 (zitiert als McKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht)
- MÜLLER JÖRG P., Gebrauch und Missbrauch des Dringlichkeitsrechts nach Art. 89bis BV, Bern 1977
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008
- SÄGESSER THOMAS, Die Bundesbehörden, Bern 2000
- SCHEFER MARKUS/RÜEGGER VANESSA, Geschlossene Asylunterkünfte, Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen, in: Jusletter 4. Mai 2015
- SCHINDLER BENJAMIN, Beschleunigungspotentiale im öffentlichen Verfahrensrecht, in: AJP 2012, S. 13 ff.
- SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR), Externe Evaluation der Testphase für die Neustrukturierung im Asylbereich, Mandat 4, Rechtsschutz: Beratung und Rechtsvertretung, Zwischenbericht, Bern 2014 (zitiert als SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht)

- SEGESSENMANN THOMAS, Rechtsschutz in den Aussenstellen der Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 1/15 S. 14 ff.
- STERN JOACHIM, Kostenloser Rechtsbeistand für Asylsuchende in der Schweiz – Rechtspraxis, Rechtsgrundlagen, Potentiale und Perspektiven, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 2/13 S. 3 ff.
- TRECHSEL STEFAN, Die Unterbringung von Asylsuchenden zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 3/14 S. 3 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Bern 2011 (zitiert als TSCHANNEN, Staatsrecht)
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999
- VÖGELI DOROTHEE, Kurzes Hoffen auf Asyl im Testzentrum Juch, in: NZZ vom 11. Juni 2014
- WÄCKERLE MATTHIAS, Der Rechtsschutz im Testphasenverfahren, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 2/15 S. 12 ff.
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009 (zitiert als BEARBEITER, Praxiskommentar VwVG)

MATERIALIEN

- AOZ, Die Betreuung von Asylsuchenden im Zentrum Juch im Rahmen der Testphase Zürich, Powerpointpräsentation vom 3. Dezember 2013 (zitiert als AOZ, Präsentation)
- AOZ, Factsheet AOZ Zentrum Juch – Betriebsorganisation, Betreuung und Beschäftigung, Februar 2015 (zitiert als AOZ, Factsheet)
- AOZ, Hausordnung Zentrum Juch, April 2014 (zitiert als AOZ, Hausordnung)
- AOZ, Merkblatt über die Rechte und Pflichten während des Aufenthalts im Zentrum Juch, Januar 2014 (zitiert als AOZ, Merkblatt über die Rechte und Pflichten)
- BFM, Erläuternder Bericht, Dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen, Februar 2013 (zitiert als BFM, Erläuternder Bericht)
- Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes (Neustrukturierung des Asylbereichs) vom 3. September 2014, BBl 2014 7991
- BFM, Pflichtenheft, (13114) 420 Beratung und Rechtsvertretung im Verfahrenszentrum des Bundes in Zürich, 19. Juli 2013 (zitiert als Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung)
- BFM, Qualitätssicherung und Controlling Beratung und Rechtsvertretung, 12. Juli 2013 (zitiert als BFM, Qualitätssicherung und Controlling)
- BFM, Schlussbericht, Arbeitsgruppe Bund / Kantone, Neustrukturierung des Asylbereichs, Umsetzung Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, Bern 21. November 2012 (zitiert als BFM, Schlussbericht Arbeitsgruppe Bund/Kantone)
- Committee on the Rights of the Child (CRC), Concluding observations on the combined second to fourth periodic report of Switzerland, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26. Februar 2015 (zitiert als CRC, CO Switzerland)
- EDA, Zweiter, dritter und vierter Bericht der Schweizerischen Regierung zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, 20. Juni 2012 (zitiert als EDA, Staatenbericht KRK)
- EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, März 2011 (zitiert als EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen)
- SEM, Das Asylverfahren, Weisung vom 1. Januar 2008 (zitiert als SEM, Weisung zum Asylverfahren)
- SEM, Evaluation Testbetrieb, Zusammenfassung der Zwischenergebnisse, Bern Februar 2015 (zitiert als SEM, Zusammenfassung der Zwischenergebnisse der Evaluation)
- SEM, Testbetrieb für beschleunigte Asylverfahren: Erste Erfahrungen sind positiv, Medienmitteilung vom 11. Juni 2014 (zitiert als SEM, Medienmitteilung vom 11. Juni 2014)
- SEM, Testbetrieb Zürich erhöht vorübergehend Unterbringungskapazität, Medienmitteilung vom 14. Juli 2015 (zitiert als SEM, Medienmitteilung vom 14. Juli 2015)
- Vereinbarung (öffentlich-rechtlicher Vertrag) zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das Bundesamt für Migration, und Bietergemeinschaft Schweizerische Flüchtlingshilfe (SFH), Verband Schweizerischer Jüdischer Fürsorgen (VSJF), Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not (RBS BE), Netzwerk Schweizerisches Arbeiterhilfswerk (SAH), vertreten durch die Schweizerische Flüchtlingshilfe (SFH) betreffend Beratung und Rechtsvertretung im Bundeszentrum in Zürich, 24. Januar 2014 (zitiert als Leistungsvereinbarung)

I. EINLEITUNG

1. Ausgangslage und Auftrag

Am 28. September 2012 verabschiedete die Bundesversammlung dringliche Änderungen des Asylgesetzes,¹ die tags darauf, am 29. September 2012, in Kraft traten. Diese Änderungen dienten verschiedenen als politisch dringlich angesehenen Zielen: der effizienteren Ausgestaltung und damit verbunden auch der Beschleunigung des Asylverfahrens, der Senkung des Anreizes für die Einreichung offensichtlich unbegründeter Asylgesuche, der Bekämpfung missbräuchlicher Asylgesuche sowie der nachhaltigen Stärkung der Glaubwürdigkeit des schweizerischen Asylsystems. Das Asylverfahren sollte dabei auch künftig, trotz der Beschleunigung, rechtsstaatlich korrekt durchgeführt und schutzbedürftigen Personen auch weiterhin Schutz gewährt werden.² In der Referendumsabstimmung vom 9. Juni 2013³ wurden die dringlichen Änderungen des Asylgesetzes mit einem Ja-Stimmenanteil von 78.4 Prozent angenommen.⁴

Eine der dringlichen Änderungen des Asylgesetzes war die Schaffung von Art. 112b AsylG. Diese Bestimmung räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, neue Verfahrensabläufe vor ihrer definitiven gesetzlichen Verankerung im Rahmen von Testphasen zu prüfen, wenn dies aufgrund von aufwendigen, organisatorischen und technischen Massnahmen erforderlich ist. Gestützt auf Art. 112b AsylG hat der Bundesrat im Herbst 2013 die Verordnung über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich (Testphasenverordnung, TestV)⁵ erlassen. Sie bildet die gesetzliche Grundlage der laufenden Testphase, innerhalb der das SEM seit dem 6. Januar 2014 ein neues, beschleunigtes Asylverfahren testet.⁶ Im Rahmen dieser Testphase soll geprüft werden, ob das neu strukturierte Asylverfahren das Ziel der Verfahrensbeschleunigung tatsächlich zu erreichen vermag. Begleitet wird die Testphase daher durch eine externe Evaluation.⁷

Das Testverfahren findet in einem vom SEM geführten Bundesverfahrenszentrum in Zürich statt (Art. 9 TestV) und charakterisiert sich insbesondere durch kurze Verfahrens- und Beschwerdefristen, ausgebauten juristische Unterstützungsmassnahmen und die räumliche Zusammenfassung der verschiedenen, am Asylverfahren beteiligten Akteure.⁸ Die asylsuchenden Personen, die nach dem Zufallsprinzip dem Testverfahren zugeteilt werden (Art. 4 Abs. 1

¹ BBl 2012 8261.

² BBl 2014 7991, 8010.

³ BBl 2013 944.

⁴ BBl 2014 7991, 8003.

⁵ Verordnung über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich (Testphasenverordnung, TestV), SR 142.318.1.

⁶ BBl 2014 7991, 8005.

⁷ BBl 2014 7991, 8005. Die Evaluation wurde in vier Mandate aufgeteilt, die je unterschiedlichen Stellen übertragen wurden. Die Mandate 1 und 2 umfassen eine betriebswirtschaftliche Analyse des Testbetriebs und wurden MCKINSEY&COMPANY beziehungsweise EGGER, DREHER UND PARTNER AG übertragen. Mit den Mandaten 3 und 4, die sich mit der qualitativen Evaluation des Testbetriebes befassen, wurden INTERFACE beziehungsweise das SKRM beauftragt.

⁸ BFM, Schlussbericht Arbeitsgruppe Bund/Kantone, S. 5 und 13.

TestV), sind während der gesamten Dauer ihres Asylverfahrens in einem Bundeszentrum auf dem Juch-Areal in Zürich Altstetten untergebracht. Dieses bietet Platz für bis zu 300 Personen. Daneben stehen seit Ende Juli 2015 vorübergehend zusätzliche 48 Unterbringungsplätze in einer Zivilschutzanlage zur Verfügung.⁹ Die Aufenthaltsdauer der dem Testverfahren zugewiesenen Asylsuchenden beträgt zwischen einigen wenigen bis zu maximal 140 Tagen. Der Aufenthalt kann jedoch angemessen verlängert werden, wenn dies den raschen Abschluss des Asylverfahrens fördert. Dauert das Verfahren länger oder ist bereits zu Beginn erkennbar, dass das Verfahren länger dauern wird, werden die Asylsuchenden dem erweiterten Verfahren ausserhalb der Testphase zugewiesen (ordentliches Verfahren, Art. 19 Abs. 1 TestV).¹⁰ Gesamthaft ist vorgesehen, dass im Testbetrieb jährlich 1'300 bis 1'400 Asylgesuche bearbeitet werden.¹¹

Bereits im Juni 2014 zog das SEM eine erste positive Zwischenbilanz zur Testphase,¹² die durch die Zwischenberichte der externen Evaluationen weitgehend bestätigt wurde.¹³ Daher wurde das Testphasenverfahren in die Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Neustrukturierung des Asylbereichs) vom 3. September 2014 übernommen. Demgegenüber wurde das beschleunigte Verfahren in der juristischen Literatur teilweise heftig kritisiert. Die Kritik betrifft dabei insbesondere die Stellung der unentgeltlichen Rechtsvertretung sowie die übermässige Kürzung der Verfahrens- und Rechtsmittelfristen.¹⁴

Vor diesem Hintergrund und insbesondere aufgrund der gesetzgeberischen Absicht, das Testverfahren in das ordentliche Recht zu überführen,¹⁵ haben die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) den Verfasserinnen den Auftrag erteilt, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die Verfassungskonformität der Testphase zu untersuchen. Schwerpunkt des Gutachtens sollte dabei die Rechtsweggarantie darstellen.

2. Vorgehen

Im Anschluss an diese kurze Einleitung in das Thema folgt eine Kontextualisierung (II.), im Rahmen derer eine Prüfung der Verfassungskonformität der Dringlicherklärung sowie der Gesetzesdelegation vorgenommen wird. In einem weiteren Schritt wird geprüft, ob die Testpha-

⁹ SEM, Medienmitteilung vom 14. Juli 2015. Die Plätze in der Zivilschutzanlage stehen vom 20. Juli bis Ende Oktober 2015 zur Verfügung, mit Option auf Verlängerung. Aufgrund fehlender Informationen zu diesen Unterbringungsplätzen, kann im vorliegenden Gutachten nicht darauf eingegangen werden.

¹⁰ Es wird davon ausgegangen, dass dies auf 40 Prozent der Fälle zutreffen wird. BBI 2014 7991, 7992 und 8011.

¹¹ BBI 2014 7991, 8006.

¹² SEM, Medienmitteilung vom 11. Juni 2014.

¹³ SEM, Zusammenfassung der Zwischenergebnisse der Evaluation; MCKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht; INTERFACE, Evaluation Mandat 3, Zwischenbericht; SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht. Positiv wurde der Testbetrieb auch durch den IOM-Generaldirektor beurteilt. Siehe GEMPERLI/VÖGELI.

¹⁴ FREI/GORDZIELIK, S. 21 ff.; KUHN, S. 3 ff.; STERN, S. 3 ff.; WÄCKERLE, S. 12 ff.

¹⁵ Zur Durchführung des beschleunigten Verfahrens soll die Schweiz in sechs Regionen eingeteilt werden, in welchen der Bund je ein Verfahrenszentrum und bis zu drei Ausreisezentren mit insgesamt 5000 Plätzen betreibt. BBI 2014 7991, 8020.

se mit der Garantie eines fairen Verfahrens sowie der Rechtsweggarantie vereinbar ist (III.), bevor in einem vierten Teil auf die Grundrechtskonformität der Ausgestaltung und Organisation des Testzentrums eingegangen wird (IV.). In einem fünften Teil wird schliesslich die besondere Situation von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden im Testverfahren beleuchtet (V.).

II. KONTEXTUALISIERUNG: DRINGLICHKEIT UND GESETZESDELEGATION

1. Ausgangslage

Am 28. September 2012 hat die Bundesversammlung eine dringliche Änderung des Asylgesetzes verabschiedet, die im Hinblick auf die geplante Neustrukturierung des Asylbereichs in Art. 112b AsylG die Möglichkeit der Erprobung neuer Verfahrensabläufe im Rahmen von Testphasen einräumt:¹⁶

¹ Der Bundesrat kann Testphasen zur Beurteilung neuer Verfahrensabläufe vorsehen, wenn diese aufgrund von aufwendigen, organisatorischen und technischen Massnahmen eine Testphase vor dem Erlass einer Gesetzesänderung erfordern.

² Der Bundesrat regelt die Einzelheiten der Testphasen in einer Verordnung. Dabei kann er bei der Ausgestaltung des erstinstanzlichen Asylverfahrens und des Wegweisungsverfahrens und damit zusammenhängenden Finanzierungsfragen von diesem Gesetz und dem AuG abweichen.

³ Er kann für Testphasen die Beschwerdefrist von 30 Tagen gemäss Artikel 108 Absatz 1 auf zehn Tage verkürzen, wenn der wirksame Rechtsschutz der betroffenen Asylsuchenden durch geeignete Massnahmen gewährleistet ist.

⁴ Die Verordnung listet alle Gesetzesbestimmungen auf, von denen abgewichen wird.

⁵ Die Dauer der Testphasen beträgt höchstens zwei Jahre.

Die dringlich erklärten Änderungen inkl. Art. 112b AsylG traten am 29. September 2012 in Kraft¹⁷ und wurden in der Referendumsabstimmung¹⁸ vom 9. Juni 2013 mit einem Ja-Stimmenanteil von 78.4 Prozent angenommen.¹⁹ Am 26. September 2014 verlängerte die Bundesversammlung die ursprünglich bis 28. September 2015 befristeten dringlichen Änderungen des Asylgesetzes bis zum 28. September 2019.²⁰

2. Dringlicherklärung von Art. 112b AsylG

Einleitend ist im Rahmen des vorliegenden Gutachtens zu prüfen, ob die Dringlicherklärung von Art. 112b AsylG verfassungskonform ist, d.h. den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Dringlicherklärung entspricht. Insbesondere wird zu untersuchen sein, ob sowohl im Zeitpunkt der Dringlicherklärung (28. September 2012) als auch im Zeitpunkt der Verlängerung der dringlichen Änderungen des Asylgesetzes (26. September 2014) eine zeitliche und sachliche Dringlichkeit bestand.

¹⁶ BBl 2012 8261.

¹⁷ AS 2012 5359.

¹⁸ BBl 2013 944.

¹⁹ BBl 2013 6613.

²⁰ BBl 2014 7309.

2.1. Dringlicherklärung im Allgemeinen

Nach Art. 165 BV können Bundesgesetze, die sofort in Kraft treten sollen, dringlich erklärt werden:

- ¹ Ein Bundesgesetz, dessen Inkrafttreten keinen Aufschub duldet, kann von der Mehrheit der Mitglieder jedes Rates dringlich erklärt und sofort in Kraft gesetzt werden. Es ist zu befristen.
- ² Wird zu einem dringlich erklärten Bundesgesetz die Volksabstimmung verlangt, so tritt dieses ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist vom Volk angenommen wird.
- ³ Ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das keine Verfassungsgrundlage hat, tritt ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist von Volk und Ständen angenommen wird. Es ist zu befristen.
- ⁴ Ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das in der Abstimmung nicht angenommen wird, kann nicht erneuert werden.

Ziel der Dringlicherklärung ist es, Zeit zu gewinnen, indem der Verzögerungseffekt des ordentlichen Referendums vermieden wird.²¹ Das nachträgliche Referendum – das je nachdem, ob es sich um ein Bundesgesetz mit oder ohne Verfassungsgrundlage handelt obligatorisch oder fakultativ ist – wirkt diesfalls nicht suspensiv, sondern abrogativ.²²

Eine Dringlicherklärung ist nur in ausserordentlichen Situationen zulässig,²³ die sich durch eine sowohl zeitliche als auch sachliche Dringlichkeit auszeichnen. Im Zusammenhang mit der Dringlichkeitsklausel der alten Genfer Kantonsverfassung hat das Bundesgericht festgestellt, dass diese – wie die Dringlicherklärung nach Art. 165 BV –

„doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. La délibération doit en effet avoir un caractère d'urgence exceptionnelle; sa mise en vigueur doit intervenir à très bref délai et ne peut souffrir le retard dû à la mise en œuvre d'une éventuelle procédure référendaire. On ne saurait donc considérer comme ayant une urgence exceptionnelle les décisions, même très importantes, dont la mise en application immédiate ne s'impose pas sans conteste. Les motifs invoqués à l'appui de la clause d'urgence doivent être suffisamment importants pour justifier la dérogation au principe selon lequel les délibérations du Grand Conseil sont soumises au référendum facultatif. Cette interprétation restrictive est la même que celle qui s'impose dans l'application de l'Art. 165 Cst. Une mesure ne peut être urgente que si elle est considérée comme nécessaire et présente une certaine importance; mais à cet élément matériel doit toujours s'ajouter un élément de temps, à défaut de quoi on doit nier l'urgence.“²⁴

Zeitliche Dringlichkeit ist gegeben, wenn der Ablauf der Referendumsfrist nicht abgewartet werden kann, da das Inkrafttreten des Erlasses sofort notwendig ist und keinen Aufschub erträgt.²⁵ Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die Änderung aufgrund des Eintretens eines plötzlichen Ereignisses als notwendig erweist, d.h. die neue oder geänderte gesetzliche Regelung „wegen ausserordentlicher Umstände unbedingt sofort wirksam werden“ muss,²⁶ da an-

²¹ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 165 BV, N 3.

²² TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 165 BV, N 14.

²³ BBI 1997 I 1, 391.

²⁴ BGE 130 I 226 S. 232 E. 3.2.

²⁵ BBI 1997 I 1, 391.

²⁶ BBI 1997 I 1, 391.

dernfalls nicht wiedergutzumachende Nachteile²⁷ drohen. Längeres Zuwarten würde insbesondere zur Gefährdung von Polizeigütern führen.²⁸

Sachliche Dringlichkeit liegt vor, wenn die neuen oder geänderten gesetzlichen Regelungen ein rechtspolitisch gewichtiges Anliegen betreffen. Dies trifft namentlich zu, wenn der Suspensiveffekt des ordentlichen Referendums den Lenkungszweck des Gesetzes vereiteln würde.²⁹

Ob die Inkraftsetzung eines Bundesgesetzes keinen Aufschub duldet, ist somit letztlich eine Frage der politischen Abwägung der Vorteile eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens mit der Notwendigkeit sofortiger rechtlicher Regelung.

Die Dringlicherklärung muss von beiden Räten der Bundesversammlung in einem gesonderten Beschluss erfolgen, dem die Mehrheit der Mitglieder des jeweiligen Rates zustimmt.³⁰ Zudem müssen die dringlich erklärten gesetzlichen Regelungen befristet werden. Die Bundesverfassung enthält freilich keine Bestimmung zur maximal zulässigen Geltungsdauer von dringlichen Bundesgesetzen. Die Befristung sollte indessen auf die voraussichtliche Dauer der Dringlichkeitslage abgestimmt und nicht länger bemessen sein, als es die Anpassung des ordentlichen Rechts erfordert. Üblich sind zwei bis sechs Jahre.³¹ Während die Bundesversammlung zwischen 1874 und 1999 323 dringliche Bundesgesetze verabschiedet hat,³² beträgt die Anzahl verabschiedeter dringlicher Bundesgesetze seit dem 1. Januar 2000 29. Dabei handelte es sich ausschliesslich dringliche Bundesgesetze mit Verfassungsgrundlage.³³ In 22 Fällen wurde die Dringlicherklärung bereits vom Bundesrat in seiner Botschaft angeregt, während die Dringlicherklärung lediglich bei drei dringlich erklärten Bundesgesetzen nicht bereits vom Bundesrat angeregt worden war.³⁴

Schliesslich müssen dringlich erklärte Bundesgesetze mit Verfassungsgrundlage und einer Geltungsdauer von über einem Jahr dem nachträglichen fakultativen Referendum unterstellt werden.³⁵

²⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1829.

²⁸ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 165 BV, N 6.

²⁹ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 165 BV, N 6.

³⁰ Art. 159 Abs. 3 lit. a BV, Art. 165 Abs. 1 BV.

³¹ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 165 BV, N 8 sowie die Übersicht unter https://www.admin.ch/ch/d//pore/vr/vor_2_2_6_5_06.html# (zuletzt besucht am 31. August 2015).

³² Siehe die Übersicht unter https://www.admin.ch/ch/d//pore/vr/vor_2_2_6_5.html (zuletzt besucht am 31. August 2015).

³³ Siehe die Übersicht unter https://www.admin.ch/ch/d//pore/vr/vor_2_2_6_5_06.html# (zuletzt besucht am 31. August 2015).

³⁴ Diese drei Fälle betreffen neben der dringlich erklärten Asylgesetzrevision das am 3. Oktober 2003 dringlich erklärte Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) sowie die am 13. Juni 2006 dringlich erklärte Revision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) (Bedarfsabhängige Zulassung). In vier Fällen betraf die Dringlicherklärung eine Verlängerung eines dringlich erklärten Bundesgesetzes.

³⁵ Art. 141 Abs. 1 lit. b BV.

2.2. Dringlicherklärung von Art. 112b AsylG

Die Art. 112b AsylG umfassende Dringlicherklärung eines Teils der Asylgesetzrevision wurde in einem gesonderten Beschluss vom Nationalrat mit 122 zu 49 Stimmen und vom Ständerat mit 36 zu 9 Stimmen am 28. September 2012 angenommen.³⁶ Die Dringlicherklärung wurde zunächst bis zum 28. September 2015 befristet³⁷ (zur Verlängerung siehe hinten 2.3) und die dringlich erklärte Vorlage dem nachträglichen fakultativen Referendum unterstellt, da sie mit Art. 121 BV über eine Verfassungsgrundlage verfügt. Die Referendumsabstimmung fand schliesslich am 9. Juni 2013 statt. Somit wurden die formellen verfassungsmässigen Voraussetzungen der Dringlicherklärung erfüllt.

Zu prüfen bleiben die für die Dringlicherklärung notwendigen materiellen Aspekte der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit. Hierfür ist es nötig, sich die Genese und den Zweck von Art. 112b AsylG vor Augen zu führen. Die Bestimmung wurde im September 2012 vom Ständerat als Reaktion auf die Zurückweisung der Vorlage 2 (Neustrukturierung des Asylbereichs) zur Beschleunigung in die Vorlage 3 (dringliche Revision) aufgenommen. Leitende Überlegung hierfür war, dass die Umsetzung von Beschleunigungsmassnahmen beträchtliche organisatorische, technische und finanzielle Anpassungen und Veränderungen bedingen und es daher sinnvoll wäre, diese vor ihrer gesetzlichen Verankerung zu testen.³⁸ Es ging bei der Aufnahme von Art. 112b AsylG in die dringliche Vorlage (Vorlage 3) somit letztlich weniger um die umgehende Einführung eines neuen Verfahrensmodelles, sondern vielmehr um die Ermächtigung an den Bundesrat, neue Verfahrensabläufe vor ihrer definitiven gesetzlichen Umsetzung zu testen.

In Anbetracht des Zwecks und der Genese von Art 112b AsylG ist es fraglich, ob die materiellen Anforderungen einer Dringlicherklärung erfüllt sind. Selbst wenn die Bundesversammlung weniger strikte Anforderungen an die Dringlichkeit stellen sollte als das Bundesgericht und die Lehre – die übereinstimmend eine restriktive Anwendung fordern – und von einem Ermessensspielraum der beiden Kammern ausgeht, erscheint das Vorgehen problematisch. Denn die Dringlicherklärung betrifft eine Sachfrage, die vom Parlament im Jahr 2011 durch die Zurückweisung der Vorlage 2 als wichtig, aber noch nicht entscheidreif angesehen wurde. Der Anstieg der Gesuchszahlen und die Notwendigkeit von Strukturreformen im Bereich des Asylverfahrens haben sich zudem seit mehreren Jahren abgezeichnet. Weshalb ab September 2012 die Lage plötzlich ausserordentlich wurde und rasche Massnahmen nötig waren, wird nicht klar. Hinzu kommt, dass der Bundesrat die auf Art. 112b AsylG beruhende TestV erst ein Jahr später, am 4. September 2013, erliess und die Testphase erst im Januar 2014 begann. Es ist daher zumindest sehr fraglich, ob tatsächlich eine zeitliche Dringlichkeit vorlag.

Problematisch erscheint zudem auch der Aspekt der sachlichen Dringlichkeit, geht es bei Art. 112b AsylG doch um die Schaffung einer Delegationsnorm, damit der Bundesrat neue Verfahrensstrukturen schaffen und testen kann, bevor diese gegebenenfalls angepasst und in einem ordentlichen Gesetz verankert werden. Sachliche Dringlichkeit wäre nur dann gegeben,

³⁶ AB 2012 S 933; AB 2012 N 1816.

³⁷ AS 2012 5359.

³⁸ Siehe hierzu Votum Stöckli Hans, AB 2012 S 681; Votum Diener Lenz Verena, AB 2012 S 694 und Votum BR Sommaruga Simonetta, AB 2012 S 696.

wenn der Lenkungszweck des geplanten Gesetzes durch das ordentliche Referendum vereitelt würde. Das ist hier aber gerade nicht der Fall.

Die Einräumung einer dringlichen Testermächtigung – in den parlamentarischen Debatten wurde auch von einer „*carte blanche*“³⁹ für den Bundesrat gesprochen – erscheint somit verfassungsrechtlich höchst problematisch.

2.3. Verlängerung der Dringlicherklärung

Die Geltungsdauer dringlicher Bundesgesetze kann nach Art. 165 Abs. 4 BV *e contrario* auf dem Dringlichkeitsweg verlängert werden. Die Verlängerung folgt demselben Verfahren und unterliegt den gleichen Voraussetzungen wie die Verabschiedung des dringlichen Bundesgesetzes selbst.⁴⁰

Am 26. September 2014 haben National- und Ständerat je mit dem nötigen Quorum⁴¹ die dringlich erklärten Änderungen des Asylgesetzes bis zum 28. September 2019 verlängert und die Vorlage dem nachträglichen fakultativen Referendum unterstellt.⁴² Die Referendumsfrist ist am 15. Januar 2015 unbenutzt verstrichen.⁴³ Zur Frage der Dringlichkeit kann grundsätzlich auf das unter Ziffer 2.2 Ausgeführte verwiesen werden. Der Umstand, dass das ordentliche Recht noch nicht angepasst wurde, vermag die Problematik indessen etwas zu entschärfen: So stand im Zeitpunkt der Erneuerung im September 2014 noch nicht fest, ob die Neustrukturierung des Verfahrens bis zu deren Befristung Ende September 2015 verabschiedet und in ein ordentliches Bundesgesetz überführt werden könnte. Ziel der Verlängerung war es, zu verhindern, dass die dringlichen Änderungen im September 2015 dahinfallen und der Testbetrieb vor der Neustrukturierung des Asylbereichs eingestellt werden müsste.⁴⁴

3. Gesetzesdelegation

Art. 112b AsylG ermächtigt den Bundesrat, zur Beurteilung neuer Verfahrensabläufe Testphasen vorzusehen, falls solche aufgrund aufwendiger, organisatorischer und technischer Massnahmen erforderlich sind. Der Gesetzgeber hat den Bundesrat zudem ermächtigt, im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens und des Wegweisungsverfahrens von den Bestimmungen des Ausländergesetzes (AuG) sowie des Asylgesetzes (AsylG) abzuweichen und die Beschwerdefrist von 30 auf zehn Tage zu senken, sofern der Rechtsschutz der asylsuchenden Personen gewährleistet bleibt. Mit dem Erlass der Testphasenverordnung (TestV) hat der Bundesrat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Am 5. Juli 2015 hat er die Geltungsdauer der Testphasenverordnung bis zum 28. September 2019 verlängert.⁴⁵ Bereits im Rahmen der parlamentarischen Debatten waren diese weitgehende Delegation von Rechtsetzungskompetenzen und

³⁹ So Votum Diener Lenz Verena, AB 2012 S 694.

⁴⁰ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 165 BV, N 22.

⁴¹ Vgl. AB 2014 N 1869 sowie AB 2014 S 984.

⁴² BBl 2014 7309.

⁴³ AS 2015 2048.

⁴⁴ BBl 2013 2088 ff.

⁴⁵ Ergänzung von Art. 41 TestV um einen neuen Absatz 3, AS 2015 2055.

ihre Verfassungskonformität umstritten. Vorliegend soll daher auch die Verfassungsmässigkeit der Gesetzesdelegation untersucht werden.

3.1. Voraussetzungen der Gesetzesdelegation im Allgemeinen

Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen von der Bundesversammlung an den Bundesrat ist zulässig, sofern die aus dem Gesetzmässigkeits- und dem Gewaltenteilungsprinzip fließenden Delegationsgrundsätze erfüllt sind. In Anlehnung an die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen auf kantonaler Ebene ist eine Delegation von der Bundesversammlung an den Bundesrat zulässig, wenn sie nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird⁴⁶ bzw. nicht wichtige rechtsetzende Bestimmungen betrifft,⁴⁷ die Delegationsnorm in einem Bundesgesetz enthalten ist,⁴⁸ sie sich auf ein bestimmtes Sachgebiet beschränkt⁴⁹ und die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz selbst enthalten sind.⁵⁰

3.2. Verfassungskonformität der in Art. 112b AsylG enthaltenen Delegation

Die Delegation asylverfahrensrechtlicher Bestimmungen an den Bundesrat ist von der Bundesverfassung zwar nicht ausgeschlossen, doch stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 112b AsylG nicht wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs.1 BV delegiert, die zwingend in einem Gesetz im formellen Sinn verankert werden müssten. Im Vordergrund stehen vorliegend insbesondere die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (lit. b) sowie die Rechte und Pflichten von Personen (lit. c). In der Lehre ist umstritten, ob nur Freiheitsrechte oder auch die übrigen Grundrechte von lit. b erfasst werden.⁵¹ Unbestritten ist indes, dass lit. b nur schwere Grundrechtseingriffe erfasst und somit Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV – wonach schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein müssen – wiederholt.⁵² Zwar wird die Bewegungsfreiheit durch die Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich⁵³ sowie die Hausordnung des Bundeszentrums eingeschränkt, doch ist dies in der Regel nicht als schwerer Eingriff zu qualifizieren.⁵⁴ Sofern die übrigen Voraussetzungen der Delegation erfüllt sind, würde so-

⁴⁶ Art. 164 Abs. 2 BV.

⁴⁷ Art. 164 Abs. 1 BV.

⁴⁸ Art. 164 Abs. 2 BV.

⁴⁹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27 Rz. 34.

⁵⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1870 ff.; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, N 35; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27 Rz. 33 f.

⁵¹ Vgl. TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, N 18 sowie FEUZ, S. 134 wonach lit. b nur Freiheitsrechte erfasst, während BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164, N 7 sowie das Bundesgericht, BGE 130 I 26 S. 43 f. E. 5.1, die Ansicht vertreten, dass alle Grundrechte unter lit. b zu subsumieren seien. Schliesslich werden etwa nach SÄGESSER, Art. 164 N 453 wortlautgetreu alle verfassungsmässigen Rechte von lit. b erfasst.

⁵² TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, N 18; BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, § 22 N 35.

⁵³ SR 142.311.23.

⁵⁴ Siehe hinten, IV./2.

mit die Regelung von Beschränkungen der Bewegungsfreiheit auf Verordnungsstufe grundsätzlich ausreichen.

Was die durch die Testverfahren ebenfalls erfolgte Einschränkung von Verfahrensrechten betrifft, so kann u.E. letztlich offen bleiben, ob Verfahrensgrundrechte durch lit. b oder lit. c⁵⁵ erfasst werden. Denn in Bezug auf Verfahrensrechte hält Art. 112b Abs. 3 AsylG ausdrücklich fest, dass eine Verkürzung der Beschwerdefrist zulässig ist, sofern der wirksame Rechtsschutz durch Ausgleichsmassnahmen gewährleistet wird.

Während die Voraussetzung der Verankerung der Delegationsnorm in einem Bundesgesetz aufgrund von Art. 112b AsylG offensichtlich erfüllt ist, bedürfen die Aspekte der Beschränkung auf ein bestimmtes Sachgebiet sowie der Festlegung der Grundzüge der Regelung im Bundesgesetz selber genauerer Betrachtung. Nach Art. 112b Abs. 1 AsylG bezieht sich die Delegation auf die „Beurteilung neuer Verfahrensabläufe (...) wenn diese aufgrund von aufwendigen, organisatorischen und technischen Massnahmen (...) vor dem Erlass einer Gesetzesänderung“ nötig sind. Delegierter Sachbereich ist somit das Asylverfahren als solches. Damit kommt die in Art. 112b AsylG enthaltene Delegation einer verfassungsrechtlich unzulässigen Blankodelegation nahe. Hinzu kommt, dass auch die Voraussetzung der Regelung der Grundzüge im Gesetz problematisch ist. So räumt Art. 112b AsylG zwar in Abs. 2 dem Bundesrat die Kompetenz ein, „bei der Ausgestaltung des erstinstanzlichen Asylverfahrens und des Wegweisungsverfahrens und damit zusammenhängenden Finanzierungsfragen“ vom Asylgesetz und dem Ausländergesetz abzuweichen. Zudem führt Abs. 3 aus, dass die Beschwerdefristen auf zehn Tage verkürzt werden können, sofern der wirksame Rechtsschutz durch geeignete Massnahmen gewährleistet bleibt. Diese Eckpunkte genügen indes nicht, um Ausmass und Charakter des delegierten Verordnungsrechtes in genügender Weise erahnen zu lassen, zumal Art. 112b AsylG im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens auf dem Dringlichkeitsweg eingefügt wurde und dazu keine bundesrätliche Botschaft existiert.

4. Zwischenfazit

Die Delegationsnorm von Art. 112b AsylG ist sowohl in Bezug auf ihren Charakter als Delegationsnorm als auch aufgrund ihrer Entstehung im dringlichen Verfahren problematisch. Soweit ersichtlich handelt es sich um das erste Mal, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat im dringlichen Verfahren die Möglichkeit einräumt, im Hinblick auf eine spätere gesetzliche Verankerung neue Verfahrensmodelle durch Verordnungsrecht zu umreissen und anschliessend zu testen. Dieses Vorgehen ist umso problematischer, als die für die Dringlicherklärung zentralen Aspekte der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit nicht erfüllt erscheinen und die Delegationsnorm von Art. 112b AsylG auch nicht allen aus dem Gesetzmässigkeits- und Gewaltenteilungsprinzip fliessenden Delegationsvoraussetzungen entspricht. Da sich Art. 112b AsylG weder auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet bezieht noch in genügender Weise die Grundzüge der delegierten Materie umreisst, rückt die Bestimmung in die Nähe einer verfassungsrechtlich unzulässigen Blankodelegation.

⁵⁵ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, N 21.

III. FAIRES VERFAHREN UND RECHTSWEGGARANTIE

1. Unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung

Das Testphasenverfahren charakterisiert sich insbesondere durch eine Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen (Art. 16 ff. TestV) und die damit verbundene Einschränkung der Verfahrensrechte der betroffenen asylsuchenden Personen.⁵⁶ Um diese Einschränkung auszugleichen und die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten, wurde der Zugang zu einer unentgeltlichen Beratung und Rechtsvertretung geschaffen.⁵⁷ In diesem Sinn räumt Art. 23 Abs. 1 TestV allen Asylsuchenden, deren Asylgesuch im Rahmen des Testbetriebs behandelt wird, einen Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung ein.⁵⁸

Die Beratung soll den asylsuchenden Personen allgemeine Informationen zum Asylverfahren sowie über ihre Rechte und Pflichten vermitteln (Art. 24 TestV).⁵⁹ Sie steht den Asylsuchenden während des gesamten Aufenthaltes im Bundeszentrum zur Verfügung.⁶⁰

Die Rechtsvertretung hat die betroffenen Personen über ihre Prozesschancen aufzuklären (Art. 25 Abs. 2 TestV), sie in allen Verfahrensschritten des erstinstanzlichen Asylverfahrens zu vertreten, zu einem allfälligen negativen Entscheidentwurf Stellung zu nehmen und die Vertretung im Beschwerdeverfahren zu übernehmen. Zudem kommt der Rechtsvertretung auch die Funktion einer Vertrauensperson für unbegleitete minderjährige Asylsuchende zu (Art. 28 Abs. 1 TestV).⁶¹ Den asylsuchenden Personen wird für die Erstbefragung in der Vorbereitungsphase eine Rechtsvertretung zugewiesen, die sie danach – sofern die Asylsuchenden nicht ausdrücklich darauf verzichten – auch im gesamten Asylverfahren vertritt. Die Rechtsvertretung dauert grundsätzlich bis zum Eintritt der Rechtskraft des Asylentscheides im beschleunigten bzw. im Dublin-Verfahren oder mit dem Entscheid über die Durchführung des Verfahrens ausserhalb der Testphase (Art. 25 Abs. 3 TestV). Sofern die Rechtsvertretung das Mandat nach Eröffnung des ablehnenden Asylentscheides aufgrund der Aussichtslosigkeit einer Beschwerde niederlegt, endet sie jedoch bereits vor Eintritt der Rechtskraft (Art. 25 Abs. 4 TestV).⁶²

Für die Erbringung der unentgeltlichen Beratung und Rechtsvertretung hat das SEM eine Leistungserbringerin eingesetzt (vgl. Art. 23 Abs. 2 TestV).⁶³ Es handelt sich dabei um eine Bietergemeinschaft unter Federführung der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH).⁶⁴ Diese ist ver-

⁵⁶ Siehe etwa BFM, Erläuternder Bericht, S. 5 und 9; FREI/GORDZIELIK, S. 28.

⁵⁷ BBI 2014 7991, 8023; BFM, Erläuternder Bericht, S. 5 und 9. Vgl. Art. 102g Abs. 1 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135.

⁵⁸ Vgl. Art. 102f Abs. 1 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135.

⁵⁹ Vgl. Art. 102g Abs. 2 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135.

⁶⁰ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5; Art. 7 lit. b der Leistungsvereinbarung.

⁶¹ Vgl. Art. 102h Abs. 2 und 102h Abs. 5 i.V.m. 102k Abs. 1 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135 f.

⁶² Vgl. Art. 102h E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135.

⁶³ Vgl. Art. 102f Abs. 2 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135.

⁶⁴ Der Bietergemeinschaft umfasst neben der SFH auch den Verband Schweizerischer Jüdischer Fürsorgen (VSJF), die Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not (RBS BE) sowie das Netzwerk Schweizerisches Arbeiterhilfswerk (SAH).

antwortlich für die Sicherstellung, Organisation und Durchführung sowie auch die Qualität der Beratung und Rechtsvertretung (Art. 26 Abs. 1 TestV).⁶⁵ Sie hat die mit der Beratung und Vertretung betrauten Personen einzusetzen und teilt diese den Asylsuchenden zu (Art. 26 Abs. 2 TestV).⁶⁶ Als Entschädigung für sämtliche Tätigkeiten der Beratung und Rechtsvertretung erhält die Leistungserbringerin pauschal CHF 1'361.06 pro asylsuchende Person (Art. 28 Abs. 3 TestV i.V.m. Art. 14 Leistungsvereinbarung).⁶⁷ Die einzelnen mit der Beratung und Rechtsvertretung betrauten Personen werden von der Leistungserbringerin nach Zeitaufwand entschädigt.⁶⁸

Das SEM hat der Leistungserbringerin für die Beratung und Rechtsvertretung Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt, die sich auf einem separaten Stockwerk im Verfahrenszentrum befinden.⁶⁹ Die Cafeteria teilen sich die Beratung und Rechtsvertretung mit dem Personal des SEM.⁷⁰

1.1. Fragestellung

Die in der Testphase geltenden verkürzten Verfahrens- und Beschwerdefristen stellen eine Einschränkung der Verfahrensrechte der asylsuchenden Personen dar. Um diese Einschränkung auszugleichen und die Fairness des Asylverfahrens zu gewährleisten, wurde den Asylsuchenden ein Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung zuerkannt.⁷¹ Ein solcher Ausgleich kann jedoch nur gelingen, wenn Beratung und Rechtsvertretung wirksam und effektiv sind und sie die Interessen der Asylsuchenden auch tatsächlich wahrzunehmen sowie deren Position zu stärken vermögen. Dies ist einzig dann möglich, wenn Beratung und Rechtsvertretung anwaltlich, das heisst unabhängig, professionell und nur der asylsuchenden Person verpflichtet, ausgestaltet und für die Asylsuchenden auch effektiv zugänglich sind.⁷² Um die Frage beantworten zu können, ob der Ausgleich der Einschränkung der Verfahrensrechte der Asylsuchenden gelingt und das beschleunigte Verfahren als rechtsstaatlich sowie fair qualifiziert werden kann, muss zunächst auf die konkrete Ausgestaltung und Organisation von Beratung sowie Rechtsvertretung im Testbetrieb eingegangen und geprüft werden, ob sie als wirksam sowie effektiv qualifiziert werden können.

In einem ersten Schritt wird die Unabhängigkeit der Beratung und Rechtsvertretung untersucht (1.2.). In einem zweiten Schritt werden, jeweils getrennt für die Beratung (1.3.) und die Rechtsvertretung (1.4.), die Ausgestaltung der einzelnen Aufgaben, die Regelungen in Bezug auf die eingesetzten Personen und die Effektivität des Zugangs untersucht sowie bezüglich der

⁶⁵ Vgl. Art. 102i Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

⁶⁶ Vgl. Art. 102i Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

⁶⁷ Siehe hierzu hinten, III./1.2.1./a/cc.

⁶⁸ WÄCKERLE, S. 15.

⁶⁹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 10; Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 8; Art. 6 Leistungsvereinbarung.

⁷⁰ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 8; Art. 6 Leistungsvereinbarung.

⁷¹ Siehe vorne, III./1.

⁷² BBl 2014 7991, 8010.

Rechtsvertretung die Zuweisung einer Vertreterin oder eines Vertreters zu den asylsuchenden Personen geprüft.

1.2. Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung

Wie bereits erwähnt,⁷³ müssen Beratung und Rechtsvertretung unabhängig von anderen Akteuren agieren können.⁷⁴ Nur so kann dem Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 13 EMRK entsprochen werden.⁷⁵ Die Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung muss dabei nicht nur objektiv, sondern auch in der subjektiven Wahrnehmung der asylsuchenden Personen bestehen. Nur wenn die Asylsuchenden Beratung und Rechtsvertretung als unabhängig wahrnehmen, kann das für eine effektive Interessenvertretung notwendige Vertrauensverhältnis aufgebaut werden. Die Unabhängigkeit stellt damit einen elementaren Grundsatz von Beratung und Rechtsvertretung dar. Für die Rechtsvertretung wird dieser Grundsatz explizit in Art. 12 lit. b BGFA statuiert, wonach die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter ihre Tätigkeit „unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung“ ausüben haben.⁷⁶

Die Unabhängigkeit bedingt eine klare Trennung von Beratung und Rechtsvertretung gegenüber anderen Akteuren und zwar sowohl in institutioneller, persönlicher als auch räumlicher Hinsicht. Damit dürfen weder das SEM als Auftraggeberin noch die Bietergemeinschaft als Erbringerin von Beratung und Rechtsvertretung einen Einfluss auf die beratenden und vertretenden Personen ausüben. Diese sind einzig gegenüber der betreffenden asylsuchenden Person verpflichtet.

Für die Testphase stellen sich bezüglich der Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung verschiedene Fragen. Insbesondere bedarf die Trennung in institutioneller sowie auch räumlicher Hinsicht einer näheren Betrachtung. Da die Unabhängigkeit sowohl für die Beratung als auch für die Rechtsvertretung von elementarer Bedeutung ist, wird sie nachfolgend – wo nicht anders erwähnt – für beide Tätigkeitsbereiche gemeinsam behandelt.

1.2.1. Unabhängigkeit in institutioneller Hinsicht

Die institutionelle Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung ist nur gewahrt, wenn die dafür eingesetzten Personen ohne Einflussnahme durch andere Akteure, namentlich das SEM und die Bietergemeinschaft, ihre Tätigkeit ausüben können.⁷⁷

⁷³ Siehe vorne, III./1.1.

⁷⁴ BBl 2014 7991, 8010.

⁷⁵ So auch WÄCKERLE, S. 15.

⁷⁶ Die Anwendbarkeit der Berufsregeln für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte auf die Rechtsvertretung im Testphasenverfahren ergibt sich aus Art. 3 lit. c der Leistungsvereinbarung i.V.m. dem Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5.

⁷⁷ Siehe vorne, III./1.2.

a) **Unabhängigkeit gegenüber dem SEM**

In Bezug auf die institutionelle Unabhängigkeit vom SEM sind für die Beratung und Rechtsvertretung diverse Problemfelder auszumachen, die im Rahmen des vorliegenden Gutachtens zu beleuchten sind. Darunter fallen die Auswahl der mit Beratung und Rechtsvertretung beauftragten Personen, die Niederlegung des Vertretungsmandats bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde gegen einen ablehnenden Asylentscheid sowie die Entschädigung für die Beratungs- und Vertretungstätigkeit.

aa. *Auswahl der für Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Personen*

Die Auswahl und Einsetzung der mit der Beratung und Rechtsvertretung betrauten Personen obliegt nach Art. 26 Abs. 2 TestV der Bietergemeinschaft unter Federführung der SFH.⁷⁸ Sie ist verpflichtet, „nur fachlich geeignete, zuverlässige, vertrauenswürdige, gewissenhafte sowie unbescholtene Personen einzusetzen, die selbst nicht asylsuchende Personen sein dürfen“ und die die notwendigen fachlichen und persönlichen Qualifikationen mitbringen.⁷⁹ Dem SEM kommt allerdings gestützt auf die Leistungsvereinbarung mit der Bietergemeinschaft die Kompetenz zum Ersatz der für die Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Personen zu:

„Art. 9 Ersatz von Mitarbeitenden

Die Beauftragte ist bereit, eingesetzte Mitarbeitende auf Wunsch der Auftraggeberin wie folgt zu ersetzen:

Stellt die Auftraggeberin bezüglich der von der Beauftragten zum Einsatz gebrachten Personen eine Diskrepanz zu den Anforderungen und Kriterien gemäss Pflichtenheft und Anhängen fest, teilt sie dies der Beauftragten unter Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme schriftlich mit. Anschliessend entscheidet die Auftraggeberin, ob die Beauftragte verpflichtet wird, die betreffenden Personen innert 14 Tagen durch Personal zu ersetzen, welches den Anforderungen genügt.“⁸⁰

Aus Art. 9 der Leistungsvereinbarung wird deutlich, dass das SEM einerseits eine Kontrolle über die für Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Personen hat und die Bietergemeinschaft andererseits verpflichten kann, Personen zu ersetzen, welche seiner Meinung nach die Anforderungen und Kriterien nicht erfüllen. Damit verfügt das SEM über eine Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf personelle Entscheide im Bereich von Beratung und Rechtsvertretung. Um diese Befugnis wahrnehmen zu können, ist die Bietergemeinschaft verpflichtet, dem SEM die notwendigen Informationen zu den betreffenden Personen, einschliesslich deren Lebenslaufes, zukommen zu lassen.⁸¹

Eine solche Möglichkeit der Kontrolle und Einflussnahme ist mit den Anforderungen, die an eine unabhängige Beratung und Rechtsvertretung gestellt werden, nicht zu vereinbaren. Die Problematik wird dadurch verstärkt, dass weder die Leistungsvereinbarung zwischen SEM und Bietergemeinschaft noch das Pflichtenheft klare Kriterien festlegen, nach denen das SEM die Qualifikation der Personen überprüfen und deren Ersatz anordnen kann. Dadurch wird es für

⁷⁸ So auch Art. 7 Leistungsvereinbarung.

⁷⁹ Art. 26 Abs. 3 TestV sowie Art. 8 Leistungsvereinbarung. Siehe zu den Anforderungen für die Personen, die für Beratung und Rechtsvertretung eingesetzt werden hinten, III./1.3.2.

⁸⁰ Art. 9 Leistungsvereinbarung; siehe hierzu auch Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 9.

⁸¹ BFM, Qualitätssicherung und Controlling, S. 1; Art. 13 Leistungsvereinbarung.

die Leistungserbringern oder die betroffenen Personen faktisch unmöglich, die Entscheidungen des SEM anzufechten und auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen.⁸²

bb. Mandatsniederlegung durch die Rechtsvertretung bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde

Die Rechtsvertretung endet mit Eintritt der Rechtskraft des Asylentscheides im beschleunigten und im Dublin-Verfahren oder mit dem Entscheid über die Durchführung eines Verfahrens ausserhalb der Testphase (Art. 25 Abs. 3 TestV).⁸³ Sie kann jedoch bereits vor Eintritt der Rechtskraft des erstinstanzlichen Entscheides enden, wenn die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter wegen Aussichtslosigkeit nicht gewillt ist, eine Beschwerde gegen einen ablehnenden Entscheid einzureichen (Art. 25 Abs. 4 TestV).⁸⁴ Die Rechtsvertretung hat damit die Aussichten einer Beschwerde nicht nur einzuschätzen und der betroffenen Person mitzuteilen, sondern legt das Mandat bei festgestellter Aussichtslosigkeit der Beschwerde auch nieder. Es handelt sich dabei um einen autonomen, abschliessenden Entscheid der Rechtsvertretung, eine Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht ist ausgeschlossen.⁸⁵ Die RV muss somit ihre Rolle als Interessenvertreterin der asylsuchenden Person ablegen und nach objektiven Kriterien die Erfolgsaussichten einer Beschwerde beurteilen. Der Rechtsvertretung wird damit eine Aufgabe übertragen, welche nach dem allgemeinen, aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung nach Art. 29 Abs. 3 BV fliessenden Grundsatz, dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz zukommen würde.⁸⁶ Es ist nicht ersichtlich, wie eine solche Verschiebung der Aufgaben von der Beschwerdeinstanz auf die Rechtsvertretung mit der Rolle einer unabhängigen, professionellen und nur der asylsuchenden Person verpflichteten anwaltlichen Vertretung zu vereinbaren ist. Aus diesem Grund ist die Kompetenz zur Entscheidung über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung auch im beschleunigten Asylverfahren der Beschwerdeinstanz und nicht der Rechtsvertretung zu übertragen. Art. 25 Abs. 4 TestV sowie Art. 102h Abs. 4 E-AsylG sollten dahingehend geändert werden.⁸⁷

cc. Entschädigung der Beratungs- und Vertretungstätigkeit

Die Bietergemeinschaft als Leistungserbringerin der Beratung und Rechtsvertretung im Testverfahren erhält vom Bund eine pauschale Entschädigung von CHF 1'361.06 pro asylsuchende Person für die Erfüllung sämtlicher mit der Beratung und Rechtsvertretung zusammenhängenden Leistungen.⁸⁸ Die Pauschale deckt die allgemeine Beratung, die Teilnahme des Rechtsvertreters oder der Rechtsvertreterin an der Erstbefragung sowie der Anhörung zu den Asylgründen, die Stellungnahme zum Entscheidentwurf, die Rechtsvertretung im allfälligen Beschwerdeverfahren sowie die Aufgaben als Vertrauensperson von minderjährigen Asylsu-

⁸² So auch WÄCKERLE, S. 14 f.

⁸³ Vgl. Art. 102h Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

⁸⁴ Vgl. Art. 102h Abs. 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

⁸⁵ Vgl. BVerwG, D-4880/2014, 19. Januar 2015, E. 3.3.4.

⁸⁶ Siehe hierzu hinten, III./1.4.2./e.

⁸⁷ Vgl. Art. 102h Abs. 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

⁸⁸ Art. 28 Abs. 3 TestV i.V.m. Art. 14 Leistungsvereinbarung und Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 7. Vgl. Art. 102k Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8137.

chenden (Art. 28 Abs. 1 TestV) ab.⁸⁹ Zudem müssen auch die Kosten für eine allenfalls notwendige unabhängige Übersetzung von Beweismitteln und anderen Dokumenten aus der pauschalen Entschädigung geleistet werden.⁹⁰

Die pauschale Entschädigung ist nicht *per se* als Verstoß gegen die Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung zu qualifizieren. Das in der Literatur vorgebrachte Argument, eine solche Pauschalabgeltung begründe die Gefahr einer Vorauswahl durch die Rechtsvertretung im Sinne eines Anreizes zur Führung von möglichst wenig Beschwerden (sog. Triagefunktion), kann jedoch nicht ganz von der Hand gewiesen werden.⁹¹ Die mit der Rechtsvertretung beauftragten Personen haben zwar kein finanzielles Interesse an einem möglichst geringen Arbeitsaufwand und einer tiefen Beschwerdequote, da sie in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zur Bietergemeinschaft stehen und nicht pauschal, sondern nach Zeitaufwand entschädigt werden.⁹² Ein Triageinteresse hat hingegen die Bietergemeinschaft selber, da sie vom SEM eine Pauschalentschädigung pro asylsuchende Person erhält, welche auch die Rechtsvertretung in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren miteinschließt. Da die Bietergemeinschaft für die Auswahl, die Einsetzung sowie die Überwachung der Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter zuständig ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich dieses finanzielle Interesse auf deren Arbeit auswirkt und den Verzicht auf eine Beschwerde trotz Nichtaussichtslosigkeit fördert.⁹³ So musste etwa das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall bereits feststellen, dass eine Rechtsvertretung das Mandat trotz offensichtlicher Nichtaussichtslosigkeit einer Beschwerde niedergelegt hatte.⁹⁴ Welche Gründe zu dieser Mandatsniederlegung geführt haben, konnte das Gericht zwar nicht feststellen, es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass das finanzielle Interesse der Bietergemeinschaft Auswirkungen auf den Entscheid hatte. Sollte eine solche Einflussnahme bestehen, wäre das als Verletzung des Anspruches auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand nach Art. 29 Abs. 3 BV sowie allenfalls Art. 13 EMRK zu qualifizieren.⁹⁵

Die Gefahr der auf finanziellen Gründen basierenden Vorauswahl durch die Rechtsvertretung könnte dadurch entschärft werden, dass die durch das SEM ausgerichtete pauschale Abgeltung pro asylsuchende Person in drei Pauschalen aufgeteilt würde; eine Pauschale für die Be-

⁸⁹ Art. 7 Leistungsvereinbarung; Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 7. Vgl. Art. 102k Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8137.

⁹⁰ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 7. Vgl. Art. 102k Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8137.

⁹¹ FREI/GORDZIELIK, S. 29; KUHN, S. 5; STERN, S. 10; WÄCKERLE, S. 15. Auf die Gefahr wurde auch im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Neustrukturierung des Asylbereichs von mehreren Akteuren hingewiesen, BBl 2014 7991 ff., 8053.

⁹² WÄCKERLE, S. 15.

⁹³ In diesem Sinne könnte die in den Zwischenberichten der externen Evaluation zu den Mandaten 1, 3 und 4 festgestellte tiefe Beschwerdequote nicht nur, wie das in den Berichten gemacht wird, als Hinweis für allgemeine Akzeptanz der Entscheide bei den Asylsuchenden beziehungsweise eine gezieltere Beschwerdeführung verstanden werden, sondern auch als Verzicht aufgrund finanzieller Interessen. MCKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht, S. 4; INTERFACE, Evaluation Mandat 3, Zwischenbericht, S. 7; SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 14.

⁹⁴ BVerwG, E-953/2014, 6. März 2014, E. 4. Aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation wird zudem ersichtlich, dass dies wohl für zwei weitere Fälle zutrifft. SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 15.

⁹⁵ Siehe hierzu auch WÄCKERLE, S. 15.

ratung, eine zweite Pauschale für die Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Verfahren und eine dritte Pauschale für die Vertretung in einem allfälligen Beschwerdeverfahren.⁹⁶ Die geltende Regelung wie auch Art. 102k E-AsylG sollten entsprechend angepasst werden.⁹⁷

b) Unabhängigkeit gegenüber dem Leistungserbringer

Die institutionelle Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung muss – wie gesehen – nicht nur gegenüber dem SEM, sondern auch gegenüber der Bietergemeinschaft als Leistungserbringerin gewährleistet sein. Auch in diesem Zusammenhang stellen sich gewisse Problemfelder, die vorliegend kurz angesprochen werden sollen.

Die Leistungserbringerin ist nach Art. 26 Abs. 1 TestV für die Sicherstellung, Organisation, Durchführung sowie auch die Qualität von Beratung und Rechtsvertretung verantwortlich.⁹⁸ Eine solche Überwachung und Überprüfung der Beratungs- und Vertretungstätigkeit kann die Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung jedoch in zweierlei Hinsicht beschränken. Einerseits ist eine Kontrolle der Rechtsvertretung an sich nur schwer mit Art. 12 lit. b BGFA in Einklang zu bringen; dieser verpflichtet die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter, die Vertretung „unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung“ auszuüben.⁹⁹ Andererseits kommt als zusätzliches Element hinzu, dass die Kontrolle durch die Bietergemeinschaft vorgenommen wird und damit einer Stelle, deren Unabhängigkeit vom SEM stark in Zweifel gezogen werden muss. So wurde die Bietergemeinschaft nämlich durch das SEM mit der Erfüllung der unentgeltlichen Beratung und Rechtsvertretung beauftragt (Art. 23 Abs. 2 TestV) und wird von diesem für die Wahrnehmung der Aufgaben entschädigt (Art. 28 TestV). Sie hat sich verpflichtet, die für die Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Mitarbeitenden auf Wunsch des SEM zu ersetzen (Art. 9 Leistungsvereinbarung).¹⁰⁰ Zudem findet zwischen Bietergemeinschaft und SEM ein regelmässiger Informationsaustausch statt, welcher der Koordination der Aufgaben sowie auch der Qualitätssicherung dient (Art. 26 Abs. 4 TestV).¹⁰¹ Damit hatte das SEM bereits auf die Auswahl und die Einsetzung der Leistungserbringerin einen Einfluss und übt durch das Recht, Mitarbeitende abzurufen sowie durch den regelmässigen Informationsaustausch und die Qualitätssicherung weiterhin eine gewisse Kontrolle über diese aus.¹⁰²

In Bezug auf die Unabhängigkeit der Rechtsvertretung von der Leistungserbringerin ist schliesslich auch die Regelung von Art. 13 TestV zur Eröffnung von Verfügungen und Mittei-

⁹⁶ Bereits im Vernehmlassungsverfahren hat das HEKS die Schaffung mehrerer Pauschalen gefordert, BBI 2014 7991, 8053.

⁹⁷ BBI 2014 8119, 8136 f.

⁹⁸ Vgl. Art. 102i Abs. 1 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8135.

⁹⁹ Die Anwendbarkeit der Berufsregeln für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte auf die Rechtsvertretung im Testphasenverfahren ergibt sich aus Art. 3 lit. c der Leistungsvereinbarung i.V.m. dem Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung (S. 5). So auch FREI/GORDZIELIK, S. 29. Bereits im Vernehmlassungsverfahren wurde das geltend gemacht, BBI 2014 7991, 8053.

¹⁰⁰ Siehe hierzu vorne, III./1.2.1./a/aa.

¹⁰¹ Vgl. Art. 102i Abs. 5 E-AsylG, BBI 2014 8119, 8136.

¹⁰² So auch STERN, S. 10; Wäckerle, S. 14. Gerade die Qualitätskontrolle durch das SEM wurde bereits im Vernehmlassungsverfahren als kritisch beurteilt, BBI 2014 7991 ff., 8053.

lungen problematisch.¹⁰³ Danach werden Verfügungen und Mitteilungen nicht durch Zustellung an die Rechtsvertretung der betroffenen Person eröffnet, sondern durch die Aushändigung an die Leistungserbringerin. Diese ist verantwortlich, dass die Rechtsvertretung der betroffenen asylsuchenden Person unverzüglich von der Zustellung Kenntnis erhält.¹⁰⁴

1.2.2. Unabhängigkeit in räumlicher Hinsicht

Auch in räumlicher Hinsicht müssen die Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung gewährleistet und die Arbeits- sowie Aufenthaltsräume klar von jenen anderer Akteure, insbesondere des SEM, abgegrenzt sein. Das SEM hat der Beratung und Rechtsvertretung Arbeitsräume auf einem separaten Stockwerk im Verfahrenszentrum zur Verfügung gestellt.¹⁰⁵ Die Cafeteria steht dagegen sowohl dem Personal des SEM wie auch den Mitarbeitenden der Beratung und Rechtsvertretung auf dem Stockwerk des SEM gemeinsam zur Verfügung.¹⁰⁶

Die Anwesenheit von Beratung und Rechtsvertretung im Verfahrenszentrum sowie teilweise auch im Zentrum auf dem Juch-Areal ist zu begrüssen, da dadurch der Zugang zur unentgeltlichen Beratung und Vertretung gewährleistet werden kann.¹⁰⁷ Dies ist insbesondere für besonders vulnerable Personen von grosser Wichtigkeit. Daher wird vorliegend die Forderung aus der Literatur, eine Auslagerung der Beratungs- und Vertretungstätigkeit aus dem Zentrum vorzunehmen, nicht unterstützt.¹⁰⁸ Die Unabhängigkeit darf durch die Präsenz am gleichen Ort sowohl des SEM als auch der Beratung und Rechtsvertretung jedoch auf keinen Fall gefährdet sein; vielmehr muss sie durch eine genügende räumliche Trennung der Arbeits- und Aufenthaltsräume der verschiedenen Akteure sichergestellt werden.

Aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) geht hervor, dass sich sowohl die Mitarbeitenden des SEM als auch die Rechtsvertretenden ihrer Rolle im Asylverfahren bewusst sind und die räumliche Nähe keine Auswirkungen auf die faktische Unabhängigkeit der Beratung und Rechtsvertretung hat.¹⁰⁹ Gleichzeitig wird aus dem Bericht aber deutlich, dass zwischen Rechtsvertretung und Mitarbeitenden des SEM teilweise ein informeller Informationsaustausch über einzelne Fälle stattfindet

„BFM und Rechtsvertretung betonen, dass die räumliche Nähe auch im informellen Rahmen einen raschen und direkten Austausch von Informationen ermögliche. Viele RV erwähnen ausserdem, dass so ein informeller Austausch über Fälle möglich sei. BFM-Mitarbeitende sind bei dieser Einschätzung zurückhaltender. Einigkeit herrscht aber darüber, dass dank der räumlichen

¹⁰³ Vgl. Art. 12a E-AsylG, BBl 2014 8119, 8120.

¹⁰⁴ Siehe hierzu hinten, III./2.3.2.

¹⁰⁵ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 10. Die Notwendigkeit von separaten Räumlichkeiten wurde bereits vor Beginn der Testphase festgestellt. Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 8; Art. 6 Leistungsvereinbarung. Es handelt sich um 7-9 Büros an der Förrlibuckstrasse, sowie einem Büro an der Juchstrasse, siehe BFM, Antworten Auftraggeberin betreffend Ausschreibungsverfahren, S. 1.

¹⁰⁶ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 8; Art. 6 Leistungsvereinbarung.

¹⁰⁷ Den Asylsuchenden steht ein Shuttlebus zur Verfügung, der sie in regelmässigen Abständen vom Bundeszentrum auf dem Juch-Areal zum Verfahrenszentrum und wieder zurück bringt. Siehe VÖGELI.

¹⁰⁸ FREI/GORDZIELIK, S. 28.

¹⁰⁹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 9.

Nähe auch ein informeller Austausch zwischen den Behörden und Rechtsvertretung zu grundsätzlichen Aspekten des Testbetriebs leichter möglich ist.¹¹⁰

Ein solcher informeller Austausch von Informationen über konkrete Fälle steht der Unabhängigkeit der Beratung und Rechtsvertretung entgegen und sollte aus diesem Grund unterlassen werden. Der informelle Informationsaustausch über grundsätzliche Aspekte des Testphasenbetriebes hat dagegen keine faktischen Auswirkungen auf die Unabhängigkeit. In diesem Zusammenhang ist jedoch auch der äussere Anschein des Verhältnisses der beiden Institutionen zu bedenken. Die Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung muss nicht nur faktisch, sondern auch in der Wahrnehmung der Asylsuchenden gewahrt sein. Nur so ist es diesen möglich, ein Vertrauensverhältnis zur Beratung und der ihnen zugewiesenen Rechtsvertretung aufzubauen.¹¹¹ Der Umstand, dass das SEM sowie die Beratung und Rechtsvertretung im gleichen Gebäude untergebracht sind, kann sich negativ auf das Vertrauen der Asylsuchenden in die Unabhängigkeit der mit der Beratung und Rechtsvertretung betrauten Personen auswirken. Dass dies der Fall ist, wurde auch im Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) festgestellt:

„Während der Fokusgruppen-Interviews erwähnte eine erhebliche Minderheit der Asylsuchenden, dass die Behörden und Rechtsvertretung im gleichen Gebäude arbeiten und dass sie sich als Asylsuchende deshalb fragen, ob die Rechtsvertretung nicht in ihrem Interesse handle. Eine knappe Mehrheit der Asylsuchenden nahm die räumliche Nähe zwischen BFM und Rechtsvertretung wahr, glaubte aber, dass die RV ganz oder primär im Interesse der Asylsuchenden tätig sind.“¹¹²

Aus diesen Gründen erscheint die Gewährleistung einer klaren räumlichen Trennung zwischen Mitarbeitenden des SEM und jenen von Beratung und Rechtsvertretung unabdingbar.¹¹³ Eine solche kann nur dann erreicht werden, wenn sich alle beteiligten Personen der Notwendigkeit einer räumlichen Trennung bewusst sind und diese soweit als möglich auch wahren. Daher sollten sich die Mitarbeitenden des SEM sowie jene von Beratung und Rechtsvertretung nicht unnötigerweise im jeweils anderen Stockwerk aufhalten. Die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter sollten nur während der anstehenden Verfahrensschritte im Stockwerk des SEM anwesend sein und auf die Nutzung der gemeinsamen Cafeteria verzichten. Die bereits geplante Anwesenheit der Rechtsvertretung im Zentrum Juch – für die Rechtsvertretung soll ein Container auf dem Zentrumsareal aufgestellt werden – würde die Gefahr einer ungenügenden räumlichen Trennung weiter entschärfen.¹¹⁴

1.2.3. Zwischenfazit zur Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung

Die Unabhängigkeit als unabdingbare Voraussetzung von Beratung und Rechtsvertretung im Testbetrieb setzt eine klare Trennung in institutioneller, persönlicher und räumlicher Hinsicht gegenüber anderen Akteuren voraus. Weder das SEM noch die Bietergemeinschaft als Erbrin-

¹¹⁰ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 10.

¹¹¹ Siehe vorne, III./1.2.

¹¹² SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 9.

¹¹³ Eine klare räumliche Trennung wurde bereits im Vernehmlassungsverfahren gefordert, BBl 2014 7991 ff., 8052.

¹¹⁴ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 10.

gerin der Beratung und Rechtsvertretung dürfen einen Einfluss auf die beratenden und vertretenden Personen ausüben. Diese sind einzig gegenüber der betreffenden asylsuchenden Person verpflichtet.

Für die Testphase konnten bezüglich der Organisation und Ausgestaltung von Beratung und Rechtsvertretung vier Aspekte ausfindig gemacht werden, die mit der Unabhängigkeit nicht vereinbar sind. Einerseits beeinträchtigen die Auswahl der für die Beratung und Rechtsvertretung eingesetzten Personen, die Mandatsniederlegung bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde sowie die pauschale Entschädigung der Beratungs- und Vertretungstätigkeit pro asylsuchende Person ohne Berücksichtigung der getätigten Verfahrensschritte die institutionelle Unabhängigkeit vom SEM. Die institutionelle Unabhängigkeit stellt sich zudem auch gegenüber der Bietergemeinschaft als Leistungserbringern von Beratung und Rechtsvertretung als fraglich dar, obliegt der Bietergemeinschaft doch die Überwachung und Überprüfung der Beratungs- und Vertretungstätigkeit. Andererseits muss aufgrund der Nähe der Mitarbeitenden von Beratung und Rechtsvertretung zu jenen des SEM auch an der räumlichen Unabhängigkeit von Beratung und Rechtsvertretung gezweifelt werden.

1.3. Unentgeltliche Beratung

In der Folge wird geprüft, ob der Anspruch auf unentgeltliche Beratung tatsächlich zum Ausgleich der Einschränkung der Verfahrensrechte der Asylsuchenden im beschleunigten Verfahren beitragen kann. Dafür sind die Organisation und Ausgestaltung der unentgeltlichen Beratung näher zu beleuchten. Insbesondere ist auf die konkreten Aufgaben der Beratung, die Regelungen betreffend die für die Beratung eingesetzten Personen sowie die Effektivität des Zugangs zur Beratung einzugehen.

1.3.1. Aufgaben der Beratung

Die Aufgaben der Beratung sind in Art. 24 TestV aufgeführt.¹¹⁵ Danach informieren die mit der Beratung betrauten Personen die Asylsuchenden namentlich über ihre Rechte und Pflichten im Asylverfahren. Es handelt sich dabei um eine umfassende und fortlaufende Beratung zum Ablauf des Asylverfahrens sowie den damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten.¹¹⁶ Im Rahmen dieser Beratung haben die Beraterinnen und Berater die asylsuchenden Personen insbesondere auch über die Konsequenzen einer Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 8 AsylG aufzuklären. Zudem haben sie die Asylsuchenden während der Vorbereitungsphase darin zu beraten, inwiefern „ihre persönlichen Beweggründe für die Einreichung des Asylgesuchs mit dem Sinn und Zweck des Asylverfahrens in Einklang stehen“¹¹⁷ und ihnen gegebenenfalls konkrete Alternativen aufzuzeigen.¹¹⁸

Der Zwischenbericht der Evaluation der Testphase (Mandat 4) macht deutlich, dass der Beratung neben diesen im Gesetz und dem Pflichtenheft ausdrücklich verankerten Aufgaben zu-

¹¹⁵ Vgl. Art. 102g Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹¹⁶ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5; Art. 7 Leistungsvereinbarung.

¹¹⁷ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5; Art. 7 Leistungsvereinbarung.

¹¹⁸ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5; Art. 7 Leistungsvereinbarung.

dem die Abklärung der persönlichen Situation der Asylsuchenden sowie die Herstellung einer Verbindung zwischen Asylsuchenden und Rechtsvertretung obliegen.¹¹⁹ Diese Aufgaben werden zwar in Art. 24 TestV nicht ausdrücklich genannt, lassen sich jedoch aufgrund der offenen Formulierung der Norm sowie ihres explizit nicht abschliessenden Charakters ohne Weiteres darunter subsumieren. Zudem entsprechen sie der im Pflichtenheft geforderten umfassenden Beratung.¹²⁰

a) Vermittlung von allgemeinen Informationen

Die Vermittlung von allgemeinen Informationen über das beschleunigte Asylverfahren ist ein zentraler Pfeiler der Beratung. Hier werden die asylsuchenden Personen in der Regel zum ersten Mal über den Ablauf des Asylverfahrens sowie ihre Rechte und Pflichten in diesem Verfahren informiert.¹²¹ Insbesondere sind sie über ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung und ihre Mitwirkungspflicht zu unterrichten. Zudem muss die Beratung sie auch darüber informieren, ob ihr Asylgesuch hinreichend begründbar ist und ihnen gegebenenfalls Alternativen aufzeigen.¹²²

Die Übertragung dieser Aufgabe an die Beraterinnen und Berater ist sinnvoll. Damit erhalten die asylsuchenden Personen diese Informationen nicht nur durch Mitarbeitende des SEM, die über ihr Asylgesuch erstinstanzlich zu entscheiden haben, sondern auch von einer nichtbehördlichen Stelle, die ihnen neutral gegenüber treten kann.¹²³ Dies lässt auch die Information über die vom SEM tatsächlich unabhängige Rechtsvertretung für die Asylsuchenden glaubhafter erscheinen.¹²⁴

Die Beratung beschränkt sich auf die Vermittlung von allgemeinen Informationen, sie nimmt keine rechtliche Beurteilung des konkreten Falles vor. Dieser Ausschluss der juristischen Würdigung des Einzelfalles ist zu begrüssen. Dadurch können die Aufgaben der Beratung von jenen der Rechtsvertretung klar und auch für die Asylsuchenden deutlich erkennbar voneinander abgegrenzt werden. Die Beratung klärt die asylsuchenden Personen über den Verfahrensablauf auf und steht ihnen für allgemeine, mit dem Asylverfahren in Zusammenhang stehende Fragen zur Verfügung. Für rechtliche Fragen zum konkreten Verfahren ist dagegen die Rechtsvertretung zuständig. Durch diese klare Aufgabenteilung wird die Rechtsvertretung effizienter und damit auch kostengünstiger ausgestaltet. Einerseits kann die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter auf bereits bestehendes, allgemeines Vorwissen zum Verfahrensablauf und den Rechten und Pflichten der asylsuchenden Person zurückgreifen und hat damit mehr Zeit, sich auf die rechtlich relevanten Aspekte eines Falles zu konzentrieren. Andererseits kann dadurch vermieden werden, dass zwei Fachpersonen ihre Zeit für dieselbe juristische Frage aufwenden. Dies ist gerade auch im Hinblick auf die pauschale Entschädigung von Bedeu-

¹¹⁹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 2.

¹²⁰ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5; Art. 7 Leistungsvereinbarung. Siehe hierzu auch vorne, III./1.3.1.

¹²¹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 2.

¹²² Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5; Art. 7 Leistungsvereinbarung.

¹²³ So auch SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3.

¹²⁴ So auch SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3.

tung.¹²⁵ Eine solche Fokussierung der Rechtsvertretung auf die rechtliche Würdigung eines konkreten Falles ist aber freilich nur möglich und zulässig, wenn die Beratung ihre Aufgabe in befriedigender Weise wahrnimmt und die Asylsuchenden über das Verfahren sowie ihre Rechte und Pflichten auch tatsächlich und in umfassender Weise aufklärt. Aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) geht hervor, dass die Beratung ihre Aufgaben grundsätzlich erfüllt:

„Während den Fokusgruppen-Interviews war zu erkennen, dass die *Asylsuchenden über das Verfahren im Testbetrieb mehrheitlich gut informiert waren*. So erwähnten zum Beispiel mehrere Asylsuchende, dass das Asylverfahren höchstens 140 Tage dauert. Auch die Informationen der Beratung zur Unabhängigkeit und Rolle der Rechtsvertretung erfüllen eine wichtige Funktion. So wurde während den Fokusgruppen-Interviews mit den Asylsuchenden ersichtlich, dass *alle Befragten über die Möglichkeit einer unentgeltlichen Rechtsvertretung informiert waren* und dass mit wenigen Ausnahmen alle Befragten von einer Rechtsvertretung (RV) der Rechtsberatungsstelle (RBS) Testbetrieb begleitet wurden. Die Asylsuchenden waren auch mehrheitlich überzeugt, dass die RV ganz oder vorwiegend im Interesse der Asylsuchenden tätig sind. Schliesslich ermöglicht das Eingehen der Beratung auf die persönliche Situation, besonders verletzte Asylsuchende zu identifizieren und entsprechende Informationen an die RV weiterzuleiten.“¹²⁶

Dies verdeutlicht, dass die Beraterinnen und Berater die Asylsuchenden über ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung grundsätzlich ausreichend informieren. Gleichzeitig ist dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) aber auch zu entnehmen, dass die Vermittlung von allgemeinen Informationen noch verbessert werden müsste. So waren die befragten Asylsuchenden über das Verfahren im Testbetrieb nur „*mehrheitlich gut informiert*“. Leider wird diese Aussage nicht näher präzisiert. Es muss damit offen bleiben, inwiefern die Beratung ihre Aufgabe in Bezug auf die Vermittlung von allgemeinen Informationen im beschleunigten Verfahren anzupassen hat, um ihre Aufgaben auch tatsächlich in befriedigender Weise wahrzunehmen. Da es sich dabei um eine unverzichtbare Aufklärung handelt, ohne die es den Asylsuchenden nicht möglich ist, informierte Entscheidungen zu treffen, kann nur eine flächendeckende Information befriedigen. Die vom SEM geforderten 80 Prozent der Asylsuchenden, die über diese allgemeinen Informationen verfügen¹²⁷ sind damit nur dann ausreichend, wenn davon alle urteilsfähigen Personen erfasst werden.

Im Zusammenhang mit der Vermittlung von allgemeinen Informationen bleibt abschliessend anzumerken, dass die Information über die Begründbarkeit eines Asylgesuches und das allfällige Aufzeigen von Alternativen zwar zulässig ist, jedoch nicht zu einer Einschränkung des Rechts auf Einreichung eines Asylgesuches führen darf.¹²⁸

b) Abklärung der persönlichen, nicht asylrechtlichen Situation

Die Beratung ist neben der Vermittlung allgemeiner Informationen zum Asylverfahren auch für die Abklärung der persönlichen, nicht asylrechtlichen Situation der Gesuchstellerinnen und

¹²⁵ Siehe hierzu vorne, III./1.2.1./a/cc.

¹²⁶ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3, Hervorhebung im Original.

¹²⁷ BFM, Qualitätssicherung und Controlling, S. 2. Die Überprüfung findet einmal pro Quartal mittels Befragung der Asylsuchenden statt.

¹²⁸ Es handelt sich dabei um ein höchstpersönliches Recht. Siehe etwa BVerwG, D-1211/2014, 30. April 2015, E. 2.1.

Gesuchsteller verantwortlich.¹²⁹ Es handelt sich dabei um eine wichtige Aufgabe, die zum einen das Vertrauen der asylsuchenden Personen in das Asylverfahren stärkt, indem diese ihre persönliche Sicht darlegen und mit der Beratung diskutieren können. Zum anderen wird die Rechtsvertretung dadurch entlastet. So kann sie sich auf die rechtlich relevanten Aspekte eines konkreten Falles konzentrieren und die asylsuchende Person für weitergehende Fragen an die Beratungsstelle verweisen. Diese klare Aufgabenteilung trägt dazu bei, dass die Rechtsvertretung effizienter wird, was gerade im Hinblick auf die pauschale Entschädigung für die Beratung und Rechtsvertretung zu begrüßen ist.¹³⁰ Zudem können durch die Abklärung der persönlichen Situation allenfalls weitere, für das Asylverfahren relevante Informationen über die betreffende Person gewonnen werden, über die die Rechtsvertretung bislang keine Kenntnis hatte.¹³¹ Dies wird auch aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) deutlich, in welchem festgestellt wird, dass die Beratung durch die Abklärung der persönlichen Situation besonders vulnerable Personen identifizieren und die entsprechenden Informationen der zuständigen Rechtsvertretung mitteilen kann.¹³²

Ob die Beraterinnen und Berater ihre Aufgabe in Bezug auf die Abklärung der persönlichen, nicht asylrechtlichen Situation in befriedigender Weise wahrnehmen, muss im Rahmen dieses Gutachtens aufgrund fehlender Informationen offen gelassen werden.

c) Herstellung einer Verbindung zwischen Asylsuchenden und Rechtsvertretung

Die Beratungsstelle ist zudem dafür verantwortlich, den Kontakt zwischen der asylsuchenden Person und ihrer Rechtsvertreterin oder ihrem Rechtsvertreter herzustellen. Diese Aufgabe der Beratung und damit einer nichtstaatlichen Stelle zuzuweisen ist sinnvoll, da dadurch die Unabhängigkeit der Rechtsvertretung vom SEM verdeutlicht wird.¹³³

1.3.2. Zur Beratung zugelassene Personen

Nach Art. 26 Abs. 1 TestV ist die Bietergemeinschaft unter Federführung der SFH als Leistungserbringerin für die Sicherstellung, Organisation und Durchführung der Beratung im Testzentrum verantwortlich und sorgt für deren Qualität.¹³⁴ Sie bestimmt die mit der Beratung betrauten Personen,¹³⁵ wobei die Testphasenverordnung gewisse Qualifikationen vorschreibt. So kann die Beratungstätigkeit nur von Personen ausgeübt werden, die sich beruflich mit der Beratung von Asylsuchenden befassen (Art. 26 Abs. 3 TestV).¹³⁶ Zudem müssen die Beraterinnen und Berater zwingend eine abgeschlossene Schul- und Berufsbildung vorweisen, über sehr gute Kenntnisse der deutschen Sprache sowie gute aktive Kenntnisse einer zweiten Amtssprache und des Englischen verfügen, Verhandlungsgeschick und Fähigkeiten für inter-

¹²⁹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 2.

¹³⁰ Siehe hierzu auch vorne, III./1.2.1./a/cc.

¹³¹ So auch FREI/GORDZIELIK, S. 28.

¹³² SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3.

¹³³ So auch SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3.

¹³⁴ Vgl. Art. 102i Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹³⁵ Vgl. Art. 102i Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹³⁶ Vgl. Art. 102i Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

kulturelle Kommunikation besitzen und einen einwandfreien Leumund haben. Kenntnisse im Asyl- und Migrationsbereich der Schweiz sowie weitere Fremdsprachenkenntnisse sind von Vorteil.¹³⁷ Ausserdem hat die Leistungserbringern für ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis der mit der Beratung beauftragten Personen zu sorgen.¹³⁸

Die genannten Anforderungen und Qualifikationen der mit der Beratung betrauten Personen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Insbesondere kann die Kritik aus der Literatur nicht unterstützt werden, dass die Beraterinnen und Berater zumindest ein juristisches Hochschulstudium absolviert haben müssten, um die Beratungstätigkeit in befriedigender Weise wahrnehmen zu können.¹³⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung sind die beratenden Personen primär für die Vermittlung und Erläuterung von allgemeinen Verfahrensinformationen, die Beantwortung von nichtjuristischen individuellen Fragen sowie die Abklärung der persönlichen Situation zuständig und gerade nicht für die rechtliche Beurteilung des Einzelfalles. Diese obliegt vielmehr der Rechtsvertretung. Die Beraterinnen und Berater müssen zur Erfüllung ihrer Aufgaben zwar fundierte rechtliche Kenntnisse im Asylrecht haben, der Abschluss eines juristischen Studiums ist hierfür jedoch nicht notwendig.

1.3.3. Zugang zur Beratung

Damit die unentgeltliche Beratung zum Ausgleich der Einschränkung in die Verfahrensrechte der asylsuchenden Personen beitragen kann, muss sie effektiv zugänglich sein. Der effektive Zugang ist nur gewährleistet, wenn die Asylsuchenden über das Beratungsangebot informiert sind und die Beratungsstelle räumlich und zeitlich auch tatsächlich erreichen können.

In der Leistungsvereinbarung zwischen SEM und Bietergemeinschaft wurde festgelegt, dass die Beratung für die Asylsuchenden in der Regel während fünf Arbeitstagen pro Woche von 07.30-17.30 Uhr zur Verfügung stehen muss.¹⁴⁰ Dafür hat das SEM der Beratung separate Räumlichkeiten im Testzentrum auf dem Juch-Areal überlassen.¹⁴¹ Aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) geht hervor, dass diese Räumlichkeiten am Dienstag-, Mittwoch- und Donnerstagnachmittag von jeweils einer Beraterin oder einem Berater genutzt werden. Daneben steht die Beratung während der gesamten vorgesehenen Zeit im drei Kilometer entfernten und mit einem Shuttlebus erreichbaren Verfahrenszentrum offen.¹⁴² Die Asylsuchenden werden darüber, welche beratende Person wann und wo für die Beratung zur Verfügung steht, klar und anschaulich informiert.¹⁴³

Die regelmässige Präsenz der unentgeltlichen Beratung im Bundeszentrum auf dem Juch-Areal ist zu begrüssen.¹⁴⁴ Damit befinden sich die Beraterinnen und Berater in unmittelbarer Nähe

¹³⁷ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 7; Art. 8 Leistungsvereinbarung.

¹³⁸ Art. 7 Leistungsvereinbarung.

¹³⁹ So etwa STERN, S. 10.

¹⁴⁰ Art. 7 Leistungsvereinbarung.

¹⁴¹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 10; Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 8; Art. 6 Leistungsvereinbarung.

¹⁴² SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3; VÖGELI.

¹⁴³ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3.

¹⁴⁴ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 3.

zu den Asylsuchenden, was gerade in Bezug auf besonders vulnerable Personen von grosser Wichtigkeit ist. Die Anwesenheit der Beratung im Testzentrum beschränkt sich allerdings auf drei Halbtage pro Woche. Aus diesem Grund muss zwingend sichergestellt werden, dass die Asylsuchenden auch ausserhalb dieser Präsenzzeit effektiven Zugang zur Beratung haben. Sie müssen die Möglichkeit haben, die unentgeltliche Beratung im Verfahrenszentrum an der Förrlibuckstrasse in Anspruch zu nehmen. Durch den zur Verfügung gestellten Shuttlebus, welcher zwischen dem Zentrum auf dem Juch-Areal und dem drei Kilometer entfernten Verfahrenszentrum verkehrt,¹⁴⁵ wird der Zugang grundsätzlich ermöglicht. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass die Beratung für alle asylsuchenden Personen effektiv zugänglich ist und durch die gewählte Lösung keine Hindernisse für besonders vulnerable Personen entstehen, die ihnen zustehende Beratung in Anspruch zu nehmen. Der Zugang zur Beratung muss zudem auch in zeitlicher Hinsicht effektiv sein. Hierfür müssen die Asylsuchenden die Beratung – unabhängig ob im Test- oder im Verfahrenszentrum – innerhalb einer angemessenen Wartezeit in Anspruch nehmen können. In diesem Sinne muss auch die Bewilligungspraxis des Ausgangs aus dem Testzentrum so ausgestaltet werden, dass der Zugang zur unentgeltlichen Beratung nicht beschränkt wird.

1.3.4. Zwischenfazit zur Ausgestaltung der unentgeltlichen Beratung

Die Organisation und Ausgestaltung der unentgeltlichen Beratung ist im Allgemeinen positiv zu beurteilen. Die Beratung nimmt ihre Aufgaben grundsätzlich wahr und kann dadurch mit-helfen, die Rechtsvertretung zu entlasten und gleichzeitig das Vertrauen der Asylsuchenden in die Unabhängigkeit der Rechtsvertretung zu stärken. In diesem Sinne stellt die Gewährleistung der unentgeltlichen Beratung einen wichtigen Aspekt des beschleunigten Verfahrens dar. Es zeigt sich jedoch, dass im Hinblick auf die Vermittlung von allgemeinen Informationen noch Verbesserungspotential besteht. Zudem muss sichergestellt werden, dass die Vermittlung von Informationen zur Begründbarkeit des Asylgesuchs nicht zu einer Einschränkung des Rechts auf Einreichung eines Asylgesuchs führt.

In Bezug auf die Anforderungen und Qualifikationen der mit der Beratung betrauten Personen konnten keine Verbesserungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Auch die Effektivität des Zu-gangs zur Beratung scheint grundsätzlich gewährleistet zu sein.

1.4. Unentgeltliche Rechtsvertretung

Im Folgenden wird untersucht, ob der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung zum Ausgleich der Einschränkung der Verfahrensrechte der Asylsuchenden im beschleunigten Ver-fahren beitragen kann. Hierfür sind die Organisation und Ausgestaltung der unentgeltlichen Rechtsvertretung näher zu betrachten. Insbesondere wird auf die Zuweisung einer Rechtsver-treterin oder eines Rechtsvertreters zu einer asylsuchenden Person, die konkreten Aufgaben der Rechtsvertretung, die Regelungen zur Zulassung der Vertreterinnen und Vertreter sowie die Effektivität des Zugangs zur Rechtsvertretung einzugehen sein.

¹⁴⁵ Siehe hierzu VÖGELI.

1.4.1. Zuweisung einer Rechtsvertretung und Möglichkeit des Verzichts

Sofern sie nicht ausdrücklich darauf verzichtet, wird jeder asylsuchenden Person, deren Asylgesuch im Rahmen der Testphase behandelt wird, eine unentgeltliche Rechtsvertretung zugewiesen (Art. 25 Abs. 1 TestV).¹⁴⁶ Die Zuweisung obliegt nach Art. 26 Abs. 2 TestV der Bietergemeinschaft unter Federführung der SFH.¹⁴⁷ Sie hat diese umgehend vorzunehmen.¹⁴⁸ Nach der Zuweisung ist die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter verpflichtet, unverzüglich mit der asylsuchenden Person in Kontakt zu treten, um die Erteilung der Vollmacht einzuleiten.¹⁴⁹

Nach welchen Kriterien die Bietergemeinschaft die Zuteilung der Rechtsvertretung auf die asylsuchenden Personen vornimmt, muss aufgrund fehlender Informationen leider offen gelassen werden. Fest steht aber, dass die Asylsuchenden keinen Anspruch auf eine bestimmte Rechtsvertreterin oder einen bestimmten Rechtsvertreter haben.¹⁵⁰ Ebenso wenig haben sie einen Anspruch darauf, dass die Vertretung im gesamten Asylverfahren von derselben Person vorgenommen wird. Personenwechsel in der Rechtsvertretung sind damit zulässig und werden auch vorgenommen.¹⁵¹ So geht aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) hervor, dass sich Handwechsel im beschleunigten Verfahren aufgrund struktureller Gründe kaum vermeiden lassen und sie auch in mehr als der Hälfte der Fälle mindestens einmal vorgenommen werden. Um die negativen Auswirkungen von Handwechseln zu vermeiden, seien – so der Zwischenbericht – Massnahmen ergriffen worden:

„Alle RV führen ein für alle anderen RV zugängliches Online-Journal zu ihren Fällen. Das Journal hilft der neuen RV bei Handwechseln, sich rasch einen Überblick über den Fall zu verschaffen. Ausserdem wurden Zweierteams von RV gebildet, die zusammen jeden Arbeitstag der Woche abdecken und sich über die Fälle gegenseitig aus dem Laufenden halten. Typischerweise soll dieser Austausch im direkten Gespräch am Mittwoch stattfinden (...). Ausserdem wird im Journal vermerkt, falls kein Handwechsel stattfinden soll, z.B. weil der Fall besonders komplex oder der Asylsuchende besonders verletzlich ist. Sieht die Disposition der RBS Testbetrieb aufgrund des Wochenplans der Disposition BFM, dass es bei einem solchen Fall zu einem Handwechsel kommen würde, wird das BFM angefragt, ob eine Anpassung der Disposition in diesem Fall möglich wäre.“¹⁵²

Aus dem Zwischenbericht geht weiter hervor, dass mehrere Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter erwähnt haben, dass das Online-Journal nicht immer genügend detailliert und fokussiert sowie die Einarbeitungszeit teilweise zu knapp berechnet sei. Zudem sei der Austausch der Zweierteams aus zeitlichen Gründen teilweise nicht (ausreichend) durchführbar.¹⁵³ In die-

¹⁴⁶ Vgl. Art. 102h Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 102i Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁴⁸ Art. 7 lit. c Leistungsvereinbarung; BFM, Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5.

¹⁴⁹ Art. 7 Leistungsvereinbarung.

¹⁵⁰ Dies ergibt sich aus dem grundrechtlichen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand nach Art. 29 Abs. 3 BV. Siehe hierzu etwa BGE 125 I 161 S. 164 E. 3b; BGE 114 Ia 101 S. 104 E. 3; BGE 105 Ia 296 S. 301 f. E. 1d; MÜLLER/SCHÉFER, S. 898. So auch BBl 2014 7991, 8056.

¹⁵¹ Der Handwechsel ist nach Bundesverwaltungsgericht zwar nicht ideal, grundsätzlich jedoch zulässig. BVerwG, D-7283/2014, 22. Dezember 2014.

¹⁵² Siehe zum Ganzen SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 7.

¹⁵³ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 7.

sem Sinne enthält der Zwischenbericht drei Empfehlungen, die diese Probleme beheben sollen

„Empfehlung 11

Das Bewusstsein für die wichtige Funktion des Journals bei Handwechsel soll bei allen RV gestärkt werden. Gute Beispiele von Journaleinträgen könnten in der Sammlung von bewährten Praktiken im vorgeschlagenen RV-Handbuch aufgenommen werden.

Empfehlung 12

Soweit möglich Dispositionen zu Handwechsel optimieren: feste und genug Zeit für den Austausch der Zweierteams und für das Aktenstudium vorsehen.

Empfehlung 13

Die bisherige Triage von Fällen im Hinblick auf Handwechsel anpassen: Fälle so früh wie möglich kategorisieren (z.B. auf keinen Fall HW, kein HW wünschenswert, HW unproblematisch) und diese Information an das BFM weiterreichen, sobald ein Fall entsprechend kategorisiert wurde und nicht erst, wenn sich ein Handwechsel abzeichnet.“¹⁵⁴

Diesen Empfehlungen der externen Evaluation kann nicht zugestimmt werden. Vielmehr muss der Handwechsel ganz allgemein als problematisch beurteilt werden. Die Rechtsvertretung stellt, wie bereits ausgeführt, die von anderen Akteuren unabhängige Interessenvertretung der asylsuchenden Personen dar. Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist ein Vertrauensverhältnis zwischen der Rechtsvertreterin oder dem Rechtsvertreter und der asylsuchenden Person.¹⁵⁵ Ein Handwechsel kann dieses Vertrauen stark erschüttern oder gar zerstören und muss mit der neu zugewiesenen Rechtsvertretung erst wieder aufgebaut werden. Ein solcher Vertrauensaufbau braucht allerdings eine gewisse Zeit, die im beschleunigten Verfahren nicht zur Verfügung steht. Ein Handwechsel führt damit unweigerlich zu einer Schwächung der Rechtsvertretung. Ob eine solch geschwächte Rechtsvertretung ihren Zweck, nämlich den Ausgleich der Einschränkung der Verfahrensrechte der Asylsuchenden, zu erfüllen vermag, ist zweifelhaft. Dies gilt insbesondere bei minderjährigen Asylsuchenden, stellt die Rechtsvertretung doch gleichzeitig deren Vertrauensperson im Asylverfahren dar.¹⁵⁶

Wie aus Art. 25 Abs. 1 TestV explizit hervorgeht, kann die asylsuchende Person auf die Zuweisung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung verzichten. Ein solcher Verzicht ist nur möglich, wenn er ausdrücklich erfolgt. Dies ist vom Grundsatz her zu begrüßen. Da die unentgeltliche Rechtsvertretung aber einen derart zentralen Aspekt der Testphase darstellt, mit dem die Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen gerechtfertigt werden, stellt sich die Frage, ob für einen rechtsgültigen Verzicht nicht strengere Formerfordernisse gelten sollten. Durch Schriftlichkeit könnte besser gewährleistet werden, dass die betroffene Person tatsächlich über ihren Anspruch und die Konsequenzen eines Verzichts wusste und gestützt auf dieses Wissen eine informierte Entscheidung getroffen hat. Ein solcher schriftlicher Verzicht könnte beispielsweise während des Beratungsgesprächs unterzeichnet werden.

¹⁵⁴ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 7.

¹⁵⁵ Siehe zum Ganzen vorne, III./1.2.

¹⁵⁶ Siehe hierzu hinten, V./1.

1.4.2. Aufgaben der Rechtsvertretung

Die Aufgaben der Rechtsvertretung werden in Art. 25 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 TestV geregelt.¹⁵⁷ Danach haben die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter der asylsuchenden Person allgemeine Informationen zum Verfahren zu vermitteln, an der Erstbefragung in der Vorbereitungsphase wie auch bei der Anhörung zu den Asylgründen teilzunehmen, eine Stellungnahme zum Entwurf eines negativen Asylentscheides zu verfassen, die asylsuchende Person im Beschwerdeverfahren zu vertreten und insbesondere die Beschwerdeschrift zu verfassen sowie als Vertrauensperson von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden deren Interessen wahrzunehmen. Daneben verpflichtet Art. 25 Abs. 2 TestV die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter, die asylsuchende Person so schnell wie möglich über ihre Erfolgsaussichten im Asylverfahren zu informieren.¹⁵⁸

a) Vermittlung von allgemeinen Informationen

Nach Art. 28 Abs. 1 lit. a TestV kommt der Rechtsvertretung eine allgemeine Aufklärungs- und Informationspflicht zu, die insbesondere Informationen über den Ablauf des Asylverfahrens und die darin geltenden Rechte und Pflichten umfasst.¹⁵⁹ Obwohl der Rechtsvertretung damit eine Aufgabe zukommt, die als solche auch der Beratung obliegt, können die beiden Aufgabenfelder relativ klar voneinander getrennt werden. Im Unterschied zur Beratung beschränkt sich die Rechtsvertretung nicht auf die Vermittlung von allgemeinen Informationen, sondern nimmt gerade auch eine rechtliche Beurteilung des konkreten Falles vor. In diesem Sinne geht die Informations- und Aufklärungspflicht der Rechtsvertretung deutlich über jene der Beratung hinaus.¹⁶⁰

Die Übertragung der Informations- und Aufklärungspflicht an die Beratung sowie die Rechtsvertretung ist begrüßenswert. Damit kann gewährleistet werden, dass die Asylsuchenden alle notwendigen Informationen haben, um informierte Verfahrensentscheidungen zu treffen. Durch die klare Abgrenzung der beiden Aufgabenfelder und den unterschiedlichen Umfang der Aufklärungspflicht wird gleichzeitig gewährleistet, dass Doppelspurigkeiten zwischen Beratung und Rechtsvertretung vermieden werden und die Rechtsvertretung ihre Aufgaben effizient wahrnehmen kann.¹⁶¹

Was die Erfüllung der Informations- und Aufklärungspflicht der Rechtsvertretung betrifft, können aufgrund fehlender Informationen keine Aussagen gemacht werden. Der Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) macht lediglich auf ein Defizit aufmerksam:

„Auch betonen viele RV gegenüber den Asylsuchenden, dass bestimmte Beweismittel, wie Militärdienstbüchlein, Reisepass und Identitätsdokumente oder Geburtsurkunden, wichtig für das Verfahren seien und erklären vereinzelt auch, weshalb das so ist. Einige RV betonen, dass es für die Asylsuchenden (AS) nicht immer klar ist, warum es wichtig ist, Beweismittel zu beschaffen.“¹⁶²

¹⁵⁷ Vgl. Art. 102h Abs. 5 i.V.m. Art. 102k E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135 f.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 102h Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁵⁹ So auch Art. 7 Leistungsvereinbarung. Vgl. Art. 102k Abs. 1 lit a E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁶⁰ Siehe zur Informationspflicht der Beratung vorne, III./1.3.1./a.

¹⁶¹ Siehe hierzu auch vorne, III./1.3.1./a.

¹⁶² SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 4.

In diesem Sinne ist die Empfehlung 2 aus dem Zwischenbericht zu unterstützen, wonach die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter den Asylsuchenden insbesondere vermehrt erklären sollten, wieso Beweismittel für das Verfahren wichtig sind.¹⁶³

b) Teilnahme an der Erstbefragung sowie der Anhörung zu den Asylgründen

Die Rechtsvertretung nimmt an allen relevanten Verfahrensschritten teil. Dazu gehören insbesondere die Erstbefragung in der Vorbereitungsphase sowie die Anhörung zu den Asylgründen (Art. 28 Abs. 1 lit. b TestV).¹⁶⁴ Steht ein solcher Verfahrensschritt bevor, informiert das SEM die Leistungserbringerin über den genauen Termin (Art. 27 Abs. 1 TestV).¹⁶⁵ Wurde diese Mitteilung rechtzeitig vorgenommen, so sind die Handlungen des SEM auch ohne die Anwesenheit der Rechtsvertretung rechtswirksam, sofern es sich nicht um eine kurzfristige Verhinderung aus entschuldbaren, schwerwiegenden Gründen handelt (Art. 27 Abs. 1 TestV).¹⁶⁶ Es ist höchst fraglich, ob eine solche Übertragung der Verantwortung auf die Rechtsvertretung und damit schliesslich auf die Asylsuchenden mit dem Ziel eines verbesserten Rechtsschutzes vereinbar ist.¹⁶⁷

Aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) wird ersichtlich, dass die Notwendigkeit der Teilnahme der Rechtsvertretung an der Erstbefragung zurzeit im Rahmen des Testbetriebs diskutiert wird. Die Rechtsvertretung geht grundsätzlich von der Notwendigkeit ihrer Anwesenheit aus, da diese gerade für den Aufbau des Vertrauensverhältnisses mit der asylsuchenden Person wichtig sei. Zudem würden beim Erstgespräch teilweise auch Informationen erfasst, welche für die Rechtsvertretung von Bedeutung seien und die Möglichkeit der Rechtsvertretung, Fragen zu stellen, sei zugleich eine Qualitätskontrolle der Erstbefragung. Die Mitarbeitenden des SEM andererseits sehen die Anwesenheit der Rechtsvertretung während der Erstbefragung nicht als notwendig an. In diesem Zusammenhang hält der Zwischenbericht fest,

„dass aufgrund der Anwesenheit und Fragen der Rechtsvertretung in mehreren Fällen sichergestellt werden konnte, dass die summarischen Vorbringen zu den Fluchtgründen durch den Asylsuchenden mit zusätzlichen Sachverhaltselementen vervollständigt werden konnte, weil die RV Fragen an den Asylsuchenden stellten, oder weil die RV wichtige Beweismittel erwähnen oder inhaltliche Anpassungen des Protokolls während der Rückübersetzung initiieren konnten. Dabei wurde aufgrund der Dossieranalyse ersichtlich, dass mehrere Entscheidungsergebnisse mit der fehlenden Glaubwürdigkeit der asylrelevanten Vorbringen begründet wurde, weil sich Aussagen der Erstbefragung und solche der Anhörung widersprachen. Gleichzeitig gibt es zahlreiche Fälle, in welchen die Anwesenheit der Rechtsvertretung kaum etwas oder nichts bewirkte.“¹⁶⁸

Aus diesem Ausschnitt des Zwischenberichts wird deutlich, dass eine Anwesenheit der Rechtsvertretung während der Erstbefragung aus mehreren Gründen zwingend ist. Sie kann

¹⁶³ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 4.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 102k Abs. 1 lit b E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 102j Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁶⁶ Als nicht planbare, kurzfristige Verhinderungen gelten etwa ein Unfall oder eine schwere Krankheit, BFM, Antworten Auftraggeberin betreffend Ausschreibungsverfahren, Antwort zu Frage 35. Vgl. Art. 102j Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁶⁷ So auch FREI/GORDZIELIK, S. 29; STERN, S. 10.

¹⁶⁸ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 12.

zur Vervollständigung der Vorbringen der Asylsuchenden durch zusätzliche Sachverhaltselemente, zur Erwähnung von wichtigen Beweismitteln oder auch zu inhaltlichen Anpassungen des Befragungsprotokolls beitragen. Aus diesem Grund ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Verfasser des Zwischenberichts zum Schluss kommen, dass die Notwendigkeit der Anwesenheit in jedem konkreten Fall anhand eines Triage-Systems entschieden werden soll.¹⁶⁹ Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass es für die Rechtsvertretung in einer so frühen Phase des Verfahrens gerade unmöglich ist einzuschätzen, in welchen Fällen ihre Anwesenheit notwendig ist und in welchen nicht. Die Präsenz der Rechtsvertretung ist damit auch bei guten Erfolgsaussichten als absolut erforderlich zu qualifizieren.

In Bezug auf die Teilnahme an allen wichtigen Verfahrensschritten muss zudem erwähnt werden, dass die Rechtsvertretung genügend Zeit zur Verfügung haben muss, die einzelnen Schritte vorzubereiten. Hierzu gehört das Studium der Akten und Beweismittel, deren allenfalls notwendige Übersetzung, die Beziehung von Länderinformationen sowie die Unterstützung der asylsuchenden Person bei der Beschaffung zusätzlicher Beweismittel.

c) Aufklärung über die Erfolgsaussichten des Asylgesuches

Die Rechtsvertretung ist nach Art. 25 Abs. 2 TestV verpflichtet, die asylsuchende Person so rasch als möglich über die Erfolgsaussichten des Asylgesuches zu informieren.¹⁷⁰ Diese Pflicht fließt bereits aus der anwaltlichen Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA.¹⁷¹ Die ausdrückliche Statuierung der Pflicht zur Aufklärung über die Prozesschancen in der Testphasenverordnung ist aber zu begrüßen. Es handelt sich um eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Asylsuchenden die für ihr Verfahren relevanten Entscheide treffen können und realistische Erwartungen in Bezug auf dessen Ergebnis haben. In diesem Zusammenhang fördert die Aufklärung über die Erfolgsaussichten die Akzeptanz des Asylentscheides. Aus diesem Grund ist es von Bedeutung, dass die Rechtsvertretung ihre Pflicht auch tatsächlich wahrnimmt. Die vom SEM im Rahmen der Qualitätssicherung geforderten 80 Prozent der Asylsuchenden, die ihre Erfolgsaussichten kennen,¹⁷² sind mit anderen Worten nur dann als befriedigend und im Einklang mit dem BGFA zu qualifizieren, sofern dadurch alle urteilsfähigen Personen erfasst werden.

d) Stellungnahme zum Entwurf eines ablehnenden Asylentscheides

Nach Art. 28 Abs. 1 lit. c TestV hat die Rechtsvertretung eine Stellungnahme zum allfälligen Entwurf eines negativen Asylentscheides abzugeben.¹⁷³ Die Rechtsvertretung hat den Entscheidentwurf zu prüfen und schriftlich dazu Stellung zu nehmen.¹⁷⁴ Damit soll die Qualität sowie die Akzeptanz des Entscheides erhöht und das Beschwerdeverfahren verkürzt werden, da allfällige Beschwerdegründe bereits im erstinstanzlichen Entscheid berücksichtigt werden

¹⁶⁹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 12.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 102h Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁷¹ Statt vieler siehe FELLMANN, S. 165 Ziff. 29a.

¹⁷² BFM, Qualitätssicherung und Controlling, S. 3. Die Überprüfung findet einmal pro Quartal mittels Befragung der Asylsuchenden statt.

¹⁷³ Vgl. Art. 102k Abs. 1 lit. c E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁷⁴ So auch Art. 7 lit. c Leistungsvereinbarung.

können.¹⁷⁵ Reicht die Rechtsvertretung die Stellungnahme nicht oder nicht fristgerecht ein, obwohl der Entwurf der Leistungserbringerin rechtzeitig zugestellt wurde, wird dies gestützt auf Art. 27 Abs. 2 TestV als Verzicht auf eine Stellungnahme gewertet.¹⁷⁶

Die Möglichkeit einer Stellungnahme zum Entwurf eines ablehnenden Asylentscheides ist grundsätzlich zu begrüßen. Es ist offensichtlich, dass eine solche die Qualität und Akzeptanz des Asylentscheides erhöhen und damit zur Senkung der Beschwerdequote führen kann. In diesem Sinne führt der Zwischenbericht aus:

„(...) indem die Rechtsvertretung den Entscheidentwurf mit den Asylsuchenden persönlich bespricht, können die für den Asylsuchenden schlechten Neuigkeiten abgestuft überbracht werden. Der Asylsuchende kann sich so besser auf den Entscheid einstellen.“¹⁷⁷

Diese Ziele sind jedoch nur zu erreichen, wenn die Möglichkeit zur Stellungnahme auch dementsprechend ausgestaltet ist. Daran ist jedoch aus drei Gründen zu zweifeln. *Erstens* wird aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes deutlich, dass es das SEM zumindest in dem zu beurteilenden Fall unterlassen hat, der Rechtsberatung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.¹⁷⁸ Die Möglichkeit der Stellungnahme kann ihren Zweck aber nur erfüllen, wenn sie flächendeckend angeboten wird. *Zweitens* geht aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation hervor, dass sich SEM und Rechtsvertretung über den Sinn und Zweck der Stellungnahme nicht einig sind. Während das SEM davon ausgeht, dass die Stellungnahme als Möglichkeit der Rechtsvertretung verstanden werden muss, auf formelle Fehler des Urteils hinzuweisen, sieht die Rechtsvertretung die Stellungnahme als Möglichkeit, auch materiell-rechtliche Argumente in das erstinstanzliche Verfahren einzubringen.¹⁷⁹ In diesem Zusammenhang empfiehlt das SKMR in seiner Empfehlung 21:

„BFM und Rechtsvertretung sollen unter möglichst breiter Beteiligung der Mitarbeitenden einen Austausch über Sinn und Zweck der Stellungnahme durchführen. Während des Austausches soll insbesondere die Frage, ob und wie weit materiell-rechtliche Argumente einen Platz in der Stellungnahme haben sollen, thematisiert werden. Aufgrund des Austausches könnte die Rechtsvertretung Kriterien entwickeln, wann materiell-rechtliche Argumente in der Stellungnahme der RV ein Thema sein sollen und wann nicht.“¹⁸⁰

Dieser Empfehlung kann nicht zugestimmt werden. Soll die Möglichkeit der Stellungnahme ihren Zweck erfüllen, nämlich die Erhöhung der Qualität und Akzeptanz des Asylentscheides durch die Berücksichtigung allfälliger Beschwerdegründe bereits im erstinstanzlichen Verfahren, muss die Rechtsvertretung auch materiell-rechtliche Argumente vorbringen können. Andernfalls ist die Erreichung dieses Ziels nicht möglich. Zudem muss sichergestellt werden, dass das SEM die im Rahmen der Stellungnahme vorgebrachten Argumente der Rechtsvertretung im Asylentscheid auch tatsächlich berücksichtigt und zwar nicht nur für die Begründung, sondern auch im Ergebnis. Nur so kann der Anspruch auf rechtliches Gehör der asylsuchenden Partei gewährleistet werden. Die Feststellung aus dem Zwischenbericht, dass die Stellung-

¹⁷⁵ BFM, Erläuternder Bericht, S. 14.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 102j Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁷⁷ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 13.

¹⁷⁸ BVerwG, E-1311/2014, 18.03.2014.

¹⁷⁹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 13.

¹⁸⁰ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 13.

nahmen zwar Auswirkungen auf die Begründung, jedoch praktisch keine Auswirkungen auf das Entscheidungsergebnis haben,¹⁸¹ ist dementsprechend unbefriedigend. Es darf nicht sein, dass die Möglichkeit zur Stellungnahme zu einer Möglichkeit der Verhinderung allfälliger Beschwerden umgedeutet wird, indem die Argumente der Rechtsvertretung zwar aufgenommen werden, jedoch keine Auswirkungen haben. *Drittens* ist offensichtlich, dass die kurzen Fristen zur Einreichung einer Stellungnahme zumindest in komplexeren Fällen keine effektive Rechtsvertretung zulassen. So geht aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation hervor, dass die Rechtsvertretung grundsätzlich 24 Stunden Zeit hat, um zu einem Entscheidungswurf Stellung zu nehmen, dass eine solche Frist aber gerade für ausführliche Stellungnahmen zu kurz sei und Fristerstreckungsgesuche nur restriktiv bewilligt würden.¹⁸²

e) Beurteilung der Erfolgchancen einer Beschwerde und Niederlegung des Mandates

Die Rechtsvertretung endet grundsätzlich mit der Rechtskraft des Asylentscheides im beschleunigten sowie im Dublin-Verfahren oder mit dem Entscheid über die Durchführung des Asylverfahrens ausserhalb der Testphase (Art. 25 Abs. 3 TestV).¹⁸³ Ausnahmsweise endet die Rechtsvertretung indes bereits vor Eintritt der Rechtskraft, sofern die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter eine Beschwerde gegen einen negativen Asylentscheid als aussichtslos beurteilt (Art. 25 Abs. 4 TestV).¹⁸⁴ Die Rechtsvertretung hat damit die Chancen einer Beschwerde gegen einen ablehnenden Asylentscheid nicht nur einzuschätzen und der betroffenen Person mitzuteilen, sondern hat das Mandat bei festgestellter Aussichtslosigkeit auch autonom niederzulegen. Es fragt sich, ob eine solche Regelung mit den allgemeinen Grundsätzen einer wirksamen Rechtsvertretung vereinbar ist.

Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter sind Interessenvertreter ihrer Klientinnen und Klienten. Sie vertreten diese, nehmen deren Interessen wahr und verteidigen sie vor Gericht. Im Rahmen dieser gesamten Tätigkeit sind sie zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausführung des ihnen übertragenen Geschäftes verpflichtet.¹⁸⁵ Die Sorgfaltspflicht umfasst insbesondere auch die Beurteilung und Aufklärung über die Erfolgsaussichten eines Verfahrens. Grundsätzlich sind Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter verpflichtet, nur sinnvolle Verfahren zu führen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn die Klientin oder der Klient vollständig über ein bestehendes signifikantes Prozessrisiko aufgeklärt wurde, sich aber dennoch für die Einleitung eines (Beschwerde-)Verfahrens entscheidet.¹⁸⁶ Die Rechtsvertretung hat damit zwar Aufklärungspflicht über die Erfolgchancen eines Verfahrens, die Entscheidungsbefugnis liegt jedoch bei den Klientinnen und Klienten. Sie sind es ja auch, deren Interessen vertreten werden und die die Kosten zu tragen haben.

¹⁸¹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 12.

¹⁸² SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 13. Siehe zum Ganzen hinten, III./2.2.2.

¹⁸³ Vgl. Art. 102h Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 102h Abs. 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁸⁵ Art. 12 BGFA. Die Anwendbarkeit der Berufsregeln für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte auf die Rechtsvertretung im Testphasenverfahren ergibt sich aus Art. 3 lit. c der Leistungsvereinbarung i.V.m. dem Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 5.

¹⁸⁶ BGer, 4C_80/2005, Urteil vom 11. August 2005, E. 2.1.2.

Anders gestaltet sich die Situation beim verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand nach Art. 29 Abs. 3 BV. Auf diesen kann sich eine Person nur bei kumulativem Vorliegen der Voraussetzungen der Bedürftigkeit, der genügenden Prozesschancen sowie der Notwendigkeit der Verbeiständung berufen.¹⁸⁷ Sind diese Voraussetzungen nach Ansicht der betroffenen Person erfüllt, kann sie ein Gesuch um unentgeltlichen Rechtsbeistand stellen. Dieses ist bei dem für den Fall zuständigen Gericht oder der zuständigen Verwaltungsbehörde einzureichen. Gegen den Entscheid kann ein Rechtsmittel ergriffen werden. In diesem Sinne wird der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV Genüge getan.¹⁸⁸

In Bezug auf die unentgeltliche Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren sieht die Testphasenverordnung für den Testbetrieb jedoch eine andere Regelung vor. Nach Art. 25 Abs. 4 TestV ist die zugewiesene Rechtsvertretung verpflichtet, die Aussichten eines Beschwerdeverfahrens gegen einen negativen Asylentscheid zu beurteilen und das Mandat bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde niederzulegen.¹⁸⁹ Dieser Entscheid ist abschliessend und kann nicht vor Bundesverwaltungsgericht überprüft werden.¹⁹⁰ In diesem Sinne nimmt die Rechtsvertretung die Aufgabe wahr, die nach Art. 29 Abs. 3 BV einer staatlichen Behörde, nämlich dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz obliegen würde. Eine solche Verschiebung der Aufgaben von der Beschwerdeinstanz auf die Rechtsvertretung ist nicht mit der Stellung der Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter als Interessenvertretung der asylsuchenden Personen vereinbar. Damit wird deutlich, dass die Aufgabe der Rechtsvertretung nach Art. 25 Abs. 4 TestV nicht mit dem Anspruch auf effektive und wirksame Rechtsvertretung in Einklang zu bringen ist. Vielmehr handelt es sich um eine Einschränkung des Rechtsschutzes. Zudem bestehen auch Zweifel an der Entscheidqualität, denn die Rechtsvertretung kann die gerichtliche Entscheidung nicht ersetzen. Dies wird durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wie auch den Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) bestätigt.¹⁹¹

Zudem beschränkt die Möglichkeit der Mandatsniederlegung den effektiven Zugang zum Gericht nach Art. 29a BV in unzulässiger Weise. Legt die zugewiesene Rechtsvertretung das Mandat nieder, muss die betroffene asylsuchende Person innerhalb der kurzen, noch verbleibenden Beschwerdefrist von maximal zehn beziehungsweise fünf Tagen bei Dublin-Nichteintretensentscheiden die Beschwerde entweder selber verfassen oder eine andere Rechtsvertretung damit beauftragen.

Die Möglichkeit der Mandatsniederlegung erweist sich schliesslich auch als ineffizient, denn die asylsuchende Person kann im Falle der Mandatsniederlegung beim Bundesverwaltungsgericht ein Gesuch um unentgeltlichen Rechtsbeistand nach Art. 110a Abs. 1 lit. a AsylG i.V.m. Art. 65 Abs. 1 VwVG stellen.¹⁹² Das Bundesverwaltungsgericht hat damit bei Niederlegung des Mandats durch die zugeteilte Rechtsvertretung unter Umständen über die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung zu urteilen, womit die für die Testphase vorgesehene Rege-

¹⁸⁷ MÜLLER/SCHAFER, S. 901 ff.

¹⁸⁸ Siehe hierzu etwa KIENER/KÄLIN, S. 515 ff.; MÜLLER/SCHAFER, S. 910 ff.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 102h Abs. 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

¹⁹⁰ BVerwG, D-4880/2014, 19. Januar 2015, E. 3.3.4.

¹⁹¹ BVerwG, E-953/2014, 6. März 2014, E. 4; BVerwG, D-6822/2014, 25. Februar 2015, E. 6.3; SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 15.

¹⁹² Vgl. Art. 102m E-AsylG, BBl 2014 8119, 8137.

lung keine Beschleunigung, sondern sogar eine Verlangsamung des Verfahrens bewirken kann.¹⁹³ Zudem ist zu beachten, dass die Möglichkeit der Mandatsniederlegung auch gestützt auf die Rechtsprechung des EGMR als ineffizient zu bewerten ist. Nach dieser stellt ein Rechtsmittel, das vom Rechtsbeistand der betroffenen Person als aussichtslos qualifiziert und daher nicht ergriffen wurde, im Rahmen von Art. 35 Ziff. 1 EMRK kein wirksames Rechtsmittel dar und befreit daher von der Pflicht, den innerstaatlichen Instanzenzug auszuschöpfen:

„The Court has consistently held that mere doubts as to the prospects of success of national remedies do not absolve an applicant from the obligation to exhaust those remedies (...). However, it has also on occasion found that where an applicant is advised by counsel that an appeal offers no prospects of success, that appeal does not constitute an effective remedy (...).“¹⁹⁴

Damit würde eine verpasste Rechtsmittelfrist nach der Niederlegung des Mandates durch die zugewiesene Rechtsvertretung einer Beschwerde an den EGMR nicht entgegenstehen. Aus all diesen Gründen ist – wie bereits vorne gefordert¹⁹⁵ – die Kompetenz zur Entscheidung über die Verweigerung von unentgeltlicher Rechtspflege und Rechtsbeistand auch im beschleunigten Asylverfahren der Beschwerdeinstanz und nicht der Rechtsvertretung zu übertragen. Auch das für die Beurteilung der Erfolgchancen eingeführte Vier-Augen-Prinzip vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern.¹⁹⁶

f) Vertretung der asylsuchenden Person im Beschwerdeverfahren

Die Rechtsvertretung übernimmt im Einverständnis mit der asylsuchenden Person die Vertretung im Beschwerdeverfahren, sofern sie nicht das Mandat wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde niederlegt (Art. 28 Abs. 1 lit. d TestV).¹⁹⁷ Übernimmt sie die Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren, hat sie die Rechtsmitteleingabe frist- und formgerecht bei der Beschwerdeinstanz einzureichen, die betroffene asylsuchende Person laufend über das Instruktionsverfahren bei der Beschwerdeinstanz zu informieren, alle erforderlichen Rechtshandlungen wie etwa das Verfassen von Stellungnahmen sowie die Beschaffung von Beweismitteln zu veranlassen und die asylsuchende Person an die Urteilseröffnung zu begleiten, sollte diese mündlich erfolgen. Wird das Beschwerdeurteil dagegen schriftlich eröffnet, hat sie dieses von der Leistungserbringerin entgegenzunehmen und der asylsuchenden Person den Inhalt zu erläutern.¹⁹⁸

In Bezug auf die Vertretung der asylsuchenden Person soll im Rahmen dieses Gutachtens lediglich hervorgehoben werden, dass die Erläuterung des Beschwerdeurteils eine unabdingbare Voraussetzung der Akzeptanz des Urteils darstellt. Nur wenn die Asylsuchenden die Gründe kennen, aufgrund derer ihr Asylgesuch abgelehnt wurde, können sie das Urteil verstehen und akzeptieren. Die vom SEM im Rahmen der Qualitätssicherung geforderten 95 Prozent der

¹⁹³ So auch WÄCKERLE, S. 17.

¹⁹⁴ EGMR, *Sufi und Elmi gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 8319/07 und 11449/07, vom 28. Juni 2011, Ziff. 205 mit weiteren Hinweisen.

¹⁹⁵ Siehe vorne, III./1.2.1./a./bb.

¹⁹⁶ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 14.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 102k Abs. 1 lit. d E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

¹⁹⁸ Art. 7 lit. c Leistungsvereinbarung.

Asylsuchenden, die den wesentlichen Inhalt des Urteils und dessen Folgen kennen,¹⁹⁹ sind aus diesem Grund nur ausreichend, sofern dadurch alle urteilsfähigen Personen erfasst werden.

g) Vertrauensperson von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden

Schliesslich übernimmt die mit der Rechtsvertretung betraute Person bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden auch die Rolle als Vertrauensperson im Sinne von Art. 17 Abs. 3 AsylG (Art. 28 Abs. 1 lit. e TestV).²⁰⁰

Die Zuweisung einer Vertrauensperson für unbegleitete Minderjährige ist zu begrüssen. Allerdings ist zu prüfen, ob die Übertragung dieser Aufgabe an die Rechtsvertretung dem Kindeswohl entspricht. Dieser Frage wird in einem nachfolgenden Abschnitt des Gutachtens, der sich den Schutzbedürfnissen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden widmet, nachgegangen.²⁰¹

1.4.3. Zur Rechtsvertretung zugelassene Personen

Die Leistungserbringerin ist verantwortlich für die Sicherstellung, Organisation und Durchführung sowie die Qualität der Rechtsvertretung im Testbetrieb (Art. 26 Abs. 1 TestV).²⁰² Sie bestimmt die mit der Rechtsvertretung betrauten Personen und teilt sie den Asylsuchenden zu (Art. 26 Abs. 2 TestV),²⁰³ wobei bei der Auswahl der Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter die in der Testphasenverordnung festgelegten Anforderungen und Qualifikationen erfüllt sein müssen.

Zur Rechtsvertretung sind nach Art. 26 Abs. 3 TestV Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zugelassen sowie Personen mit juristischem Universitätsabschluss, die sich beruflich mit der Beratung und Vertretung von Asylsuchenden befassen.²⁰⁴ Zudem gelten für Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter die gleichen zusätzlichen Anforderungen wie für Beraterinnen und Berater. Sie müssen über eine abgeschlossene Schul- und Berufsbildung verfügen, sehr gute Kenntnisse der deutschen Sprache sowie gute aktive Kenntnisse einer zweiten Amtssprache und des Englischen besitzen, über Verhandlungsgeschick und Fähigkeiten für interkulturelle Kommunikation verfügen sowie einen einwandfreien Leumund vorweisen können. Kenntnisse im Asyl- und Migrationsbereich der Schweiz sowie weitere Fremdsprachenkenntnisse sind zudem von Vorteil.²⁰⁵ Ausserdem hat die Leistungserbringerin für ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis der mit der Vertretung beauftragten Personen zu sorgen.²⁰⁶

¹⁹⁹ BFM, Qualitätssicherung und Controlling, S. 4. Die Überprüfung findet einmal pro Quartal mittels Befragung der Asylsuchenden statt.

²⁰⁰ Vgl. Art. 102k Abs. 1 lit. e E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136..

²⁰¹ Siehe hinten, V./1.

²⁰² Vgl. Art. 102i Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

²⁰³ Vgl. Art. 102i Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

²⁰⁴ Vgl. Art. 102i Abs. 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8136.

²⁰⁵ Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 7; Art. 8 Leistungsvereinbarung.

²⁰⁶ Art. 7 Leistungsvereinbarung.

Die genannten Anforderungen und Qualifikationen der mit der Rechtsvertretung betrauten Personen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Diese Feststellung gilt unter dem Vorbehalt, dass die Regelung, wonach die Berufsregeln nach Art. 12 ff. BGFA auch für Vertreterinnen und Vertreter ohne Anwaltspatent zur Anwendung kommen,²⁰⁷ konsequent angewendet wird. Damit unterliegen sie in Bezug auf die Sorgfaltspflicht, das Berufsgeheimnis sowie das Aufsichts- und Disziplinarwesen denselben Regelungen wie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte.

1.4.4. Zugang zur Rechtsvertretung

Damit die Rechtsvertretung als Ausgleich zur Einschränkung der Verfahrensrechte der Asylsuchenden beitragen kann, muss sie effektiv zugänglich sein. Die Effektivität des Zugangs ist nur gewährleistet, wenn die Asylsuchenden über ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung informiert sind und sie die ihnen zugewiesene Rechtsvertreterin oder den zugewiesenen Rechtsvertreter räumlich und zeitlich auch erreichen können.

Wie bereits festgestellt wurde, werden die Asylsuchenden durch die Beraterinnen und Berater grundsätzlich gut über ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung informiert und haben mehrheitlich auch davon Gebrauch gemacht.²⁰⁸ Ob aber die ihnen zugewiesene Rechtsvertretung auch effektiv erreichbar ist, kann anhand der zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschliessend beurteilt werden. Aus der Leistungsvereinbarung zwischen dem SEM und der Bietergemeinschaft geht zwar hervor, dass die Rechtsvertretung den Asylsuchenden in der Regel während fünf Arbeitstagen pro Woche von 07.30 bis 17.30 Uhr zur Verfügung stehen muss.²⁰⁹ Dafür hat das SEM der Rechtsvertretung separate Räumlichkeiten im Verfahrenszentrum überlassen.²¹⁰ Da jede asylsuchende Person eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter zugewiesen bekommen hat, reicht eine solche allgemeine Präsenz der Rechtsvertretung jedoch nicht aus. Vielmehr ist die Erreichbarkeit der konkreten Rechtsvertretung für die asylsuchende Person entscheidend. Sie muss für sämtliche rechtliche Fragen wie etwa zur Einschätzung des Falles, der Vorgehensweise, der Ausgestaltung der Vertretung oder der Absprache der vorzubringenden Argumente und Beweise erreichbar sein. Dies ist gerade aufgrund der kurzen Verfahrens- und Beschwerdefristen elementar.

1.4.5. Zwischenfazit zur Ausgestaltung der unentgeltlichen Rechtsvertretung

Die Gewährleistung eines Anspruches auf unentgeltliche Rechtsvertretung für alle Personen, deren Asylgesuch im Rahmen der Testphase behandelt wird, ist notwendig, um die mit der Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen verbundenen Einschränkungen auszugleichen. Hierfür muss die Rechtsvertretung aber effektiv und wirksam ausgestaltet sein. In die-

²⁰⁷ Die Anwendbarkeit der Berufsregeln für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte auf die Rechtsvertretung im Testphasenverfahren ergibt sich aus Art. 3 lit. c der Leistungsvereinbarung i.V.m. dem Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung (S. 5).

²⁰⁸ Siehe vorne, III./1.3.1./a.

²⁰⁹ Art. 7 Leistungsvereinbarung.

²¹⁰ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 10; Pflichtenheft Beratung und Rechtsvertretung, S. 8; Art. 6 Leistungsvereinbarung. Siehe auch vorne, III./1.

sem Zusammenhang konnten im Rahmen dieses Gutachtens erhebliche Mängel festgestellt werden.

Bereits die Formvorschriften für den Verzicht auf eine Rechtsvertretung sind problematisch, ebenso wie die Möglichkeit, Handwechsel vorzunehmen. Zudem bestehen Defizite in Bezug auf die allgemeine Informations- und Aufklärungspflicht der Rechtsvertretung. Weiter ist auch die Möglichkeit zur Stellungnahme zu einem Entscheidungswurf ungenügend. Die Rechtsvertretung hat einerseits nur wenig, in komplexeren Fällen zu wenig Zeit, eine Stellungnahme zu verfassen und andererseits wirkt sich die Stellungnahme auch nur sehr beschränkt auf das Ergebnis des erstinstanzlichen Asylentscheidendes aus. Als Hauptproblem wurde aber die Pflicht der Rechtsvertretung zur Mandatsniederlegung bei Aussichtslosigkeit einer Beschwerde identifiziert. Diese ist zum einen nicht vereinbar mit der Rolle der Rechtsvertretung als Interessenvertretung der asylsuchenden Person. Zum anderen ist sie nicht vereinbar mit den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts. Daher ist zu fordern, dass die Kompetenz zur Entscheidung über die Verweigerung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes auch im beschleunigten Asylverfahren der Beschwerdeinstanz und nicht der Rechtsvertretung übertragen wird.

2. Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen

Die Beschleunigung des Asylverfahrens soll insbesondere durch eine Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen erreicht werden.²¹¹ So soll das beschleunigte Verfahren nach klar vorgegebenen Schritten innerhalb kurzer Fristen ablaufen, eine verkürzte Beschwerdefrist gelten und die Ausreisefrist auf die kürzest mögliche Dauer angesetzt werden. Das beschleunigte Verfahren soll grundsätzlich nicht mehr als 140 Tage dauern, kann aber um einen angemessenen Zeitraum verlängert werden, sofern dies den raschen Abschluss des Asylverfahrens ermöglicht (Art. 9 Abs. 6 TestV).²¹² In diesen 140 Tagen sind sämtliche Verfahrensschritte vorzunehmen: die Vorbereitungsphase, die Taktenphase, das Beschwerdeverfahren sowie das Wegweisungsverfahren.

Die Vorbereitungsphase beginnt nach der Zuweisung in den Testbetrieb und dauert höchstens 21 Tage, in Dublin-Verfahren höchstens zehn Tage (Art. 16 Abs. 1 TestV).²¹³ Sie dient dazu, die ersten Verfahrensschritte vorzunehmen. In dieser Phase werden die Personalien erhoben, die Befragung zur Person durchgeführt und erste Abklärungen getätigt (Art. 16 Abs. 2 und 3 TestV).²¹⁴

Auf die Vorbereitungsphase folgt das Hauptverfahren (sog. Taktenphase).²¹⁵ Es handelt sich hierbei um das eigentliche erstinstanzliche Verfahren. Dieses dauert im beschleunigten Verfahren grundsätzlich zwischen acht und zehn Arbeitstagen (Art. 17 Abs. 1 TestV).²¹⁶ Eine Verlängerung um einige Tage ist möglich, sofern triftige Gründe dafür vorliegen (Art. 17 Abs. 3

²¹¹ EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen, S. 56.

²¹² Vgl. Art. 24 Abs. 3 und 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8123.

²¹³ Vgl. Art. 26 Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8123.

²¹⁴ Vgl. Art. 26 Abs. 2 und 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125.

²¹⁵ Vgl. Art. 26c E-AsylG, BBl 2014 8119, 8126.

²¹⁶ Vgl. Art. 37 Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127, wonach die Taktenphase nur noch acht Arbeitstage dauert.

TestV).²¹⁷ Dublin-Nichteintretensentscheide sind dagegen bereits innerhalb von drei Arbeitstagen zu eröffnen, nachdem der angefragte Dublin-Staat dem Überstellungersuchen zugestimmt hat (Art. 18 Abs. 3 TestV).²¹⁸ Die Taktenphase umfasst nach Art. 17 Abs. 2 TestV mehrere Verfahrensschritte,²¹⁹ welche nacheinander und nach einem bestimmten Zeitplan vorgenommen werden. Darunter fällt insbesondere auch die Triage, das heisst der Entscheid, ob ein Asylgesuch im beschleunigten Verfahren weiterbehandelt oder ein Wechsel in das Verfahren ausserhalb der Testphase (sog. erweitertes Verfahren) vorgenommen wird. Im beschleunigten Verfahren verbleiben Asylgesuche, bei denen nach der Anhörung der Asylsuchenden zu den Asylgründen oder der Gewährung des rechtlichen Gehörs keine weiteren Abklärungen mehr notwendig sind. Es handelt sich dabei um etwa 34 Prozent aller Asylgesuche.²²⁰ Sind dagegen weitere Abklärungen notwendig²²¹, wird der Fall im erweiterten Verfahren behandelt, das in der Regel länger als 140 Tage dauert.

Im beschleunigten Verfahren beträgt die Beschwerdefrist grundsätzlich zehn Tage (Art. 38 TestV).²²² Die Beschwerdefrist von fünf Tagen nach Art. 108 Abs. 2 AsylG bei Nichteintretensentscheiden, die auch bei Dublin-Nichteintretensentscheiden zur Anwendung kommt, findet jedoch auch im Testverfahren Anwendung.²²³ In Bezug auf die Behandlungsfrist für das Bundesverwaltungsgericht enthält die Testphasenverordnung keine Regelung. Damit gelten für das Testverfahren die Behandlungsfristen nach Art. 109 AsylG, die je nach angefochtenem Entscheid zwischen fünf Arbeitstagen und zwei Monaten liegen.²²⁴

Ergeht eine Wegweisungsverfügung beträgt die Ausreisefrist bei Entscheiden, die im beschleunigten Verfahren getroffen wurden, grundsätzlich sieben Tage (Art. 30 Abs. 1 TestV).²²⁵ Eine längere Ausreisefrist wird angesetzt oder die siebentägige Frist verlängert, wenn besondere Umstände wie etwa die familiäre Situation oder gesundheitliche Probleme der abgewiesenen Person dies erfordern (Art. 30 Abs. 2 TestV).²²⁶ Für die Wegweisung ist der jeweilige Standortkanton des Zentrums zuständig (Art. 39 TestV).²²⁷ Für Entscheide, die im erweiterten Verfahren ergangen sind, gilt weiterhin eine Ausreisefrist von sieben bis dreissig Tagen.²²⁸

²¹⁷ Vgl. Art. 37 Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127.

²¹⁸ Vgl. Art. 37 Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127.

²¹⁹ Vgl. Art. 26c E-AsylG, BBl 2014 8119, 8126, wonach der Bundesrat die einzelnen Verfahrensschritte festlegt.

²²⁰ MCKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht, S. 10. Der Bundesrat ging dagegen von einer Schätzung von 20 Prozent aus, BBl 2014 7991, 8011.

²²¹ Solche können etwa Abklärungen bei schweizerischen Vertretungen im Ausland, das Einfordern von zusätzlichen Beweismitteln aus dem Herkunftsland oder auch die Durchführung einer weiteren Anhörung sein. BBl 2014 7991, 8074. Vgl. Art. 26d E-AsylG, BBl 2014 8119, 8126.

²²² Vgl. Art. 108 Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8138, wonach die Beschwerdefrist sieben Arbeitstage beträgt.

²²³ Vgl. Art. 108 Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8138.

²²⁴ Vgl. Art. 109 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8139.

²²⁵ Vgl. Art. 45 Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8128.

²²⁶ Vgl. Art. 45 Abs. 2^{bis} E-AsylG, BBl 2014 8119, 8128.

²²⁷ Vgl. Art. 46 Abs. 1^{bis} E-AsylG, BBl 2014 8119, 8128.

²²⁸ Vgl. Art. 45 Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127.

2.1. Fragestellung

Das beschleunigte Verfahren in der Testphase wird getaktet durchgeführt, das heisst, die verschiedenen Verfahrensschritte müssen innerhalb einer bestimmten Zeitdauer vorgenommen werden und das gesamte Verfahren darf grundsätzlich nicht länger als 140 Tage dauern (Art. 9 Abs. 6 TestV).²²⁹ Diese Taktung hat zur Folge, dass das beschleunigte Verfahren im Vergleich zum bisherigen Asylverfahren schneller durchgeführt wird und für die einzelnen Verfahrensschritte bedeutend weniger Zeit zur Verfügung steht. Die Beschleunigung des Verfahrens und die damit verbundene Beeinträchtigung der Verfahrensrechte soll, wie bereits ausgeführt, durch die Gewährleistung eines Anspruches auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung ausgeglichen werden.²³⁰

In der Folge wird daher geprüft, ob dieser Ausgleich tatsächlich gelingt. Es ist, mit anderen Worten, zu untersuchen, ob die unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung, wie sie in der Testphasenverordnung vorgesehen ist, die Verkürzung der Behandlungs- und Beschwerdefristen in dem Sinne auszugleichen vermögen, dass das beschleunigte Verfahren trotz kurzer Fristen als rechtsstaatlich korrekt qualifiziert werden kann. Im Mittelpunkt dieser Prüfung stehen die verfassungsrechtlichen Garantien fairer Verfahren nach Art. 29 ff. BV. Um diese Frage zu prüfen, muss auf die einzelnen Beschleunigungsmassnahmen getrennt eingegangen werden. In einem ersten Schritt wird die Verkürzung der Verfahrensfristen in der Vorbereitungsphase sowie der Taktenphase untersucht (2.2). In einem zweiten Schritt wird auf die Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen eingegangen (2.3), bevor in einem dritten Schritt die Verkürzung der Beschwerdefrist untersucht wird (2.4). Schliesslich wird in einem vierten Schritt die kurze Ausreisefrist nach Wegweisungen untersucht (2.5).

2.2. Verkürzung der Fristen in der Vorbereitungs- und der Taktenphase

In der Vorbereitungs- und in der Taktenphase gelten spezifische, teilweise sehr knapp berechnete Zeitvorgaben. Die Vorbereitungsphase beginnt mit der Zuweisung einer asylsuchenden Person in das beschleunigte Verfahren und dauert höchstens 21 Tage, in Dublin-Verfahren höchstens zehn Tage (Art. 16 Abs. 1 TestV).²³¹ Die Taktenphase als eigentliches Hauptverfahren dauert acht bis zehn Tage (Art. 17 Abs. 1 TestV).²³² Der erstinstanzliche Asylentscheid wird im beschleunigten Verfahren damit grundsätzlich nach höchstens 31 Tagen eröffnet (21 Tage Vorbereitungsphase, zehn Tage Hauptverfahren). In Dublin-Fällen kann der Entscheid grundsätzlich noch schneller ergehen, da Nichteintretensentscheide innerhalb von drei Tagen nach Zustimmung zur Überstellung durch den zuständigen Dublin-Staat zu eröffnen sind (Art. 18 Abs. 3 TestV).²³³

²²⁹ Vgl. Art. 24 Abs. 3 und 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8123.

²³⁰ Siehe hierzu vorne, III./1.

²³¹ Vgl. Art. 26 Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125.

²³² Vgl. Art. 37 Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127, wonach das Hauptverfahren lediglich acht Arbeitstage beträgt.

²³³ Vgl. Art. 37 Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127.

2.2.1. Vorbereitungsphase

Die Vorbereitungsphase beginnt nach der Zuweisung einer asylsuchenden Person in den Testbetrieb und dauert höchstens 21, in Dublin-Verfahren höchstens zehn Tage (Art. 16 Abs. 1 TestV).²³⁴ Sie dient dazu, die notwendigen Vorabklärungen und ersten Verfahrensschritte zu tätigen. So werden in der Vorbereitungsphase die Personalien erhoben sowie in der Regel Fingerabdruckbogen und Fotografien erstellt (Art. 16 Abs. 2 TestV).²³⁵ Weiter kann das SEM biometrische Daten erheben, Altersgutachten erstellen, Beweismittel sowie Reise- und Identitätspapiere überprüfen und herkunfts- und identitätsrelevante Abklärungen treffen. Daneben umfasst die Vorbereitungsphase auch die Befragung zur Person, zum Reiseweg und summarisch auch zu den Asylgründen (Art. 16 Abs. 3 TestV).²³⁶ Der Abgleich mit Eurodac-Daten sowie allfällige Anfragen zur Aufnahme oder Wiederaufnahme im Zusammenhang mit dem Dublin-Assoziierungsabkommen werden ebenfalls während der Vorbereitungsphase vorgenommen (Art. 16 Abs. 4 TestV).²³⁷ In diesem Sinne dient die Vorbereitungsphase dazu, die nachfolgenden Verfahrensschritte vorzubereiten und damit die kurzen Fristen für die Behandlung von Asylgesuchen einzuhalten.²³⁸

Um die Verkürzung der Verfahrensfristen auszugleichen und die Fairness des Verfahrens zu garantieren, wurde der Anspruch der Asylsuchenden auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung geschaffen. Dieser steht ihnen bereits ab Beginn der Vorbereitungsphase zu, sofern sie nicht ausdrücklich darauf verzichten (Art. 25 Abs. 1 TestV).²³⁹ Die Rechtsvertretung nimmt dabei grundsätzlich an allen Verfahrensschritten der Vorbereitungsphase teil. Zudem haben die Asylsuchenden Zugang zu einer unabhängigen Rückkehrberatung, die sie über die freiwillige Rückkehr sowie die Rückkehrhilfe informiert.²⁴⁰

Die Einführung einer Vorbereitungsphase, in der die Asylsuchenden Zugang zu unentgeltlicher Beratung und Rechtsvertretung haben, ist grundsätzlich zu begrüßen. Es können sich jedoch insbesondere in Bezug auf die kurzen Verfahrensfristen gewisse Probleme ergeben. So muss sichergestellt werden, dass sowohl die Mitarbeitenden des SEM als auch die Beratung und Rechtsvertretung trotz der kurzen Fristen genügend Zeit haben, ihre Aufgaben in befriedigender, qualitativ guter Weise zu erfüllen. Die vorgesehene Höchstdauer von 21 beziehungsweise zehn Tagen muss mit anderen Worten ausreichen, um alle notwendigen Vorabklärungen durchzuführen. Insbesondere muss die zugewiesene Rechtsvertretung bereits vor der ersten Anhörung genügend Zeit haben, sich in den Fall einzulesen, die Akten und Beweismittel zu studieren, diese allenfalls zu übersetzen oder übersetzen zu lassen und gegebenenfalls zusätzliche Beweismittel zu beschaffen sowie Länderinformationen zu studieren. In diesem Zusammenhang wird im Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) festgestellt:

„Werden Erstbefragung und Anhörung am gleichen Tag durchgeführt (wie während der zweiten Phase der Evaluation vereinzelt vorgekommen) und das Erstgespräch der Rechtsvertretung kurz

²³⁴ Vgl. Art. 26 Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125.

²³⁵ Vgl. Art. 26 Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125.

²³⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125.

²³⁷ Vgl. Art. 26 Abs. 4 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125 f.

²³⁸ BBl 2014 7991, 8012.

²³⁹ Vgl. Art. 102h Abs. 1 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135.

²⁴⁰ Siehe BBl 2014 7991, 8013.

davor disponiert, kann dies dazu führen, dass die RV nicht genug Zeit hat, Beweismittel zu sichten und allenfalls zu übersetzen oder übersetzen zu lassen.²⁴¹

Zum gleichen Schluss kommt auch das Bundesverwaltungsgericht, wenn es feststellt, dass die Vorbereitungsphase nicht immer genügend Zeit zur Beweismittelbeschaffung lässt:

„Die Vorbereitungsphase beginnt nach Art. 16 Abs. 1 TestV direkt nach der Zuweisung in das Zentrum des Bundes, so dass zu diesem Zeitpunkt kaum in jedem Fall bereits alle Beweismittel vorhanden sein dürften. Zudem ist die Vorbereitungsphase auf 21 Tage beschränkt (für Dublin-Verfahren auf zehn Tage), was nicht in jedem Fall genügend Zeit für die Beschaffung, Einreichung und Würdigung von Beweismitteln lassen dürfte.“²⁴²

Daraus wird klar, dass die Rechtsvertretung ihre Aufgaben innerhalb der kurzen Verfahrensfristen nicht in jedem Fall wirksam wahrnehmen kann. Soll die Rechtsvertretung aber zum Ausgleich der mit der Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen einhergehenden Einschränkung der Verfahrensrechte beitragen, muss sie – wie gesehen – wirksam und effektiv ausgestaltet sein.²⁴³ Dies ist nur der Fall, wenn sie über genügend Zeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügt. Nur wenn die Rechtsvertretung Kenntnis der Umstände des konkreten Einzelfalles hat, kann sie die notwendigen Schritte einleiten und die Vertretung der asylsuchenden Person in befriedigender Weise wahrnehmen. Eine ausreichende Vorbereitung der einzelnen Verfahrensschritte ist in diesem Zusammenhang zentral. Kann sich die Rechtsvertretung nicht in genügendem Mass in den Fall einlesen sowie die Akten sichten und studieren, kann nicht von einer wirksamen Interessenvertretung ausgegangen werden.

Dass die kurzen Fristen der Vorbereitungsphase sowohl für die Mitarbeitenden des SEM als auch für die Rechtsvertretung nur schwer einzuhalten sind, wird auch aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 1) deutlich. Darin wird festgestellt, dass die Vorbereitungsphase grundsätzlich nicht in der vorgegebenen Zeit durchgeführt werden konnte. Bei den beschleunigten Verfahren dauerte die Vorbereitungsphase durchschnittlich 23.8 Tage und lag damit etwa drei Tage über dem Zielwert von 21 Tagen. Bei den Dublin-Verfahren lag die durchschnittliche Verfahrensdauer der Vorbereitungsphase bei 15.6 Tagen und damit 5.6 Tage über der vorgesehenen Höchstdauer von zehn Tagen.²⁴⁴ Gerade in Dublin-Verfahren sind die zeitlichen Vorgaben äusserst knapp bemessen, müssen die Behörden doch vor der Überstellungsanfrage an den zuständigen Dublin-Staat unter Umständen prüfen, ob Hinweise für systemische Mängel im Asylsystem dieses Mitgliedstaates bestehen.²⁴⁵ Aus diesen Gründen ist es unerlässlich, die Höchstdauer der Vorbereitungsphase sowohl für das beschleunigte als auch das Dublin-Verfahren angemessen zu verlängern. Art. 26 Abs. 1 E-AsylG sollte dahingehend angepasst werden.

²⁴¹ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 5.

²⁴² BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 8.

²⁴³ Siehe hierzu III./1.1.

²⁴⁴ MCKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht, S. 12.

²⁴⁵ EuGH C-411/10 und C-493/10, *N.S. gegen Secretary of State for the Home Department und M.E. u.a. gegen Refugee Application Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21. Dezember 2011, Ziff. 86. Dieser Entscheid ist gestützt auf Art. 5 DAA auch für die Schweiz von Bedeutung. Vgl. auch BVerwG, D-369/2015, 26. Januar 2015.

In Bezug auf die Vorbereitungsphase ist schliesslich ein weiteres Problem hervorzuheben, nämlich die formlose Abschreibung nach Art. 16 Abs. 3 TestV.²⁴⁶ Eine solche ist möglich, wenn die asylsuchende Person ihr Asylgesuch zurückzieht, weil sie gemeinsam mit Mitarbeitenden des SEM festgestellt hat, dass entweder gar kein Asylgesuch im Sinne des Asylgesetzes vorliegt oder dieses nicht hinreichend begründbar ist. In den ersten sieben Monaten der Testphase haben 85 Personen ihr Gesuch zurückgezogen, das entspricht knapp 10 Prozent der Asylsuchenden.²⁴⁷ Die Möglichkeit der formlosen Abschreibung kann zweifelsfrei zur Beschleunigung des Asylverfahrens beitragen. Es ist jedoch einzuwenden, dass sie bereits in der Vorbereitungsphase und damit vor der eigentlichen Anhörung zu den Asylgründen offen steht. Zu diesem Zeitpunkt kann aber – zumindest in den allermeisten Fällen – noch nicht beurteilt werden, ob ein Gesuch hinreichend begründbar ist. Da es sich um einen wichtigen Entscheid handelt, sollte das Gespräch zwischen Mitarbeitenden des SEM und der asylsuchenden Person erst im Anschluss an die Anhörung zu den Asylgründen und damit in der Taktenphase vorgenommen werden können. Die Möglichkeit der formlosen Abschreibung darf nicht mit dem Ziel der Reduktion der Anzahl Asylgesuche begründet werden, indem Asylsuchende zum Rückzug ihres Gesuches angehalten werden. Eine solche Anwendung von Art. 16 Abs. 3 TestV würde gegen das Ziel des Asylverfahrens verstossen, Flüchtlingen Schutz zu gewähren.²⁴⁸ Zudem muss im Zusammenhang mit der formlosen Abschreibung sichergestellt werden, dass die Rechtsvertretung während dem Gespräch anwesend ist, um die asylsuchende Person beraten und die rechtlichen Auswirkungen eines Rückzugs erläutern zu können, hat der Rückzug doch schwerwiegende Folgen.

2.2.2. Taktenphase

Die Taktenphase als eigentliches Hauptverfahren dauert nach Art. 17 Abs. 1 TestV grundsätzlich zwischen acht und zehn Arbeitstagen, kann aber um einige Tage verlängert werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen (Art. 17 Abs. 3 TestV). Entscheide in Dublin-Verfahren sind innerhalb von drei Arbeitstagen zu eröffnen, nachdem der angefragte Dublin-Staat dem Überstellungsgesuch zugestimmt hat (Art. 18 Abs. 3 TestV).²⁴⁹

Die Taktenphase umfasst nach Art. 17 Abs. 2 TestV mehrere Verfahrensschritte, welche nacheinander und nach einem bestimmten Zeitplan – in diesem Sinne getaktet – vorgenommen werden; die Vorbereitung der Anhörung zu den Asylgründen (lit. a), die Anhörung zu den Asylgründen oder die Gewährung des rechtlichen Gehörs (lit. b), eine allfällige Stellungnahme der Rechtsvertretung (lit. c), die sogenannte Triage als Entscheidung über den Verbleib im beschleunigten Verfahren oder den Wechsel in das erweiterte Verfahren ausserhalb der Testphase (lit. d), die Redaktion des Entscheidentwurfs (lit. e), die Stellungnahme der Rechtsvertretung zum Entwurf (lit. f), die Endredaktion (lit. g) und schliesslich die Eröffnung des Asyilent-

²⁴⁶ Diese Möglichkeit ist auch im ordentlichen Verfahren gegeben, Art. 25a AsylG. Vgl. Art. 26 Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8125.

²⁴⁷ BBl 2014 7991, 8006.

²⁴⁸ BBl 2014 7991, 7996.

²⁴⁹ Vgl. Art. 37 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8127.

scheides (lit. h). Handelt es sich um ein Dublin-Verfahren findet keine Anhörung zu den Asylgründen statt. Das Verfahren umfasst die Schritte nach lit. d bis h (Art. 18 Abs. 2 TestV).²⁵⁰

In Hinblick auf die maximale Dauer des Hauptverfahrens, nämlich acht bis zehn Tage, ist die Vereinbarkeit der einzelnen Verfahrensschritte mit den Grund- und Menschenrechten der asylsuchenden Person aus zwei Gründen zumindest zweifelhaft. Zum einen erscheint es fraglich, ob der prüfenden Behörde genügend Zeit zur Verfügung steht, ihrer Untersuchungs- und Begründungspflicht nachzukommen und den Anspruch der asylsuchenden Person auf rechtliches Gehör zu wahren. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Rechtsvertretung ihre Aufgaben in so kurzer Zeit in einer Weise erfüllen kann, dass von einer wirksamen und effektiven Rechtsvertretung ausgegangen werden kann.

Auch im beschleunigten Verfahren gilt, wie ganz allgemein im Asylverfahren, der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 VwVG und der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 BV.²⁵¹ Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet das SEM, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig festzustellen.²⁵² Das SEM ist zur Untersuchung des Sachverhaltes soweit verpflichtet, als man dies vernünftigerweise erwarten kann.²⁵³ Der Untersuchungsgrundsatz wird relativiert durch die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Person (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 8 AsylG).²⁵⁴ Danach ist die asylsuchende Person verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.²⁵⁵ Diese Pflicht beinhaltet insbesondere die Mitwirkung an der Erstellung von Tatsachen, die sie besser kennt als das SEM und die das SEM ohne ihre Mithilfe gar nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand erstellen könnte.²⁵⁶ Die asylsuchende Person muss alles Zumutbare unternehmen, um die für das Asylverfahren tauglichen Beweismittel so rasch als möglich zu beschaffen oder die Behörden bei deren Beschaffung zu unterstützen.²⁵⁷ Da Beweismittel im Asylverfahren regelmässig im Ausland beschafft werden müssen, muss das SEM der asylsuchenden Person für die Beweismittelbeschaffung eine angemessene Frist einräumen, in der die Beschaffung auch tatsächlich möglich ist.²⁵⁸ Legt die asylsuchende Person Beweismittel vor, ist das SEM verpflichtet, diese abzunehmen, ernsthaft zu prüfen und für die Entscheidung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 und

²⁵⁰ Vgl. Art. 26c E-AsylG, BBl 2014 8119, 8126.

²⁵¹ In BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.1 stellt das Bundesverwaltungs(?)gericht ausdrücklich klar, dass das VwVG sowie die verfassungsrechtlichen Grundsätze der TestV vorgehen: „Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der Pflicht zur Erstellung des Sachverhaltes und dem Untersuchungsgrundsatz fließenden Pflichten des BFM gehen den Verfahrensbestimmungen in der Testphasenverordnung vor. Art. 112b Abs. 2 AsylG erlaubt zwar im Rahmen der Testphase Abweichungen vom Asylgesetz und vom Ausländergesetz, nicht jedoch vom Verwaltungsverfahrensgesetz, und der verfassungsrechtliche Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 BV geht in jedem Fall vor. Das BFM ist deshalb gehalten, auch in Asylverfahren, die im Rahmen der Testphase geführt werden, diese Grundsätze vollumfänglich einzuhalten.“

²⁵² BVGE 2008/24, 4. Juni 2008, E. 7.2; BVerwG, E-1477/2015, 8. April 2015, E. 4.2; BVerwG, E-7488/2014, 8. Januar 2015, E. 6.1; BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.1.

²⁵³ BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.1.

²⁵⁴ BVGE 2008/24, 4. Juni 2008, E. 7.2; BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.1.

²⁵⁵ Vgl. BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.1.

²⁵⁶ BGE 130 II 449 S. 464 E. 6.6.1; BGE 128 II 139 S. 142 f. E. 2b; BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.1.

²⁵⁷ BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 7.2.1.

²⁵⁸ BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 7.2.1.

33 Abs. 1 VwVG).²⁵⁹ In diesem Punkt trifft sich der Untersuchungsgrundsatz mit dem Anspruch der Asylsuchenden auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV. Danach hat die betroffene asylsuchende Person Anspruch auf vorgängige Orientierung, Äusserung und Anhörung. Sie hat das Recht, am Verfahren teilzunehmen und auf die Entscheidungsfindung einzuwirken sowie sich zu allen wesentlichen Punkten vorgängig zu äussern und alle dafür notwendigen Informationen sowie Einsicht in sämtliche Verfahrensakten zu erhalten (Art. 26 ff. VwVG).²⁶⁰

Wie das SEM dieser Untersuchungspflicht und dem Anspruch auf rechtliches Gehör der asylsuchenden Person in den vorgesehenen acht bis zehn Tagen nachkommen kann, ist nur schwer vorstellbar. Zum einen muss die asylsuchende Person genügend Zeit und Gelegenheit erhalten, ihre Asylgründe vorzubringen und sich zu den wichtigsten Punkten äussern zu können. Zum anderen ist das SEM verpflichtet, die Vorbringen der asylsuchenden Person anzuhören, in angemessener Weise zu prüfen und soweit notwendig weitere Beweismittel nach Art. 12 VwVG beizuziehen.²⁶¹ Sind zusätzliche Beweise notwendig, muss die asylsuchende Person genügend Zeit erhalten, diese zu beschaffen.²⁶² Dies ist jedoch in der vorgesehenen kurzen Dauer des Hauptverfahrens kaum möglich, müssen Beweismittel doch regelmässig aus dem Ausland beschafft und allenfalls übersetzt werden. So hat auch das Bundesverwaltungsgericht in allgemeiner Weise ausgeführt:

„Das an die Vorbereitungsphase anschliessende Hauptverfahren („beschleunigtes Verfahren“ nach Art. 17 TestV) dauert zwischen acht und zehn Arbeitstagen (mit Verlängerungsmöglichkeit um „einige Tage“), was ebenfalls [wie die Vorbereitungsphase] nur wenig Zeit für die Beschaffung, Prüfung und Würdigung von Beweismitteln lässt.“²⁶³

Im konkreten Fall hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die sieben Tage, welche dem Beschwerdeführer zur Beschaffung von Unterlagen aus dem Heimatland eingeräumt wurden, nicht ausreichend waren und das SEM damit seine Verpflichtungen aus dem Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 VwVG verletzt habe.²⁶⁴ Diese Feststellung ist wohl auf die Mehrheit der in der Testphase behandelten Asylverfahren übertragbar. Zudem muss zumindest in Bezug auf komplexere Fälle auch daran gezweifelt werden, ob das SEM seiner Untersuchungspflicht in der vorgegebenen kurzen Zeit überhaupt nachkommen kann. Hinweise hierzu gibt das Bundesverwaltungsgericht, das in mehreren Urteilen festgestellt hat, dass das SEM den Untersuchungsgrundsatz verletzt habe, indem es den rechtserheblichen Sachverhalt nur unvollständig erstellt habe.²⁶⁵

Wurde der rechtserhebliche Sachverhalt erstellt, muss das SEM die vorgebrachten Argumente für die Entscheidungsfindung berücksichtigen. Hierfür hat es seinen Entscheid in genügender Wei-

²⁵⁹ BVGE 2008/24, 4. Juni 2008, E. 7.2; BVerwG, E- 1477/2015, 8. April 2015, E. 4.2; BGE 123 I 31 S. 34 E. 2c; BGE 130 II 530 S. 562 E. 7.3.

²⁶⁰ Vgl. hierzu BGE 135 II 286 S. 293 E. 5.1; BVGE 2009/35, E. 6.4.1; BVerwG, D-5878/2014, 7. Januar 2015, E. 5.2; BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.2; MÜLLER/SCHEFER, S. 860 ff.

²⁶¹ BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 7.2.4.

²⁶² BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 7.2.2 ff.

²⁶³ BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 8.

²⁶⁴ BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 7.2.2 ff.

²⁶⁵ BVerwG, E- 1477/2015, 8. April 2015, E. 5.2; BVerwG, D-6822/2014, 25. Februar 2015, E. 5.1; BVerwG, E-7488/2014, 8. Januar 2015, E. 6.1; BVerwG, D-2936/2014, 10. Juli 2014, E. 7.2 ff.; BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 7.2.2 ff.; BVerwG, E-953/2014, 6. März 2014, E. 5.

se zu begründen, sodass es der asylsuchenden Person möglich ist, diesen sachgerecht anzufechten.²⁶⁶ Der Begründungspflicht ist nur Genüge getan, wenn in der Begründung auf die konkrete Situation des Einzelfalles eingegangen wird und die rechtserheblichen Argumente, die zum entsprechenden Entscheidungsergebnis geführt haben, in einer Gesamtwürdigung gegeneinander abgewogen werden. Insbesondere muss sich das SEM in der Begründung auch mit den wesentlichen Gesichtspunkten der Stellungnahme der Rechtsvertretung zum Entwurf des erstinstanzlichen Asylentscheidendes inhaltlich auseinandersetzen. Pauschale Äusserungen – etwa zur allgemeinen Lage im Herkunftsland ohne ausführlich auf den Einzelfall einzugehen – sind als Verletzung der Begründungspflicht zu qualifizieren.²⁶⁷ Ob eine genügende Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Argumenten und das Verfassen einer genügenden Begründung jedoch innerhalb dieser kurzen Behandlungszeit überhaupt möglich sind, ist zweifelhaft. So hat das Bundesverwaltungsgericht denn auch in einem Fall festgestellt, dass das SEM seinen Entscheid nur generell und nicht genügend auf den Einzelfall bezogen begründet hat.²⁶⁸

In Dublin-Verfahren stellt sich zudem das Problem, dass nach Art. 18 Abs. 2 TestV keine Anhörung, sondern lediglich eine Erstbefragung stattfindet. Ob diese den Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere auch das Erfordernis auf ein persönliches Gespräch nach Art. 5 Dublin-III-Verordnung wahrt, ist entgegen der Auffassung des Bundesrates zweifelhaft.²⁶⁹

Neben der Problematik der Vereinbarkeit der kurzen Behandlungsfrist von acht bis zehn Tagen mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör wird auch deutlich, dass die Rechtsvertretung ihre Aufgaben in so kurzer Zeit gar nicht in einer Weise wahrnehmen kann, dass sie als effektiv und wirksam qualifiziert werden kann. Gerade in komplexeren Fällen steht der Rechtsvertretung nicht ausreichend Zeit zur Verfügung, die verschiedenen Verfahrensschritte vorzubereiten und entscheidende Beweismittel rechtzeitig zu identifizieren und zu beschaffen. Die fehlenden Zeitressourcen werden insbesondere im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Rechtsvertretung nach Art. 17 Abs. 2 lit. c TestV deutlich, zum Entscheidentwurf Stellung zu nehmen.²⁷⁰ Für die Stellungnahme stehen der Rechtsvertretung lediglich 24 Stunden zur Verfügung.²⁷¹ In dieser kurzen Zeit eine umfassende und qualitativ gute Stellungnahme zu erarbeiten, ist auch in einfach gelagerten Fällen nur schwer möglich. So wird aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) denn auch deutlich, dass die Frist zwar für eine Stellungnahme ausreicht, in der lediglich auf die persönliche Sicht der asylsuchenden Person eingegangen wird, für ausführlichere Stellungnahmen jedoch zu kurz ist.²⁷² Eine solche zeitliche Einschränkung ist mit einer effektiven und wirksamen Rechtsvertretung nicht in Einklang zu bringen. Die Rechtsvertretung muss vielmehr genügend Zeit haben, auf die Argumente einzugehen, welche zu einer Ablehnung des Asylgesuches führen. Andernfalls kann die Stellungnahme ihren Zweck, die Qualität und Akzeptanz des

²⁶⁶ So auch ausdrücklich in Art. 35 Abs. 1 VwVG. BVerwG, D-5878/2014, 7. Januar 2015, E. 5.3; BVerwG, E-1917/2014, 21. Mai 2014, E. 6.2.

²⁶⁷ BVerwG, E-1477/2015, 8. April 2015, E. 6.2; BVerwG, D-6427/2014, 18. November 2014, E. 3.2.

²⁶⁸ BVerwG, D-5878/2014, 7. Januar 2015, E. 5.3.

²⁶⁹ BBl 2014 7991, 8012.

²⁷⁰ Vgl. Art. 102h Abs. 5 i.V.m. Art. 102k Abs. 1 lit. c E-AsylG, BBl 2014 8119, 8135 f.

²⁷¹ Zur Ausgestaltung dieser Aufgabe der Rechtsvertretung siehe vorne, III./1.4.2./d.

²⁷² SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 13.

Asylentscheides zu erhöhen indem allfällige Beschwerdegründe bereits im erstinstanzlichen Verfahren berücksichtigt werden, nicht erfüllen.

Aus all diesen Gründen bestehen – entgegen der Meinung des Bundesrates²⁷³ – sogar in einfach gelagerten Fällen zumindest erhebliche Zweifel daran, ob die acht bis zehntägige Maximaldauer mit dem Untersuchungsgrundsatz, dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Anspruch auf effektive und wirksame Rechtsvertretung vereinbar sind. Im Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 3) wird in diesem Zusammenhang zumindest festgestellt, dass die Obergrenze der Beschleunigung in der Taktenphase erreicht sei:

„Gemäss den Vorgesetzten ist die Obergrenze jedoch erreicht, um nicht an Qualität einzubüssen und die Motivation bestehen bleibt. Optimal wäre eine Aufstockung um ein paar Arbeitstage, da verschiedentlich in Folge der Anhörung doch noch gewisse Abklärungen notwendig seien oder es einfach gewisse Zeit brauche, sich den Entscheid nochmals durch den Kopf gehen zu lassen. Eine Kürzung der Frist würde sich nicht nur negativ auf die Qualität auswirken, sondern auch dazu führen, dass mehr Dossiers (obschon sie in absehbarer Zeit erledigt werden könnten) ins erweiterte Verfahren triagiert werden müssten (was letztlich dem Ziel der Beschleunigung entgegenwirken würde).“²⁷⁴

Dieses Zitat verdeutlicht, dass eine Verlängerung der Höchstdauer der Taktenphase angezeigt wäre. Zumindest müssten Fristerstreckungsgesuche immer dann gutgeheissen werden, wenn wichtige Beweismittel nicht innerhalb der kurzen Frist beschafft werden können. Können im konkreten Fall die Beweise auch während einer solchen Verlängerung nicht beschafft werden, muss der Fall in das erweiterte Verfahren ausserhalb der Testphase verwiesen werden.²⁷⁵ Ansonsten besteht die Gefahr, dass die kurzen Fristen dazu führen, dass die besondere Schutzbedürftigkeit einer asylsuchenden Person nicht erkannt wird und daher nicht in die Entscheidung miteinbezogen wird.²⁷⁶ In diesem Sinne vermag auch die in Art. 37 E-AsylG vorgesehene Frist von acht Arbeitstagen für das Hauptverfahren nicht zu überzeugen und muss angepasst werden.

2.3. Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen

Die Zustellung von Verfügungen und Mitteilungen erfolgt im beschleunigten Verfahren durch Aushändigung an die mit der Rechtsvertretung beauftragte Leistungserbringerin (Art. 13 Abs. 1 und 2 TestV). Verfügungen und Mitteilungen werden damit nicht der asylsuchenden Person oder der ihr zugewiesenen Rechtsvertretung zugestellt, sondern an die Bietergemeinschaft unter Federführung der SFH. Die Bietergemeinschaft ihrerseits ist dafür verantwortlich, dass die betroffene asylsuchende Person und die ihr zugewiesene Rechtsvertretung von der Verfügung oder Mitteilung unverzüglich Kenntnis erhalten (Art. 13 Abs. 2 TestV). Hat die asylsuchende Person dagegen auf die Zuweisung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung verzichtet, so werden ihr Verfügungen und Mitteilungen direkt ausgehändigt (Art. 13 Abs. 3 TestV).

²⁷³ BBI 2014 7991, 8076.

²⁷⁴ INTERFACE, Evaluation Mandat 3, Zwischenbericht, S. 6.

²⁷⁵ So auch SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 5.

²⁷⁶ BVerwG, E- 1477/2015, 8. April 2015, E. 6.2

Einer allenfalls von der asylsuchenden Person bevollmächtigen Person wird die Zustellung unverzüglich bekannt gegeben (Art. 13 Abs. 3 TestV).²⁷⁷

Die Bestimmungen zur Zustellung von Verfügungen und Mitteilungen im Testverfahren zielen auf die Beschleunigung des Verfahrens ab. Zur Begründung führt das SEM aus, dass sich die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter im Gegensatz zur Leistungserbringerin nicht ständig im Verfahrenszentrum aufhalten. Damit müsste die Zustellung an die Rechtsvertretung auf postalischem Weg erfolgen, was aufgrund der vom Gesetz vorgesehenen siebentägigen Abholfrist zu erheblichen Verzögerungen führen könnte.²⁷⁸ Dass die in der Testphasenverordnung vorgesehene Zustellung an die Leistungserbringerin tatsächlich zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen kann, wird nicht bestritten. Es ist jedoch zu prüfen, ob sie mit den Grundsätzen des behördlichen Handelns vereinbar ist.

2.3.1. Die Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht

Nach allgemeinem Verwaltungsrecht müssen Verfügungen und Mitteilungen eröffnet werden, da sie ohne Eröffnung grundsätzlich unwirksam sind.²⁷⁹ Die Eröffnung stellt das fristauslösende Ereignis dar (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Eine allfällige Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn die Verfügung oder Mitteilung ordnungsgemäss eröffnet wurde. Dabei gilt der Grundsatz der individuellen Eröffnung von Verwaltungsakten. Verfügungen und Mitteilungen sind an die direkt betroffene Person zuzustellen (Art. 29 Abs. 2 BV).²⁸⁰ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich hierbei um ein elementares Prinzip aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör,²⁸¹ welches einen in der Schweiz allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz darstellt.²⁸² Die Eröffnung ist damit erst erfolgt, wenn die Verfügung oder Mitteilung in den Zugriffsbereich der betroffenen Person oder deren Vertretung gelangt ist, sie also die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte.²⁸³ Wurde für das Verfahren eine Vertretung bestellt, so bestimmt Art. 11 Abs. 3 VwVG, dass die Behörde ihre Verfügungen und Mitteilungen an diese zustellen muss, solange die betroffene Person die Vertretungsvollmacht nicht widerrufen hat. Die Verfügung oder Mitteilung ist in diesen Fällen erst eröffnet, wenn sie im Zugriffsbereich der Rechtsvertretung eingetroffen ist. Eine Zustellung von Verfügungen und Mitteilungen ausschliesslich an die betroffene Person und nicht auch deren Vertretung, stellt eine mangelhafte Eröffnung dar,²⁸⁴ aus der der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen darf (Art. 38 VwVG). Dieser Grundsatz gilt allerdings nur, wenn die Partei den Eröffnungsmangel nicht er-

²⁷⁷ Vgl. zum Ganzen Art. 12a E-AsylG. Siehe BBl 2014 7991, 8020.

²⁷⁸ BFM, Erläuternder Bericht, S. 11.

²⁷⁹ CAVELTI, Kommentar VwVG, Art. 20 N 9.

²⁸⁰ MÜLLER/SCHEFER, S. 884.

²⁸¹ BGE 133 I 201 S. 204 E. 2.1.

²⁸² BGE 122 III 316 S. 320 E. 4b.

²⁸³ BGE 115 Ia 12 S. 17 E. 3b; BGE 119 V 89 S. 95 E. 4c; CAVELTI, Kommentar VwVG, Art. 20 N 9; MATRE/THALMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 20 N 17.

²⁸⁴ HUBER/MARANTELLI-SONANINI, Praxiskommentar VwVG, Art. 11 N 30.

kannt hat und nach Treu und Glauben auch nicht erkennen musste. Die Beweislast für die ordnungsgemässe Eröffnung trägt die Behörde.²⁸⁵

Verfügungen und Mitteilungen sind grundsätzlich schriftlich zu eröffnen, nur in Ausnahmefällen, wie etwa bei Zwischenverfügungen, ist eine mündliche Eröffnung zulässig.²⁸⁶ Die Zustellung schriftlicher Verfügungen und Mitteilungen findet in der Regel per Post statt.²⁸⁷ Sie kann jedoch auch auf andere Weise, insbesondere durch persönliche Übergabe, erfolgen.²⁸⁸ Ist dies der Fall, muss die Übergabe vom Empfänger bestätigt werden.²⁸⁹

2.3.2. Die Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen in der Testphase

Mit Blick auf die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts ist die Regelung nach Art. 13 Abs. 1 und 2 TestV, wonach die Zustellung von Verfügungen und Mitteilungen durch Aushändigung an den mit der Organisation der Rechtsvertretung beauftragten Leistungserbringer erfolgt, problematisch.²⁹⁰ Die Verwaltungsakte werden nicht gegenüber der zugewiesenen Rechtsvertretung eröffnet, sondern gegenüber der Bietergemeinschaft unter Federführung der SFH. Diese hat die jeweilige Rechtsvertreterin bzw. den jeweiligen Rechtsvertreter unverzüglich über die Eröffnung zu informieren. Die Testphasenverordnung steht damit in Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz der individuellen Zustellung beziehungsweise zum Grundsatz der Zustellung an die Rechtsvertretung (Art. 11 Abs. 3 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV). Als Begründung für diesen Widerspruch wird die Beschleunigung des Asylverfahrens angeführt:

„Der Leistungserbringer ist u.a. verantwortlich für die Organisation der Beratung und Rechtsvertretung (...). Die Zustellung einer Verfügung an den Leistungserbringer ist vergleichbar mit der Zustellung einer Verfügung z.B. an die Geschäftsadresse einer Rechtsvertretung. Auch diesfalls gilt die Verfügung mit Zustellung als eröffnet, unabhängig davon, wer an der Geschäftsadresse den Empfang schriftlich bestätigt. Es ist Aufgabe des Leistungserbringers, die zugewiesene Rechtsvertretung über die Eröffnung so rasch als möglich zu informieren. Die Eröffnung einer Verfügung an die einzelnen zugewiesenen Rechtsvertreter, die sich im Gegensatz zum Leistungserbringer nicht ständig in den Zentren des Bundes aufhalten, würde zu einem unverhältnismässigen Mehraufwand beim BFM führen, und sie steht den raschen Verfahren in den Zentren des Bundes entgegen. Auch die ersten Einschätzungen bezüglich der Testphase zeigen, dass die Eröffnung von Verfügungen an den Leistungserbringer die organisatorischen Abläufe entlasten können.“²⁹¹

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Im schweizerischen Verwaltungsrecht sind behördliche Verfügungen und Mitteilungen eröffnungsbedürftig. Sie entfalten erst dann Rechtswirkungen, wenn sie ordnungsgemäss eröffnet wurden. Ordnungsgemäss ist eine Eröffnung jedoch nur, wenn die Verfügung oder die Mitteilung der Vertretung zugestellt wurde oder in ihren Zugriffsbereich gelangt. Es handelt sich dabei, wie gesehen, um einen in der

²⁸⁵ CAVELTI, Kommentar VwVG, Art. 20 N 9; MAITRE/THALMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 20 N 18.

²⁸⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 29 N 4.

²⁸⁷ CAVELTI, Kommentar VwVG, Art. 20 N 10; MAITRE/THALMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 20 N 21.

²⁸⁸ CAVELTI, Kommentar VwVG, Art. 20 N 17.

²⁸⁹ CAVELTI, Kommentar VwVG, Art. 20 N 17.

²⁹⁰ Art. 12a Abs. 2 E-AsylG. Siehe BBI 2014 8119, 8120.

²⁹¹ BBI 2014 7991, 8036. Siehe auch BFM, Erläuternder Bericht, S. 11.

Schweiz allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz,²⁹² der auch für das beschleunigte Verfahren gelten muss. Dies ist aber bei der Übergabe an die Bietergemeinschaft gerade nicht der Fall. Die Bietergemeinschaft ist zwar nach Art. 26 Abs. 1 TestV verantwortlich für die Sicherstellung, Organisation und Durchführung der Rechtsvertretung, worunter auch die Auswahl und Einsetzung der einzelnen, mit der Rechtsvertretung betrauten Personen fällt, sie darf aber keinen Einfluss auf die konkrete Vertretungstätigkeit ausüben. Die Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter sind vielmehr institutionell, persönlich sowie räumlich unabhängig.²⁹³ Aus diesem Grund ist die Zustellung an die Leistungserbringerin – entgegen der Meinung des Bundesrates – nicht mit der Zustellung an die Geschäftsadresse einer Rechtsvertretung vergleichbar, sie ist vielmehr als Zustellung an einen unabhängigen Dritten zu qualifizieren. Verfügungen und Mitteilungen, die an die Bietergemeinschaft zugestellt wurden, befinden sich noch nicht im Zugriffsbereich der konkreten Rechtsvertreterin oder des konkreten Rechtsvertreters. Sie sind erst dann als eröffnet zu qualifizieren, wenn die Rechtsvertretung die Verfügung oder Mitteilung von der Bietergemeinschaft erhalten oder zumindest Kenntnis von und Zugang zu dieser hat.²⁹⁴ Die Beschleunigung des Verfahrens und die Entlastung der organisatorischen Abläufe vermögen diesen Grundsatz nicht aufzuheben. Eine Überwälzung der Verantwortung für die unverzügliche Zustellung an die Leistungserbringerin und somit letztlich an die betroffene asylsuchende Person selbst ist rechtsstaatlich nicht vertretbar. In diesem Sinne vermag auch die vom Bundesrat vorgesehene Änderung des Asylgesetzes nicht zu überzeugen, dass die Leistungserbringerin die Eröffnung der Rechtsvertretung noch am gleichen Tag bekannt geben muss (Art. 12a Abs. 2 E-AsylG).²⁹⁵ Damit wird deutlich, dass die Testphasenverordnung (sowie Art. 12a Abs. 2 E-AsylG) dahingehend angepasst werden muss, dass die Verfügungen und Mitteilungen nicht an die Leistungserbringerin, sondern direkt an die mit der Vertretung beauftragte Person zugestellt wird, auch wenn damit im Fall einer notwendigen Postsendung eine Verfahrensverzögerung verbunden sein kann.

Zudem ist auch die Regelung nach Art. 13 Abs. 3 TestV als problematisch zu qualifizieren.²⁹⁶ Danach erfolgt die Zustellung bei Fehlen einer zugewiesenen Rechtsvertretung direkt an die asylsuchende Person, einer von dieser allenfalls bevollmächtigten Vertretung wird die Zustellung unverzüglich mitgeteilt. Auch dieser Widerspruch zur allgemeinen Regelung nach Art. 11 VwVG sowie zum Grundsatz der individuellen Zustellung nach Art. 29 Abs. 2 BV wird mit der Beschleunigung des Asylverfahrens begründet

„Werden asylsuchende Personen durch eine von ihr selbst bestimmten Person vertreten, so sollen ihnen die Entscheide direkt eröffnet werden, da die postalische Zustellung zu Verzögerungen im Verfahren führen kann“.²⁹⁷

Wie diese Abweichung von der allgemeinen Regelung gerechtfertigt werden kann, ist nicht ersichtlich. Gerade bei Asylsuchenden, die nicht einmal in den Grundzügen mit der schweizerischen Rechtsordnung vertraut und mit sprachlichen Schwierigkeiten konfrontiert sind, ist es

²⁹² Siehe vorne, III./2.3.1.

²⁹³ Siehe hierzu vorne, III./1.2.

²⁹⁴ So auch WÄCKERLE, S. 20.

²⁹⁵ BBl 2014 8119, 8120.

²⁹⁶ Art. 12a Abs. 3 E-AsylG. Siehe BBl 2014 8119, 8120.

²⁹⁷ BFM, Erläuternder Bericht, S. 11.

umso wichtiger, dass die bevollmächtigte Vertretung ihre Aufgabe als Interessenvertretung vollumfänglich wahrnehmen kann.²⁹⁸

2.4. Verkürzung der Beschwerdefristen

Die Beschwerdefrist gegen Asylentscheide, die im beschleunigten Verfahren ergangen sind, beträgt nach Art. 38 TestV zehn Kalendertage.²⁹⁹ Damit weicht die Testphasenverordnung von der ordentlichen 30-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 108 Abs. 1 AsylG ab. Die Verkürzung der Beschwerdefrist von 30 auf zehn Tage soll der Straffung des Verfahrens dienen. Sie ist nach Art. 112b Abs. 3 AsylG ausdrücklich zulässig, sofern der wirksame Rechtsschutz der betroffenen Asylsuchenden gewährleistet ist. Die fünftägige Beschwerdefrist nach Art. 108 Abs. 2 AsylG, die insbesondere auf Nichteintretensentscheide Anwendung findet, kommt auch im beschleunigten Verfahren zur Anwendung.

Im Folgenden wird geprüft, ob eine Verkürzung der Beschwerdefrist von dreissig auf zehn Tage in Widerspruch zu verfassungsrechtlich und staatsvertraglich gewährleisteten Verfahrensgarantien steht. Zu prüfen ist insbesondere die Vereinbarkeit mit der Rechtsweggarantie, mit dem Verbot des überspitzen Formalismus sowie dem Recht auf wirksame Beschwerde. Hierfür werden zunächst die allgemeinen Grundsätze dieser Verfahrensgrundrechte dargelegt, bevor untersucht wird, ob die verkürzte Beschwerdefrist von zehn Tagen mit diesen vereinbar ist.

2.4.1. Allgemeine Grundsätze

Die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV stellt ein Verfahrensgrundrecht dar, das grundsätzlich auf alle Streitigkeiten und damit auch das Asylverfahren, Anwendung findet.³⁰⁰ Sie garantiert allen Personen den Anspruch auf effektiven Zugang zu einem Gericht mit voller Überprüfungsbefugnis sowie den Anspruch auf Vollzug von Gerichtsentscheiden.³⁰¹ Jede Streitigkeit muss mindestens einmal durch eine gerichtliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle überprüft werden können. Dabei muss der Zugang zum Gericht effektiv, das heisst, nicht nur als formales Recht theoretisch bestehen, sondern tatsächlich wirksam sein.³⁰² Die Rechtssuchenden sollen eine faire Chance erhalten, dass ihr Anliegen vor Gericht Gehör findet. In diesem Sinne darf der Gesetzgeber den Zugang zum Gericht nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren.³⁰³ Das anwendbare Verfahrensrecht darf keine Sachurteilsvorausset-

²⁹⁸ Der EGMR hat festgestellt, dass Asylsuchende generell Mitglieder einer besonders vulnerablen Gesellschaftsgruppe sind und ein spezielles Schutzbedürfnis aufweisen. EGMR, *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09, 21. Januar 2011, Ziff. 251; EGMR, *Tarakhel gegen die Schweiz*, Nr. 29217/12, 4. November 2014, Ziff. 97.

²⁹⁹ Wie das Bundesverwaltungsgericht klargestellt hat, handelt es sich nicht um Arbeits- sondern um Kalendertage. BVerwG, D-2086/2014, 15. Dezember 2014, E. 1.3; BVerwG, D-2172/2014, 1. Mai 2014; BVerwG, D-2097/2014, 30. April 2014, E. 1.4.

³⁰⁰ KIENER/KÄLIN, S. 515; KLEY, St. Galler Kommentar, Art. 29a BV N 7; MÜLLER/SCHEFER, S. 911 ff.

³⁰¹ Siehe statt vieler MÜLLER/SCHEFER, S. 914 ff.

³⁰² KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV N 8.

³⁰³ BGE 120 Ia 171 S. 174 E. 2a; BGer 2C_513/2012, Urteil vom 11. Dezember 2012, E. 3.1; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV N 7 f. So auch EGMR, *Marini gegen Albanien*, Nr. 3738/02, 18. Dezember 2007, Ziff. 113; EGMR, *Freitag gegen Deutschland*, Nr. 71440/01, 19. Juli 2007, Ziff. 35.

zungen vorsehen, die den Zugang in unzumutbarer, sachlich nicht gerechtfertigter Weise beschränken.³⁰⁴ Solche würden etwa dann vorliegen, wenn übermässige Formvorschriften gelten, unzumutbare Gerichtsgebühren erhoben werden,³⁰⁵ das Verfahren zu kompliziert oder übermässig lange ist oder auch, wenn zu kurze Rechtsmittelfristen bestehen.³⁰⁶ In diesem Punkt überschneidet sich die Rechtsweggarantie mit dem allgemeinen Verbot des überspitzen Formalismus nach Art. 29 Abs. 1 BV. Im Rahmen der Rechtsetzung wird dieses verletzt, wenn Sachurteilsvoraussetzungen exzessiv erscheinen, sachlich nicht gerechtfertigt sind und damit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschweren oder verhindern.³⁰⁷

Zudem beinhaltet auch das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK sowie Art. 2 Abs. 3 lit. a UNO-Pakt II, dass der Zugang zu einem Rechtsmittel nicht durch übermässige Formvorschriften erschwert oder verweigert werden darf.³⁰⁸

2.4.2. Verkürzung der Beschwerdefrist im Testverfahren

Zu prüfen ist, ob die im Testverfahren geltende Beschwerdefrist von zehn Tagen mit dem Anspruch auf effektiven Zugang zu einem Gericht vereinbar ist. Mit anderen Worten ist zu untersuchen, ob der Zugang zum Gericht tatsächlich wirksam ist oder ob die Beschwerdemöglichkeit durch die kurze Beschwerdefrist in unzulässiger Weise erschwert wird. Den betroffenen Personen muss es tatsächlich möglich sein, ihr Beschwerderecht innerhalb dieser kurzen Beschwerdefrist wahrzunehmen. Es muss damit geprüft werden, ob die Gewährleistung eines Anspruchs auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung die Verkürzung der Beschwerdefrist in dem Sinne auszugleichen vermag, dass das Recht der betroffenen Personen auf effektiven Zugang zu einem Gericht gewahrt wird. Zur Beurteilung dieser Frage muss zunächst auf die besondere Situation von Asylsuchenden eingegangen werden. Sie sind in der Regel nicht mit der schweizerischen Rechtsordnung vertraut, sind mit sprachlichen Problemen konfrontiert und haben häufig eine psychisch und physisch äusserst belastende Flucht hinter sich.³⁰⁹ Dies geht auch aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, der Asylsuchende als besonders vulnerable Gesellschaftsgruppe qualifiziert, die besondere Schutzbedürfnisse hat:

“The Court attaches considerable importance to the applicant’s status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection (...). It notes the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the Reception Directive.”³¹⁰

³⁰⁴ KOLLER, S. 309; MÜLLER/SCHEFER, S. 915.

³⁰⁵ BGE 120 Ia 171 S. 174 E. 2a; BGer 2C_513/2012, Urteil vom 11. Dezember 2012, E. 3.1.

³⁰⁶ KUHN, S. 3; MÜLLER/SCHEFER, S. 915.

³⁰⁷ BGE 135 I 6 S. 9 E. 2.1; BGE 134 II 244 S. 248 E. 2.4.2; BGE 130 V 177 S. 183 f. E. 5.4.1; MÜLLER/SCHEFER, S. 915 f.

³⁰⁸ Siehe etwa KÄLIN, S. 81 f.; VILLIGER, § 29 N 650.

³⁰⁹ Siehe etwa KUHN, S. 4 f.; WÄCKERLE, S. 19.

³¹⁰ EGMR, *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09, 21. Januar 2011, Ziff. 251. So auch in EGMR, *Tarakhel gegen die Schweiz*, Nr. 29217/12, 4. November 2014, Ziff. 97.

Oft sind asylsuchende Personen aus diesen Gründen nicht in der Lage, nach einem ablehnenden Entscheid die notwendigen rechtlichen Schritte vorzunehmen.³¹¹ Die Verkürzung der Beschwerdefrist auf zehn Tage erscheint daher als schwerwiegende Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Asylsuchenden, die trotz Gewährleistung eines Anspruchs auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung durch die entgegenstehenden öffentlichen Interessen kaum aufgewogen werden kann. Die Beschwerdefrist von zehn Tagen ist damit 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. In diesem Sinne kann die Feststellung, dass die Beschwerdequote im Testverfahren von 15 Prozent deutlich tiefer liegt als im ordentlichen Verfahren (21 Prozent)³¹² nicht nur als Qualitätsmerkmal des Testverfahrens und der unentgeltlichen Rechtsvertretung gelesen werden, sondern auch als Folge der Einschränkung des effektiven Zugangs zum Gericht.³¹³ Dies trifft insbesondere für jene Fälle zu, in denen die zugewiesene Rechtsvertretung das Mandat wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde niederlegt (Art. 25 Abs. 4 TestV). Bevor die zugewiesene Rechtsvertretung das Mandat niederlegt, hat sie den erstinstanzlichen Entscheid zu studieren und die Erfolgsaussichten einer Beschwerde abzuschätzen, was regelmässig einige Zeit in Anspruch nimmt. Damit hat die asylsuchende Person weniger als zehn Tage Zeit, die Beschwerdeschrift entweder selber auszuarbeiten oder sich eine neue Rechtsvertretung ausserhalb der Testphase zu suchen. Diese kurze Zeitdauer wird zusätzlich verkürzt, als es sich um zehn Kalendertage handelt und nicht wie vom SEM ursprünglich angenommen zehn Arbeitstage.³¹⁴ Aus diesem Grund wurde berechtigterweise die Frage aufgeworfen, ob die Mandatsniederlegung aufgrund der kurzen Beschwerdefrist nicht generell als Niederlegung zur Unzeit zu qualifizieren sei.³¹⁵ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage verneint und betont, dass die Rechtsvertretung das Mandat zügig niederzulegen hat. Erst eine Mandatsniederlegung am letzten Tag der Beschwerdefrist würde eine Niederlegung zur Unzeit darstellen, da die asylsuchende Person faktisch keine Möglichkeit mehr hätte, rechtzeitig zu handeln oder eine andere Vertretung zu beauftragen.³¹⁶ Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgesehene Lösung ist jedoch problematisch, da sie eine Schmälerung der unentgeltlichen Rechtsvertretung mit sich bringt. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung wurde ja gerade geschaffen, um die Verkürzung der Beschwerdefristen auszugleichen. Wenn nun aber durch die Mandatsniederlegung keine Rechtsvertretung mehr zur Verfügung steht, besteht dieser Ausgleich gerade nicht mehr.

Angesichts der Feststellung, dass die zehntägige Beschwerdefrist mit der Rechtsweggarantie und dem Verbot des überspitzten Formalismus nicht vereinbar ist, sind keine zusätzlichen Ausführungen zur geplanten Verkürzung der Beschwerdefrist für das beschleunigte Verfahren auf sieben Arbeitstage notwendig (Art. 108 Abs. 1 E-AsylG).³¹⁷ Es ist jedoch zu betonen, dass

³¹¹ So auch KUHN, S. 5.

³¹² MCKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht, S. 4.

³¹³ BBI 2014 7991, 8006.

³¹⁴ BVerwG, D-2086/2014, 15. Dezember 2014, E. 1.3; BVerwG, D-2097/2014, 20. April 2014, E. 1.4.

³¹⁵ WÄCKERLE, S. 19. Siehe hierzu auch BFM, Antworten Auftraggeberin betreffend Ausschreibungsverfahren, Frage 26 f.

³¹⁶ BVerwG, D-4880/2014, 19. Januar 2015, E. 3.3.2.

³¹⁷ BBI 2014 8119, 8138.

die Festsetzung der Frist auf Arbeitstage und nicht wie bis anhin Kalendertage grundsätzlich zu begrüssen ist, kann doch damit eine Verkürzung aufgrund von Wochenenden und Feiertagen vermieden werden.³¹⁸

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang zudem, dass die Verkürzung der Beschwerdefrist auf zehn Tage auch in Bezug auf deren Erforderlichkeit für die Erreichung des Ziels der Beschleunigung des Asylverfahrens³¹⁹ fraglich ist. So hat das Argument aus der Literatur, wonach die Verkürzung der Beschwerdefrist nicht erforderlich sei, da sie nur einen geringen Beitrag zur Beschleunigung des Verfahrens leisten könne, seine Berechtigung.³²⁰ Die durchschnittliche Verfahrensdauer bis zum rechtskräftigen erstinstanzlichen Asylentscheid betrug in den Jahren 2008-2010 durchschnittlich 413 Tage.³²¹ Damit ergibt sich im beschleunigten Verfahren auch ohne die Verkürzung der Beschwerdefrist eine erhebliche Verkürzung des Asylverfahrens. Dies wird auch im Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 1) verdeutlicht, der feststellt, dass das beschleunigte Verfahren im Vergleich zum ordentlichen Verfahren eine Beschleunigung von 259 Tagen erzielt.³²²

Eine Verletzung des Rechts auf wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK liegt dagegen generell gesehen wohl nicht vor. Die EMRK enthält, wie der Bundesrat richtigerweise festgestellt hat, keine Vorgaben für Mindestbeschwerdefristen.³²³ Das erstaunt jedoch nicht, da es vom konkreten Asylverfahrenssystem des Mitgliedstaates und des konkreten Einzelfalles abhängt, ob eine Beschwerdefrist ausreichend ist. Dennoch kann eine Verletzung vorliegen, wenn im Einzelfall der effektive Zugang zum Gericht übermässig erschwert oder verhindert wird. Es muss damit immer im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob die Anforderungen von Art. 13 EMRK erfüllt sind.

2.5. Kurze Ausreisefrist

Wird eine Person, deren Asylgesuch im beschleunigten Verfahren behandelt wurde, aus der Schweiz weggewiesen, beträgt die Ausreisefrist nach Art. 30 Abs. 1 TestV sieben Tage.³²⁴ Eine längere Ausreisefrist wird angesetzt oder die siebentägige Frist verlängert, wenn besondere Umstände wie etwa die familiäre Situation oder gesundheitliche Probleme der weggewiesenen Person dies erfordern (Art. 30 Abs. 2 TestV).³²⁵

Die Ausreisefrist bei Entscheiden, die im beschleunigten Verfahren getroffen wurden, weicht von der allgemeinen Regel nach Art. 45 Abs. 2 AsylG ab, wonach grundsätzlich eine angemessene Frist zwischen sieben und 30 Tagen anzusetzen ist, diese jedoch unter gewissen Umständen verlängert werden kann. Diese Regelung ist auch in der Rückführungsrichtlinie der EU

³¹⁸ So auch der Bundesrat, BBl 2014 7991, 8038.

³¹⁹ BBl 2014 7991, 8002, 8038, 8054 und 8094; BFM, Erläuternder Bericht, S. 9 und 21.

³²⁰ FREI/GORDZIELIK, S. 25; WÄCKERLE, S. 19.

³²¹ BBl 2011 7325, 7328.

³²² MCKINSEY&COMPANY, Evaluation Mandat 1, Zwischenbericht, S. 11 und 14.

³²³ BBl 2014 7991, 8054; BBl 2010 4455, 4483.

³²⁴ Vgl. Art. 45 Abs. 2 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8128.

³²⁵ Vgl. Art. 45 Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8128.

enthalten,³²⁶ die für die Schweiz verbindlich ist. Die siebentägige Ausreisefrist fällt zwar in diesen gesetzlich und staatsvertraglich festgelegten Rahmen, sie verkennt jedoch, dass die Frist grundsätzlich aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles festgesetzt werden muss. In diesem Sinne kann die siebentägige Ausreisefrist nach Art. 30 Abs. 1 TestV den Anforderungen nur genügen, wenn die Verlängerungsmöglichkeit nach Art. 30 Abs. 2 TestV grosszügig zur Anwendung kommt.

2.6. Zwischenfazit zu den verkürzten Verfahrens- und Beschwerdefristen

Die Verkürzung der Verfahrens- und Beschwerdefristen soll massgeblich zur Beschleunigung des Asylverfahrens beitragen. Um die Fairness des Asylverfahrens trotz kurzen Fristen gewährleisten zu können, wurde den asylsuchenden Personen ein Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung zuerkannt. Dieser Anspruch vermag die mit der Fristverkürzung einhergehende Einschränkung der Verfahrensrechte jedoch aus mehreren Gründen nicht auszugleichen.

In Bezug auf die Vorbereitungsphase wurde deutlich, dass die Mitarbeitenden des SEM sowie die Rechtsvertretung ihre Aufgaben in diesen kurzen Fristen kaum in befriedigender Weise zu erfüllen vermögen. Ein zusätzliches Problem stellt die Möglichkeit der formlosen Abschreibung eines Asylgesuches dar, da im Zeitpunkt der Vorbereitungsphase noch nicht mit Sicherheit beurteilt werden kann, ob ein Asylgesuch begründbar ist.

Im Zusammenhang mit der Taktenphase konnten zwei Problemfelder identifiziert werden. Zum einen ist die kurze Frist von acht bis zehn Tagen mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht vereinbar. Zum anderen ist auch in einfach gelagerten Fällen fraglich, ob die Rechtsvertretung ihre Aufgaben in dieser kurzen Frist in einer Weise zu erfüllen vermag, dass sie als wirksam und effektiv qualifiziert werden kann.

Neben den kurzen Verfahrensfristen im erstinstanzlichen Verfahren sollen auch die Regelungen zur Eröffnung von Verfügungen und Mitteilungen zu einer Beschleunigung des Asylverfahrens beitragen. In diesem Zusammenhang wurde jedoch festgestellt, dass es sich um Abweichungen vom allgemeinen Grundsatz der individuellen Eröffnung handelt, welche nicht mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV sowie dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz nach Art. 11 Abs. 3 VwVG vereinbar sind.

Schliesslich wurde festgestellt, dass die Verkürzung der Beschwerdefrist von 30 auf zehn Tage mit der Rechtsweggarantie und dem Verbot des überspitzten Formalismus nicht vereinbar sind. Die Verkürzung der Ausreisefrist ist dagegen insofern zulässig, als die Verlängerungsmöglichkeit nach Art. 30 Abs. 2 TestV grosszügig zur Anwendung gelangt.

³²⁶ Art. 7 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, L 348/98.

IV. AUSGESTALTUNG UND ORGANISATION DES TESTZENTRUMS

Das Zentrum Juch in Zürich Altstetten, das am 6. Januar 2014 seinen Betrieb aufgenommen hat, bietet Platz für bis zu 300 asylsuchende Personen.³²⁷ Diese sind in drei Wohntrakten in Zweier- oder grösseren Familienzimmern untergebracht. Jeder Wohntrakt verfügt über zwei Ess- und Aufenthaltsräume sowie geschlechtergetrennte Sanitäreanlagen. Frauen, Familien, unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden sowie weiteren besonders vulnerablen beziehungsweise betreuungsbedürftigen Personen stehen abgetrennte Wohnbereiche zur Verfügung. Neben diesen drei Wohntrakten umfasst das Testzentrum ein Empfangs- sowie ein Schulungsgebäude. Das gesamte Zentrum ist mit einem Zaun gesichert.³²⁸

Der Aufenthalt im Zentrum Juch dauert nach Art. 9 Abs. 6 TestV höchstens 140 Tage.³²⁹ Er kann jedoch angemessen verlängert werden, wenn dies den raschen Abschluss des Asylverfahrens fördert. Die Organisation und Ausgestaltung des Zentrums Juch richten sich primär nach der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich,³³⁰ die durch die Hausordnung des Zentrums Juch³³¹ ergänzt wird. Danach sind die der Testphase zugewiesenen asylsuchenden Personen während ihres Aufenthaltes im Testzentrum grundsätzlich zur Anwesenheit vor Ort verpflichtet. Sie dürfen das Zentrum nur zu bestimmten Zeit verlassen – unter der Woche von 07.00 bis 20.00 und am Wochenende, von Freitag 07.00 bis Sonntag 22.30 Uhr³³² – und benötigen hierfür eine schriftliche Ausgangsbeurteilung.

Während ihres Aufenthaltes sind die Asylsuchenden in den Betrieb des Zentrums eingebunden und haben Hausarbeiten zu übernehmen. Darunter fallen etwa die Mithilfe in der Küche, die Verteilung von Mahlzeiten sowie Reinigungs-, Unterhalts- und Umgebungsarbeiten.³³³ Sie haben die ihnen zugewiesenen Zimmer sowie die von ihnen benutzten Räume und sanitären Anlagen sauber zu halten.³³⁴ Erledigen sie diese Reinigungsarbeiten, ist es ihnen möglich, zusätzliche Arbeiten im Zentrum zu übernehmen oder an gemeinnützigen Beschäftigungsprogrammen teilzunehmen.³³⁵ Die Möglichkeiten zum Einsatz sind vielfältig und umfassen etwa

³²⁷ Zudem stehen seit dem 20. Juli 2015 bis Ende Oktober 2015 zusätzliche 48 Unterbringungsplätze in einer Zivilschutzanlage zur Verfügung. Siehe dazu SEM, Medienmitteilung vom 14. Juli 2015. Aufgrund fehlender Informationen über die Ausgestaltung dieser Unterbringungsplätze wird im vorliegenden Gutachten nicht darauf eingegangen.

³²⁸ Vgl. zum Ganzen AOZ, Factsheet, S. 1; AOZ, Präsentation, S. 3 ff.

³²⁹ Vgl. Art. 24 Abs. 3 E-AsylG, BBl 2014 8119, 8123.

³³⁰ SR 142.311.23. Art. 1 der Verordnung bestimmt deren Anwendbarkeit für Empfangsstellen, die besonderen Zentren nach Art. 26 Abs. 1bis AsylG, die im Rahmen von Testphasen betriebenen Bundeszentren, die vom Bund betriebenen Aussenstellen und die Flughafenunterkünfte in Genf-Cointrin und Zürich-Kloten.

³³¹ AOZ, Hausordnung.

³³² Die Ausgangszeiten werden in der Hausordnung des Zentrums Juch geregelt und gehen über die in der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich in Art. 11 Abs. 1 vorgesehenen Zeiten hinaus. AOZ, Hausordnung, S. 1; AOZ, Factsheet, S. 1.

³³³ AOZ, Factsheet, S. 1; vgl. auch BFM, Hausordnung EVZ, S. 3.

³³⁴ AOZ, Hausordnung, S. 1; vgl. auch BFM, Hausordnung EVZ, S. 3.

³³⁵ AOZ, Merkblatt über die Rechte und Pflichten, S. 2.

die Mitarbeit im zentrumseigenen Kleiderladen, die Instandstellung der an das Zentrum angrenzenden Schrebergärten, den Einsatz bei der Fachstelle Naturschutz Kanton Zürich oder auch die Mitarbeit bei der Stadtreinigung.³³⁶ Asylsuchende Personen, die eine solche Zusatzarbeit übernehmen, werden dafür entschädigt, wobei die Entschädigung maximal 30 Franken pro Tag beträgt.³³⁷ Neben diesen Beschäftigungsangeboten steht ihnen im Testzentrum ein Bildungsangebot zur Verfügung. Für Kinder im schulfähigen Alter ist der Besuch der zentrumseigenen Schule obligatorisch. Erwachsenen steht die Teilnahme am Kurs „Deutsch und Orientierung“ offen, welcher Deutschunterricht sowie die Vermittlung von Informationen über das Leben in der Schweiz umfasst und wöchentlich während zehn Doppelstunden angeboten wird.³³⁸ Zudem können die Asylsuchenden diverse Freizeitangebote innerhalb wie auch ausserhalb des Testzentrums nutzen. Auf dem Gelände des Testzentrums stehen etwa die allgemeinen Aufenthaltsräume für sportliche Aktivitäten, Spiele und Unterhaltung, ein Internetraum, Andachtsräume, ein Aufenthaltsraum mit Kinderspielzimmer speziell für Frauen sowie auch Aussenplätze mit Kunstrasen zur Verfügung. Zu gewissen Zeiten können auch eine Turnhalle und ein Sportplatz sowie soziokulturelle Angebote der evangelisch-reformierten Kirchgemeinde Zürich Altstetten ausserhalb des Testzentrums genutzt werden.³³⁹

1. Fragestellung

Vorliegend ist zu untersuchen, ob die Organisation und der Betrieb des Zentrums Juch in Zürich Altstetten mit dem Grundrecht auf Bewegungsfreiheit der asylsuchenden Personen nach Art. 10 Abs. 2 BV vereinbar sind.³⁴⁰ Diese Frage ist insbesondere im Hinblick auf die Überführung der Testphase in das ordentliche Recht und die damit geplante Eröffnung von weiteren Verfahrens- und Ausreisezentren des Bundes relevant.³⁴¹

2. Das Recht auf Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV

Art. 10 Abs. 2 BV schützt als Teilgehalt der persönlichen Freiheit das Recht jedes Menschen auf Bewegungsfreiheit. Die Bewegungsfreiheit gewährt dem Einzelnen das Recht, sich ohne staatliche Eingriffe frei zu bewegen.³⁴² Damit schützt sie vor staatlichen Massnahmen, die einzelne Personen oder Personengruppen gegen oder ohne ihren Willen daran hindern, einen ansonsten rechtlich und faktisch zugänglichen Ort aufzusuchen oder zu verlassen.³⁴³ Die Bewegungsfreiheit umfasst einen negativen sowie einen positiven Schutzgehalt. In negativer Hin-

³³⁶ AOZ, Factsheet, S. 1 f.

³³⁷ AOZ, Factsheet, S. 1.

³³⁸ AOZ, Factsheet, S. 2; AOZ, Merkblatt über die Rechte und Pflichten, S. 2.

³³⁹ AOZ, Factsheet, S. 2.

³⁴⁰ Neben der Bundesverfassung wird die Bewegungsfreiheit auch in Art. 2 Ziff. 3 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 12 UNO-Pakt II geschützt. Da die Schweiz das 4. Zusatzprotokoll jedoch nicht ratifiziert hat beziehungsweise zu Art. 12 UNO-Pakt II einen Vorbehalt angebracht hat, stützt sich die vorliegende Prüfung primär auf das Recht auf Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.

³⁴¹ Siehe statt vieler BBI 2014 7991, 8000 und 8020.

³⁴² SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV N 33.

³⁴³ KIENER/KÄLIN, S. 154.

sicht schützt sie davor, am eigenen Fortgehen gehindert zu werden, ohne dass dafür triftige Gründe vorliegen.³⁴⁴ Darüber hinaus garantiert sie in positiver Hinsicht das Recht, sich innerhalb der Schweiz frei zu bewegen, soweit dieses für die Wahrnehmung anderer Grundrechte notwendig oder Ausdruck elementarer Erscheinungen der Persönlichkeit ist.³⁴⁵

Zu beurteilen ist, ob die Unterbringung im Zentrum Juch einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit der betroffenen asylsuchenden Personen darstellt. Grundsätzlich gilt, dass die Unterbringung von Asylsuchenden in bestimmten Unterkünften nicht *per se* als Eingriff in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen qualifiziert werden kann. Vielmehr beurteilt sich das Vorliegen eines Eingriffes anhand der konkreten faktischen Auswirkungen, die eine Unterbringung auf die geschützten Ansprüche aus dem Recht auf Bewegungsfreiheit hat. Je stärker die Bewegungsmöglichkeiten durch die Unterbringung faktisch berührt werden, desto eher wird die Ausübung anderer Grundrechte erschwert und elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung sind betroffen. Ein Eingriff liegt insbesondere dann vor, wenn die Bewegungsräume einer Person derart eingeschränkt werden, dass keine volle Teilnahme am sozialen Leben mehr möglich ist.³⁴⁶

Asylsuchende, deren Gesuch im Rahmen des Testverfahrens behandelt wird, sind grundsätzlich zur Anwesenheit im Zentrum Juch verpflichtet. Sie können das Zentrum nur zu bestimmten Zeiten verlassen, nämlich unter der Woche von 07.00 bis 20.00 und am Wochenende von Freitag 07.00 bis Sonntag 22.30 Uhr.³⁴⁷ Dafür ist eine schriftliche Ausgangsbewilligung notwendig. Die Bewilligung kann formlos verweigert werden, wenn sich die Person am betreffenden Tag zur Durchführung des Asylverfahrens zur Verfügung halten muss, wenn sie ihr zugeteilte Hausarbeiten zu erledigen hat sowie wenn sie gegen Auflagen verstossen hat, die ihr zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung erteilt wurden (Art. 12 Abs. 1 der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich). Bei einer Verweigerung von mehr als einem Tag oder bei mehrmaliger Verweigerung hintereinander kann die asylsuchende Person eine anfechtbare Verfügung verlangen (Art. 12 Abs. 3 und 4 Verordnung des EJPD über den Betrieb und Unterkünfte des Bundes im Asylbereich).

Die Unterbringung im Zentrum Juch ist insbesondere durch die Beschränkung der Ausgangsmöglichkeiten auf bestimmte Zeiten und die generelle Bewilligungspflicht des Ausganges ohne Weiteres als Eingriff in das Grundrecht auf Bewegungsfreiheit der betroffenen asylsuchenden Personen zu qualifizieren, umso mehr als die Unterbringung bis zu 140 Tage andauert und unter gewissen Voraussetzungen verlängert werden kann.³⁴⁸ Diese Feststellung steht in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Danach stellen gerade eine bewilligungspflichtige und auf bestimmte Zeiten reduzierte Ausgangsmöglichkeit und die Möglichkeit der Bewilligungsverweigerung „une atteinte non négligeable à la personnalité et à la liberté du

³⁴⁴ MÜLLER/SCHÉFER, S. 82.

³⁴⁵ MÜLLER/SCHÉFER, S. 82 f.

³⁴⁶ Vgl. zum Ganzen SCHÉFER/RÜEGGER, Rz. 107.

³⁴⁷ Die Ausgangszeiten werden in der Hausordnung des Zentrums Juch geregelt und gehen über die in der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich in Art. 11 Abs. 1 vorgesehenen Zeiten hinaus. AOZ, Hausordnung, S. 1; AOZ, Factsheet, S. 1.

³⁴⁸ So auch SCHÉFER/RÜEGGER, Rz. 111.

requérant d'asile“ dar, insbesondere wenn die Unterbringungsmodalitäten über eine längere Dauer zur Anwendung kommen.³⁴⁹

Da ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden vorliegt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob dieser gerechtfertigt werden kann. Eine Rechtfertigung der Einschränkung der Bewegungsfreiheit der asylsuchenden Personen ist möglich, sofern sich die Einschränkung auf eine gesetzliche Grundlage stützt, ein legitimes öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter verfolgt und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahrt (Art. 36 BV).

In Bezug auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage sind keine Probleme ersichtlich. Da es sich im vorliegenden Fall nicht um einen schweren Grundrechtseingriff handelt, muss die Norm nicht in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein (Art. 36 Abs. 1 BV), eine Verordnung reicht aus. Mit der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich ist die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage grundsätzlich erfüllt.

In Bezug auf das geforderte öffentliche Interesse lassen sich aus dem politischen Diskurs zwei Interessen herauschälen, welche im Zusammenhang mit der Unterbringung von asylsuchenden Personen angeführt werden. Es handelt sich einerseits um das fremdenpolizeiliche Interesse am geordneten Ablauf des Asylverfahrens und dem geordneten Verfahrensbetrieb³⁵⁰ und andererseits um das sicherheitspolitische Interesse des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.³⁵¹ Der geordnete Gang des Asylverfahrens stellt ein legitimes öffentliches Interesse dar. Dadurch soll der effiziente Ablauf des Verfahrens und der geordnete Betrieb der Unterkünfte sichergestellt, sowie die Gefahr des Untertauchens der asylsuchenden Person während des Verfahrens gebannt oder zumindest reduziert werden. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stellt dagegen kein legitimes öffentliches Interesse für die Unterbringung von Asylsuchenden im Testzentrum dar, solange keine konkreten Störungen oder Gefährdungen durch die Asylsuchenden bestehen.³⁵² Dass der Aufenthalt von Asylsuchenden

³⁴⁹ BGE 128 II 156 S. 164 E. 3b; für die ersten Tage der Unterbringung greifen solche Ausgangsbegrenzungen dagegen wohl nicht in die Bewegungsfreiheit der asylsuchenden Person ein, da sich diese mit der Notwendigkeit von Registrierungsschritten wie der Erhebung der persönlichen Daten oder einer medizinischen Abklärung erklären lassen (BGE 128 II 156 S. 161 E. 2c).

³⁵⁰ Siehe hierzu etwa Antwort des Stadtrates der Stadt Zürich zur schriftlichen Anfrage von Moser Felix (GR Nr. 2014/152) betreffend Asylzentrum auf dem Juch-Areal, Erkenntnisse aus dem Testbetrieb sowie mögliche Handlungsalternativen (630), 09.07.2014; Grosser Rat Aargau, Interpellation von Kunz René (GR.11.168), Missstände im Asylwesen, weil tausende Asylbewerber „verschwunden“ resp. untergetaucht sind, 03.05.2011.

³⁵¹ Siehe hierzu etwa Frage von Amstutz Adrian (12.5188), Auswüchse in und um die Asylzentren, 30.05.2012; Frage von Brunner Toni (12.5199), Probleme mit Asylbewerbern, 30.05.2012; Frage von Hans Fehr (12.5206), Internierung für kriminelle und renitente Asylanten, 30.05.2012; Interpellation von Quadri Lorenzo (11.3848), Chiasso. Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden einschränken, 27.09.2011; Motion der Fraktion SVP (03.3559), Unterbringung von Asylsuchenden in Sammelunterkünften, 03.10.2003.

³⁵² So auch SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 142. Dem Anliegen von Sicherheit und Ordnung wird im Einzelfall durch die Möglichkeit der Ergreifung von migrationsrechtlichen sowie strafrechtlichen Massnahmen gegen eine konkrete asylsuchende Person Rechnung getragen. So sieht beispielsweise das Merkblatt der AOZ über die Rechte und Pflichten vor, dass die Zentrumsleitung im Falle von Verstössen gegen Hausordnung, Pflichten, Auflagen oder gegen Weisungen Sanktionen aussprechen kann, die etwa die tägliche Auszahlung, die Kürzung des Taschengeldes von drei Franken pro Tag oder auch das Hausverbot umfassen. Bei Verstössen ge-

im öffentlichen Raum von gewissen Bevölkerungskreisen als störend wahrgenommen wird, vermag ein solches nicht zu begründen.

In Bezug auf die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit sind dagegen gewisse Probleme auszumachen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass der Eingriff in ein Grundrecht nicht weiter geht, als dies angesichts des verfolgten öffentlichen Interesses notwendig ist. Zudem darf kein Missverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse und dem Eingriff bestehen. Der Eingriff muss, mit anderen Worten, geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um das öffentliche Interesse – nämlich das Interesse am geordneten Gang des Asylverfahrens – zu erreichen.

Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist geeignet, das verfolgte Ziel der Beschleunigung der Asylverfahren zu erreichen. Durch die Bewilligungspflicht des Ausganges und die Möglichkeit der Bewilligungsverweigerung bei anstehenden Verfahrensschritten kann gewährleistet werden, dass es keine Verzögerung des Asylverfahrens aufgrund von unvorhergesehenen Abwesenheiten der betroffenen Personen gibt. Durch die Ein- und Austrittskontrollen und den das Zentrum umgebenden Zaun wird zudem sichergestellt, dass sich keine asylsuchende Person der Bewilligungspflicht widersetzt bzw. entzieht. Zudem helfen die zeitliche Beschränkung des Ausganges und insbesondere die nächtliche Anwesenheitspflicht an Wochentagen wie auch die täglichen Ruhezeiten mit, den Tagesablauf der Asylsuchenden zu strukturieren und damit den geordneten Verfahrensbetrieb zu sichern.

In Bezug auf die Erforderlichkeit der Einschränkung bestehen hingegen erhebliche Zweifel. Es ist nur schwer ersichtlich, inwiefern die generelle Bewilligungspflicht für alle asylsuchenden Personen für den effizienten Ablauf des Asylverfahrens erforderlich sein sollte.³⁵³ Die Bewilligungspflicht stellt alle Asylsuchenden vielmehr unter den Generalverdacht, sich im Falle von bewilligungsfreien Ausgangsmöglichkeiten nicht an die Anweisungen zu halten und Verfahrenstermine nicht einzuhalten. Denkbar wäre, auf die generelle Bewilligungspflicht zu verzichten und eine solche nur auf Personen anzuwenden, die sich vorgängig nicht an die Anweisungen gehalten haben beziehungsweise entgegen einer Anordnung zu einer bestimmten Zeit nicht anwesend waren und bei denen daher die begründete Befürchtung besteht, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzen und ihre Anwesenheit nicht gewährleistet ist. Erwiese sich diese Forderung jedoch trotz Ein- und Ausgangskontrollen als nicht umsetzbar, ist zumindest eine liberale Bewilligungspraxis in zeitlicher Hinsicht zu fordern. So ist die Anwesenheit der asylsuchenden Personen für den geordneten Ablauf des Asylverfahrens allein dann notwendig, wenn auch tatsächlich Verfahrensschritte vorgenommen werden. Der Ausgang darf damit nur für diese Zeitdauer verweigert werden. Während des Zeitraumes vor und nach einem Verfahrenstermin ist eine Verweigerung auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 1 lit. a der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich, das heisst aufgrund der Notwendigkeit einer Anwesenheit betreffender Personen für die Durchführung von Verfahrensschritten, grundsätzlich nicht zulässig. Dieser Grundsatz gilt auch

gen die Schweizer Rechtsordnung wird die Polizei informiert. AOZ, Merkblatt über die Rechte und Pflichten, S. 2.

³⁵³ In diese Richtung geht auch der Bundesrat in Bezug auf die Anordnung einer Ausgrenzung aus einem bestimmten Gebiet für Asylsuchende in der Asylunterkunft in Chiasso, Antwort des Bundesrates vom 30.11.2011 auf die Interpellation von Quadri Lorenzo (11.3848), Chiasso. Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden einschränken, 27.09.2011.

dann, wenn ein Verfahrenstermin zeitlich nicht definitiv festgelegt werden kann. In einem solchen Fall könnten die für das Verfahren Verantwortlichen vielmehr auf moderne Kommunikationsmittel zurückgreifen. Sobald der Termin feststeht, könnte die betroffene Person telefonisch darüber informiert und in das Verfahrenszentrum bestellt werden. Sie müsste lediglich ihre Erreichbarkeit garantieren sowie sicherstellen, dass sie innert angemessener Frist anwesend sein könnte. Damit würde der reibungslose Verfahrensablauf ebenso gut, jedoch unter Einsatz milderer Mittel, garantiert werden. Der Grundsatz der nur auf die Dauer von Verfahrensterminen beschränkbarer Anwesenheitspflicht erfährt allerdings dort eine Einschränkung, wo der geordnete Betrieb der Unterkunft eine darüber hinausgehende Anwesenheit erfordert. Dies wird auf die nächtliche Anwesenheitspflicht sowie die täglichen Ruhezeiten zutreffen, die den Tagesablauf der Asylsuchenden strukturieren. Solange solche Sperrzeiten nicht übermässig ausgestaltet werden, können sie sich als erforderlich für einen geordneten Betrieb im Testzentrum herausstellen. In Bezug auf die Anwesenheit während des Wochenendes ist dagegen nur schwer ersichtlich, inwiefern diese für den effizienten Ablauf des Asylverfahrens oder den geordneten Betrieb erforderlich ist; daher ist hier eine grosszügige Bewilligungspraxis grundrechtlich geboten. Im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit der Unterbringung im Zentrum Juch soll hier auch die Grundsatzfrage kurz angesprochen werden, ob eine Gemeinschaftsunterkunft für alle Asylsuchenden überhaupt als notwendig zu qualifizieren ist oder ob sie nicht auch durch dezentrale Wohneinheiten ersetzt werden könnte. Eine solche Lösung, die in anderen europäischen Ländern bereits angewendet wird,³⁵⁴ wäre für die Schweiz ebenfalls denkbar. Gerade den Bedürfnissen von besonders vulnerablen Personen könnte damit wesentlich besser Rechnung getragen werden.³⁵⁵

Grundrechtseingriffe müssen schliesslich verhältnismässig im engeren Sinne sein, der Eingriffszweck und die Eingriffswirkung demnach in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen, sodass die Auswirkungen auf die in ihren Grundrechten betroffene Person nicht schwerer wiegen als das öffentliche Eingriffsinteresse. Mit anderen Worten muss die Einschränkung für den Betroffenen zumutbar sein. Die Ausgestaltung der Unterbringung im Zentrum Juch stellt insbesondere durch die Beschränkung der Ausgangsmöglichkeiten auf bestimmte Zeiten und die generelle Bewilligungspflicht des Ausganges eine Einschränkung in das Grundrecht auf Bewegungsfreiheit der asylsuchenden Personen dar. Dies umso mehr, als die Unterbringung bis zu 140 Tage andauert und unter gewissen Voraussetzungen zudem in angemessener Weise verlängert werden kann. Ob das öffentliche Interesse am geordneten Ablauf des Asylverfahrens eine solche Einschränkung aufzuwiegen vermag, ist mehr als fragwürdig. Zumindest in Bezug auf die Bewilligungsverweigerung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. b der

³⁵⁴ So leben Asylsuchende beispielsweise in Deutschland und Österreich teilweise dezentral in individuellen Unterbringungsmöglichkeiten. Für Deutschland siehe Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Die Organisation der Aufnahme und Unterbringung von Asylbewerbern in Deutschland, Fokus-Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), 2013, abrufbar unter: https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/EMN/Nationale-Studien-WorkingPaper/emn-wp55-organisation-und-aufnahme-asylbewerber.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt besucht am 23.05.2015). Für Österreich siehe Internationale Organisation für Migration, Länderbüro Wien, Die Gestaltung der Grundversorgung in Österreich, 2014, abrufbar unter: http://www.emn.at/images/stories/2013/Studien_/Reception_Facilities/Organization_of_Reception_Facilities_DE_final.pdf (zuletzt besucht am 23.05.2015).

³⁵⁵ Siehe hierzu auch hinten, V./3.

Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich ist dies nicht gegeben. Danach kann die Ausgangsbewilligung verweigert werden, wenn die betroffene Person ihr zugeteilte Hausarbeiten zu erledigen hat.³⁵⁶ Das damit verfolgte öffentliche Interesse an einem geordneten Betrieb des Zentrums vermag den Eingriff in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen nicht zu überwiegen.

Im Sinne eines Exkurses ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass die Unterbringung von asylsuchenden Personen je nach ihrer Ausgestaltung und Organisation nicht nur – wie das für die Unterbringung im Testzentrum grundsätzlich der Fall ist – eine Freiheitsbeschränkung, sondern gegebenenfalls gar einen Freiheitsentzug im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 5 EMRK darstellen kann. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Überführung des Testphasenverfahrens in das ordentliche Verfahren und die damit zusammenhängende Notwendigkeit der Schaffung neuer Bundeszentren von Bedeutung. Die Freiheitsentziehung stellt einen viel schwereren Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit dar als die Freiheitsbeschränkung.³⁵⁷ Daraus folgt, dass ein Freiheitsentzug im Gegensatz zu Freiheitsbeschränkungen, die die nach Art. 36 BV gerechtfertigt werden können, den strengeren Anforderungen von Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK und Art. 10 Abs. 2 UNO-Pakt II genügen muss.³⁵⁸ Demzufolge hat die konkrete Qualifikation der Unterbringung eines einzelnen Asylsuchenden weitreichende Konsequenzen. Ob die Unterbringung als Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentzug zu qualifizieren ist, beurteilt sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles.³⁵⁹ Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung unterscheiden sich nicht grundsätzlich voneinander, sondern nur aufgrund der Intensität des jeweiligen Eingriffes, der Übergang ist fließend.³⁶⁰ Für die Beurteilung sind etwa die Art und Weise, die Dauer des Eingriffes wie auch die Auswirkungen auf die betroffene Person und die Möglichkeit sozialer Kontakte zu berücksichtigen.³⁶¹ In diesem Zusammenhang kann etwa ein Freiheitsentzug 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.³⁶² Die Feststellung, dass die Unterbringung im Testzentrum Juch grundsätzlich keinen Freiheitsentzug darstellt, lässt sich demgemäss nicht ohne weitere Einzelfallbetrachtung auf alle darin untergebrachten Personen oder gar auf weitere Asylunterkünfte übertragen. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob die Einschränkung des Grundrechts auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV so intensiv ist, dass sie nicht nur als Freiheitsbeschränkung sondern als Freiheitsentzug zu

³⁵⁶ Siehe vorne, IV./2.

³⁵⁷ So auch TRECHSEL, S. 3.

³⁵⁸ Siehe hierzu auch TRECHSEL, S. 3 f.

³⁵⁹ EGMR, *Engel u.a. gegen die Niederlande*, Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Urteil vom 8. Juni 1976, Ziff. 58 f.; EGMR, *Guzzardi gegen Italien*, Nr. 7367/76, Urteil vom 6. November 1980, Ziff. 92; EGMR, *Amuur gegen Frankreich*, Nr. 19776/92, Urteil vom 25. Juni 1996, Ziff. 42.

³⁶⁰ EGMR, *Guzzardi gegen Italien*, Nr. 7367/76, Urteil vom 6. November 1980, Ziff. 93; EGMR, *Amuur gegen Frankreich*, Nr. 19776/92, Urteil vom 25. Juni 1996, Ziff. 42; BGE 123 II 193 S. 197 E. 3b; EMARK 1997 Nr. 19 S. 159 E. 3a.aa.

³⁶¹ EGMR, *Guzzardi gegen Italien*, Nr. 7367/76, Urteil vom 6. November 1980, Ziff. 92 und 95; EGMR, *Amuur gegen Frankreich*, Nr. 19776/92, Urteil vom 25. Juni 1996, Ziff. 42; BGE 123 II 193 S. 197 E. 3b.

³⁶² So auch SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 29 ff., 106 f.; zu abgelegenen Unterkünften siehe auch BBI 2014 7991, 8027; TRECHSEL, S. 7; SEGESSENMANN, S. 15 f.

qualifizieren ist. In Bezug auf das Testzentrum Juch könnte insbesondere die Verweigerung der Ausgangsbewilligung über mehrere aufeinanderfolgende Tage verbunden mit dem nächtlichen Ausgangsverbot das Vorliegen eines Freiheitsentzugs begründen, da eine derartige Massnahme die räumliche Fortbewegungsmöglichkeit der betroffenen Personen und ihre Möglichkeit zur Teilnahme am sozialen Leben weitgehend entzieht.

V. UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE ASYLSUCHENDE

Als unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMAs) gelten minderjährige Personen, die nicht in Begleitung ihrer Eltern, erwachsenen Familienmitgliedern oder einer anderen erziehungsberechtigten Person in die Schweiz einreisen und sich auch keine solche Person in der Schweiz aufhält.³⁶³ Stellt eine unbegleitete minderjährige Person ein Asylgesuch in der Schweiz, kann sie – wie jede andere asylsuchende Person – dem Testverfahren zugewiesen werden. Art. 4 Abs. 1 TestV regelt einzig, dass dem Kindeswohl im Rahmen der Zuweisung gebührend Rechnung getragen werden muss. UMAs, die sich im Testzentrum aufhalten, werden – wie andere besonders vulnerable Asylsuchende – in getrennten Wohnbereichen untergebracht.³⁶⁴ Ihnen wird während der gesamten Aufenthaltsdauer im Bundeszentrum eine Vertrauensperson zur Seite gestellt, die ihre Interessen wahrnimmt (Art. 5 TestV).

1. Vertrauensperson

Unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, deren Gesuch im beschleunigten Verfahren behandelt wird, ist nach Art. 5 TestV eine Vertrauensperson zugeteilt, die ihre Interessen während des gesamten Aufenthaltes im Testzentrum vertritt.³⁶⁵ Es handelt sich dabei um die zugewiesene Rechtsvertreterin oder den zugewiesenen Rechtsvertreter (Art. 5 und Art. 28 Abs. 1 lit. e TestV).³⁶⁶

Unbegleitete minderjährige Asylsuchende sind als besonders vulnerabel zu qualifizieren und haben Anspruch auf angemessenen Schutz (Art. 22 KRK).³⁶⁷ In diesem Sinne ist es grundsätzlich zu begrüssen, dass Art. 5 TestV über die Regelung von Art. 17 Abs. 3 lit. b AsylG hinausgeht und den unbegleiteten minderjährigen asylsuchenden Personen im beschleunigten Verfahren nicht nur für entscheidrelevante Verfahrensschritte sondern für die gesamte Aufenthaltsdauer im Bundeszentrum eine Vertrauensperson zur Seite stellt. Die Testphasenverordnung führt jedoch nicht aus, welche Aufgaben mit der Rolle als Vertrauensperson von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden verbunden sind. In diesem Zusammenhang wird im Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) denn auch festgehalten:

„Alle RV erwähnten, dass für sie nicht klar ist, was von einem RV in der Rolle als Vertrauensperson von UMAs im Kontext des Testbetriebs erwartet wird und was nicht. Einige sprachen von einem grossen Fragezeichen oder einer der grössten Schwierigkeiten.“³⁶⁸

Eine solche Unsicherheit in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Rolle als Vertrauensperson ist höchst problematisch. Wie gesehen haben UMAs gestützt auf Art. 22 KRK Anspruch auf angemessenen Schutz. Damit muss sichergestellt werden, dass sie ihren besonderen Schutzbedürfnissen entsprechend behandelt und unterstützt werden. Dies ist nur möglich, wenn die

³⁶³ EMARK 1999/24; EMARK 2004/9; SEM, Weisung zum Asylverfahren, S. 11.

³⁶⁴ Vgl. zum Ganzen AÖZ, Factsheet, S. 1; AÖZ, Präsentation, S. 3 ff.

³⁶⁵ Vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. a E-AsylG, BBl 2014 8119, 8121.

³⁶⁶ Vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. a und 102k Abs. 1 lit. e E-AsylG, BBl 2014 8119, 8121 und 8136.

³⁶⁷ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

³⁶⁸ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 8.

Aufgaben der Vertrauensperson konkretisiert und deren Einhaltung überwacht wird.³⁶⁹ Andernfalls kann nicht von einem wirksamen und Art. 22 KRK genügenden Schutz ausgegangen werden. Die nach Testphasenverordnung geltende Zuweisung einer Vertrauensperson ohne Regelung der konkreten Aufgaben vermag diesem Anspruch nicht zu genügen. Vielmehr muss ein Konzept zur Betreuung, Unterstützung und Vertretung von UMAs ausgearbeitet werden, das die Einhaltung von Art. 22 KRK zu garantieren vermag. Weshalb in Bezug auf die Testphase nicht auf die Regelungen zu den Vertrauenspersonen im ordentlichen Verfahren³⁷⁰ und die für diese geltende Weisung des SEM³⁷¹ zurückgegriffen wird, ist nicht ersichtlich. Diese könnten, zusammen mit den Ausführungen im schweizerischen Staatenbericht zur Umsetzung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes, eine gewisse Klarheit für die Rechtsvertretung schaffen:

„Die Aufgabe der Vertrauensperson ist vielfältig und entspricht derjenigen eines Beistands. Sie umfasst nicht nur die Wahrnehmung der Interessen und die Vertretung der UMA während des gesamten Asylverfahrens, sondern auch administrative und organisatorische Aufgaben (z.B. soziale Betreuung am Wohnort, Regelung von Versicherungsangelegenheiten, Gewährleistung einer allenfalls notwendigen medizinischen Behandlung, usw.).“³⁷²

„Die Vertrauensperson begleitet und unterstützt die Minderjährige oder den Minderjährigen während dem gesamten Asylverfahren und ist gleichzeitig für den zivilrechtlichen Schutz der oder des Minderjährigen verantwortlich. Darunter fallen auch die allenfalls nötige psychologische und medizinische Betreuung durch Fachpersonen sowie die soziale Integration durch Einschulung, Ausbildung oder anderweitige Massnahmen. Nach der Zuweisung in den Kanton wird in der Regel eine Bestand- oder Vormundschaft eingesetzt.“³⁷³

Die Aufgaben einer Vertrauensperson beschränken sich somit nicht auf rechtliche Aspekte, sondern umfassen auch soziale Fragen. Damit wird deutlich, dass die Wahrnehmung der Rolle als Vertrauensperson zeitintensiv ist. Gerade für die Rechtsvertretung im Testverfahren stellt dies jedoch ein grosses Problem dar, stehen sie durch die pauschale Entschädigung sowie die kurzen Behandlungs- und Beschwerdefristen doch bereits unter erheblichem Kosten- und Zeitdruck. So wird im Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) auch festgestellt:

„(...) dass sich der direkte Kontakt der RV mit den UMAs auf die Gespräche im Verfahrenszentrum vor der Erstbefragung und Anhörung sowie zum Entscheidentwurf und zur Entscheideröffnung beschränkt. In der Regel nehmen sich die RV für diese Gespräche bei UMAs mehr Zeit, einige RV führen zusätzliche Gespräche durch. Die RV treffen die ihnen zugeordneten UMAs bisher jedoch nicht im Zentrum Juch. Dieser Kontakt findet behelfsmässig über die Beratung statt: die RV lassen gelegentlich über die drei Mal in der Woche im Zentrum anwesenden Beraterin oder den Berater nachfragen, wie es bestimmten ihnen zugeordneten UMAs geht. Dabei ist den UMAs bei der Beratung keine feste Bezugsperson zugeordnet. Auch erkundigt sich die Beratung auf Anregung der RV vor Ort bei den Betreuerinnen und Betreuer der Asylorganisation Zürich (AOZ) über bestimmte UMAs. Viele RV erklären, dass sie es sehr schwierig finden, mit den UMAs in einem Kontakt zu bleiben, der über die auch mit anderen Asylsuchenden üblichen Begegnungen während der Gespräche und Befragungen hinausgeht. Der Zeitdruck sei hoch und wegen der Arbeitslast und der Fristen sei es zurzeit nicht möglich, mehr zu tun. Mehrere RV finden

³⁶⁹ Die Notwendigkeit der Konkretisierung der Aufgaben einer Vertrauensperson wird auch aus dem Zwischenbericht der externen Evaluation (Mandat 4) deutlich. SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 9.

³⁷⁰ Art. 17 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 7 AsylV 1.

³⁷¹ SEM, Weisung zum Asylverfahren, S. 12 ff.

³⁷² SEM, Weisung zum Asylverfahren, S. 12.

³⁷³ EDA, Staatenbericht KRK, N 380.

auch, dass ihnen die Ausbildung fehlt, um die Rolle als Vertrauensperson eines UMAs wahrzunehmen, insbesondere wenn es sich um jüngere oder sonst besonders verletzbare UMAs handelt.³⁷⁴

Die Ausgestaltung und Organisation der Funktion der Vertrauenspersonen im Testbetrieb vermag nicht zu überzeugen. Zum einen ist es der zugewiesenen Rechtsvertretung aufgrund der fehlenden zeitlichen Ressourcen schlichtweg nicht möglich, dem Schutzbedürfnis von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden gerecht zu werden.³⁷⁵ Zum anderen verfügen nicht alle als Vertrauenspersonen eingesetzten Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen. Aus diesem Grund muss das geltende System der Vertrauenspersonen zwingend geändert werden. Denkbar wäre die Übertragung der Aufgaben an die kantonalen Kinderschutzbehörden.³⁷⁶ Diese hat die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen, die zur Erfüllung der Aufgabe als Vertrauensperson von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden unerlässlich sind. Natürlich würde eine solche Übertragung die Rechtsvertretung nicht davon entbinden, die besonderen Schutzbedürfnisse minderjähriger Asylsuchender für jede Vertretungshandlung zu berücksichtigen, sie könnte sich jedoch vermehrt auf ihre Kernaufgaben, nämlich die rechtliche Vertretung, konzentrieren. Sollte eine solche Übertragung nicht möglich sein, müsste zumindest garantiert werden, dass die als Vertrauensperson eingesetzte Rechtsvertretung genügend Kenntnisse im Bereich der Kinderrechte und des Kinderschutzes hat und über ausreichend Zeit und finanzielle Mittel verfügt, die minderjährigen Asylsuchenden persönlich zu begleiten und zu unterstützen.³⁷⁷

2. Wechsel der zugewiesenen Rechtsvertretung

Wie bereits gesehen, finden bei der unentgeltlichen Rechtsvertretung im beschleunigten Verfahren häufig Handwechsel statt.³⁷⁸ Diese sind grundsätzlich als problematisch zu qualifizieren, da sie das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen asylsuchender Person und Rechtsvertretung beeinträchtigen und damit zu einer Schwächung der Position der Rechtsvertretung führen.³⁷⁹ Gerade in Bezug auf unbegleitete minderjährige Asylsuchende, die über keinen familiären Rückhalt verfügen, wird diese Gefahr noch zusätzlich verstärkt.³⁸⁰ Aus diesem Grund sind Handwechsel in solchen Fällen als absolut unzulässig zu qualifizieren.

3. Unterkunft

Im Testzentrum stehen für besonders verletzbare oder betreuungsbedürftige Personen getrennte Wohnbereiche zur Verfügung.³⁸¹ Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. In Bezug auf un-

³⁷⁴ SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 8.

³⁷⁵ Siehe auch CRC, CO Switzerland, Ziff. 68 (b) S. 15 und Ziff. 69 (d) S. 16.

³⁷⁶ BBI 2014 7991, 8032.

³⁷⁷ Vgl. hierzu SKMR, Evaluation Mandat 4, Zwischenbericht, S. 9.

³⁷⁸ Siehe vorne, III./1.4.1.

³⁷⁹ Siehe vorne, III./1.4.1.

³⁸⁰ BVerwG, E-5318/2014, 11. Mai 2015, E. 2.3.

³⁸¹ Vgl. zum Ganzen AOZ, Factsheet, S. 1; AOZ, Präsentation, S. 3 ff.

begleitete minderjährige Asylsuchende stellt sich jedoch die Frage, ob die Unterbringung im Testzentrum überhaupt die Anforderungen aus Art. 22 KRK zu erfüllen vermag. Sie sollten vielmehr in speziellen Einrichtungen, getrennt von erwachsenen Asylsuchenden, untergebracht werden, in denen sie individuelle, auf ihre Bedürfnisse abgestimmte Betreuung erhalten.³⁸² Es ist unerlässlich, dass sich gerade unbegleitete minderjährige Asylsuchende an einer bestehenden Tages- und Wochenstruktur orientieren können mit der gewährleistet werden kann, dass sie rund um die Uhr und auch an Wochenenden die notwendige Betreuung erhalten.

³⁸² Siehe auch CRC, CO Switzerland, N 68 (a) S. 15 und N 69 (a) S. 16; EGMR, *Tarakhel gegen die Schweiz*, Nr. 29217/12, 4. November 2014, Ziff. 99; EGMR, *Popov gegen Frankreich*, Nr. 39472/07 und 39474/07, 19. Januar 2012, Ziff. 91; EGMR, *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, 12. Oktober 2006, Ziff. 55 und 103.