

# DJS JDS GDS

---

Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz

Juristes Démocrates de Suisse

Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri

Giuristas e Giurists Democratics Svizzers

[info@djs-jds.ch](mailto:info@djs-jds.ch) // [www.djs-jds.ch](http://www.djs-jds.ch)

Neuengasse 8

3011 Bern

Tel 031 312 83 34

Fax 031 312 40 45

**Bundesamt für Migration**  
**Stabsbereich Recht**  
**3003 Bern**

## **Vernehmlassung der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS) zur Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie ins schweizerische Recht (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes) - Vernehmlassungsfrist 5. September 2009**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen (DJS) bedanken sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung zum Projekt der Überführung der Rückführungsrichtlinie ins schweizerische Recht.

### **1. Allgemeine Bemerkungen**

Es ist Ihnen bekannt, dass die DJS den Beitritt der Schweiz zu den Abkommen von Schengen und Dublin mit grosser Skepsis beobachtet haben. Eine unserer grundsätzlichen Vorbehalte bestand damals an dem mit dem Beitritt verbundenen „Zwang“, sämtliche Neuerungen des Schengen-Besitzstandes übernehmen zu müssen. Das vorliegende Gesetz ist diesbezüglich ein weiterer Baustein. Immerhin führen die, von der EU-Rückführungsrichtlinie vorgeschriebenen Änderungen des schweizerischen Ausländer- und Asylrechts für die betroffenen Personen in einigen Punkten eher zu Verbesserungen ihrer Rechtsstellung, weshalb die DJS ihre Überführung in unser Rechtssystem unter bestimmten Bedingungen befürworten. Diese werden nachfolgend angeführt.

Zunächst begrüssen wir, dass die formlose Wegweisung in ihrer bisherigen Form bis auf wenige Ausnahmefälle abgeschafft und durch ein formelles und justiziables Wegweisungsverfahren ersetzt wird. Namhafte Juristinnen und Juristen haben ein solches aus grundrechtlichen Überlegungen schon seit Jahren gefordert und es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass der Schweiz – einmal mehr „von aussen“ – menschenrechtliche Standards aufgezwungen werden (müssen).

Auch wenn sich die DJS grundsätzlich eher gegen eine Verpflichtung der Schweiz stellen, in bestimmten Fällen Einreiseverbote verhängen zu müssen, führt der in diesem Zusammenhang von der Rückführungsrichtlinie vorgeschriebene Standard aus unserer Sicht nicht zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der bisherigen Rechtsstellung der betroffenen ausländischen Personen.

Dass demgegenüber die maximale Dauer der ausländerrechtlichen Administrativhaft auf höchstens 18 Monate gesenkt werden muss, nehmen die DJS mit Genugtuung zur Kenntnis. Die Europäische Union hält eine wesentlich kürzere Haftdauer für ausreichend; die Schweiz muss nun diese Einsicht nachvollziehen.

**Die DJS sind weiter der Auffassung, dass die unter Art. 14 der EU-Rückführungsrichtlinie angeführten „Garantien bis zur Rückkehr“ im AuG ausdrücklich in einem besondern Artikel erwähnt werden sollten**, nicht zuletzt weil die bisherige Wegweisungspraxis in den Kantonen sehr unterschiedlich und teilweise menschenunwürdig gehandhabt wurde. Die Familieneinheit, die medizinische Notfallversorgung und der Zugang zum Grundbildungssystem für Minderjährige müssen - wie die Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen - stets Leitlinien bilden.

## **2. Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen**

Um den Umfang unserer Stellungnahme übersichtlich und möglichst kurz zu halten, verzichten die DJS im Folgenden auf Kritik und Kommentare, wo sich solche nicht aufdrängen.

### **2.1 Änderung von Art. 64 AuG (Wegweisungsverfügung)**

Allgemein ist davon auszugehen, dass bei jeder Wegweisung für die betroffene Person hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, welche prinzipiell in jedem Einzelfall gegen die öffentlichen Interessen abgewogen werden müssen.

Der bisherige Art. 64 AuG hält die Bedingungen für eine formlose Wegweisung fest und postuliert auf unverzügliches Verlangen der weggewiesenen Person eine Anfechtungsmöglichkeit innerhalb von drei Tagen, welcher von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, von der Beschwerdeinstanz aber wiederhergestellt werden kann.

Die DJS begrüßen, dass die angestrebte Regelung grosszügiger gehalten wird als bisher, kritisieren allerdings die **kurze Anfechtungsfrist von fünf Arbeitstagen**: In der Praxis kann unter einer derart kurzen Befristung das Recht auf eine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK kaum mehr realisiert werden: Eine solche Regelung führt im Ergebnis gerade noch zu einer bloss in der Theorie wahrnehmbaren Beschwerdemöglichkeit! Entsprechend haben die DJS diese Fristverkürzung bereits in der Vernehmlassung zur erneuten Verschärfung des Asylrechts kritisiert (April 2009).

**Es erscheint uns deshalb unabdingbar, die Beschwerdefrist auf mindestens zehn Tage festzusetzen, wie es auch in andern Schengen-Staaten der Fall ist: So besteht beispielsweise in Deutschland eine Anfechtungsfrist von 30 Tagen.**

Der von Gesetzes wegen statuierte unbegründete Entzug der aufschiebenden Wirkung entspricht im Übrigen nicht der im VwVG vorgesehenen Regelung und erscheint deshalb systemwidrig. Diese sieht im Grundsatz die aufschiebende Wirkung von Beschwerden vor und ermöglicht den Entzug der aufschiebenden Wirkung bloss unter stark eingeschränkten Voraussetzungen, welche zudem an die Begründungspflicht geknüpft sind.

**Die DJS verlangen deshalb, dass der neuen Beschwerdemöglichkeit von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, welche allenfalls – unter eingeschränkten Bedingungen - entzogen werden könnte.**

Es versteht sich sodann, dass auch die neue Regelung im Beschwerdefall einen Wegweisungsvollzug erst dann erlaubt, wenn die Beschwerdeinstanz das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt hat.

Die in Abs. 4 statuierte unverzügliche Bezeichnung einer Vertrauensperson für unbegleitete Minderjährige erscheint uns vor den Anforderungen der Kinderrechtskonvention zu wenig weit gehend. Eine solche Person muss über vormundschaftliche Qualifikationen und über eine entsprechende Ausbildung verfügen, zumal die Erläuterungen zur Vernehmlassung selbst die Bestellung eines Vormundes oder Beistandes fordern. Absatz 4 ist daher zu präzisieren, wonach zuerst ein Vormund oder Beistand bestellt werden muss.

## **2.2 Änderung von Art. 64a AuG (Wegweisung aufgrund der Dublin-Assoziierungsabkommen)**

Wir befürworten zunächst, dass Abs. 1 der Klarheit halber erkennbar macht, dass sich ein „illegaler Aufenthalt“ im Sinne der Schengen-Rückführungsrichtlinie bzw. der Dublin-II-Verordnung nicht mit dem schweizerischen Begriff des „rechtswidrigen Aufenthalts“ (namentlich im Sinne von Art. 115 AuG) deckt.

Bei der Formulierung von Abs. 2 verweisen wir auf unsere Bemerkungen unter Ziffer 2.1 und **verlangen eine wirksame Beschwerde, welche grundsätzlich aufschiebende Wirkung entfaltet und innerhalb von zehn Tagen zu erheben ist.**

Wir halten es ebenfalls für sinnvoll, die **Formvorschriften für alle Wegweisungsverfahren gleich zu gestalten.**

## **2.3 Einführung von Art. 64b AuG (Wegweisungsverfügung mit Standardformular)**

Da bei jeder Wegweisung für die betroffene Person hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen erscheint es im Grundsatz nur schwer vorstellbar, dass ein Standardformular allen möglichen Einzelfällen Rechnung tragen kann, auch wenn ein Formular der Vereinheitlichung der Praxis möglicherweise dienlich sein könnte. Vor diesem Hintergrund wäre es wohl sinnvoller festzuschreiben, welchen Anforderungen die Wegweisungsverfügung zu genügen hat.

Jedenfalls ist der Inhalt des Standardformulars im Einzelnen vorzuschreiben, damit in allen Kantonen mit einheitlichen Formularen gearbeitet wird. Analog der bestehenden Praxis, wonach ein im Asylverfahren abgegebenes mehrseitiges Merkblatt in 50 Sprachen übersetzt vorliegt, sind die DJS der festen Ansicht, dass auch dieses Standardformular unbedingt in mehr als nur in 5 Sprachen (wichtigste Herkunftsländer) übersetzt vorliegen muss.

## **2.4 Einführung von Art. 64c AuG (Formlose Wegweisung)**

Die DJS befürworten, dass auch in diesen Fällen zur Überprüfung der Wegweisung ein Rechtsmittel offen steht. Systematisch betrachtet erschiene es uns aber sinnvoll, dem vorgeschlagenen Art. 64c den Art. 64e (Verpflichtungen nach Eröffnung einer Wegweisungsverfügung) voranzustellen (s. Bemerkung zu Art. 64d AuG).

## **2.5 Einführung von Art. 64d AuG (Ausreisefrist und sofortige Vollstreckung)**

Die DJS fordern grundsätzlich, dass das Gesetz keine sofortige Vollstreckung vorsieht: Die allenfalls auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter wie Leib, Leben und persönliche Freiheit sind jedenfalls höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an einem sofortigen Wegweisungsvollzug. Sogar Art. 107a des Asylgesetzes sieht in den Verfahren gemäss Dublin ausnahmsweise die Gewährung der aufschiebenden Wirkung vor.

**Diese letzte Notbremse zur Verhinderung von ungerechtfertigten Wegweisungen (und den daraus möglicherweise abzuleitenden Verantwortlichkeitsklagen) muss immer einsatzfähig bleiben.**

Dementsprechend sind die von Art. 64d angeführten Fallkategorien ebenfalls entsprechend unseren Bemerkungen unter Ziffer 2.1 zu regeln.

### **2.6 Einführung von Art. 64e AuG (Verpflichtungen nach Eröffnung einer Wegweisungsverfügung)**

Die DJS befürworten die (nicht abschliessende) Aufzählung von mildereren Massnahmen als Administrativhaft zur Sicherung des Wegweisungsvollzugs. Der Systematik wegen sollten diese Bestimmungen als Art. 64c AuG eingereiht werden.

### **2.7 Änderung von Art. 64f AuG (Übersetzung der Wegweisungsverfügung)**

Eine Übersetzung in eine der betroffenen Person verständlichen Sprache muss zwingend gewährleistet werden. Dazu gehört auch, dass die betroffenen Personen auf die Beschwerdemöglichkeit aufmerksam gemacht werden.

### **2.9 Änderung von Art. 67 AuG (Einreiseverbot)**

Diese Bestimmungen ergeben sich zur Hauptsache daraus, dass die Rückführungsrichtlinie übernommen wird. **Die DJS fordern aus Gründen der Rechtssicherheit, dass Einreiseverbote immer zu befristen sind und in der Regel höchstens drei Jahre dauern sollen.** Vor dem Hintergrund verschiedener Einzelfälle – beispielsweise des irakischen Flüchtlings Fahad Khammas (März 2009) - erwarten die DJS, dass die Schweizer Behörden gestützt auf Art. 14 der EG Richtlinie auf die Verhängung von Einreiseverboten möglichst verzichten, da sie für die Betroffenen verheerende Folgen haben können.

**Gestützt auf die, in Art. 11 Rückführungsrichtlinie vorgesehenen Kann-Formulierung muss zudem davon abgesehen werden, jede Wegweisungsverfügung automatisch mit einem Einreiseverbot zu verknüpfen.**

**Grundsätzlich sollte u.E. Personenkategorien benannt werden, bei welchen kein Einreiseverbot ausgesprochen wird, z.B. wenn die Wegzuweisenden Angehörige und Verwandte in der Schweiz haben, über vier Jahre legal in der Schweiz gelebt und die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet haben, wenn medizinische oder humanitäre Gründe vorliegen oder bei Opfern von Menschenhandel. Zudem soll das Einreiseverbot aufgehoben werden wenn nachgewiesen werden kann, dass der Staat in welchen weg-gewiesen werden soll, das Nonrefoulementgebot verletzt hat oder die persönliche Sicherheit des Weggewiesenen nicht gewährleisten kann (oder will).**

### **2.10 Neue Art. 69 Abs. 3 und 4 AuG (Anordnung der Ausschaffung / Aufschub)**

Auch diese Neuerungen folgen zwingend aus der Übernahme der Rückführungsrichtlinie. Die DJS befürworten die angestrebten Änderungen.

### **2.11 Einführung von Art. 71a AuG (Überwachung von Ausschaffungen)**

Auch diese Neuerungen folgen zwingend aus der Übernahme der Rückführungsrichtlinie. Die DJS befürworten die angestrebten Änderungen, zumal wir schon bei der Vernehmlassung zum ZAG ein unabhängiges Monitoring verlangt haben (Einsatz von unabhängigen MenschenrechtsbeobachterInnen). Wie in der Botschaft ausgeführt soll im Herbst 2009 ein entsprechender Bericht der EU-Kommission vorliegen. Die DJS erwarten, dass der Bundesrat je nach Ergebnis dieses Berichts den vorliegenden Gesetzesentwurf umgehend entsprechend anpassen wird.

### **2.12 Neuer Art. 74 Abs. 1 Bst. b AuG (Ein- und Ausgrenzung)**

Gegenüber der früheren Formulierung werden in diesen Fällen an die Ein- oder Ausgrenzung höhere Anforderungen gestellt. Damit erklären sich die DJS einverstanden, da wir uns auch hier in unserer bisherigen Kritik an den ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen zumindest teilweise bestätigt sehen. Die Ein-/ bzw. Ausgrenzung oder die regelmässige Meldepflicht sollten dabei aber nicht kumulativ verhängt werden.

### **2.13 Änderung von Art. 76 Abs. 2 und 3 AuG (Ausschaffungshaft)**

Diese Neuerung ergibt sich aus systematischen Gründen, falls die Rückführungsrichtlinie übernommen wird.

### **2.14 Neuer Art. 78 Abs. 2 AuG (Durchsetzungshaft)**

Die Überschrift zu Kapitel IV „Inhaftnahme für die Zwecke der Abschiebung“ und Artikel 15 Abs. 1 der EU-Rückführungsrichtlinie machen deutlich, dass die europäische Rechtsordnung eine Beugehaft, wie sie die Durchsetzungshaft gemäss geltendem Art. 78 AuG darstellt, nicht zulässt!

Bundesrichter Andreas Zünd weist darauf hin, dass die bisher zulässige Dauer der Durchsetzungshaft von 18 Monaten als solche schwere Bedenken weckt (vgl. Kommentar Migrationsrecht, Zürich, 2008, N 4 zu Art. 78 AuG). Zudem ist das bei der Ausschaffungshaft geltende Beschleunigungsgebot bei der Durchsetzungshaft nicht massgebend, die Behörden müssen ihre Bemühungen nicht nachweisen. **Aus diesen Gründen ist die Durchsetzungshaft im revidierten Gesetz ersatzlos zu streichen.**

### **2.15 Änderungen von Art. 79 und 81 AuG (maximale Haftdauer und Haftbedingungen)**

Die DJS befürworten die neue zeitliche Obergrenze der ausländerrechtlichen Administrativhaft sowie die neuen Vorschriften über die Gestaltung der Haftbedingungen ohne weiteres und ausdrücklich.

### **2.16 Änderung von Art. 45 AsylG (Wegweisungsverfügung)**

Auch diese Änderungen werden von den DJS befürwortet.

## **3. Zugang zu unentgeltlicher Rechtsberatung und –vertretung (Art. 13 Rückführungsrichtlinie)**

Anders als in anderen europäischen Staaten<sup>[1]</sup> ist der Zugang zu einer unentgeltlichen Rechtsvertretung und –verbeiständung vor allem im Asyl- und Ausländerbereich nicht systematisch, sondern bloss unter restriktiven Bedingungen garantiert. Namentlich im Asylbereich wird die unentgeltliche Prozessführung nur sehr zurückhaltend gewährt. Bisher verlassen sich die Behörden<sup>[2]</sup> auf die allein von den Hilfswerken getragenen Angebote. Die Verbesserung des Rechtsschutzes ist eines der zentralen Anliegen der DJS und der Hilfswerke. Seit Jahren wird gefordert, dass der Bund seiner Verpflichtung nach staatlich finanziertem Rechtsschutz nachkommen solle. Wiederholt wurde das Anliegen bei den

<sup>[1]</sup> Niederlande, Schweden, Dänemark, Grossbritannien, Österreich.

<sup>[2]</sup> So führte die damalige Asylrekurskommission im Grundsatzurteil EMARK 2001/11 aus, dass die Notwendigkeit anwaltschaftlicher Verbeiständung im erstinstanzlichen Asylverfahren zwar bestehen könne, jedoch seien die Erfordernisse die den Beizug eines professionellen Rechtsvertreters verlangen, nur äusserst selten erfüllt. Das Gericht verweist zudem auf die «zahlreichen im Asylbereich tätigen Hilfswerke und Beratungsstellen» hin, welche «mannigfaltig weitergehende Leistungen – unter anderem auch die weitgehend kostenlose [...] Verbeiständung durch sachkundige Personen und Übersetzungsdienste – anbieten» würde.

Verantwortlichen im BFM deponiert sowie als Antrag bei den Vernehmlassungen zum Asylgesetz eingegeben. Das EJPD, bzw. auch das BFM hatten diese Anträge jeweils mit dem Verweis abgeschmettert, dass einer staatlich finanzierten Rechtsberatung die gesetzliche Grundlage fehle.

**Die Rückführungsrichtlinie liefert jetzt jedoch die Verpflichtung zur Schaffung genau dieser gesetzlichen Grundlage: Art. 13 Abs. 3 sieht vor, dass die Betroffenen rechtliche Beratung, rechtliche Vertretung und wenn nötig Sprachbeistand in Anspruch nehmen können. Art. 13 Abs. 4 verpflichtet die Staaten sicherzustellen, dass Rechtsschutz gemäss nationalen Bestimmungen kostenlos gewährt wird und verweist auf entsprechende Bestimmungen der EU-Verfahrensrichtlinie<sup>[3]</sup>, welche den Umfang der zu leistenden Rechtsberatung umschreibt. Zum Beispiel kann diese auf das ordentliche Verfahren beschränkt werden (Art. 15 Abs. 3 Bst. a Verfahrensrichtlinie) oder es können spezielle Rechtsberater bestimmt werden (Art. 15 Abs. 3 Bst. c Verfahrensrichtlinie). Auch der Umfang der Beratung oder Vertretung kann sowohl zeitlich wie finanziell beschränkt werden (Art. 15 Abs. 5 Bst. a Verfahrensrichtlinie). Diese Bestimmungen dürfen jedoch nicht dazu führen, dass der Zugang zur Rechtsberatung und -vertretung willkürlich einschränkt wird (Art. 15 Abs. 3 Bst. b und d, Abs. 5 Bst. a Verfahrensrichtlinie).**

Offensichtlich hat die EU-Kommission erheblichen Handlungsbedarf festgestellt und will Taten sehen. Dass es sich bei Art. 13 Abs. 3 und 4 Rückführungsrichtlinie um eine zentrale Bestimmung der Richtlinie handelt zeigt auch, dass die Umsetzung Teil der Berichterstattung der Kommission an das Europäische Parlament ist. Es soll insbesondere untersucht werden, welcher finanzielle und administrative Aufwand bei den Mitgliedstaaten entsteht. Es wird von den Staaten erwartet, dass sie konkrete Massnahmen ergreifen, immerhin wird ihnen für die Umsetzung von Art. 13 Abs. 4 eine speziell verlängerte Umsetzungsfrist (drei statt zwei Jahre) eingeräumt (gemäss Art. 20 Abs. 1 Satz 2).

**Umso unverständlicher ist es, dass diese wichtige Bestimmung weder im erläuternden Bericht des EJPDs erwähnt wird und es dazu keinen konkreten Umsetzungsvorschlag gibt. Auch gibt es bisher keinerlei Hinweise darauf, wie und ob die Schweiz Art. 13 Abs. 4 und die entsprechende Verpflichtung umzusetzen gedenkt.**

**Die DJS fordert daher, dass eine entsprechende Bestimmung in den Gesetzestext aufgenommen werden muss, welche die staatlich finanzierte Rechtsberatung und –vertretung für alle ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren sicherstellt.**

Parallel dazu sollte – um der Kohärenz willen – im Rahmen der laufenden Asylgesetzrevision eine entsprechende Bestimmung in das Asylgesetz aufgenommen werden, um auch dort die Forderung nach staatlich finanzierter Rechtsberatung und –vertretung zu verwirklichen. Denkbar wäre eine Ergänzung oder Neufassung von Art. 17 Abs. 4 AsylG. Immerhin findet nach der Schweizer Systematik das Asyl- und Wegweisungsverfahren verknüpft statt.

Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen bei der künftigen Ausgestaltung der Gesetzesvorlage berücksichtigt werden können und verbleiben mit freundlichen Grüssen

Catherine Weber  
Geschäftsführerin DJS

---

<sup>[3]</sup> Art. 15 Abs. 3-6 der Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Verfahrensrichtlinie).