

ISMRI, Avenue Beauregard 1, 1700 Freiburg

Staatssekretariat für Migration
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepar-
tement (EJPD)
Bundeshaus West
3003 Bern

Freiburg, 14.11.2024

**STELLUNGNAHME ZUR VERNEHMLASSUNG ZUR «ÜBERNAHME DES EUROPÄISCHEN MIGRATI-
ONS- UND ASYLPAKTS»**

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Menschenrechtsinstitution (SMRI) bedankt sich für die Gelegenheit, zur ge-
planten Übernahme des Europäischen Migrations- und Asylpakts Stellung zu nehmen.

Die SMRI ist die unabhängige nationale Menschenrechtsinstitution der Schweiz. Sie trägt zum
Schutz und zur Förderung der Menschenrechte in allen Lebensbereichen und auf allen staatlichen
Ebenen in der Schweiz bei. Als nationale Menschenrechtsinstitution arbeitet sie auf der Grundlage
der Pariser Prinzipien der UNO. Die SMRI ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Sie ist analog
zu einem Verein strukturiert. Sie ist autonom, politisch, institutionell und ideologisch unabhängig.

Nach Einschätzung der SMRI birgt die teilweise Übernahme des EU-Migrations- und Asylpakts aus
mensenrechtlicher Perspektive mehr Risiken als Chancen. Ein Grund dafür sind die starken Ten-
denzen, menschenrechtliche Verantwortung an andere europäische (und nicht-europäische) Staa-
ten auszulagern. Solche Externalisierungen führen zu zusätzlichen Risiken für die Menschenrechte.
Unter anderem wird der Zugang zu einem fairen Verfahren gefährdet, der für die Gewährleistung
des Rechts auf Asyl und für den Schutz vor Refoulement notwendig ist. Zudem werden aus unserer
Sicht die strukturellen Fehlanreize des europäischen Migrations- und Asylsystems durch diese Re-
form eher verstärkt als abgebaut. Diese Fehlanreize bestehen in erster Linie darin, dass Staaten,
die auf Grund ihrer geografischen Lage überproportional viele Ersteinreisen zu verzeichnen haben,
Anreize dafür haben, Sekundärmigration zuzulassen und gegenüber den anderen Schengen/Dub-
lin-Staaten zu signalisieren, sie seien von der Ankunft von Asylsuchenden überfordert.

Wir sind uns bewusst, dass der Handlungsspielraum der Schweiz im Asylbereich aufgrund ihrer
Schengen/Dublin-Assoziation eng begrenzt ist. Umso wichtiger wäre es, den verbleibenden

Handlungsspielraum konsequent und systematisch zum Schutz der Rechte von Schutzsuchenden zu nutzen.

Aufgrund ihrer Rolle und ihres Mandats kann die SMRI innerhalb des EU-Migrations- und Asylpakts am ehesten einen Beitrag leisten zum Mechanismus zur Überwachung der Grund- und Menschenrechte im Rahmen der Überprüfungsverfahren. Wir beschränken uns deshalb auf eine Stellungnahme zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2024/1356 zur Einführung der Überprüfung von Drittstaatsangehörigen an den Aussengrenzen.

Ausgestaltung des Überwachungsmechanismus zum Überprüfungsverfahren

Die Verordnung (EU) 2024/1356 (im Folgenden «Überprüfungsverordnung») führt neu ein Überprüfungsverfahren ein, das dem eigentlichen Hauptverfahren vorangestellt ist. Zur Sicherstellung der Einhaltung der Grundrechte während des Überprüfungsverfahrens soll ein unabhängiger Überwachungsmechanismus geschaffen werden (Art. 10 Überprüfungsverordnung). Die SMRI begrüsst die im Vorentwurf verankerte Grundlage zur Schaffung eines solchen Mechanismus, der einerseits bei Überprüfungsverfahren an Flughäfen (Art. 21b VE-Asylgesetz (VE-AsylG)), andererseits bei Überprüfungsverfahren an den Grenzübergangsstellen oder innerhalb des Hoheitsgebiets zum Einsatz kommt (Art. 9d VE-Ausländer- und Integrationsgesetz (VE-AIG)).

Die Überprüfungsverordnung sieht die Beteiligung der nationalen Menschenrechtsinstitutionen sowie der im Rahmen des OPCAT geschaffenen Stellen zur Verhütung von Folter am Überwachungsmechanismus vor (Art. 10, Abs. 2, UA 3 (EU) 2024/1356). In der schweizerischen Umsetzung wird auf die Nennung dieser beiden Stellen verzichtet und die Bestimmung der zuständigen Stelle dem Bundesrat im Rahmen seiner Verordnungskompetenz überlassen.

Die SMRI möchte ihr Interesse an einer aktiven Beteiligung an diesem Mechanismus bekunden. Wie schon erwähnt, nennt die Überprüfungsverordnung neben den nationalen Menschenrechtsinstitutionen auch die nationalen Präventionsmechanismen zur Verhütung von Folter als mögliche Träger des Monitorings des Überprüfungsverfahrens. In der Schweiz nimmt diese Aufgabe die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) wahr. Die SMRI und die NKVF sind in regem Austausch und pflegen eine funktionierende Zusammenarbeit. Eine gemeinsame Übernahme der Aufgabe des Überwachungsmechanismus durch die SMRI und die NKVF würde sich anbieten. Einerseits, weil beide Institutionen in der Überprüfungsverordnung Erwähnung finden, aber mehr noch, weil sich ihre unterschiedlichen Rollen sinnvoll ergänzen. Nebst ihren analytischen Tätigkeiten hat die NKVF grosse Erfahrung mit Besuchen von Anstalten und Einrichtungen und im Erkennen von unmenschlicher Behandlung und Gewalt, die in Zusammenhang mit Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentzug auftreten. Die SMRI hingegen hat mit ihrem generellen Mandat umfassende Möglichkeiten, alle Menschenrechtsaspekte miteinander zu verbinden und strukturelle Probleme (insbesondere betreffend Verfahrensrechte, s. dazu sogleich) offen zu legen.

Angesichts dieser sinnvollen gegenseitigen Ergänzung und dem Umstand, dass die Überprüfungsverordnung die beiden Institutionen nennt, scheint es uns prüfenswert, auch für die Schweiz bereits

im Gesetz zu erwähnen, dass die beiden Institutionen für die Aufgabe der Überwachung vorgesehen werden.

Verfahrensrechte im Überprüfungsverfahren

Ein Überwachungsmechanismus wird notwendigerweise retrospektiv sein. Es muss also darüber hinaus sichergestellt werden, dass die Betroffenen in einem laufenden Verfahren und im Einzelfall die Möglichkeit haben, sich Gehör zu verschaffen, bevor ein Nachteil für sie entsteht, der nicht mehr rückgängig zu machen ist. Effektiv geschützte Verfahrensrechte sind eine Voraussetzung dafür, dass Mängel im Einzelfall und Mängel auf struktureller Ebene erst sichtbar gemacht und thematisiert werden können. Auch ein gut funktionierender Überwachungsmechanismus wird deshalb seinen Zweck nur erfüllen können, wenn die Verfahrensrechte der Betroffenen im Überprüfungsverfahren sichergestellt werden. Was diese Verfahrensrechte angeht, ist an der gegenwärtigen Vorlage vieles noch unklar oder ungenügend ausformuliert. Wenn Verfahrensrechte nicht explizit gesichert werden, besteht die Gefahr, dass Gerichte im Nachhinein annehmen, dass diese implizit ausgeschlossen sind.

Die verfahrensrechtlichen Fragen zum Überprüfungsverfahren lassen sich unterteilen in einerseits die Rechtsvertretung während des Überprüfungsverfahrens und andererseits die rechtlichen Möglichkeiten, gegen den Ausgang des Verfahrens vorzugehen. Darüber hinaus stellt sich zusätzlich zu den verfahrensrechtlichen Fragen im engeren Sinne die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, um die Art der Unterbringung während des Verfahrens überprüfen zu lassen, insbesondere, wo diese einem Freiheitsentzug gleichkommt.

Rechtsvertretung

Im Überprüfungsverfahren werden unter Umständen wesentliche Elemente des eigentlichen Asylverfahrens vorgespurt. Es ist voraussehbar, dass im eigentlichen Asylverfahren Aussagen über die Schutzbedürftigkeit, die Identität oder die Gefährlichkeit einer Person, die im Überprüfungsverfahren getroffen worden sind, nur noch schwer korrigiert werden können. Es sind aber alle Aussagen, die auf den Ausgang des eigentlichen Asylverfahrens einen entscheidenden Einfluss haben. Der Zugang zu einer Rechtsvertretung im Asylverfahren ist wichtig, besonders seit der Einführung rascher und getakteter Verfahren im Jahr 2019. Die Rechtsvertretung dient als Gegengewicht zur Beschleunigung. Sie stellt sicher, dass die Verfahren fair ablaufen. Wenn nun die entscheidenden Weichenstellungen für den Ausgang des Asylverfahrens schon vor dem Asylverfahren, nämlich im Überprüfungsverfahren gestellt werden, so ist es unerlässlich, dass im Überprüfungsverfahren auch die gleichen Ansprüche auf eine Rechtsvertretung gelten, wie im Asylverfahren selbst.

Der Vernehmlassungsentwurf selbst schliesst gerade dies aus. Art. 22 Abs. 7 und Art. 102h Abs. 1 VE-AsylG halten fest, dass der Zugang zu einer Rechtsvertretung erst nach Abschluss des Überprüfungsverfahrens gewährleistet ist. Es wird so ein kritisches Moment geschaffen, in dem das Asylverfahren zwar bereits in entscheidender Weise vorgespurt wird, die betroffene Person aber noch nicht rechtlich vertreten ist. Das ist ein Rückschritt gegenüber dem geltenden Art. 102h AsylG und bringt die Balance zwischen raschen Verfahren und griffiger Rechtsvertretung aus dem Gleichgewicht. Was bisher für die Vorbereitungsphase des Asylverfahrens gilt, das sollte auch für das Überprüfungsverfahren gelten: Mit seinem Beginn muss eine Rechtsvertretung zugeordnet

werden. Nicht zuletzt würde damit auch der Stossrichtung der Überprüfungsverordnung selber Rechnung getragen, die in Art. 8 Abs. 6 und Art. 11 festhält, dass Personen im Überprüfungsverfahren effektiven Zugang haben müssen zu Beratungsleistungen und Informationen.

Zu Beginn des Überprüfungsverfahrens ist naturgemäss noch unklar, ob das Überprüfungsverfahren in ein Asylverfahren münden wird, oder nicht. Das setzt an sich voraus, dass allen Personen, die sich in einem Überprüfungsverfahren befinden, eine Rechtsvertretung zur Verfügung steht.

Rechtsweg

Es ist unklar, wie das Überprüfungsverfahren abgeschlossen wird – ob mit einer Verfügung oder nicht. Die Materialien und die Erwägungen zur Überprüfungsverordnung selbst (dort Erwägungsgrund 32) deuten darauf hin, dass das Verfahren formlos und also durch einen blossen Realakt abgeschlossen werden soll und Betroffene lediglich die Möglichkeit haben sollen, in einem Formular anzugeben, dass die über sie erhobenen Informationen unrichtig seien. Durch den Ausgang des Verfahrens werden die Rechte der Betroffenen aber verbindlich gestaltet. Er entscheidet darüber, welchem eigentlichen Verfahren die Betroffenen zugewiesen werden und unter welchen Voraussetzungen sie diese Verfahren beginnen. Es handelt sich bei der Beurteilung im Überprüfungsverfahren auch nicht um einen verfahrensleitenden Entscheid, denn mit dieser Beurteilung wird ein Verfahren abgeschlossen, bevor ein anderes Verfahren (in der Regel ein Asylverfahren) eröffnet wird. Aber auch wenn von einer blossen Zwischenverfügung ausgegangen wird, muss diese anfechtbar sein, wenn sie nicht wieder gut zu machende Nachteile zur Folge hat (Art. 46 VwVG, vgl. auch BGE 138 V 271, E. 3, zum Verhältnis von tatsächlichen und rechtlichen Nachteilen, vgl. BGE 137 V 210 E. 3.4.2.7). Das dürfte vorliegend regelmässig der Fall sein, da es schwierig sein wird, die Einschätzung widerlegen zu können, die vom Überprüfungsverfahren an das Asylverfahren weitergeleitet wird. Es ist daher unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) notwendig, das Verfahren durch eine anfechtbare Verfügung abzuschliessen. Würde man sich auf den Standpunkt stellen, es handle sich beim Ausgang des Überprüfungsverfahrens lediglich um einen Realakt, der nicht auf Rechtswirkung gerichtet sei, so könnte über diesen immer noch nach Art. 25a VwVG eine Verfügung verlangt werden, für die dann der Rechtsweg offen stünde. Es scheint daher auch verfahrenswirtschaftlich sinnvoller, den Rechtsweg im Gesetz festzulegen.

Unterbringung und Freiheitsentzug

Das Überprüfungsverfahren kann an den Grenzen, d.h., an Grenzübergangsstellen oder Flughäfen, bis zu 7 Tage dauern (Art. 9b, Abs. 1 VE-AIG und Art. 21a, Abs. 1 VE-AsylG), innerhalb des Hoheitsgebiets maximal drei Tage (Art. 9c, Abs. 1 VE-AIG). Die Betroffenen haben den Behörden in dieser Zeit «zur Verfügung zu stehen» (Art. 21a Abs. 5 VE-AsylG, Art. 9b Abs. 3 VE-AIG und Art. 9c, Abs. 2 VE-AIG). In der Praxis wird das in manchen Konstellationen bedeuten, dass den Betroffenen faktisch die Freiheit entzogen wird. In diesen Fällen muss ein Zugang zur Überprüfung des Freiheitsentzuges unter denselben Bedingungen und unter denselben Fristen wie bei anderen Formen des Freiheitsentzuges möglich sein, also innert wenigen, höchstens aber 48 Stunden (vgl. BGE 136 I 274, E. 2.2). Nur so kann sichergestellt werden, dass es nicht zu unzulässigen Formen der Freiheitsbeschränkung oder des Freiheitsentzuges (Art. 5 EMRK, Art. 31 BV) oder zu unzulässigen Haftbedingungen kommt.

Begriffsverschiebung von «Vulnerabilität» zu «Schutzbedürftigkeit»

In der Übernahme der Überprüfungsverordnung in das Schweizer Recht ist es im vorliegenden Vernehmlassungsentwurf zu einer problematischen Begriffsverschiebung gekommen. Was in der Überprüfungsverordnung (Art. 8, Abs. 5, lit. b Überprüfungsverordnung) als «Vulnerabilität» bezeichnet wird, wird in der Vernehmlassungsvorlage (Art. 9b, Abs. 2, lit. b VE-AIG und Art. 21a, Abs. 4, lit. b VE-AsylG) zu «Schutzbedürftigkeit». Die beiden Begriffe sind aber nicht deckungsgleich.

Vulnerabilität bezeichnet eine besondere Verletzlichkeit und bezieht sich nicht (nur) auf die Situation einer Person in ihrem Herkunftsland, sondern insbesondere auch auf ihre Situation und auf allfällige besondere Bedürfnisse im Laufe des Verfahrens und in der Situation der Unterbringung. Eine Prüfung der Vulnerabilität soll ermitteln, ob Personen Opfer von Folter oder anderer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung sind, ob sie staatenlos sind oder besondere Aufnahme- oder Verfahrensbedürfnisse haben (Erwägungsgrund 37 Überprüfungsverordnung). Besonderes Augenmerk sollte bei der Vulnerabilitätsprüfung auf schwangere Personen, ältere Menschen, Familien mit nur einem Elternteil, Personen mit einer unmittelbar erkennbaren Behinderung, Personen mit Trauma-Erfahrungen und unbegleitete Minderjährige gerichtet werden (Erwägungsgrund 38 Überprüfungsverordnung). Für eine solche Prüfung der Vulnerabilität muss spezifisch zu diesem Zweck geschultes Fachpersonal eingesetzt werden (Art. 8, Abs. 9, UA 1 Überprüfungsverordnung).

Schutzbedürftigkeit hingegen kann stattdessen auch als Anspruch einer Person auf internationalen Schutz verstanden werden. Sie bezieht sich dann auf die Situation im Herkunftsland (allenfalls in einem Transitland), und nicht auf die Bedürfnisse bei der Unterbringung und während des Asylverfahrens.

Diese Begriffsverschiebung nimmt damit im Überprüfungsverfahren vorweg, was eigentlich der zentrale Gegenstand des nachfolgenden Asylverfahrens ist: Die Frage nach dem Anspruch auf internationalen Schutz vor einer Rückführung in den Herkunftsstaat. Durch die Begriffsverschiebung wird die Vorwirkung des Überprüfungsverfahrens auf das Asylverfahren also deutlich verstärkt, was nicht der Intention der Überprüfungsverordnung entspricht (Art. 12 Überprüfungsverordnung) und unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensrechte problematisch ist. Diese Begriffsverschiebung sollte daher behoben werden.

Empfehlungen der SMRI

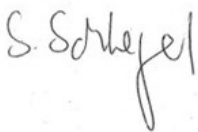
Da die neuen Überprüfungsverfahren sehr schnell verlaufen und Personen in besonders vulnerablen Situationen betreffen, erachtet die SMRI es als entscheidend, dass griffige Massnahmen zur Sicherung des Grund- und Menschenrechtsschutzes in diesen Verfahren ergriffen werden. Um dies zu gewährleisten, muss der Überwachungsmechanismus sorgfältig gestaltet und angemessen mit Ressourcen ausgestattet werden. Die SMRI möchte den Bundesrat deshalb auf folgende Voraussetzungen für einen wirksamen Überwachungsmechanismus hinweisen und legt ihm nahe, diese Punkte bei der Umsetzung des Gesetzes besonders zu beachten und die Gesetzesentwürfe wo nötig zu ergänzen:

- **Erstens** muss die Unabhängigkeit des Mechanismus gewährleistet sein. Da die SMRI und die NKVF beide die Anforderungen an diese Unabhängigkeit erfüllen und sich funktional ergänzen, wäre eine gemeinsame Übertragung der Aufgaben des Überwachungsmechanismus an diese Institutionen sinnvoll.
- **Zweitens** muss der Überwachungsmechanismus Zugang zu allen relevanten Personen, Orten und Dokumenten haben (Art. 10 Abs. 2, UA 5 Überprüfungsverordnung). Dies gilt insbesondere auch für Überprüfungen innerhalb des Hoheitsgebiets (Art. 9c VE-AIG). Für eine effektive Umsetzung ist es erforderlich, die Abläufe der Überprüfungsverfahren innerhalb des Hoheitsgebiets klar zu definieren, einschliesslich der Zuständigkeiten und Kompetenzen der lokalen Behörden. Für die Institutionen, die den Überwachungsmechanismus tragen, muss nachvollziehbar sein, welche Personen an welchen Orten und zu welchem Zeitpunkt dem Überprüfungsverfahren unterzogen werden.
- **Drittens** muss der Mechanismus mit ausreichenden finanziellen Mitteln (Art. 10 Abs. 4 sowie Erwägungsgrund 28 Überprüfungsverordnung) und weiteren Ressourcen ausgestattet werden.
- **Viertens** sollte die Möglichkeit bestehen, jährliche Empfehlungen zur Verbesserung des Grundrechtsschutzes abzugeben, wie in Art. 10 Abs. 2, UA 2 Überprüfungsverordnung vorgesehen. Diese Empfehlungen sollten im Rahmen eines Berichterstattungsprozesses regelmässig dem Bundesrat vorgelegt werden.
- **Fünftens** ist für das Überprüfungsverfahren ein Rechtsweg vorzusehen. Das Verfahren sollte durch eine anfechtbare Verfügung abgeschlossen werden.
- **Sechstens** muss sichergestellt werden, dass Personen im Überprüfungsverfahren den gleichen Zugang auf Rechtsvertretung haben, wie im eigentlichen Asylverfahren, da hier bereits entscheidende Weichenstellungen vorgenommen werden, die schwer korrigierbar sind.
- **Siebtens** muss die problematische Begriffsvermischung von «Vulnerabilität» und «Schutzbedürftigkeit» im Vernehmlassungsentwurf korrigiert werden, da sie möglicherweise den Anspruch auf internationalen Schutz vorwegnimmt und den eigentlichen Sinn der Überprüfung der Vulnerabilität für besonders verletzbare Personen untergräbt. Dies könnte beispielsweise durch eine weniger selektive Übernahme von Art. 10 der Überprüfungsverordnung bewirkt werden (siehe auch achtens).
- **Achtens** wirft die fragmentarische Übernahme einzelner Bestandteile von Art. 10 der Überprüfungsverordnung in der Vernehmlassungsvorlage die Frage auf, weshalb diese Teile im Landesrecht übernommen werden, auf andere hingegen lediglich verwiesen wird. Um daraus resultierende begriffliche und inhaltliche Unschärfen zu vermeiden und den Umfang der Übernahme zweifelsfrei zu klären, sollte Art. 10 der Überprüfungsverordnung vollständig in Art. 21b VE-AsylG übernommen werden.

Nur wenn diese Punkte erfüllt sind, kann aus der Sicht der SMRI ein wirksamer Schutz der Grund- und Menschenrechte im Rahmen des Überprüfungsverfahrens gewährleistet und bei Mängeln gegebenenfalls Massnahmen zur Verbesserung ergriffen werden.

Zusammenfassend begrüsst die SMRI die Schaffung eines unabhängigen Überwachungsmechanismus zur Sicherstellung der Einhaltung der Grund- und Menschenrechte im Rahmen der Überprüfungsverfahren und bietet ihre aktive Mitwirkung an. Bei der Umsetzung legen wir besonderen Wert auf die verfahrensrechtlichen Aspekte während und nach dem Überprüfungsverfahren. Der Zugang zu Rechtsberatung und eine transparente, anfechtbare Entscheidungsfindung ist zu gewährleisten, um die Rechte der Betroffenen während und nach der Überprüfungsverfahren bestmöglich zu wahren. Schliesslich sollten die relevanten Stellen aus der Überprüfungsverordnung direkt und im Wortlaut übernommen werden, um begriffliche und inhaltliche Unschärfen zu vermeiden. Wir sind überzeugt, dass die Umsetzung unserer Empfehlungen einen effektiven Beitrag zum Schutz der Grundrechte im Migrations- und Asylkontext in der Schweiz leisten könnte.

Freundliche Grüsse



Stefan Schlegel

Direktor