

Das Asylverfahren als Spezialfall

Die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens als Erklärung für die Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Anne Kneer

von

Wallisellen (Zürich)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Benjamin Schindler

und

Prof. Dr. Alberto Achermann

Dissertation Nr. 4995

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2020

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 18. Mai 2020

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 41 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen
ISBN 978-3-03891-213-2

Vorwort

Die vorliegende Dissertation findet ihren Ursprung in zahlreichen in verfahrensrechtlicher Hinsicht komplexeren Asylbeschwerdeschriften am Bundesverwaltungsgericht, welche ich als Gerichtsschreiberin betreuen durfte. Dabei kam ich erstmalig bewusst mit Unklarheiten im Asylverfahrensrecht in Kontakt und bemerkte das Fehlen einer umfassenderen Publikation bezüglich des Asylverfahrensrechts. Immer wieder schienen auch Diskrepanzen zwischen der Praxis im Asylrecht und dem übrigen Bundesverwaltungsrecht aufzutauchen. Im Laufe der Jahre rückte die Frage nach dem Grund dieser Unterscheidung zwischen Allgemeinem Verwaltungsverfahren und Asylverfahren immer mehr ins Zentrum, woraus sich dann die behandelte Fragestellung entwickelt hat.

Die Dissertation wurde im Dezember 2019 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (Law School) der Universität St. Gallen vorgelegt. Rechtsstand, Praxis, Literatur und Statistiken berücksichtigen diesen Zeitpunkt.

Zahlreiche Personen begleiteten und unterstützen mich auf dieser Reise. Ihnen gebührt ein grosser Dank, unabhängig davon, ob sie nun nachfolgend erwähnt werden oder nicht.

Meinem Betreuer, Erstgutachter und zuletzt meinem Vorgesetzten *Prof. Dr. Benjamin Schindler* danke ich für die so wertvollen Inputs, die äusserst effizienten und gehaltvollen Besprechungen sowie seine Zeit, welche er sich trotz des vollen Terminkalenders immer wieder mühelos zu nehmen schien. Ohne seine ehrlichen und kritischen Rückmeldungen wäre die vorliegende Arbeit von wesentlich weniger grundsätzlicher Natur und Gehalt. Auch als Vorgesetzter in der Schlussphase der Dissertation, wobei er mir viel Verständnis und Flexibilität entgegenbrachte, gebührt ihm Dank. Mein Zweitbetreuer, *Prof. Dr. Alberto Achermann*, unterstütze mich insbesondere in der Anfangsphase, indem er mich an den Verfahrensrechtsspezialisten Prof. Dr. Benjamin Schindler vermittelte und mich ermahnte, mich nicht zu stark einzuschränken. Danke auch dafür.

Danken möchte ich ebenfalls dem Dike Verlag für die unkomplizierte Publikation sowie den Herausgebenden der St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft zur Aufnahme in die Reihe. Zu danken ist in diesem Zusammenhang auch *Madeleine Howald* für das sorgfältige und wertvolle Korrektorat.

Ein wesentlicher Dank ist an meinen früheren Arbeitgeber, die Abteilung IV des Bundesverwaltungsgerichts zu richten. Insbesondere meine Vorgesetzte, Richterin *Contessina Theis*, sowie auch die Abteilungspräsidentin *Nina Spälti Giannakitsas* liessen mir nicht nur die zeitlichen und organisatorischen Freiheiten, sondern standen mir auch immer wieder mit wertvollem Rat und Hinweisen auf die Praxis und deren Weiterentwicklung zur Seite. Zudem erlaubte mir die Arbeit als Gerichtsschreiberin, die Herausforderungen des Asylverfahrens nicht lediglich aus theoretischer Perspektive zu erkennen. In diesem Kontext sind auch alle meine Gerichtsschreiberkollegen und -kolleginnen zu erwähnen, insbesondere *Norzin-Lhamo Ritsatsang*, *Teresia Gordzielik*, *Susanne Bolz* und *Karin Fischli*, welche meine Leidenschaft für das Asylverfahren teilen, sowie *Sara Steiner* und *Sarah Ferreyra*, ohne die ich nie auf die Idee gekommen wäre, tatsächlich eine Dissertation zu schreiben. Alt-Bundesverwaltungsrichter *Bendicht Tellenbach* und mein Gerichtsschreiberkollege *Linus Sonderegger* haben sich zudem die Zeit genommen, die Dissertation in einem früheren Stadium zu lesen. Ihre Hinweise, Kritik und Gedanken haben nicht nur die Arbeit, sondern auch meine persönliche Argumentation und Überlegung geschärft sowie perfektioniert.

Neben meinen Arbeitskollegen haben auch die Migrationsforschenden aus dem *Swiss Network of Young Migration Scholars*, insbesondere *Nula Frei* und *Barbara von Rütte*, mir als Praktikerin geholfen, mich in der wissenschaftlichen Welt zurechtzufinden und wohlfühlen. Dies gilt ebenfalls für meine Arbeitskollegen und -kolleginnen am Lehrstuhl für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, welche mich in der Abschlussphase immer wieder motiviert und mir mit Rat zur Seite gestanden sind.

Ein grosser Dank gebührt auch meiner Familie, insbesondere meiner Mutter *Susann Schläppi* und ihrem Partner *Wolf-Dieter Deuschle*, meinen Brüdern und meinen Schwägerinnen *Simon und Ursula Kneer* sowie *Christoph und Gianna Negri*. Nicht zu vergessen sind auch *Vera Rohrbach* und *Verena Amrein*. Auf sie und ihre Unterstützung hätte ich auch zählen können, wenn das Projekt gescheitert wäre, was sehr wertvoll ist.

Schliesslich sind natürlich auch *Dominik Amrein* und *Silas* zu erwähnen. Die Ausbreitung der grossen Worte auf öffentlicher Bühne mögen wir nicht. Wir belassen es dabei; es gehört uns.

Winterthur und St. Gallen, April 2020

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Zusammenfassung.....	XIX
Abstract.....	XX
Résumé	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialienverzeichnis	XLV
Teil I Einleitung und Prämissen	1
Kapitel 1 Einleitung.....	3
1.1 Ausgangslage	3
1.2 Forschungsfrage und Forschungsziel	4
1.3 Allgemeiner Forschungsstand und Forschungsbedarf.....	5
1.4 Fokus und Eingrenzung.....	7
1.5 Gliederung.....	8
Kapitel 2 Abweichungsmöglichkeiten vom Allgemeinen Verwaltungsrecht.....	11
2.1 Übersicht	11
2.2 Allgemeines Verwaltungsrecht als System	12
2.3 Rechtfertigung von Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht	17
Kapitel 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht in der Schweizer Rechtsordnung.....	27
3.1 Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts in der Schweiz.....	27
3.2 Entstehung und Entwicklung des VwVG	28
3.3 Korrelation zwischen den Verfahrensgesetzen.....	33
3.4 Zwischenfazit: Das VwVG als Nulllinie	35

Teil II	Das Asylverfahren im Allgemeinen Verwaltungsverfahren	37
Kapitel 4	Asylgesetz als Spezialgesetz	39
4.1	Übersicht	39
4.2	Rechtsentwicklung des Asylverfahrensrechts	39
4.3	Rechtsgrundlagen des Asylverfahrens heute	46
4.4	Verbindung zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren	49
4.5	Spezialgesetz in Bewegung ohne Bewegungsspielraum	52
Kapitel 5	Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens	55
5.1	Übersicht	55
5.2	Verfahrensprägende Merkmale im Allgemeinen	56
5.3	Gegenüberstellung mit anderen Verwaltungsverfahren	59
5.4	Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens	69
5.5	Zwischenfazit	79
Kapitel 6	Eckpunkte des Asylverfahrens	81
6.1	Übersicht	81
6.2	Erstinstanzliches Verfahren	81
6.3	Beschwerdeverfahren	92
Teil III	Gegenüberstellung des Asyl- und Verwaltungsverfahren	97
Kapitel 7	Gehörsanspruch	99
7.1	Übersicht	99
7.2	Theoretische Grundlagen	100
7.3	Gehörsanspruch im Asylverfahren	109
7.4	Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	129
Kapitel 8	Mündlichkeit	133
8.1	Übersicht	133
8.2	Mündlichkeit und Schriftlichkeit im VwVG	134
8.3	Abweichungen im Asylverfahren	140
8.4	Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	151

Kapitel 9 Sachverhaltsabklärung	155
9.1 Übersicht	155
9.2 Sachverhaltsabklärung im Allgemeinen Verwaltungsverfahren	156
9.3 Sachverhaltsabklärung im Asylverfahren	169
9.4 Diskrepanzen zwischen Asylgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz	186
9.5 Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	189
 Kapitel 10 Beschwerdeverfahren	 193
10.1 Übersicht	193
10.2 Fristen	194
10.3 Spruchkörper	200
10.4 Schriftenwechsel	203
10.5 Amtliche Rechtsverbeiständung	204
10.6 Ermessenskontrolle	208
10.7 Instanzenzug	212
10.8 Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	214
 Teil IV Ergebnis und Ausblick	 217
 Kapitel 11 Schlussfolgerungen	 219
11.1 Rechtfertigungsgebot von Abweichungen	219
11.2 Alternativen zum jetzigen System	226
 Kapitel 12 Empfehlungen an den Gesetzgeber	 239
12.1 Handlungsbedarf	239
12.2 Anpassung von Art 6 AsylG	240
12.3 Gesetzesrevision zur Bereinigung	241
12.4 Fazit	244
 Stichwortverzeichnis	 245

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Zusammenfassung.....	XIX
Abstract.....	XX
Résumé	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialienverzeichnis.....	XLV

Teil I Einleitung und Prämissen 1

Kapitel 1 Einleitung..... 3

1.1 Ausgangslage	3
1.2 Forschungsfrage und Forschungsziel	4
1.3 Allgemeiner Forschungsstand und Forschungsbedarf.....	5
1.4 Fokus und Eingrenzung.....	7
1.5 Gliederung.....	8

Kapitel 2 Abweichungsmöglichkeiten vom Allgemeinen Verwaltungsrecht..... 11

2.1 Übersicht	11
2.2 Allgemeines Verwaltungsrecht als System	12
2.2.1 Definition und Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts.....	12
2.2.2 Entstehung von Allgemeinem Verwaltungsrecht	15
2.2.3 Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht.....	16
2.3 Rechtfertigung von Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungs- verfahrensrecht.....	17
2.3.1 Rechtfertigungsgebot im Ordnungssystem.....	17
2.3.2 Rechtfertigung durch das Rechtsgleichheitsgebot.....	19
2.3.3 Rechtfertigung durch die Erforderlichkeit als Verfassungsgrundsatz	21
2.3.4 Zwischenfazit	25

Kapitel 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht in der Schweizer Rechtsordnung.....	27
3.1 Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts in der Schweiz	27
3.2 Entstehung und Entwicklung des VwVG	28
3.2.1 Langwieriger Weg zum VwVG	28
3.2.2 Entwicklung des VwVG	32
3.2.3 Anwendbarkeit des VwVG heute.....	33
3.3 Korrelation zwischen den Verfahrensgesetzen.....	33
3.4 Zwischenfazit: Das VwVG als Nulllinie	35
Teil II Das Asylverfahren im Allgemeinen Verwaltungsverfahren.....	37
Kapitel 4 Asylgesetz als Spezialgesetz	39
4.1 Übersicht	39
4.2 Rechtsentwicklung des Asylverfahrensrechts	39
4.2.1 Anfänge der Kodifikation	39
4.2.2 Erstes Asylgesetz vom 5 Oktober 1979.....	40
4.2.3 Nach der Totalrevision: Das Asylgesetz vom 26 Juni 1998.....	42
4.2.4 Neustrukturierung des Asylverfahrens ab 2019	45
4.3 Rechtsgrundlagen des Asylverfahrens heute	46
4.3.1 Völkerrecht	46
4.3.2 Landesrecht.....	48
4.4 Verbindung zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren	49
4.5 Spezialgesetz in Bewegung ohne Bewegungsspielraum	52
Kapitel 5 Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens	55
5.1 Übersicht	55
5.2 Verfahrensprägende Merkmale im Allgemeinen.....	56
5.3 Gegenüberstellung mit anderen Verwaltungsverfahren.....	59
5.3.1 Vorbemerkungen zur Auswahl.....	59
5.3.2 Einreiseverbot nach Art 67 AIG.....	60
5.3.3 Öffentliches Beschaffungswesen	63
5.3.4 Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art 10 Abs 2 BPG.....	66
5.4 Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens.....	69
5.4.1 Leib, Leben und Freiheit.....	69
5.4.2 Rechtserheblicher Sachverhalt im Ausland.....	71

5.4.3	Schutzsuchende, fremdsprachige und rechtsunkundige Personen.....	72
5.4.4	Massenverfahren mit Schwankungen.....	74
5.4.5	Emotionalisierung durch Politik und Gesellschaft	75
5.4.6	Keine spezifischen Eigenschaften	76
5.4.6.1	Beschleunigungswille.....	76
5.4.6.2	Missbrauchsbekämpfung.....	78
5.5	Zwischenfazit	79
Kapitel 6 Eckpunkte des Asylverfahrens		81
6.1	Übersicht	81
6.2	Erstinstanzliches Verfahren.....	81
6.2.1	Stellung eines Asylgesuchs	82
6.2.2	Vorbereitungsphase.....	83
6.2.3	Dublin-Verfahren	85
6.2.4	Beschleunigtes Verfahren	86
6.2.4.1	Anhörung oder rechtliches Gehör	86
6.2.4.2	Entscheidentwurf, Stellungnahme und Eröffnung.....	88
6.2.5	Erweitertes Verfahren	90
6.3	Beschwerdeverfahren	92
6.3.1	Grundsätzliches.....	92
6.3.2	Einreichung der Beschwerde.....	94
6.3.3	Instruktionsverfahren und Urteilsfindung	95
Teil III Gegenüberstellung des Asyl- und Verwaltungsverfahren		97
Kapitel 7 Gehörsanspruch		99
7.1	Übersicht	99
7.2	Theoretische Grundlagen	100
7.2.1	Rechtsgrundlagen.....	100
7.2.2	Begriff und Funktion.....	102
7.2.2.1	Persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht.....	102
7.2.2.2	Mittel zur Sachaufklärung.....	103
7.2.2.3	Weitere Funktionen des rechtlichen Gehörs.....	104
7.2.3	Teilgehalte.....	105
7.2.3.1	Recht auf Orientierung und Information	105
7.2.3.2	Recht auf Äusserung und Mitwirkung.....	106

7.2.3.3	Recht auf Begründung und Eröffnung der Verfügung	106
7.2.3.4	Akteneinsichtsrecht	107
7.2.4	Schranken, Verzicht und Verletzung.....	108
7.3	Gehörsanspruch im Asylverfahren	109
7.3.1	Verfahrenssprache und Übersetzung	109
7.3.1.1	Regelung im Allgemeinen Verwaltungsrecht	109
7.3.1.2	Regelung im Asylverfahren	111
7.3.1.3	Zwischenfazit	114
7.3.2	Summarische Begründungen	116
7.3.2.1	Regelung im Allgemeinen Verwaltungsrecht	116
7.3.2.2	Regelung im Asylverfahren	117
7.3.2.3	Zwischenfazit	118
7.3.3	Eröffnung von Verfügungen	121
7.3.3.1	Regelung im Allgemeinen Verwaltungsrecht	121
7.3.3.2	Regelung im Asylverfahren	123
7.3.3.3	Zwischenfazit	125
7.3.4	Weitere Abweichungen im Bereich des rechtlichen Gehörs	126
7.3.4.1	Beschränkung der Stellungnahme zum Beweisverfahren	126
7.3.4.2	Beschränkung der Akteneinsicht mittels Rechtsprechung	128
7.4	Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	129
Kapitel 8 Mündlichkeit		133
8.1	Übersicht	133
8.2	Mündlichkeit und Schriftlichkeit im VwVG	134
8.2.1	Recht auf Äusserung und Anhörung	134
8.2.2	Ausdrückliche Schriftlichkeit	135
8.2.3	Möglichkeit zur Mündlichkeit	137
8.2.3.1	Allgemein	137
8.2.3.2	Beschwerdeverfahren	138
8.2.4	Zwischenfazit	140
8.3	Abweichungen im Asylverfahren.....	140
8.3.1	Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren	141
8.3.1.1	Asylgesuchstellung	141
8.3.1.2	Befragungen	141
8.3.1.3	Herkunftsabklärungen	144
8.3.1.4	Eröffnung von Verfügungen	145

8.3.2	Schriftlichkeit im Beschwerdeverfahren	146
8.3.2.1	Schweiz	146
8.3.2.2	Ausland	147
8.3.3	Zwischenfazit	150
8.4	Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	151
Kapitel 9 Sachverhaltsabklärung		155
9.1	Übersicht	155
9.2	Sachverhaltsabklärung im Allgemeinen Verwaltungsverfahren	156
9.2.1	Rechtsgrundlagen	156
9.2.2	Untersuchungsmaxime im Allgemeinen Verwaltungsverfahren	157
9.2.2.1	Allgemein	157
9.2.2.2	Beweismittel	159
9.2.2.3	Untersuchungsgrundsatz im Beschwerdeverfahren	162
9.2.2.4	Verletzung der Untersuchungspflicht	163
9.2.3	Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahrensgesetz	164
9.2.3.1	Umfang und Ausgestaltung der Mitwirkungspflicht	164
9.2.3.2	Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung	167
9.3	Sachverhaltsabklärung im Asylverfahren	169
9.3.1	Rechtsgrundlagen	169
9.3.2	Untersuchungsmaxime im Asylverfahren	169
9.3.2.1	Befragungen	171
9.3.2.2	Weitere Möglichkeiten zur Feststellung des Sachverhalts	172
9.3.2.3	Untersuchungsgrundsatz im Asylbeschwerdeverfahren	177
9.3.2.4	Verletzung der Untersuchungspflicht	177
9.3.3	Mitwirkungspflicht im Asylverfahren	178
9.3.3.1	Umfang der Mitwirkungspflicht im Asylverfahren	178
9.3.3.2	Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung	182
9.4	Diskrepanzen zwischen Asylgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz	186
9.5	Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften	189
Kapitel 10 Beschwerdeverfahren		193
10.1	Übersicht	193
10.2	Fristen	194
10.2.1	Beschwerdefristen	194
10.2.1.1	Verwaltungsverfahrensgesetz.....	194
10.2.1.2	Asylgesetz.....	194

10.2.2	Verfahrensfristen.....	195
10.2.2.1	Verwaltungsverfahrensgesetz.....	196
10.2.2.2	Asylgesetz.....	197
10.2.3	Behandlungsfristen.....	198
10.2.4	Zwischenfazit.....	199
10.3	Spruchkörper.....	200
10.3.1	Verwaltungsgerichtsgesetz.....	200
10.3.2	Asylgesetz.....	201
10.4	Schriftenwechsel.....	203
10.5	Amtliche Rechtsverbeiständung.....	204
10.5.1	Verwaltungsverfahrensgesetz.....	204
10.5.2	Asylgesetz.....	205
10.6	Ermessenskontrolle.....	208
10.6.1	Verwaltungsverfahrensgesetz.....	208
10.6.2	Asylgesetz.....	210
10.7	Instanzenzug.....	212
10.8	Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften.....	214

Teil IV Ergebnis und Ausblick 217

Kapitel 11 Schlussfolgerungen..... 219

11.1	Rechtfertigungsgebot von Abweichungen.....	219
11.1.1	Gerechtfertigte Abweichungen.....	220
11.1.1.1	Gehörsanspruch.....	220
11.1.1.2	Mündlichkeit.....	220
11.1.1.3	Sachverhaltsabklärungen.....	221
11.1.1.4	Beschwerdeverfahren.....	222
11.1.2	Ungerechtfertigte Abweichungen.....	222
11.1.2.1	Kognitionsbeschränkung im Beschwerdeverfahren.....	223
11.1.2.2	Formlose Abschreibung bei Mitwirkungspflichtsverletzung.....	224
11.1.2.3	Inkohärenzen.....	225
11.1.3	Zwischenfazit.....	225
11.2	Alternativen zum jetzigen System.....	226
11.2.1	Unanwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes.....	227
11.2.1.1	Spezialverfahrensgesetz: ATSG.....	228
11.2.1.2	Teilweise Unanwendbarkeit: Zollveranlagungsverfahren.....	231

11.2.2 Verfahren ohne spezialgesetzliche Bestimmungen: Staatenlosigkeit	234
11.2.3 Fazit	236
Kapitel 12 Empfehlungen an den Gesetzgeber	239
12.1 Handlungsbedarf	239
12.2 Anpassung von Art 6 AsylG.....	240
12.3 Gesetzesrevision zur Bereinigung	241
12.4 Fazit.....	244
Stichwortverzeichnis	245

Zusammenfassung

Das Asylrecht sticht aus der Masse des Verwaltungsrechts heraus. Bei genauerer Betrachtung können fünf spezifische Eigenschaften definiert werden, welche diese Andersartigkeit des Asyls erklären: So sind im Asylbereich hochwertige Rechtsgüter betroffen, der rechtserhebliche Sachverhalt hat sich im Ausland ereignet und bei asylsuchenden Personen handelt es sich zumeist um schutzsuchende, fremdsprachige juristische Laien. Das Asylverfahren ist weiter als Massenverfahren mit grossen quantitativen Schwankungen zu qualifizieren und ist eine seit jeher durch die Politik und die Gesellschaft stark emotionalisierte Thematik. Solche spezifischen Eigenschaften vermögen Spezialregelungen und damit gewisse Ablösungsprozesse vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren zu rechtfertigen.

Das Asylverfahren weicht in verschiedener Hinsicht von den allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrens ab. Sei dies mittels Sonderregelungen zur Eröffnung oder Begründung einer Verfügung, durch die verstärkte Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren, die erhöhte Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden oder auch durch Sonderregelungen bezüglich Fristen und Spruchkörper im Beschwerdeverfahren. Trotz der Vielzahl von Abweichungen sowie deren zentrale Bedeutung für das Wesen des Verfahrens lassen sich die meisten Abweichungen auf die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens zurückführen und sind demnach a priori als gerechtfertigte Abweichungen zu qualifizieren.

Im Vergleich zu anderen Systemen im Verwaltungsverfahren wird ersichtlich, dass eine klare Kodifikation dieses Vorrangs der Spezialregelungen im Asylgesetz und eine Abgrenzung vom Verwaltungsverfahrensgesetz angezeigt ist, was der Rechtssicherheit und der Transparenz zugute käme. Die in Art. 6 AsylG definierten anwendbaren Verfahrensgesetze sind entsprechend anzupassen, wobei bei dieser Gelegenheit das Asylgesetz auch von Inkohärenzen bereinigt sowie die von der Praxis ergänzenden Regelungen (z.B. hinsichtlich Akteneinsicht) kodifiziert werden sollten. Nur so kann das Asylverfahren kohärent und praktikabel sein.

Abstract

Asylum law stands out from the bulk of other administrative law. Upon closer inspection, five specific aspects can be defined that explain this difference: asylum cases involve highly sensitive legal matters, the underlying facts have occurred abroad, and asylum-seekers are mostly speakers of foreign languages unfamiliar with the laws under which they are seeking protection. The asylum procedure can be further qualified as a mass procedure with large quantitative fluctuations and has always been a topic that fires highly emotional reactions in politics and society. Such specific properties can justify special regulations and thus certain processes that deviate from general administrative procedures.

The asylum procedure differs in various respects from the general rules of the administrative procedure, be it the special rules for opening or justifying an injunction, the highly oral nature of the arguments before the court of first instance, the greater obligations placed on the asylum seeker to cooperate, and various special rules regarding deadlines and panels of judges in the appeals procedure. Despite the large number of differences and their central significance for the nature of the asylum procedure, most can be traced back to the specific nature of the procedure itself and can therefore be qualified as a priori justified.

In comparison to other systems in the administrative procedure, it can be seen that a clear codification of this priority of the special regulations in the Asylum Act and a change from customary administrative procedure law is advisable since this benefits legal certainty and transparency. It is accordingly recommended to adapt the applicable procedural laws defined in Art. 6 AsylA by clearing up any inconsistencies in the act as well as codifying the supplementary rules that affect actual practice (e.g. regarding inspection of files). This is the only way that the asylum procedure can be both coherent and practical.

Résumé

Le droit d'asile se distingue au sein du droit administratif. En y regardant de plus près, on peut définir cinq caractéristiques spécifiques qui expliquent cette singularité : dans le domaine de l'asile, des intérêts juridiques importants sont en jeu, les faits juridiques pertinents se sont produits à l'étranger et les demandeurs d'asile en quête de protection sont souvent profanes en matière légale et de langue étrangère. La procédure d'asile peut en outre être qualifiée de procédure de masse avec de grandes fluctuations quantitatives et a toujours été une question hautement émotionnelle au niveau politique et sociétale. Ces caractéristiques spécifiques peuvent justifier des réglementations particulières et donc certains processus s'éloignant de la procédure administrative générale.

La procédure d'asile diffère à plusieurs égards des règles générales de la procédure administrative, que ce soit par des dispositions spéciales relatives à l'ouverture ou à la motivation d'une décision, par un discours plus ferme dans la procédure de première instance, par l'obligation accrue de coopération des demandeurs d'asile ou encore par des règles spéciales concernant les délais et la formation de jugement dans la procédure de recours. Malgré les multiples divergences et leur importance centrale pour la nature de la procédure, la plupart de ces divergences peuvent être attribuées aux propriétés spécifiques de la procédure d'asile et peuvent donc être qualifiés a priori de divergences justifiées.

En comparaison avec d'autres systèmes de procédure administrative, il est évident qu'une codification claire de cette priorité des règles spéciales dans la loi sur l'asile ainsi qu'une séparation avec la loi sur la procédure administrative sont souhaitables, ce qui profiterait à la sécurité juridique et à la transparence. Il est par conséquent recommandé d'adapter les lois de procédure applicables définies à l'art. 6 LAsi, en éliminant également à cette occasion les incohérences de la loi sur l'asile, et de codifier les réglementations qui complètent la pratique (par exemple en ce qui concerne l'inspection des dossiers). C'est la seule manière de garantir une procédure d'asile qui soit cohérente et applicable.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aArt.	alte(r) Artikel
AB	Amtliches Bulletin des Bundesversammlung (N: Nationalrat, S: Ständerat)
Abs.	Absatz/Absätze
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AIDA	Asylum Information Database
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ARK	Schweizerische Asylrekurskommission (bis 2006)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (bis 1947: Eidgenössische Gesetzessammlung, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen; bis 1987: Sammlung der eidgenössischen Gesetze)
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
AsylV 1	Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (Asylverordnung 1; SR 142.311)
AsylV 2	Asylverordnung 2 vom 11. August 1999 über Finanzierungsfragen (Asylverordnung 2; SR 142.312)
AsylV 3	Asylverordnung 3 vom 11. August 1999 über die Bearbeitung von Personendaten (Asylverordnung 3; SR 142.314)
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20), seit dem 1. Januar 2019: AIG
AVB	Bundesbeschluss vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren (AS 1990 938)
AVG	(Österreichisches) Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (BGBl. Nr. 51/1991)
B-VG	(Österreichisches) Bundes-Verfassungsgesetz (StF: BGBl. Nr. 1/1930 [WV] idF BGBl. I Nr. 194/1999 [DFB])
BAMF	(Deutsches) Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

Abkürzungsverzeichnis

BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
bez.	bezüglich
BFA-VG	(Österreichisches) Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Massnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz; StF: BGBl. I Nr. 87/2012, NR: GP XXIV RV 1803 AB 1889 S. 166. BR: AB 8774 S. 812.)
BFM	Bundesamt für Migration
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	Bundesgericht; nicht amtlich publizierter Entscheid des Bundesgerichts
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
Bst.	Buchstabe(n)
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung (St. Gallen)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht; nicht amtlich publizierter Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BZP	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (Bundeszivilprozessgesetz; SR 273)
bzw.	beziehungsweise
CAT	Committee Against Torture (UN-Ausschuss gegen Folter)

CEDAW	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997 (SR 0.108)
COI	Country of Origin Information (Herkunftsländerinformationen)
d.h.	das heisst
DAA	Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylanspruchs, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. März 2008 (Dublin-Assoziierungsabkommen, SR 0.142.392.68)
DFW	Delegierter für das Flüchtlingswesen
Diss.	Dissertation
DNA	Desoxyribonukleinsäure
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
E-BöB	Entwurf des Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EMGR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)
et al.	et alii/aliae (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
f., ff.	folgende(r)
FAQ	Frequently Asked Questions (häufige Fragen)
fedpol	Bundesamt für Polizei
FK	Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. April 1955 (Flüchtlingskonvention; SR 0.142.30)
Fn.	Fussnote(n)

Abkürzungsverzeichnis

FoK	Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. Juni 1987 (Folterkonvention; SR 0.105)
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681)
GAP	Agreement on Government Procurement vom 15. April 1994, in Kraft für die Schweiz seit dem 1. Januar 1996 (SR 0.632.231.422)
GEAS	Gemeinsames europäisches Asylsystem
gg.	gegen
GL	Kanton Glarus
GOG	Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Glarus vom 6. Mai 1990 (GS III A/2)
GSOG	(Berner) Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) vom 11. Juni 2009 (BSG 161.1)
Habil.	Habilitation
HRC	United Nations Human Rights Council (UN-Menschenrechtsrat)
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
InöB	Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen
insb.	insbesondere
IP	Internet Protocol
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
IVöB	Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (noch nicht in Kraft)
Kap.	Kapitel
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997 (Kinderrechtskonvention; SR 0.107)
LAsi	Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (RS 142.31)
lic. iur.	Lizenziat in Rechtswissenschaft
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweis(en) auf

m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MLaw	Master of Law
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
N	Nationalrat; Note(n); Randnote(n)
NGO	Non-governmental organization (Nichtregierungsorganisation)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OV-EJPD	Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (SR 172.213.1)
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110, ausser Kraft sei dem 1. Januar 2007)
PBR	Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994 (sGS 963.73)
Prof.	Professor
RDV	Verordnung über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen vom 14. November 2012 (SR 143.5)
resp.	respektive
Rn.	Randnummer(n)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SEM	Staatssekretariat für Migration
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
SG	Kanton St. Gallen
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen
SGVR	Schweizerische Gesellschaft für Versicherungsrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(e)
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.	und
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliches
UN	United Nations (Vereinte Nationen)

Abkürzungsverzeichnis

UNECE	United Nations Economic Commission for Europe (Wirtschaftskommission)
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen)
UNO	United Nations Organization (Organisation der Vereinten Nationen)
UNO-Pakt-II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2.)
UPR	Universal Periodic Review
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Gesammelte Beschlüsse und Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs (Österreich)
VIntA	Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern vom 24. Oktober 2007 (SR 142.205)
VOARK	Verordnung vom 11. August 1999 über die Schweizerische Asylrekurskommission (SR 142.317; aufgehoben am 1. Januar 2007)
VöB	Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (bis 1965: VEB) (Bern)
VRG/ZH	(Zürcher) Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (LLS 175.2)
VVWA	Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (SR 142.281)
VwGH	Österreichischer Verwaltungsgerichtshof
VwGO	(Deutsche) Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686)
VwGVG	(Österreichisches) Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz; StF: BGBl. I Nr. 33/2013, NR: GP XXIV RV 2009 AB 2112 S. 187. BR: 8882 AB 8891 S. 817.)
VwVfG	(Deutsches) Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102)

VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
WCO	World Customs Organization (Weltzollorganisation)
WoZ	Die Wochenzeitung (Zürich)
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis 31. Dezember 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung) (Zürich)
ZG	Zollgesetz vom 18. März 2005 (SR 631.0)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Salzburg, Österreich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; SR 272)
ZRK	Eidgenössische Zollrekurskommission (bis 2006)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Literaturverzeichnis

- Achermann, Alberto**, «Flüchtlingskrisen» – ein Essay, in: Achermann, Alberto et al. (Hrsg.): Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, Bern 2016, S. 59 ff. (zitiert: ACHERMANN).
- Achermann, Alberto/Caroni, Martina**, Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Uebersax, Peter et al. (Hrsg.): Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 189 ff. (zitiert: ACHERMANN/CARONI).
- Achermann, Alberto/Hausammann, Christina**, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern 1991 (zitiert: ACHERMANN/HAUSAMMANN).
- AIDA**, Country Report, Slovenia, 01.03.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/slovenia>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Slovenia).
- AIDA**, Country Report, Malta, 10.03.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/malta>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Malta).
- AIDA**, Country Report, Austria, 16.04.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/austria>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Austria).
- AIDA**, Country Report, Germany, 16.04.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/germany>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Germany).
- AIDA**, Country Report Italy, 16.04.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/italy>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Italy).
- AIDA**, Country Report, Croatia, 20.03.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/croatia>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Croatia).
- AIDA**, Country Report, Spain, 20.03.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/spain>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Spain).
- AIDA**, Country Report, Sweden, 25.04.2019 <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/sweden>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: AIDA, Country Report Sweden).
- Albertini, Michele**, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern, Bern 2000 (zitiert: ALBERTINI).
- Amarelle, Cesla Virginia/Nguyen, Minh Son**, Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi), Bern 2014 (zitiert: AMARELLE/NGUYEN, Code annoté LAsi).

- Arnaiz, Pablo**, Staatenlose im internationalen und schweizerischen Recht, in: Boillet, Véronique/Arnaiz, Pablo/Nguyen, Minh Son (Hrsg.): *Actualité du droit des étrangers, Les apatrides – Staatenlose 2016*, numéro spécial et bilingue, Bern 2016 (zitiert: ARNAIZ).
- Arpagaus, Remo**, Zollrecht, unter Einschluss der völkerrechtlichen Grundlagen im Rahmen der WTO, der WCO, der UNECE, der EFTA und der Abkommen mit der EU, 2. Aufl., Basel 2006 (zitiert: ARPAGAU).
- Auer, Christoph/Müller, Markus/Schindler, Benjamin**, VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zitiert: Bearbeiter, in: Kommentar VwVG, Art., Rz.).
- Baechler, Jean-Luc**, Les conditions pour recourir - La procédure de décision, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schweizer, Rainer J. (Hrsg.): *Das Bundesverwaltungsgericht, Stellung und Aufgaben: erste Erfahrungen, grundsätzliche Fragen und Entscheide*, St. Gallen 2008, S. 227 ff. (zitiert: BAECHLER).
- BAMF**, Rechtsmittel gegen die Entscheidung, <<https://www.bamf.de/DE/Themen/AsylFluechtlingschutz/AblaufAsylverfahrens/Rechtsmittel/rechtsmittel-node.html>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: BAMF).
- Bandli, Christoph**, Die Rolle des Bundesverwaltungsgerichts, in: Tschannen, Pierre (Hrsg.): *Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Bern 2007, S. 195 ff. (zitiert: BANDLI).
- Berger, Markus**, Sachverhaltsermittlung im ursprünglichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, BVR 2014, Nr. 12, S. 550 ff. (zitiert: BERGER).
- Berlit, Uwe/Doerig, Harald/Storey, Hugo**, Credibility Assessment in Claims based on Persecution for Reasons of Religious Conversion and Homosexuality: A Practitioners Approach, *International Journal of Refugee Law* 27 (2015), Nr. 4, S. 649 ff. (zitiert: BERLIT/DOERIG/STOREY).
- Berner Zeitung**, Asylrichter warnt vor falschen Erwartungen, 01.02.2013 <<https://www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Asylrichter-warnt-vor-falschen-Erwartungen/story/30894449>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: BERNER ZEITUNG, Asylrichter warnt vor falschen Erwartungen).
- BFM**, Ärztlicher Bericht, <<https://www.bfm.admin.ch/dam/data/bfm/publiservice/service/formulare/download/aerztlicher-bericht-d.pdf>>, zuletzt besucht am 16.01.2015 (nicht mehr verfügbar) (zitiert: BFM, Ärztlicher Bericht).
- Biaggini, Giovanni**, Was ist das «Allgemeine» des «Allgemeinen Verwaltungsrechts»? ZBI 2016, Nr. 7, S. 333 f. (zitiert: BIAGGINI, Was ist das Allgemeine?).
- Biaggini, Giovanni**, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zitiert: BIAGGINI, BV Kommentar).
- Biaggini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener, Regina**, Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zitiert: BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER).
- Bickel, Jürg/Oeschger, Magnus/Stöckli, Andreas**, Die verfahrensfreie Verfügung, Ein Beitrag zu einem übersehenen Konzept des VwVG, ZBI 110 (2009), S. 593 ff. (zitiert: BICKEL/OESCHGER/STÖCKLI).

- Bieri, Larissa/Fiechter, Olivia/Rüegg, Diana**, Das neue Asylverfahren: eine Bilanz aus Sicht der Beratung nach fünf Jahren Testbetrieb in Zürich, *Asyl* 2019, Nr. 1, S. 25 ff. (zitiert: BIERI/FIECHTER/RÜEGG).
- Bolz, Susanne**, Auch Dschihadisten haben (Verfahrens-)Rechte, Die Würdigung nachrichtendienstlicher Akten und Informationen in Asylbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, *Jusletter* 15. April 2019 (zitiert: BOLZ, Verfahrensrechte Dschihadisten).
- Bolz, Urs**, Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht, Eine rechtspolitische Untersuchung zum System des Rechtsschutzes im Bereiche von Einreise, Aufenthalt und Asyl, *Diss.* Bern, Basel 1990 (zitiert: BOLZ, Rechtsschutz).
- Brunner, Olivia**, De iure Staatenlose in der Schweizer Rechtsordnung, in: Achermann, Alberto et al. (Hrsg.): *Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015 – Annuaire du droit de la migration 2014/2015*, Bern 2015, S. 61 ff. (zitiert: BRUNNER).
- Büchler, Alexandra et al.**, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann, Alberto et al. (Hrsg.): *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, Bern 2016, S. 185 ff. (zitiert: BÜCHLER et al.).
- Büchler, Alexandra/Hemmi, Martin/Achermann, Alberto**, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer und Bürgerrechts, in: Achermann, Alberto et al. (Hrsg.): *Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015*, Bern 2015, S. 125 ff. (zitiert: BÜCHLER/HEMMI/ACHERMANN).
- Bundesverwaltungsgericht**, Geschäftsbericht 2018, St. Gallen 1. Februar 2019 (zitiert: BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018).
- Bundesverwaltungsgericht**, Geschäftsbericht 2015, St. Gallen 26. Januar 2016 (zitiert: BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2015).
- Caroni, Martina et al.**, *Migrationsrecht*, 3. Aufl., Bern 2014 (zitiert: CARONI et al., *Migrationsrecht*, 3. Aufl.).
- Caroni, Martina et al.**, *Migrationsrecht*, 4. Aufl., Bern 2018 (zitiert: CARONI et al., *Migrationsrecht*, 4. Aufl.).
- Corboz, Bernard**, *Commentaire de la LTF, Loi sur le Tribunal fédéral*, 2. Aufl., Bern 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: *Commentaire de la LTF, Art., Rz.*).
- Cottier, Thomas**, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), Standortbestimmung und Perspektiven, *rech.* Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 1984, Nr. 1, S. 1 ff. (zitiert: COTTIER).
- Cour Nationale du Droit d’Asile**, Démarches et procédures, L’Audience, <<http://www.cnda.fr/Demarches-et-procedures/L-audience>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: COUR NATIONALE DU DROIT D’ASILE, L’Audience).
- Darbella, Jean**, *Le droit d’être entendu*, ZSR 83 (1964), S. 419 ff. (zitiert: DARBELLAY).
- Dubach, Alexander**, Das Recht auf Akteneinsicht, Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht und seine Querverbindungen zum Datenschutz: unter besonderer Berücksichtigung der elektronischen Datenverarbeitung, *Diss.* Bern, Zürich 1990 (zitiert: DUBACH).

- Ehrenzeller, Bernhard et al.**, Die Schweizerische Bundesverfassung; Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: SG-Kommentar, Art. BV, Rz.).
- Epiney, Astrid et al.**, Maximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylverfahren, in: UNHCR/Schweizerische Flüchtlingshilfe (Hrsg.): Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht: eine Vergleichsstudie, Bern 2009, S. 199 ff. (zitiert: EPINEY et al.).
- Filzwieser, Christian/Sprung, Andrea**, Dublin III-Verordnung, Das europäische Asylzuständigkeitssystem: Stand: 1.2.2014, Berlin/Wien 2014 (zitiert: FILZWIESER/SPRUNG).
- Frei, Nula**, Menschenhandel und Asyl, Die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Opferschutz im schweizerischen Asylverfahren, Diss. Bern, Baden-Baden/Bern 2018 (zitiert: FREI).
- Frei, Nula et al.**, La lutte contre les abus dans le domaine de l'asile: émergence et développement d'un discours structurant le droit d'asile suisse, Jusletter 17. März 2014 (zitiert: FREI et al.).
- Gächter, Thomas**, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts; ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Habil. Zürich, Zürich 2005 (zitiert: GÄCHTER).
- Galli, Peter et al.**, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013 (zitiert: GALLI et al.).
- Gattiker, Mario**, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998, Bern 1999 (zitiert: GATTIKER).
- Gerber, David U./Portmann, Wolfgang**, Bundespersonalgesetz (BPG), Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), Bern 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: Kommentar BPG, Art., Rz.).
- Gerber, Philippe**, Les relations entre la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales et la loi fédérale sur la procédure administrative, AJP 2002, Nr. 11, S. 1307 ff. (zitiert: GERBER).
- Ghielmini, Sabrina**, Ausserordentliche Rechtsmittel im Asylbereich – Aktuelle Entwicklungen, Asyl 2014, Nr. 2, S. 14 ff. (zitiert: GHIELMINI).
- Good, Paul-Lukas/Sutter, Patrick**, Einreiseverbote als Sanktion für vergangenes Verhalten oder Mittel zur Gefahrenabwehr? Neue Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit legt Kernprobleme des Einreiseverbots nach AuG offen, Sicherheit & Recht 2010, Nr. 3, S. 199 ff. (zitiert: GOOD/SUTTER).
- Goodwin-Gill, Guy S./McAdam, Jane**, The refugee in international law, 3. Aufl., Oxford/New York 2007 (zitiert: GOODWIN-GILL/MCADAM).
- Gordzielik, Teresia**, Sozialhilfe im Asylbereich, Zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2020 (zitiert: GORDZIELIK).

- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina**, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016 (zitiert: GRABENWARTER/PABEL).
- Griffel, Alain**, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., 2014 (zitiert: Bearbeiter, in: Kommentar VGR/ZH, Art., Rz.).
- Grisel, Clémence**, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Diss. Freiburg, Zürich 2008 (zitiert: GRISEL).
- Gygi, Fritz**, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983 (zitiert: GYGI).
- Haefliger, Arthur**, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985 (zitiert: HAEFLIGER).
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix**, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016 (zitiert: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN).
- Hathaway, James C./Foster, Michelle**, The Law of Refugee Status, 2. Aufl., Cambridge 2014 (zitiert: HATHAWAY/FOSTER).
- Heiniger, Tobias**, Das erweiterte Verfahren, Asyl 2019, Nr. 1, S. 10 ff. (zitiert: HEINIGER).
- Holenstein, André/Kury, Patrick/Schulz, Kristina**, Schweizer Migrationsgeschichte, Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Baden 2018 (zitiert: HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ).
- Hongler, David/Sonderegger, Linus**, Die Testphase im gerichtlichen Beschwerdeverfahren, Asyl 2019, Nr. 1, S. 14 ff. (zitiert: HONGLER/SONDEREGGER).
- Höslí, Peter**, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln, Diss. Zürich, Zürich 2002 (zitiert: HÖSLI).
- Hostettler, Eva**, Der Schutz der internationalen Klimavertriebenen in Europa, Diss. Zürich, Zürich 2012 (zitiert: HOSTETTLER).
- HRC, Working Group on the UPR**, Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/WG.6/28/L.7, Genf 6.–17. November 2017 (zitiert: HRC, WORKING GROUP ON THE UPR).
- Hruschka, Constantin**, Neustrukturierte Dublin-Verfahren, Asyl 2019, Nr. 1, S. 30 ff. (zitiert: HRUSCHKA, Neustrukturierte Dublin-Verfahren).
- Hruschka, Constantin**, AsylG, in: Spescha, Marc et al. (Hrsg.): Migrationsrecht, Kommentar: Schweizerisches Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) sowie Bürgerrechtsgesetz (BüG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2019 (zitiert: HRUSCHKA, Kommentar AsylG).
- Hruschka, Constantin**, Fakten statt Mythen, Irreführende Asylstatistiken des SEM, 25.11.2015 <<https://www.fluechtlingshilfe.ch/fakten-statt-mythen/beitraege-2015/irrefuehrende-asylstatistiken-des-sem.html>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (nicht mehr verfügbar) (zitiert: HRUSCHKA, Asylstatistiken).
- Hruschka, Constantin/Motz, Stephanie**, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde – die Auswirkungen der neueren Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK auf nationale Asylverfahren, Asyl 2014, Nr. 1, S. 3 ff. (zitiert: HRUSCHKA/MOTZ).
- Huber, Stefan**, Grundzüge des Verwaltungsverfahrensrechts, 2. Aufl., Wien 2013 (zitiert: HUBER).

- humanrights.ch**, Staatenlose in der Schweiz, 21.12.2018 <<https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/auslaender/staatenlose/menschenrechte-schweiz-staatenlose>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: HUMANRIGHTS.CH, Staatenlose in der Schweiz).
- Imboden, Max**, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 1947 (66), S. 1a ff. (zitiert: IMBODEN).
- Jaag, Tobias**, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: Gauch, Peter/Thürer, Daniel (Hrsg.): Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 25 ff. (zitiert: JAAG).
- Jörger, Andreas/Sutter, Patrick**, Einreiseverbot nach Art. 67 AuG: Konkretisierungen auf dem Weg zu einer verhältnismässigen Praxis, Sicherheit & Recht 2013, Nr. 2, S. 81 ff. (zitiert: JÖRGER/SUTTER).
- Kahl, Wolfgang**, Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Assmann, Eberhard (Hrsg.): Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 67 ff. (zitiert: KAHL).
- Kälin, Walter**, Rechtliche Anforderungen an die Verwendung von Textbausteinen für die Begründung von Verwaltungsverfügungen, ZSR 107 (1988), S. 435 ff. (zitiert: KÄLIN, Textbausteine).
- Kälin, Walter**, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt am Main 1990 (zitiert: KÄLIN, Grundriss Asylverfahren).
- Karlen, Peter**, Abschied vom Allgemeinen Verwaltungsrecht, in: Rüssli, Markus/Hänni, Julia/Häggi Furrer, Reto (Hrsg.): Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 15 ff. (zitiert: KARLEN).
- Keller, Helen**, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: Aubert, Jean-François et al. (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg 2007, S. 639 ff. (zitiert: KELLER).
- Khakzadeh-Leiler, Lamiss**, Die «Erforderlichkeit» als Rechtsbegriff? ZÖR 2003, Nr. 58, S. 351 ff. (zitiert: KHAKZADEH-LEILER, Erforderlichkeit).
- Khakzadeh-Leiler, Lamiss**, Verfahrensbeschleunigung und ihre Grenzen, in: Merli, Franz/Pöschl, Magdalena (Hrsg.): Das Asylrecht als Experimentierfeld, Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht, Wien/Zürich 2017, S. 75 ff. (zitiert: KHAKZADEH-LEILER, Verfahrensbeschleunigung).
- Kiener, Regina/Kälin, Walter/Wytenbach, Judith**, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zitiert: KIENER/KÄLIN/WYTENBACH).
- Kiener, Regina/Kuhn, Mathias**, Rechtsschutz und Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung, in: UNHCR/Schweizerische Flüchtlingshilfe (Hrsg.): Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht: eine Vergleichsstudie, Bern 2009 (zitiert: KIENER/KUHN).
- Kiener, Regina/Kuhn, Mathias/Rütsche, Bernhard**, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015 (zitiert: KIENER/KUHN/RÜTSCHKE).

- Kieser, Ueli**, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015 (zitiert: KIESER, ATSG-Kommentar).
- Klaushofer, Reinhard**, Probleme bei der Ermittlung des Sachverhalts, in: Merli, Franz/Pöschl, Magdalena (Hrsg.): Das Asylrecht als Experimentierfeld, Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht, Wien/Zürich 2017, S. 147 ff. (zitiert: KLAUSHOFER).
- Kley, Andreas**, Max Imboden – Aufbruch in die Zukunft, in: Caroni, Martina et al. (Hrsg.): Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre; Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2011, S. 117 ff. (zitiert: KLEY).
- Kneer, Anne/Sonderegger, Linus**, Glaubhaftigkeitsprüfung im Asylverfahren, Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Asyl 2015, Nr. 2, S. 3 ff. (zitiert: KNEER/SONDEREGGER, Glaubhaftigkeitsprüfung).
- Kneer, Anne/Sonderegger, Linus**, Die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im Asylbeschwerdeverfahren, Voraussetzungen und Problemstellungen, Asyl 2017, Nr. 2, S. 11 ff. (zitiert: KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege).
- Kneubühler, Lorenz**, Die Begründungspflicht, Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1998 (zitiert: KNEUBÜHLER, Begründungspflicht).
- Kneubühler, Lorenz**, Gehörsverletzung und Heilung, Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenannten «Heilung», ZBl 99 (1998), S. 97 ff. (zitiert: KNEUBÜHLER, Heilung).
- Kneubühler, Lorenz**, Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Spruchkörperbestimmung und Kognition, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schweizer, Rainer J. (Hrsg.): Das Bundesverwaltungsgericht, Stellung und Aufgaben: erste Erfahrungen, grundsätzliche Fragen und Entscheide, St. Gallen 2008, S. 293 ff. (zitiert: KNEUBÜHLER, Verfahren).
- Kölz, Alfred**, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich, 2. Aufl., Winterthur 1974 (zitiert: KÖLZ).
- Kölz, Alfred/Häner, Isabelle**, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998 (zitiert: KÖLZ/HÄNER).
- Kölz, Alfred/Häner, Isabelle/Bertschi, Martin**, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013 (zitiert: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI).
- Kramer, Ernst A.**, Rechtswissenschaft als Beruf, recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 2011, S. 49 ff. (zitiert: KRAMER).
- Kühler, Anne**, Das Dublin-System und das schweizerische Asylrecht, recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 2013, S. 224 ff. (zitiert: KÜHLER).
- Kuhn, Mathias**, Verkürzung der Beschwerdefrist im Asylverfahren, Rechtsstaatlichkeit einer 15-tägigen Beschwerdefrist, Asyl 2010, Nr. 4, S. 3 ff. (zitiert: KUHN).
- Luterbacher, Christa**, Die flüchtlingsrechtliche Behandlung von Dienstverweigerung und Desertion, Diss. Bern, Basel 2004 (zitiert: LUTERBACHER).

- Macula, Laura**, «Alles was Sie schreiben, kann gegen Sie verwendet werden», Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Zürich 2016 (zitiert: MACULA).
- Maiani, Francesco/Hruschka, Constantin**, Commentary to the Dublin III Regulation (EU) No. 604/2013, in: Hailbronner, Kay/Thym, Daniel (Hrsg.): EU immigration and asylum law, A commentary, München 2016, S. 1478 ff. (zitiert: MAIANI/HRUSCHKA).
- Marti, Arnold**, Die aktuelle Justizreform, Abschluss einer über hundertjährigen Entwicklung hin zur umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Zäch, Roger et al. (Hrsg.): Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006 (zitiert: MARTI).
- Mattern, Rainer**, COI-Standards: Die Verwendung von Herkunftsländerinformationen (COI) in Entscheiden der Asylinstanzen, Asyl 2010, Nr. 3, S. 3 ff. (zitiert: MATTERN).
- Matthey, Fanny**, Procédures d'asile et pluralité de statuts, Du flqqnomad's land» au «no man's land juridique»: parcours de la personne dont la demande d'asile est refusée, en droit suisse et en droit européen, Diss. Neuenburg, Basel 2012 (zitiert: MATTHEY).
- Merli, Franz**, Das Asylrecht als Experimentierfeld: Einführung, in: Merli, Franz/Pöschl, Magdalena (Hrsg.): Das Asylrecht als Experimentierfeld, Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht, Wien/Zürich 2017, S. 1 ff. (zitiert: MERLI).
- Meyer, Kilian**, Braucht es mehr mündliche Verfahren im Verwaltungsrecht? plädoyer 2017, Nr. 3, S. 23 ff. (zitiert: MEYER, Mündliche Verfahren).
- Meyer, Kilian**, Die gerechte Begründung, AJP 2010, Nr. 11, S. 1416 ff. (zitiert: MEYER, Gerechte Begründung).
- Monnet, Jean-Pierre**, Facteurs d'hétérogénéité du tribunal, harmonisation de la jurisprudence (premières expériences), in: Ehrenzeller, Bernhard/Schweizer, Rainer J. (Hrsg.): Das Bundesverwaltungsgericht, Stellung und Aufgaben: erste Erfahrungen, grundsätzliche Fragen und Entscheide, St. Gallen 2008 (zitiert: MONNET).
- Moser, André/Beusch, Michael/Kneubühler, Lorenz**, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013 (zitiert: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER).
- Motz, Stephanie/de Weck, Fanny**, Internationale Menschenrechtsverfahren im Asylbereich, Individualbeschwerden zum Rückschiebungsverbot unter EMRK, CAT und CEDAW, Asylmagazin 2017, Nr. 7–8, S. 258 ff. (zitiert: MOTZ/DE WECK).
- Müller, Georg**, Rechtsgleichheit, Kommentar zu Art. 4 BV, Basel/Frankfurt am Main/Zürich 1995 (zitiert: MÜLLER, Rechtsgleichheit).
- Müller, Jörg Paul**, Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR 90 (1971), S. 461 ff. (zitiert: MÜLLER, Recht auf Leben).
- Müller, Jörg Paul/Schefer, Markus**, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zitiert: MÜLLER/SCHEFER).
- Müller, Markus**, Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Bern 2006 (zitiert: MÜLLER, Verwaltungsrecht).

- Nguyen, Minh Son**, Droit public des étrangers, Présence, activité économique et statut politique, Bern 2003 (zitiert: NGUYEN).
- Niggli, Marcel Alexander et al.**, Bundesgerichtsgesetz, BGG, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zitiert: Bearbeiter, in: BSK, Art. BGG, Rz.).
- Nufer, Seraina**, Die Abschreibung von Asylgesuchen nach dem neuen Art. 8 Abs. 3bis AsylG, Asyl 2014, Nr. 2, S. 3 ff. (zitiert: NUFER).
- Nüscherer, Fritz**, Harmonisierung der Sozialversicherung, in: Schweizerische Arbeitsgemeinschaft zur Eingliederung Behinderter (Hrsg.): Invalidität und Versicherungsschutz: Orientierung über die bestehenden Möglichkeiten der Versicherung gegen Invalidität und über die Versicherung invalider Personen in der schweizerischen Sozialversicherung, Zürich 1977, S. 85 ff. (zitiert: NÜSCHELER).
- NZZ Online**, Warum die Schweiz Tausenden Ausländern die Einreise verweigert, 01.06.2014 <<https://www.nzz.ch/schweiz/warum-die-schweiz-tausenden-auslaendern-die-einreise-verweigert-1.18313386>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: NZZ ONLINE, Einreise verweigert).
- NZZ Online**, Exporteure warnen: Der Heimatschutz im öffentlichen Beschaffungswesen könnte zu einem Eigentor werden, 02.06.2019 <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/oeffentliches-beschaffungswesen-exporteure-gegen-heimatschutz-ld.1485995>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: NZZ ONLINE, Heimatschutz).
- NZZ Online**, Bund vergibt sehr viel freihändig, Informatikbeschaffung in der Kritik, 10.10.2015 <<https://www.nzz.ch/schweiz/bund-vergibt-sehr-viel-freihandig-1.18627439>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: NZZ ONLINE, Freihändig).
- NZZ Online**, Regeln gegen die Korruption, 18.02.2016 <<https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/regeln-gegen-die-korruption-1.18696932>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: NZZ ONLINE, Korruption).
- NZZ Online**, Gravierende Mängel im Beschaffungswesen, 18.08.2016 <<https://www.nzz.ch/schweiz/meteo-schweiz-gravierende-maengel-im-beschaffungswesen-ld.111677>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: NZZ ONLINE, Gravierende Mängel).
- Oesch, Matthias**, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil. Bern, Bern 2009 (zitiert: OESCH).
- Parini, Lorena/Gianni, Matteo**, Enjeux et modifications de la politique d'asile en Suisse de 1956 à nos jours, in: Mahnig, Hans/Cattacin, Sandro (Hrsg.): Histoire de la politique de migration, d'asile et d'intégration en Suisse depuis 1948, Zürich 2005 (zitiert: PARINI/GIANNI).
- Petry, Roswitha**, La situation juridique des migrants sans statut légal, Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Diss. Genf, Genf 2013 (zitiert: PETRY).
- Reinhardt, Klaus**, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Diss. Zürich, Zürich 1968 (zitiert: REINHARDT).
- Rhinow, René et al.**, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014 (zitiert: RHINOW et al.).

- Rizvi, Salim/Schindler, Benjamin/Cavelti, Urs Peter**, Gesetz über die Verwaltungspflege des Kantons St. Gallen (VRP), Praxiskommentar, Zürich 2020 (zitiert: Bearbeiter, in: Kommentar VRP/SG, Art., Rz.).
- Rosset, Damian**, Érythrée: La guerre des sources, Les incertitudes sur la situation en Érythrée et leurs conséquences, *Le Courrier* 16.10.2017, S. 2 (zitiert: ROSSET).
- Rütsche, Bernhard**, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern, Basel/München 2002 (zitiert: RÜTSCHÉ).
- Saladin, Peter**, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979 (zitiert: SALADIN).
- Savoldelli, Marco**, Die Amtssprachenregelung nach dem neuen Sprachengesetz des Bundes, Ihre Bedeutung für das öffentliche Prozessrecht, *ZBI* 109 (2008), S. 478 ff. (zitiert: SAVOLDELLI).
- Schindler, Benjamin**, Beschleunigungspotentiale im öffentlichen Verfahrensrecht, *AJP* 2012, Nr. 1, S. 13 ff. (zitiert: SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale).
- Schindler, Benjamin**, Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen, *ZBI* 2012, Nr. 11, S. 565 f. (zitiert: SCHINDLER, Spielball).
- Schindler, Benjamin**, Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa 2019, Nr. 2, S. 1131 ff. (zitiert: SCHINDLER, Verwaltungsgerichtsbarkeit).
- Schindler, Benjamin**, Zum Versuch des Parlaments, dem Bundesverwaltungsgericht die Hände zu binden, *Asyl* 2013, Nr. 2, S. 2 (zitiert: SCHINDLER, Parlament).
- Schindler, Benjamin**, Die «formelle Natur» von Verfahrensgrundrechten, Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der «Heilung», *ZBI* 106 (2005), S. 169 ff. (zitiert: SCHINDLER, Formelle Natur).
- Schindler, Benjamin**, Zum richterlichen Ermessen, in: Schindler, Benjamin/Sutter, Patrick (Hrsg.): *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 133 ff. (zitiert: SCHINDLER, Zum richterlichen Ermessen).
- Schindler, Benjamin**, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, *ZSR* 130 (2011), S. 331 ff. (zitiert: SCHINDLER, 100 Jahre).
- Schindler, Benjamin**, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, *Habil. Zürich*, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2011 (zitiert: SCHINDLER, Verwaltungsermessen).
- Schindler, Benjamin**, Das Asylrecht als Experimentierfeld: Der Blick aus der Schweiz, in: Merli, Franz/Pöschl, Magdalena (Hrsg.): *Das Asylrecht als Experimentierfeld, Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht*, Wien/Zürich 2017, S. 189 ff. (zitiert: SCHINDLER, Experimentierfeld).
- Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Aichhorn, Ulrike**, CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau: allgemeine Kommentierung, Umsetzung in der Schweiz, Umsetzung in Österreich, Bern 2015 (zitiert: SCHLÄPPI/ULRICH/AICHHORN, CEDAW-Kommentar).

- Schmidt-Assmann, Eberhard**, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/New York 2006 (zitiert: SCHMIDT-ASSMANN).
- Schmidt-Preuss, Matthias**, Das Allgemeine des Verwaltungsrechts., S. 777 ff. (zitiert: SCHMIDT-PREUSS).
- Schneider Heusi, Claudia**, Vergaberecht, in a nutshell, Zürich 2013 (zitiert: SCHNEIDER HEUSI).
- Schweizer, Rainer J.**, Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht, ZBl 91 (1990), S. 193 ff. (zitiert: SCHWEIZER).
- Segessenmann, Thomas**, Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich (Art. 106 Abs. 1 lit. c Asylg, Asyl 2013, Nr. 2, S. 11 ff. (zitiert: SEGESSENMANN, Angemessenheitskontrolle).
- Segessenmann, Thomas**, Der richterliche Beitrag zur Wirksamkeit der Beschwerde, Justice – Justiz – Giustizia (2015), Nr. 3 (zitiert: SEGESSENMANN, Wirksamkeit).
- Seiler, Hansjörg**, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 2004, Nr. 16, S. 377 ff. (zitiert: SEILER).
- Seiler, Hansjörg et al.**, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Bern 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Handkommentar BGG, Art., Rz.).
- SEM**, Asylregionen und Bundesasylzentren, <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/asylregionen-baz.html>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: SEM, Asylregionen und Bundesasylzentren).
- SEM**, Asylstatistik 2015, 06.01.2016 <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/asylstatistik/2015/stat-jahr-2015-kommentar-d.pdf>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: SEM, Asylstatistik 2015).
- SEM**, Handbuch Asyl und Rückkehr, Stand 01.03.2019 <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr).
- SFH**, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern/Stuttgart/Wien 2009 (zitiert: SFH, Handbuch, 1. Aufl.).
- SFH**, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Aufl., Bern 2015 (zitiert: SFH, Handbuch, 2. Aufl.).
- SODK/KKJPD/SEM**, Faktenblatt zur Neustrukturierung Asyl, Ziele der Neustrukturierung, Oktober 2018 <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/beschleunigung/infoveranstaltungen/themen/1-ziele-d.pdf>>, zuletzt besucht am 1.11.2019 (zitiert: SODK/KKJPD/SEM, Faktenblatt Neustrukturierung).
- Sonderegger, Linus/Kneer, Anne**, Das asylrechtliche Beschwerdeverfahren, Ein praxisnahe Darstellung dessen Ablaufs unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Schriftlichkeit im Rahmen der Beweiserhebung, Jusletter 14. März 2016 (zitiert: SONDEREGGER/KNEER).
- Spescha, Marc**, Vom Geist der Abwehr, Jusletter 21. März 2016 (zitiert: SPESCHA, Vom Geist der Abwehr).

- Spescha, Marc**, AIG, in: Spescha, Marc et al. (Hrsg.): Migrationsrecht, Kommentar: Schweizerisches Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) sowie Bürgerrechtsgesetz (BüG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2019 (zitiert: SPESCHA, Kommentar AIG).
- Spescha, Marc et al.**, Migrationsrecht, Kommentar: Schweizerisches Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) sowie Bürgerrechtsgesetz (BüG) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl., Zürich 2019 (zitiert: SPESCHA et al., Spescha, Thür et al. 2019 – Migrationsrecht).
- Stadelmann, Joel**, Fingerabdrücke, Biometrie, DNA-Tests, Zürich 2018 (zitiert: STADELMANN).
- Stadelwieser, Jürg**, Die Eröffnung von Verfügungen, Unter besonderer Berücksichtigung des eidgenössischen und des st. gallischen Rechts, Diss. St. Gallen, St. Gallen 1994 (zitiert: STADELWIESER).
- Steiger, Jürg**, Verfahrensmaximen vor dem Bundesverwaltungsgericht, Dargestellt am Mehrwertsteuerverfahren, Der Schweizer Treuhänder 2011, Nr. 3, S. 173 ff. (zitiert: STEIGER).
- Stöckli, Hubert**, Das Vergaberecht der Schweiz, Übersicht und Streitfragen, NZBau 2002, Nr. 1, S. 7 ff. (zitiert: STÖCKLI, Vergaberecht der Schweiz).
- Stöckli, Walter**, Asyl, in: Uebersax, Peter et al. (Hrsg.): Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 521 ff. (zitiert: STÖCKLI, Asyl).
- Sturm, Evelyne**, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann, Alberto et al. (Hrsg.): Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, Bern 2013, S. 257 ff. (zitiert: STURM).
- Sutter, Patrick**, Aktive und passive Zugangsrechte zu behördlichen Informationen im Kanton Schwyz, Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (1980 – heute) 2005, S. 354 ff. (zitiert: SUTTER).
- swisscom**, FAQ Fax over IP, Juli 2016 <[https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/about/unternehmen/netz/all-ip/sonderthemen/documents/haeufige-fragen-zur-umstellung-von-fax-auf-ip.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/about/unternehmen/netz/all-ip/sonderthemen/documents/haeufige-fragen-zur-umstellung-von-fax-auf-ip.pdf.res/haeufige-fragen-zur-umstellung-von-fax-auf-ip.pdf)>, zuletzt besucht am 1.11.2019 (zitiert: SWISSCOM, FAQ Fax over IP).
- Tagesanzeiger Online**, Das sind die härtesten Asylrichter der Schweiz, 08.10.2016 <<http://blog.tagesanzeiger.ch/datenblog/index.php/12556/je-nach-richter-dreimal-hoehere-erfolgschancen>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: TAGESANZEIGER ONLINE, Das sind die härtesten Asylrichter der Schweiz).
- Tagesanzeiger Online**, Bund vergab Pannendienst unter der Hand an TCS, 31.08.2018 <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardbund-vergab-panndienst-unter-der-hand-an-tcs/story/24214996>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: TAGESANZEIGER ONLINE, Pannendienst).
- Thym, Daniel**, Migrationsverwaltungsrecht, Tübingen 2010 (zitiert: THYM).
- Tinner, Rolf**, Das rechtliche Gehör, ZSR 83 (1964), S. 295 ff. (zitiert: TINNER).

- Tschannen, Pierre**, Systeme des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008 (zitiert: TSCHANNEN).
- Tschannen, Pierre/Zimmerli, Ulrich/Müller, Markus**, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (zitiert: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER).
- Uebersax, Peter**, Einreise und Anwesenheit, in: Uebersax, Peter et al. (Hrsg.): Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 221 ff. (zitiert: UEBERSAX, Einreise).
- Uebersax, Peter**, Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht, ZBJV 149 (2013), S. 557 ff. (zitiert: UEBERSAX, Kreisen und Menschen).
- UNHCR**, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäss dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Genf 2003 (zitiert: UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien).
- UNHCR**, Staatenlosigkeit in der Schweiz, Genf 2018 (zitiert: UNHCR, Staatenlosigkeit in der Schweiz).
- UNHCR**, Neustrukturierung des Asylbereichs, UNHCR-Empfehlungen zur Beratung und Rechtsvertretung im neuen Schweizer Asylverfahren, März 2019 <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2019/04/CH_20190409-UNHCR-CH-Empfehlungen-Rechtsschutz.pdf>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs).
- Vena, Mario**, Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren, Asyl 2007, Nr. 2, S. 3 ff. (zitiert: VENA).
- von Rütte, Barbara**, Rechtliche Herausforderungen beim Schutz staatenloser Personen in der Schweiz, Asyl 2019, Nr. 2, S. 3 ff. (zitiert: VON RÜTTE).
- Waldmann, Bernhard**, Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.): Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 1 ff. (zitiert: WALDMANN).
- Waldmann, Bernhard/Weissenberger, Philippe**, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Praxiskommentar VwVG, Art. Rz.).
- Weissenberger, Philippe**, Das Bundesverwaltungsgericht, AJP 2006, Nr. 12, S. 1491 ff. (zitiert: WEISSENBERGER).
- Weltwoche**, Sabotage von oben, 24.09.2014 <https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2014_39/artikel/sabotage-von-oben-die-weltwoche-ausgabe-392014.html>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: WELTWOCHTE, Sabotage von oben).
- Weltwoche**, 3000 Syrer für die Galerie, 30.11.2015 <https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2015_13/artikel/asyl--syrer-fuer-die-galerie-die-weltwoche-ausgabe-132015.html>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: WELTWOCHTE, 3000 Syrer für die Galerie).
- Werenfels, Samuel**, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht. Die Praxis des Bundes zu Artikel 3 Asylgesetz, Diss. Bern, Bern/New York 1987 (zitiert: WERENFELS).

- Wiederkehr, René/Angelli Rosales-Geyer, Ivy**, Informationspflichten nach Art. 29 Abs. 2 BV, AJP 2019, Nr. 1, S. 58 ff. (zitiert: WIEDERKEHR/ANGELLI ROSALES-GEYER, Informationspflichten).
- Wiederkehr, René/Angelli Rosales-Geyer, Ivy**, Anspruch auf Orientierung nach Art. 29 Abs. 2 BV, AJP 2018 (2018), Nr. 10, S. 1261 ff. (zitiert: WIEDERKEHR/ANGELLI ROSALES-GEYER, Anspruch auf Orientierung).
- Winzent, Guido**, Das Recht auf Asylsozialhilfe: Ein kritischer Blick auf ein Sonderrecht, Asyl (2016), Nr. 1, S. 3 ff. (zitiert: WINZENT).
- Wirthlin, Martin**, Kontinuität und Brüche in der Verwaltungsrechtspflege, Bemerkungen aus Anlass von 35 Jahren Luzerner Verwaltungsrechtspflegegesetz, ZBJV 143 (2007), S. 373 ff. (zitiert: WIRTHLIN).
- WoZ**, Ueli der Grenzwächter, 18.08.2016 <<https://www.woz.ch/1633/schweizer-asylpolitik/ueli-der-grenzwaechter>>, zuletzt besucht am 01.12.2019 (zitiert: WoZ, Ueli der Grenzwächter).
- Zimmermann, Andreas/Dörschner, Jonas/Machts, Felix**, The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A commentary, Oxford/New York 2011 (zitiert: ZIMMERMANN/DÖRSCHNER/MACHTS).
- Zünd, Andreas/Arquint Hill, Ladina**, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Festhaltung, in: Uebersax, Peter et al. (Hrsg.): Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel 2009, S. 311 ff. (zitiert: ZÜND/ARQUINT HILL).

Materialienverzeichnis

- Abstimmungsprotokoll Nationalrat, Geschäft 17.019/19168, 21.06.2019.
- Abstimmungsprotokoll Ständerat, Geschäft 17.019/3003, 21.06.2019.
- Asylgesetz, Änderung vom 16. Dezember 1983, AS 1984 532.
- Asylgesetz (AsylG), Änderung vom 14. Dezember 2012, AS 2013 4375.
- Asylgesetz (AsylG), Änderung vom 16. Dezember 2005, AS 2006 4745.
- Asylgesetz (AsylG), Änderung vom 25. September 2015, BBl 2015 7181.
- Asylgesetz (AsylG), Änderung vom 25. September 2015, AS 2016 3101.
- Asylgesetz (AsylG) (Dringliche Änderungen des Asylgesetzes), Änderung vom 28. September 2012, AS 2012 5359.
- Asylgesetz (AsylG) (Verlängerung der dringlichen Änderungen des Asylgesetzes), Änderung vom 26. September 2014, AS 2015 2047.
- Asylverordnung vom 25. November 1987, AS 1987 1680.
- Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (Asylverordnung 1) vom 22. Mai 1991, AS 1991 1138.
- Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen (Asylverordnung 2) vom 22. Mai 1991, AS 1991 1166.
- Arbeitsgruppe der SGVR, Bericht und Entwurf zu einem allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Bern, 1984.
- Arbeitsgruppe unter Prof. Heinrich Koller, Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bern, 21. Juni 2011.
- BFM, Schlussbericht Arbeitsgruppe Bund/Kantone, Neustrukturierung des Asylbereiches, Umsetzung Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, 21. November 2012, (zitiert: BFM, Schlussbericht Neustrukturierung).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren), 24. September 1965, BBl 1965 II 1348.
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung, 20. November 1996, BBl 1997 I 1.
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, 25. Februar 1998, BBl 1998 2591.
- Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2), 19. September 1994, BBl 1994 IV 950.
- Botschaft zum Asylgesetz und zu einem Bundesbeschluss betreffend den Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 24 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 31. August 1977, BBl 1977 III 105.

- Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, 25. April 1990, BBl 1990 II 573.
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 8. März 2002, BBl 2002 3709.
- Botschaft zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt (EP 03), 2. Juli 2003, BBl 2003 5615.
- Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, 26. Mai 2010, BBl 2010 4455.
- Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Neustrukturierung des Asylbereichs), 3. September 2014, BBl 2014 7991.
- Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Verlängerung der dringlichen Änderungen des Asylgesetzes), 26. Februar 2014, BBl 2014 2087.
- Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, 4. September 2002, BBl 2002 6845.
- Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes, 2. Dezember 1985, BBl 1986 I 1.
- Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, 31. August 2011, BBl 2011 6703.
- Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), 1. Oktober 2004, BBl 2004 5965.
- Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, 28. Februar 2001, BBl 2001 4202.
- Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1.
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, 15. Februar 2017, BBl 2017 1851.
- Botschaft zur Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch», 15. Juni 2001, BBl 2001 4725.
- Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin, 17. Dezember 2004, AS 2008 447.
- Bundesbeschluss über die Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch» vom 22. März 2002, BBl 2002 2744.
- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019 (Entwurf), BBl 2019 4505.
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 5. Juni 2016 (Volksinitiative «Pro Service public»; Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen»; Volksinitiative «Für eine faire Verkehrsfinanzierung»; Änderung des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG]; Änderung des Asylgesetzes [AsylG]), 15. August 2016, BBl 2016 6779.

- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 24. November 2002 (Arbeitslosenversicherungsgesetz; Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch»), 29. Januar 2003, BBl 2003 726.
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 24. September 2006 (Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer; Änderung des Asylgesetzes; Volksinitiative «Nationalbankgewinne für die AHV»), 24. November 2006, BBl 2006 9455.
- EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, März 2011.
- EJPD, Erläuternder Bericht, Entwurf zur Änderung des Asylgesetzes, Neustrukturierung des Asylbereichs, Juni 2013 (zitiert: EJPD, Erläuternder Bericht).
- InöB, Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), 15. November 2019, Musterbotschaft (zitiert: Musterbotschaft InöB).
- Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit, 26. März 1999, BBl 1999 IV 4523.
- Schweizerische Asylrekurskommission: Aspekte der Verfahrenspraxis, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, 22. August 1996, BBl 1997 III 697.
- SEM, Evaluation Testbetrieb, Zusammenfassung der Evaluationsergebnisse, November 2015 (zitiert: SEM, Evaluation Testbetrieb).
- SEM, Kommentar Umsetzung der Vorlage zur Beschleunigung der Asylverfahren (Neustrukturierung des Asylbereichs), Mai 2018 (zitiert: SEM, Kommentar Umsetzung der Vorlage).
- Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 25. September 2015 des Asylgesetzes, 8. Juni 2018, AS 2018 2855.
- Verordnung über die vollständige Inkraftsetzung der Änderung vom 16. Dezember 2005 des Asylgesetzes vom 24. Oktober 2007, AS 2007 5573.
- Volksabstimmung vom 5. April 1987, Erläuterungen des Bundesrates.
- Volksabstimmung vom 5. Juni 2016, Erläuterungen des Bundesrates.
- Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Kurzfristige Massnahmen), 23. September 2011, BBl 2011 7325.

Teil I

Einleitung und Prämissen

Kapitel 1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

Am 5. Oktober 1979 wurde das erste Schweizer Asylgesetz vom Parlament verabschiedet, womit die Schweiz erstmals über ein kodifiziertes Asylverfahren verfügte und sich der Asylentscheid vom politischen Ermessensentscheid zum rechtlich geregelten Verwaltungsakt wandelte.¹ Dieses somit nach wie vor relativ junge Gesetz regelt gemäss seinem Art. 1 Bst. a «die Asylgewährung und die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Schweiz». Erst Art. 6 AsylG regelt nach der vorgängigen Definition des Asyls, des Flüchtlingsbegriffs sowie des Rückschiebungsverbots erste, allgemeine Verfahrensgrundsätze, indem das Verhältnis des Spezialgesetzes zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren definiert wird. Weitere Anhaltspunkte zum Verhältnis zwischen Asylverfahren und Verwaltungsverfahren finden sich im Gesetz keine, und auch die Rechtsprechung und Lehre hat sich bislang damit noch nicht eingehend auseinandergesetzt.

Die Einordnung des Asylrechts im Allgemeinen Verwaltungsrecht ist aber entgegen diesem Schweigen von grosser Relevanz. Denn bereits ohne grosse Kenntnisse der Materie scheint das Asylrecht aus der Masse des Verwaltungsrechts herauszustechen, was insbesondere aus verfahrensrechtlicher Perspektive Spezialregelungen und grundlegende Ablösungsprozesse vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren zu rechtfertigen scheint. Der Grund dieser scheinbaren Sonderstellung ist bei näherer Betrachtung schwieriger auszumachen: Sicherlich handelt es sich beim Asylverfahren um ein Verwaltungsverfahren, in welchem ausschliesslich ausländische Personen auf Gesuch hin Schutz und somit im weiteren Sinne auch Leistungen der Schweiz² fordern und dadurch ein ihnen vorbehaltenes Verfahren einleiten können,³ was die Abgrenzung im Sinne eines «wir-sie» vereinfacht, wenn nicht gar aufdrängt. Durch die Vulnerabilität der asylgesuchstellenden Personen⁴

¹ UEBERSAX, Kreisen und Menschen, S. 566.

² Zu denken ist hier insbesondere an die Leistungspflicht der Schweiz bezüglich der Sozialrechte, dazu eingehend GORDZIELIK.

³ Verfahren im Ausländerbereich können auch Schweizer Staatsangehörige beispielsweise bei einem Familiennachzug direkt betreffen (Art. 42 AIG). Im Bürgerrecht geht es im Wesentlichen darum, das Schweizer Bürgerrecht zu erlangen.

⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011, M.S.S. gg. Belgien und Griechenland, Nr. 30696/09, Ziff. 251.

und der gleichzeitigen Abhängigkeit der Schweizer Behörden von den Vorbringen eben dieser, treffen im Asylverfahren in dieser Art beispiellose Spannungsverhältnisse und Gegensätzlichkeiten aufeinander, was wohl unter anderem zu einem stetigen Optimierungswunsch aller Beteiligten sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung führt. Das Asylgesetz ist denn auch seit seinem Inkrafttreten unaufhörlich kritisiert und entsprechend revidiert worden. So wurden im Asylgesetz verschiedentlich (oft schnelllebige) Spezialverfahrensbestimmungen eingeführt, welche von den allgemeinen Regeln der sonst für die Bundesverwaltungsrechtspflege massgeblichen und beständigen Bundesgesetze abweichen.⁵ In der Lehre wurde dieser Umstand bereits als unbedachter Aktionismus des Gesetzgebers kritisiert, welcher die Frage aufwerfe, mit welcher Ernsthaftigkeit letzterer das öffentliche Prozessrecht gestalte.⁶ Ferner wurde auch bereits die Möglichkeit einer Schaffung eines eigenen Asylverfahrensrechts zur Diskussion gestellt.⁷ So mag der Eindruck entstehen, dass sich das Asylverfahren durch die kontinuierliche Einführung von Spezialbestimmungen – ob durch den Gesetzgeber gewollt oder in Kauf genommen – immer mehr vom restlichen Verwaltungsverfahren ablöst und sich verselbständigt, wobei die Konsequenzen dieses gesetzgeberischen Prozesses unklar sind.

1.2 Forschungsfrage und Forschungsziel

Dieser aktuelle Status quo mit der Vielzahl von Spezialbestimmungen im Asylverfahren und dem ungeklärten Verhältnis zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren bedarf einer genaueren Analyse. Die vorliegende Arbeit bezweckt daher die Beantwortung folgender übergeordneter Frage:

Sind die spezialgesetzlichen Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren im Asylgesetz durch die spezifischen Eigenschaften des Asyls in juristischer Hinsicht gerechtfertigt?

Um diese übergeordnete Forschungsfrage beantworten zu können, bedarf es zunächst der Klärung verschiedener Teilfragen. So ist zunächst in genereller Weise

⁵ Zu denken ist hierbei in erster Linie an das Verwaltungsverfahrensgesetz, daneben auch an das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Bundesgerichtsgesetz.

⁶ SCHINDLER, Parlament, S. 2; SCHINDLER, Spielball, S. 565.

⁷ Z. B. Bundesverwaltungsrichter Walter Lang in: BERNER ZEITUNG, Asylrichter warnt vor falschen Erwartungen.

zu klären, wann Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren legitim erscheinen und wie das Allgemeine Verwaltungsverfahren im Kontext des Schweizer Asylbereichs zu definieren ist. Da die Legitimität der Abweichungen gemäss verschiedenen Konzepten in wesentlicher Weise von den spezifischen Eigenschaften eines Rechtsgebiets abhängt, sind diese spezifischen Eigenschaften für das Asylverfahren zu definieren. Erst nach der Beantwortung dieser grundlegenden Vorfragen können die asylrechtlichen Spezialbestimmungen dem Allgemeinen Verwaltungsverfahren gegenübergestellt und deren Legitimität bewertet werden.

Diese Untersuchung bezweckt damit zum einen, allenfalls ungerechtfertigte und somit gegebenenfalls rein politische Abweichungen des Asylgesetzes vom Verwaltungsverfahrensgesetz im Sinne eines Appells an den Gesetzgeber zu identifizieren und zu bezeichnen. Zum anderen soll damit analysiert werden, ob ein eigenes Verfahrensrecht neben dem Verwaltungsverfahrensgesetz, wie dies bereits in anderen Verwaltungsverfahren wie beispielsweise im Sozialversicherungsrecht der Fall ist, sich auch im Asylrecht unter anderem zugunsten einer verbesserten Kohärenz und Verständlichkeit rechtfertigen würde und was die Chancen und Gefahren davon wären.

Die Sachlage wird – was die rechtssystematischen Grundlagen sowie die Gegenüberstellung der asylgesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen angeht⁸ – zunächst de lege lata dargestellt, bevor als Ziel der Untersuchung de lege ferenda dem Gesetzgeber konkrete Umsetzungsvorschläge vorgelegt werden.

1.3 Allgemeiner Forschungsstand und Forschungsbedarf

Die Wissenschaft im Asylbereich sieht sich mit dem Umstand der starken Variabilität des Rechtsgebiets konfrontiert. Eingehende Monografien zum Verfahrensrecht bergen immer das Risiko, dass der Gesetzgeber diese mit einer schnellen Gesetzesänderung obsolet werden lässt. Publikationen zum Verfahrensrecht erscheinen daher in erster Linie als Aufsätze in Periodika.⁹ Auf eine eingehende Darstellung

⁸ Dabei werden die Abweichungen des Asylgesetzes vom Verwaltungsverfahrensgesetz ohne praktischen, konkreten Rechtsfall analysiert, vgl. KRAMER, S. 51.

⁹ Z. B. HEINIGER; HRUSCHKA/MOTZ oder auch NUFER.

des Asylverfahrens wird meist verzichtet.¹⁰ So erstaunt es wenig, dass Lehre und Praxis für grundlegende Aspekte des Asylverfahrens trotz der grossen Veränderungen oftmals auf Werke aus den Achtziger- oder Neunzigerjahren zurückgreifen.¹¹ Eine Auseinandersetzung mit den spezialgesetzlichen Abweichungen erfolgt in der Wissenschaft des Asylbereichs zumeist punktuell zu spezifischen Fragen.¹² Wissenschaftliche Auseinandersetzungen über die Gründe und die Auswirkungen der Spezialbestimmungen fehlen indessen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass wissenschaftliche Publikationen im Asylbereich sich oft mit der Völkerrechtskompatibilität einer Bestimmung auseinandersetzen.¹³ Eingehende wissenschaftliche Abhandlungen zum innerschweizerischen Verhältnis der Verbindung des Asylrechts als Spezialverfahrensrecht zum Allgemeinen Verwaltungsrecht finden sich auf Seiten der Schweizer Migrationswissenschaften aber nicht.¹⁴

Auch auf Seiten des öffentlichen Rechts fristet die Lehre zum Asylverfahrensrecht trotz stetigem Aufholen nach wie vor ein Schattendasein.¹⁵ In den Grundlagenwerken des Verwaltungsrechts wird das Asylrecht und dessen Spezialregelungen trotz der quantitativ hohen Anzahl an Verfahren kaum als Referenzgebiet für Beispiele herangezogen oder speziell thematisiert.¹⁶ Zwar können mittlerweile an allen Schweizer Rechtswissenschaftlichen Universitäten Vorlesungen zum Migrationsrecht besucht werden, in der Anwaltsprüfung ist dieses Spezialgebiet im Gegensatz

¹⁰ Als Ausnahme hiervon sind die beiden Kommentare zum Asylgesetz (SPESCHA et al., Spescha, Thür et al. 2019 – Migrationsrecht sowie AMARELLE/NGUYEN, Code annoté LAsi und SFH, Handbuch, 2. Aufl., zu nennen, welche das Asylverfahren eingehend darstellen, wobei die beiden letzteren durch die Neustrukturierung im März 2019 bereits wieder veraltet sind.

¹¹ Zu denken sind hierbei an die nach wie vor ausgezeichneten Grundlagenwerke von WERENFELS; ACHERMANN/HAUSAMMANN oder GATTIKER. Als Beispiel für einen Rückgriff auf diese ältere Grundlagenliteratur: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1206/2017 vom 3. August 2018 E. 7.2 (Urteil in Fünferbesetzung).

¹² Z. B. NUFER; HRUSCHKA/MOTZ; GHIELMINI; SEGESSENMAN, Angemessenheitskontrolle.

¹³ So etwa: FREI; HOSTETTLER; PETRY oder bereits LUTERBACHER.

¹⁴ Beispielsweise sind die Kommentierungen zu Art. 6 AsylG diesbezüglich als kurz zu bezeichnen; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 6; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, in: Code annoté LAsi, Art. 6. Eingehendere Auseinandersetzungen mit diesem Artikel gibt es sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre nicht.

¹⁵ Dazu UEBERSAX, Kreisen und Menschen, S. 612 ff.

¹⁶ Als Ausnahme hierzu: KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 878 ff.

zum Baurecht oder Abgaberecht nicht explizit Teil des Prüfungsstoffs.¹⁷ Eine dogmatische Einordnung des Asylrechts im Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht und somit eine Auseinandersetzung mit dessen Verhältnis und Verbindung fehlt gänzlich, obschon oft mit der Sonderstellung des Asylrechts politisch und auch juristisch verschiedentlich sowohl explizit als auch implizit argumentiert wird.

Daraus ergibt sich, dass ein Forschungsbedarf für die vorliegende Untersuchung ohne Weiteres nachgewiesen werden kann.

1.4 Fokus und Eingrenzung

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf das Asylverfahrensrecht und lässt somit das materielle Asylrecht weitgehend unbehandelt. Dies insbesondere aus dem Grund, dass das materielle Asylrecht durch internationale Konventionen oder sogar *ius cogens* zum Teil unabhängig vom Schweizer Landesrecht kodifiziert ist und die Schweiz gehalten ist, sich danach zu richten. Beispielsweise findet auch der im Asylrecht grundlegende Flüchtlingsbegriff seinen Ursprung in der Flüchtlingskonvention. Aufgrund dieser zahlreichen internationalen und europäischen Verpflichtungen¹⁸ vermögen materielle Änderungen in der Schweizer Asylrechtsordnung – unter Voraussetzung der Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen – kaum respektive nur sehr geringe Relevanz zu entfalten.¹⁹ Demgegenüber vermögen Änderungen im Verfahrensrecht grössere Auswirkungen auf den Asylbereich zu entfalten, da das Asylverfahren in der Schweiz als Nicht-Mitglied der EU kaum durch völkerrechtliche Verpflichtungen geregelt ist und somit diesbezüglich mehr gesetzgeberischer Freiraum besteht.²⁰ Eine Konzentration auf das Verfahrensrecht erscheint somit angezeigt.

¹⁷ Vgl. exemplarisch: Art. 6 Abs. 1 Bst. g und h PBR/SG, welche insbesondere auf das Abgabe-, Verantwortlichkeits- und Disziplinarrecht, die Grundzüge des Sozialversicherungsrechts, das Bau-, Planungs-, Enteignungs- und Strassenrecht, das Recht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und politische Rechte verweisen.

¹⁸ Neben der Flüchtlingskonvention ist hier insbesondere auch an die Europäische Menschenrechtskonvention, die Folterkonvention, die Kinderrechtskonvention und die Dublin-III-Verordnung zu denken.

¹⁹ Dazu auch: UEBERSAX, Kreisen und Menschen, S. 576; THYM, S. 106 ff.

²⁰ Dies zumal auch die Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK auf das verwaltungsrechtliche Asylverfahren nicht anwendbar sind. Die Flüchtlingskonvention selber stellt keine (direkten) Anforderungen an das Anerkennungsverfahren.

Der Fokus wird sodann auf das Bundesverwaltungsverfahrenrecht gelegt, welches sich mehrheitlich auf das Verwaltungsverfahrensgesetz und das Verwaltungsgerichtsgesetz abstützt. Damit klammern die vollzogenen Vergleiche zum einen andere Rechtsbereiche wie das Privatrecht oder das Strafrecht vollständig aus, da sich diese Bereiche so stark vom Bundesverwaltungsrecht differenzieren, dass ein Vergleich keinen Sinn ergeben würde. In der nationalen Perspektive konzentriert sich die Untersuchung auf Bundesrecht und lässt daher für das Asylrecht das grundsätzlich nicht unwesentliche kantonale und Gemeinderecht bewusst beiseite, da bereits der Vergleich mit Bundesverwaltungsverfahren eine genügende Diversität für interessante und sinnvolle Gegenüberstellungen bietet.

Verzichtet wird zudem auch auf einen vertieften Rechtsvergleich mit anderen Ländern. Dies weil ein systematisch fundierter Rechtsvergleich den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, zumal die Systematik der Rechtsordnungen der zu vergleichenden Länder umfassend analysiert werden müsste, um eine Wertung der Ergebnisse zu machen, wobei in diesem Bereich auch das gemeinsame europäische Asylsystem nicht greift. Zudem sind die jeweiligen rechtssystematischen Entwicklungen im historischen Kontext sehr länderspezifisch.²¹

1.5 Gliederung

Die Dissertation besteht aus 12 Kapiteln. In einem ersten Teil werden die Grundlagen für die Untersuchung gelegt, wobei im *zweiten Kapitel* zunächst das Allgemeine Verwaltungsrecht definiert und die Frage nach dessen Sinn und Zweck beantwortet werden. Diese Theorie wird sodann im *dritten Kapitel* auf das Schweizer Verwaltungsverfahrenrecht übertragen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes wird dabei als Grundlage und somit als «Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht» auf Bundesebene definiert, wobei dessen Entstehungsgeschichte und heutige Bedeutung beschrieben werden. Danach werden im Sinne eines besseren Überblicks und Verständnisses des Asylverfahrens die Rechtsentwicklung des Asylverfahrensrechts und die geltenden Rechtsgrundlagen im *vierten Kapitel* dargestellt. Um nachfolgend analysieren zu können, ob die Abweichungen des

²¹ Eine Ausnahme dieser Eingrenzung findet sich im Kapitel bezüglich der Schriftlichkeit des Beschwerdeverfahrens, in welchem mit einem Blick über die Grenzen in eingeschränkter Weise analysiert wird, wie das asylrechtliche Beschwerdeverfahren in anderen Ländern in Bezug auf die Anordnung von mündlichen Anhörungen abläuft; vgl. Kap. 8.

Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren juristisch legitimierbar erscheinen, werden im *fünften Kapitel* die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens definiert. Dafür werden verfahrensprägende Merkmale im Allgemeinen definiert, bevor drei bundesverwaltungsrechtliche Verfahren zum Quervergleich behelfsweise herangezogen werden. Aus diesen festgestellten Unterschieden können die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens herausgearbeitet und definiert werden. Schliesslich werden zum bessern Verständnis und zur Darlegung der Grundlagen die Eckpunkte eines normalen Asylverfahrens von der Gesuchsstellung bis hin zum Abschluss des Verfahrens durch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im *sechsten Kapitel* skizziert.

In den *Kapitel 7 bis 10* werden – in vier Bereiche unterteilt – Abweichungen des Asylgesetzes vom Verwaltungsverfahrensgesetzes genauer untersucht. Dabei werden jeweils, nach einem theoretischen Abriss des jeweiligen Bereichs, die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes den Bestimmungen des Asylgesetzes gegenübergestellt und untersucht, ob diese Abweichungen durch die vorgängig definierten spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens gerechtfertigt werden können. Es werden dabei Abweichungen im Asylverfahren in den Bereichen des Gehörsanspruchs, der Mündlichkeit, der Sachverhaltsabklärung sowie des Beschwerdeverfahrens analysiert.

Im *elften Kapitel* wird aus diesen Gegenüberstellungen aufgezeigt, ob die Abweichungen der spezialgesetzlichen Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren legitim erscheinen, und sodann werden mögliche alternative Systeme von anderen Verwaltungsverfahren beschrieben, wobei auf Parallelen und Unterschiede aufmerksam gemacht wird.

Zum Abschluss der Dissertation werden im *zwölften Kapitel* die Erkenntnisse und die wichtigsten Schlussfolgerungen zusammengefasst und mögliche Anpassungen des Asylgesetzes zur Verbesserung des Status quo in konkreter Weise aufgezeigt.

Kapitel 2 Abweichungsmöglichkeiten vom Allgemeinen Verwaltungsrecht

2.1 Übersicht

Das Asylverfahren ist im Sinne eines besonderen Rechtsgebiets als Teil des größeren Systems im allgemeinen Verwaltungsverfahren einzuordnen. Um die dabei bestehenden Abweichungen im Asylverfahren zum – im Sinne des Verhältnisses des Besonderen zum Allgemeinen – übergeordneten Verwaltungsverfahrensgesetz verstehen und bewerten zu können, muss in einem ersten Schritt zunächst das Allgemeine Verwaltungsrecht selber genauer beleuchtet werden. Nach der Darstellung des Sinns und Zwecks des Allgemeinen Verwaltungsrechts sowie dessen Entstehung werden nachfolgend auch verschiedene Konzepte, wann vom Allgemeinen Verwaltungsrecht abgewichen darf und Sonderregelungen erlassen werden können, skizziert. Durch die verschiedenen Konzepte soll ein geeignetes Prüfschema für die Bewertung der abweichenden Bestimmungen im Asylverfahren zum Verwaltungsverfahrensgesetz gefunden werden.

Zu präzisieren ist, dass der Schwerpunkt insgesamt nicht auf das materielle Verwaltungsrecht gesetzt wird, auch wenn dieses zum Verständnis, insbesondere im Hinblick auf dessen Entwicklung und Entstehung, nicht ausgeblendet werden darf. Der Fokus ist so auf das *Verwaltungsverfahrensrecht* zu legen. Es ist jedoch bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass kodifizierte, allgemeingültige Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens – im Gegensatz zum Privatrecht mit dem Obligationenrecht und dem Strafrecht mit dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches – im öffentlichen Recht kaum existieren. Das Allgemeine Verwaltungsrecht bezweckt in erster Linie die Schaffung von Grundstrukturen und tragenden Elementen, um Ordnung in das komplexe Normengeflecht zu bringen, ohne Anspruch darauf, selber ein Rechtsgebiet zu regeln.²² Das Allgemeine Verwaltungsrecht und insbesondere das *Verwaltungsverfahrensrecht* ist somit mehr als Modell-Typus zu verstehen, dessen direkte praktische Relevanz im Rechtsalltag beschränkt bleiben dürfte. Die Zusammenhänge und das tiefergehende Ver-

²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1, 6.

ständnis des Allgemeinen Verwaltungsrecht ergeben sich denn meist auch nur aus dem Zusammenhang zum Besonderen Verwaltungsrecht – und umgekehrt.

2.2 Allgemeines Verwaltungsrecht als System

2.2.1 Definition und Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Mit dem Begriff «Allgemeines Verwaltungsrecht» wird eine Summe von Regeln, Begriffen und Instituten mit Modellcharakter für das gesamte Verwaltungsrecht bezeichnet, die im Besonderen Verwaltungsrecht durchgängig oder zumindest fachübergreifend vorkommen.²³ Mit dem System des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens soll eine gewisse Ordnung in dieses vom Besonderen Verwaltungsrecht geprägten Rechtsgebiet des Verwaltungsrechts geschaffen werden.²⁴ SCHINDLER beschreibt das Allgemeine Verwaltungsrecht in bildhafter Sprache insgesamt als ein dogmatisches Gebäude, dessen Säulen die Allgemeinen Lehren der Besonderen Verwaltungsrechtsgebiete bilden und das vom Dach der Grundrechtsdogmatik überspannt wird.²⁵ Daraus ergibt sich, dass das Allgemeine Verwaltungsrecht alleine kaum existiert und in erster Linie als System hinter dem Besonderen Verwaltungsrecht dient, auf welches zurückgegriffen werden kann. Der Sinn und Zweck dieses Rückgriffs auf das Allgemeine Verwaltungsrecht lässt sich folgendermassen unterteilen:²⁶

1) Speicherfunktion für Standardsituationen

Durch den Rückgriff auf das gefestigte System des Allgemeinen Verwaltungsrechts können für rechtliche Fragen Antworten in abstrakter Form bereitgehalten werden. Das Allgemeine Verwaltungsrecht dient somit als eine Art Speicher für einzelfallspezifische Fragen, deren dogmatische Beantwortung in den einzelnen Spezialgebieten gegebenenfalls vernachlässigt wurden. Ist dieses Rückgriffssystem genügend durchdacht, erlaubt es, aus

²³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 12; TSCHANNEN, Rz. 364 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2; SCHMIDT-PREUSS, S. 778 mit Verweis auf SCHMIDT-ASSMANN, S. 3 ff.

²⁴ TSCHANNEN, Rz. 365, definiert das Allgemeine Verwaltungsrecht sogar als «in erster Linie besonderes Verwaltungsrecht».

²⁵ SCHINDLER, 100 Jahre, S. 412.

²⁶ Es wird die Unterteilung von SCHMIDT-ASSMAN übernommen, wobei andere Autoren ähnliche Unterteilungen vorschlagen, vgl. beispielsweise SCHINDLER, 100 Jahre, S. 419; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 3 ff. oder allgemeiner zum Verwaltungsrecht: MÜLLER, Verwaltungsrecht, S. 7 ff.

den Antworten dieser ersten einzelfallspezifischen Fragen bereits weitere Rechtsfolgen für nächste Schritte abzuleiten. So können beispielsweise aus der Klassifikation eines Schreibens als Verfügung bereits weitere Rechtsansprüche und Pflichten der Parteien abgeleitet werden. Dies ist auch einer der Gründe, weshalb Begriffe, welche für alle oder viele Verwaltungsverfahren von Bedeutung sind – wie klassischerweise der Verfügungsbegriff – nicht nur in der Schweiz in allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt werden.²⁷ Durch diese Regelung in einem für mehrere Gebiete massgebenden Gesetz erlangt der in Frage stehende Begriff über mehrere Rechtsgebiete Gültigkeit, womit gleichzeitig Kontinuität, Stabilität und Rechtssicherheit im gesamten System geschaffen wird. Dies hat weiter auch den Vorteil, dass sich Praktikerinnen und Praktiker schneller in verschiedenen Rechtsgebieten zurechtfinden können, da sie auf ein ihnen bekanntes System zurückgreifen können.²⁸

2) **Stabilität und Adaption:**

Durch einen Rückgriff auf ein System können Rechtsfragen logisch und somit überzeugender beantwortet werden, was wiederum die Akzeptanz der Entscheide erhöhen kann. Gleichzeitig wird dieses System durch den Rückgriff immer wieder aus verschiedenster Perspektive überprüft und bietet Möglichkeit zur Reflexion und Kritik. Allenfalls können durch diese Überprüfung Bedürfnisse für Adaptierungen, Neuregelungen und Anpassungen für das gesamte Rechtssystem festgestellt werden. Das Allgemeine Verwaltungsrecht dient daher der Charakterisierung, Orientierung, Stabilität und Kontinuität des gesamten Systems. Gleichzeitig darf es sich neuen Entwicklungen nicht verschliessen, indem es sich neuen Fragestellungen und Problemen zu öffnen und schnell dafür allgemeingültige Lösungsansätze aufzuzeigen hat. Dabei ist zwischen dieser Stabilität und Adaption ein Mittelweg zu finden. Dieser ständige Rückgriff auf das System des Allge-

²⁷ Vgl. Art. 5 VwVG, § 35 VwVfG (Deutschland), § 58 ff. AVG (Österreich).

²⁸ SCHMIDT-ASSMANN, S. 4; SCHMIDT-PREUSS, S. 778; BIAGGINI, Was ist das Allgemeine?, S. 333; SCHINDLER, 100 Jahre, S. 419; KAHL, S. 89 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 3 f; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 13.

meinen Verwaltungsverfahrens ist somit gleichzeitig Systemnutzung und Systembildung.²⁹

3) Rechtfertigungsgebot für Separationstendenzen:

Für die vorliegende Arbeit erscheint diese Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts von besonderer Bedeutung. So ist davon auszugehen, dass ein allgemeines System Wertungswidersprüchen und Entwicklungsrückständen in einzelnen Rechtsgebieten entgegenwirkt. Dadurch kann beispielsweise auch einer vorschnellen Überregulierung durch den Gesetzgeber und somit der Tendenz zu Sonderregelungen entgegengetreten werden. Separationstendenzen – wenn beispielsweise gewisse Disziplinen des Besonderen Verwaltungsrechts mit ihren Sonderinteressen zu sehr ins Zentrum rücken – kann durch einen Rückgriff auf das Allgemeine Verwaltungsrecht mit seinen allgemeingültigen und erprobten Regelungen Widerstand entgegengebracht werden. Durch das Allgemeine Verwaltungsrecht kann auch dem Gesetzgeber ein gewisses Rechtfertigungsgebot entgegengesetzt werden: Spezielle Regelungen, welche nur in einem Fachgebiet eingeführt werden sollen, müssen sich in Anwendung dieser Theorie eines Gesamtsystems des Verwaltungsrechts entweder auch für andere Fachgebiete eignen oder durch «dauerhaft rechtlich anzuerkennende Besonderheiten des betreffenden Bereichs»³⁰ begründet werden können. Ferner kann argumentiert werden, dass ein Abweichen von den Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens den Ansprüchen an die verfassungsmässige Rechtsgleichheit oder gegebenenfalls einem Konzept der Erforderlichkeit der Abweichung genügen muss.³¹ Unabhängig des gewählten Konzepts erweist sich das Allgemeine Verwaltungsrecht als möglicher Rückgriff und gegebenenfalls «Zähmer» des Gesetzgebers, wobei es gleichzeitig als Vordenker für mögliche Veränderungen im Verfahrensrecht dienen kann.³²

²⁹ SCHMIDT-PREUSS, S. 781 f.; SCHMIDT-ASSMANN, S. 4 f.; BIAGGINI, Was ist das Allgemeine?, S. 333; SCHINDLER, 100 Jahre, S. 403, 419; KAHL, S. 92 ff.

³⁰ SCHMIDT-ASSMANN, S. 5.

³¹ Vgl. dazu nachfolgend Kap. 2.3.

³² SCHMIDT-ASSMANN, S. 5; SCHMIDT-PREUSS, S. 778; BIAGGINI, Was ist das Allgemeine?, S. 334; SCHINDLER, 100 Jahre, S. 419; KAHL, S. 93 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 5.

Zusammenfassend bietet ein Rückgriff auf das System des Allgemeinen Verwaltungsrechts «Ordnung, Orientierung und festen Halt» in den Wirren der unzähligen Besonderen Verwaltungsverfahren.³³

2.2.2 Entstehung von Allgemeinem Verwaltungsrecht

Da das Allgemeine Verwaltungsrecht in dieser Form keine vollständige Kodifikation im Sinne eines allgemeingültigen Allgemeinen Teils kennt, müssen allgemeingültige Regelungen respektive Generalisierungen gefunden werden, welche «vor die Klammer gezogen»³⁴ werden können. Das Allgemeine Verwaltungsrecht zieht denn seine Regelungen in erster Linie aus den sogenannten Referenzgebieten. Dies sind typischerweise einzelne Rechtsgebiete des Besonderen Verwaltungsrechts, welche das Fallmaterial und die Beispiele für die Aussagen des Allgemeinen Verwaltungsrechts abgeben.³⁵ Diese dienen so als Modell für das Allgemeine, aber auch für andere Besondere Verwaltungsrechtsgebiete.³⁶ Aus der Vielzahl an Lösungsansätzen und Regelungsversuchen (z. B. über die Definition von Leitbegriffen) wird sodann das aktuell Typische für das Allgemeine Verwaltungsrecht herausgearbeitet. Der Prozess, wie allgemeine Grundsätze aus diesen Referenzgebieten in das Allgemeine Verwaltungsverfahren und somit in andere Besondere Verwaltungsgebiete integriert und übernommen werden, ist denn je nach Regelung einzelfallspezifisch und kann kaum in allgemeingültiger Weise beschrieben werden.³⁷

Die prägende Bedeutung dieser bewussten oder unbewussten Auswahl der Fachgebiete als Referenzgebiete erscheint offensichtlich, da aus diesen für diese Rechtsgebiete typischen Herangehensweisen und Problematiken, Bedürfnisse und Besonderheiten induktiv und deduktiv allgemeingültige Regelungen für das Allgemeine Verwaltungsverfahren abgeleitet werden, welche auch für andere Rechtsgebiete, welche kein Referenzgebiet darstellen, in jedem Fall wegweisend und prägend werden, auch wenn diese über andere Besonderheiten verfügen. Da diese Referenzgebiete derart zentral für die Entwicklung des Verwaltungsver-

³³ SCHINDLER, 100 Jahre, S. 382 mit Verweis auf SCHMIDT-ASSMANN und TSCHANNEN.

³⁴ KARLEN, S. 20.

³⁵ SCHMIDT-ASSMANN, S. 8; KARLEN, S. 20 ff.

³⁶ Vgl. SCHMIDT-PREUSS, S. 779.

³⁷ Vgl. SCHMIDT-ASSMANN, S. 146; vgl. insbesondere zur Erläuterung SCHMIDT-PREUSS, S. 778 f.

fahrensrecht sind, sollte immer wieder – bewusst oder unbewusst – die Frage aufgeworfen werden, ob die richtigen, das heisst die aktuell das Verwaltungsrecht prägenden und repräsentativen Rechtsgebiete als Referenzgebiete hinhalten. Traditionell gelten in der Schweiz, aber auch im nahen Ausland, das Polizeirecht und das Baurecht als typische Referenzgebiete des Verwaltungsrechts.³⁸ Trotz der grossen Fallzahlen und der politischen Omnipräsenz gilt hingegen das Migrationsrecht – und somit auch das Asylrecht als Teil des Migrationsrechts – unbestrittenmassen nicht als Referenzgebiet, weshalb Änderungen in dessen Gesetzgebung kaum je übergreifende Wirkung in andere Rechtsgebiete entfalten.³⁹

2.2.3 Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht

Für die vorliegende Arbeit mit ihrem Fokus auf das Verfahrensrecht in der Asylgesetzgebung erscheint es unumgänglich, ein Allgemeines Verfahrensrecht aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht begriffsspezifisch herauszukristallisieren und dieses in diesem System zu positionieren.

Dem Verfahrensrecht als Mittel zur Vereinfachung und Standardisierung der Abläufe im Verwaltungsapparat scheint dieses Systemdenken schon aufgrund seiner Natur nicht fremd. So versucht das Verfahren im Verwaltungsrecht die vielfältigen realen Kommunikationsvorgänge zwischen Bürgerschaft und Staat als Abbildungen respektive Ordnungsmuster in den verschiedenen Prozessgesetzen zu erfassen und zu regeln.⁴⁰ Zudem erweisen sich denn auch nur wenige materiellrechtlichen Bestimmungen als genügend allgemein und somit für eine Vielzahl von Rechtsgebieten gültig, weshalb das Allgemeine Verwaltungsrecht sich wohl bereits zur Hauptsache auf prozessrechtliche respektive organisatorische Fragen konzentriert.

Das Allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht kann als Teilgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts betrachtet werden, womit Sinn und Zweck übernommen werden können. So fasst das Allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht wiederum die aus den Referenzgebieten gewonnenen allgemeingültigen Erkenntnisse aller Verfahren zusammen, was in einer Art – in dieser Reinform weder kodifizierten noch existierenden – Modell-Verfahren resultiert. Der Rückgriff darauf soll nach wie vor

³⁸ SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 203; SCHINDLER, 100 Jahre, S. 417; SCHMIDT-ASSMANN, S. 9.

³⁹ SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 203.

⁴⁰ SCHMIDT-ASSMANN, S. 46; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 20.

Standardantworten für verfahrensrechtliche Standardfragen bereitstellen, für Stabilität und Weiterentwicklung des Verfahrensrechts sorgen und in rechtspolitischer Hinsicht gleichzeitig allfälligen Abweichungstendenzen ein Rechtfertigungsgebot unterlegen.

2.3 Rechtfertigung von Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht

Nach erfolgter Qualifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts und dessen Sinns und Zwecks stellt sich die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen zur Wahrung der Systematik sowie der Einheit des Systems des Verwaltungsrechts in den Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts von diesen allgemeingültigen Regelungen abgewichen werden darf. Dem Gesetzgeber stehen in seiner Tätigkeit diverse Möglichkeiten und Handlungsformen offen, um eine Problematik zu regeln. Diese vom Gesetzgeber gewählte Lösung für ein zu lösendes Problem muss indessen sowohl praktikabel sein als auch in das grössere System eingebunden werden können, sodass eine unnötige Zersplitterung des Gesamtsystems vermieden werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn der Gesetzgeber sich entschliesst, zur Lösung des Problems ein neues Gesetz zu erlassen oder ein bestehendes Gesetz anzupassen.

Nachfolgend werden drei unterschiedliche Konzepte dargestellt, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Abweichung vom Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht möglich respektive zu rechtfertigen ist.

2.3.1 Rechtfertigungsgebot im Ordnungssystem

Gemäss dem deutschen Rechtswissenschaftler SCHMIDT-ASSMANN sind Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren rechtfertigungsbedürftig. Dies sei nötig, um die Sonderinteressen der Praktiker und Praktikerinnen in den Gebieten des besonderen Verwaltungsverfahrens zu disziplinieren, welche nur zu gerne in den Mittelpunkt der Aktivitäten des Gesetzgebers gerückt würden. Der moderne Staat sei wegen seiner hohen Komplexität in ständiger Gefahr, von Sonderinteressen und besonderen Betroffenheiten bestimmt zu werden.

Die verwaltungsrechtliche Systematik setze dieser Tendenz ein Rechtfertigungsgebot entgegen, was jedoch in diesen Bereichen eine Beobachtungsfähigkeit und

eine Lernbereitschaft voraussetze: Regelungen, welche nur in einem spezifischen Gebiet anzutreffen seien, müssten sich entweder als allgemeine Regelungen auch für andere Gebiete eignen oder sich aus dauerhaft rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten des Rechtsgebiets ableiten lassen.⁴¹

Dieses Konzept ist auch dem Schweizer Recht nicht fremd. So sieht Art. 4 VwVG – welcher in der Sache trotz seiner frühen Stellung im Gesetz als Schluss- und Übergangsbestimmung zu qualifizieren ist⁴² – vor, dass Bestimmungen des Bundesrechts, die ein Verfahren eingehender regeln, Anwendung finden, soweit sie den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht widersprechen. Art. 4 VwVG bezweckt somit die Vereinheitlichung der Verfahrensbestimmungen, von welcher nicht ohne Not abzuweichen ist.⁴³ So sollen die kodifizierten Prinzipien im Verwaltungsverfahrensgesetz insgesamt gewahrt werden.⁴⁴ Auch die Botschaft des Verwaltungsverfahrensgesetzes wies darauf hin, dass neue Verfahrensbestimmungen eines Spezialverfahrensgesetzes gegebenenfalls im Ausnahmekatalog nachgeführt werden müssten, da sonst der Zweck der Kodifikation vereitelt würde.⁴⁵ Art. 4 VwVG vermag aber nur Wirkung gegenüber im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verwaltungsverfahrensgesetzes bestehenden Bestimmungen zu entfalten. Es gilt der Vorrang des jüngeren Rechts, weshalb Art. 4 VwVG heute keine direkte vereinheitlichende Wirkung auf das Verwaltungsverfahrenrecht mehr hat.⁴⁶ Indessen bleibt Art. 4 VwVG von Bedeutung, indem das Bundesgericht unter Berufung auf diese Bestimmung festgestellt hat, «dass mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz eine einheitliche und allgemein gültige Ordnung geschaffen worden ist, von der nur abgewichen werden darf, wo der spätere Gesetzgeber dies unmissverständlich erlaubt».⁴⁷ Daraus kann ebenfalls ein Rechtfertigungsgebot für abweichende Bestimmungen des speziellen Verwaltungsverfahren gesehen werden.

⁴¹ Zum Ganzen: SCHMIDT-ASSMANN, S. 7.

⁴² TSCHANNEN, in: Kommentar VwVG, Art. 4, Rz. 5.

⁴³ Die «Not» kann sich durchaus aus dauerhaft rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten des Rechtsgebiets ergeben.

⁴⁴ SALADIN, S. 41; TSCHANNEN, in: Kommentar VwVG, Art. 4, Rz. 5.

⁴⁵ BBl 1965 II 1348, 1362.

⁴⁶ TSCHANNEN, in: Kommentar VwVG, Art. 4, Rz. 7; MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 4, Rz. 4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 383.

⁴⁷ BGE 115 Ib 424 E. 4c.

Für die vorliegende Arbeit ergibt sich hieraus ein einfaches und effektives Prüfungsschema für die asylrechtlichen Spezialbestimmungen. Zunächst sind demnach die «rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten» des Asylrechts zu definieren. Da die asylrechtlichen Spezialbestimmungen kaum je Eingang in das Allgemeine Verwaltungsfahren fanden respektive im aktuellen Zeitgeschehen finden dürften, stellt sich lediglich die Frage, ob diese Spezialbestimmungen durch die rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten des Asylrechts erklärbar respektive rechtfertigbar erscheinen. Ist dies nicht der Fall, kann die entsprechenden Spezialbestimmungen als gesetzgeberischer Aktivismus, welche der Einheit des Verwaltungsverfahren zuwider laufen, qualifiziert werden. Die Schwäche dieses Ansatzes ist indessen darin zu erkennen, dass es sich lediglich um ein rechtsdogmatisches Konzept handelt, welches keine Justiziabilität kennt. Wird eine Abweichung also als gesetzgeberischer Aktivismus qualifiziert, kann dies höchstens als Zeichen für den Gesetzgeber gewertet werden. Über den Rechtsweg ist an diesem Umstand im Schweizer Rechtssystem nichts zu ändern.

2.3.2 Rechtfertigung durch das Rechtsgleichheitsgebot

Das verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV – welches sowohl ein Gleichbehandlungsgebot als auch ein Gebot der Differenzierung umfasst⁴⁸ – bindet nicht nur die Rechtsanwendung, sondern auch die Rechtsetzung. Daraus ergibt sich, dass Ungleichbehandlungen (oder Gleichbehandlungen), welche sich aus einer neuen, vom Gesetzgeber als Lösung für ein zu regelndes Problem gewählten Regelungen ergeben, sachlich begründet werden müssen.⁴⁹

Das Bundesgericht erachtet gemäss ständiger Rechtsprechung das Rechtsgleichheitsgebot als verletzt, «wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Das Rechtsgleichheitsgebot ist insbesondere verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird, was beispielsweise zutrifft, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen

⁴⁸ Vgl. eingehend unter anderem MÜLLER/SCHEFER, S. 654.

⁴⁹ MÜLLER/SCHEFER, S. 670; BIAGGINI, in: BV Kommentar, Art. 8, Rz. 9 ff.; BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, S. 540 f.; SCHWEIZER, in: SG-Kommentar, Art. 8, Rz. 19–21.

werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen».⁵⁰ Die Prüfung des Gleichbehandlungsgebots erfolgt dabei in zwei Prüfungsschritten.⁵¹ Erstens muss man die Vergleichbarkeit zwischen zwei Personen oder Sachverhalten (*tertium comparationis*) feststellen, um dann in einem zweiten Schritt die Rechtfertigung der Gleich- oder Ungleichbehandlung beurteilen zu können.⁵²

Das *tertium comparationis* beschreibt die Eigenschaft, hinsichtlich welcher sich zwei Sachverhalte unterscheiden. Es geht somit um den Vergleichsaspekt, mit welchem die zwei Sachverhalte in Relation gesetzt werden. Mit diesem ersten Prüfungsschritt soll sichergestellt werden, dass zunächst ein rein deskriptiver Vergleich erfolgt, bevor eine normative Wertung stattfindet. Besteht diese Vergleichbarkeit nicht – wird das *tertium comparationis* somit verneint –, ist Art. 8 Abs. 1 BV nicht anwendbar.⁵³ Wird die Vergleichbarkeit zwischen den beiden Sachverhalten aber bejaht, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung für die (Un-)Gleichbehandlung der Sachverhalte. Die Einschätzung der Rechtfertigung kann sich dabei je nach Ort, Zeit und herrschenden Anschauungen unterschiedlich darstellen.⁵⁴ Zwar ist diese Einschätzung der Rechtfertigung jeweils auf einen sachlichen Grund in Bezug auf die relevanten Tatsachen abzustellen. Es handelt sich aber unbestrittenermassen um eine Wertungsfrage der Gerechtigkeit, welche sich kaum näher umschreiben lässt.⁵⁵

Mit Blick auf die vorliegende Arbeit kann somit in Bezug auf das verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgebot festgestellt werden, dass – wenn das *tertium comparationis* bejaht und die Sachverhalte somit als vergleichbar qualifiziert werden können – die Abweichungen von asylrechtlichen Spezialbestimmungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren einer sachlichen Begründung bedürfen. In Bezug

⁵⁰ BGE 141 I 153 E. 5.1; BGE 140 I 77 E. 5.1; BGE 134 I 23 E. 9.1 je m.w.H.; BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, S. 541 f.

⁵¹ Die Prüfungsschemen unterscheiden sich sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung in nicht unwesentlicher Weise. Nachfolgend wird auf die überzeugend dargelegte Variante von OESCH (S. 33 ff.) verwiesen. Derselbe verweist auch auf andere Prüfmethode, vgl. OESCH, S. 29, auch S. 76.

⁵² OESCH, S. 33 ff.

⁵³ OESCH, S. 34.

⁵⁴ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 656, mit Beispielen.

⁵⁵ OESCH, S. 39.

auf die Bejahung des *tertium comparationis* ist indessen grosse Skepsis angebracht. Das Bundesgericht hat in BGE 131 I 166 E. 7.2 bereits einmal festgehalten, dass der Anwesenheitsstatus einer Person einen wesentlichen sachlichen Grund für entsprechende Differenzierungen darstellen kann. Zwar ist in dogmatischer Hinsicht nicht klar ersichtlich, ob damit direkt das *tertium comparationis* verneint wird oder sich die Prüfung bereits im zweiten Schritt befindet. Diese Differenzierung von Parteien im Verwaltungsverfahren bereits auf Grundlage deren Anwesenheitsstatus lässt die Anwendung von Art. 8 Abs. 1 BV im vorliegenden Zusammenhang bereits generell fraglich erscheinen, muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.

Sind ungeachtet des *tertium comparationis* im zweiten Schritt die sachlichen Gründe zu bejahen, sind die entsprechenden Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren als begründet und somit gerechtfertigt zu erachten. Dabei können die spezifischen Eigenschaften des zu regelnden Rechtsgebiets als sachliche Gründe oder Ausgangspunkte für diese sachlichen Gründe dienen. Indessen ist zu unterstreichen, dass die Vergleichbarkeit nicht *unisono* für ein gesamtes Spezialgesetz bejaht oder verneint werden kann. Vielmehr bedarf es jeweils einer Prüfung des *tertium comparationis* der einzelnen abweichenden Spezialbestimmung. Im Gegensatz zum Konzept von SCHMIDT-ASSMANN ist die Überprüfung von vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren abweichenden Spezialbestimmungen mittels Rechtsgleichheitsgebot justiziabel. Indessen sind die faktischen Hürden einer Feststellung einer Rechtsungleichheit bereits durch den ersten Prüfungsschritt des *tertium comparationis* als sehr hoch einzustufen.

2.3.3 Rechtfertigung durch die Erforderlichkeit als Verfassungsgrundsatz

Bei einem Blick über die Schweizer Grenze findet sich in der Österreichischen Verfassung ein weiteres Konzept, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Abweichung vom Allgemeinen Verwaltungsrecht zu rechtfertigen ist. Art. 11 Abs. 2 des Bundesverfassungsgesetzes (B-VG) lautet wie folgt:

«Soweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird, werden das Verwaltungsverfahren, die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes, das Verwaltungsstrafverfahren und die Verwaltungsvollstreckung auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, durch Bundesgesetz geregelt; abweichende Regelungen können in den einzelnen Gebieten der Verwaltung regelnden Bundes-

oder Landesgesetzen nur dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind.»

Art. 11 Abs. 2 B-VG befasst sich somit in erster Linie mit der Zuständigkeit zwischen dem Bund und den Ländern für den Erlass neuer Bestimmungen im Verwaltungsverfahren, im Verwaltungsstrafrecht, im Verwaltungsstrafverfahren und in der Verwaltungsvollstreckung. Die Bestimmung ist in den Zusammenhang mit der in Österreich geltenden sogenannten Adhäsionskompetenz zu setzen. Diese bestimmt, dass der jeweils für die Regelung einer bestimmten Rechtsmaterie zuständige Gesetzgeber (ob auf Bundes- oder Landesebene) auch für die Regelung des dazugehörenden Verfahrens zuständig ist. Art. 11 Abs. 2 B-VG beschränkt diesen Grundsatz zur Vermeidung einer zu grossen Zersplitterung des Verfahrensrechts insoweit, als dass in den oben genannten Rechtsbereichen grundsätzlich der Bund für die Erlassung von Verfahrensrecht zuständig wird, auch wenn gemäss Adhäsionskompetenz die Länder dafür zuständig wären.⁵⁶

Im Gegensatz zur Schweiz kennt das österreichische Rechtssystem mit dem Verfassungsgerichtshof eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Vorliegend relevant ist, dass der Verfassungsgerichtshof insbesondere über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen befinden kann. Neben dem Gerichtshof selber können die Bundesregierung (in Bezug auf Landesgesetze), die Landesregierungen (in Bezug auf Bundesgesetze), ein Drittel der Abgeordneten des Nationalrats oder ein Drittel der Mitglieder des Bundesrates (in Bezug auf Bundesgesetze) oder ein Drittel der Abgeordneten eines Landtages (in Bezug auf Landesgesetze – wenn die Landesverfassung dies vorsieht) einen Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes stellen. Wird die Verfassungswidrigkeit festgestellt, verfügt der Gerichtshof über die Kompetenz, das Gesetz, Teile des Gesetzes oder einzelne Passagen oder Wörter aufzuheben.⁵⁷

Der Österreichische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung definiert, dass die in Art. 11 Abs. 2 B-VG genannte «Erforderlichkeit» restriktiv auszulegen sei. Ein Abweichen von den allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrens ist gemäss ständiger Rechtsprechung nur zulässig, wenn dies durch be-

⁵⁶ HUBER, S. 5; KHAKZADEH-LEILER, *Erforderlichkeit*, S. 368 f.

⁵⁷ Art. 140 B-VG.

sondere Umstände erforderlich und somit unerlässlich sei.⁵⁸ Unerlässlichkeit liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber ohne die abweichende, neue Bestimmung seine Zuständigkeit respektive die Zielsetzung in der zu regelnden Hauptmaterie nicht erfüllen könnte. Nicht erforderlich sind somit Regelungen, welche erlassen werden, obschon das Ziel bereits erreicht ist und die neuen Bestimmungen demnach nicht notwendig sind. Dem Begriff der Erforderlichkeit liegt demnach ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum inne, welcher durch den Verfassungsgerichtshof überprüfbar ist.⁵⁹ In Sachen Asyl stellte der Verfassungsgerichtshof fest, dass aufgrund der Tatsache, dass eine asylsuchende Person während des Verfahrens durch den Aufenthalt im Land bereits das vorläufige Recht genieße, welches durch die Asylgewährung letztlich in erster Linie angestrebt werde,⁶⁰ Abweichungen des Asylgesetzes vom Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) möglich seien. Diese Abweichungen müssten unter anderem den Zweck verfolgen, dass die asylsuchende Person am Verfahren mitwirkt, den relevanten Sachverhalt so früh wie möglich geltend macht, ihre Beweismittel einreicht und das Verfahren nicht verzögert.⁶¹

Diese Verfassungsbestimmung ermöglicht es somit, neue Verfahrensbestimmungen im Verwaltungsverfahren auf ihre Verfassungskonformität durch den Verfassungsgerichtshof überprüfen zu lassen. Der Gerichtshof überprüft dabei jede (neue) Abweichung des Gesetzes auf ihre Erforderlichkeit.⁶² Als anschauliches Beispiel kann das Urteil des VfGH D237/03 ua vom 15. Oktober 2004 herangezogen werden. In diesem Urteil überprüfte der Gerichtshof von den allgemeinen Regelungen im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz abweichende Bestimmungen im Asylgesetz. Unter anderem qualifizierte der Gerichtshof Teile einer neuen Bestimmung, welche neue Tatsachen und Beweismittel in zweiter Instanz nur noch aus Gründen medizinisch belegbarer Traumatisierung zulassen wollte, als Verletzung von Art. 11 Abs. 2 B-VG und somit verfassungswidrig, weshalb die entsprechenden verfassungswidrigen Teile dieser Bestimmung durch den Ge-

⁵⁸ VfSlg. 6343/1970; VfSlg 8945/1980; VfSlg 10097/1984; VfSlg 11564/1987 ua.; VfGH B966, 1089/93; auch: VfGH 15.218/1998; VfGH 11.564/1987; VfGH 14.153/1995; VfGH 15.351/1988; VfGH 13.838/1994; VfGH 13.831/1994.

⁵⁹ KHAKZADEH-LEILER, Erforderlichkeit, S. 372 ff.

⁶⁰ M.E. kann eine provisorische Aufenthaltsberechtigung nicht mit einem definitiven Schutz vor erlittener oder drohender Verfolgung gleichgesetzt werden.

⁶¹ So Urteil des VfGH B1219/93; B1698/93; B397/94 vom 30. Juni 1994 E. 1.b.

⁶² Vgl. beispielsweise Urteil des VfGH G 237/03 ua vom 15. Oktober 2004 E. 4.7.1.

richtshof aufgehoben wurden. Dabei berücksichtigte der Gerichtshof die Besonderheiten des Asylverfahrens⁶³ als auch den (politischen) Wunsch, das Asylverfahren zu beschleunigen. Auch die Einschränkung der Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde im Sinne von Art. 11 Abs. 2 B-VG als verfassungswidrig erklärt und aufgehoben. Zu präzisieren ist indessen, dass der Gerichtshof nicht die gesamte Regelung aufhob, sondern lediglich die Teile, welche als nicht erforderlich qualifiziert wurden.⁶⁴ Demgegenüber stellte der Verfassungsgerichtshof in Bezug auf eine Regelung, welche es verhindern soll, dass Asylsuchende bei einem erwarteten negativen Asylentscheid ihr Asylgesuch zurückziehen, um dann ein neues Asylgesuch zu stellen, welches eine Rückschiebung verhindert, fest, dass der Zweck einer Verhinderung eines missbräuchlichen Verhaltens Art. 11 Abs. 2 B-VG nicht widerspreche und die Regelung somit nicht verfassungswidrig sei.⁶⁵

Für die vorliegende Arbeit ist demnach festzustellen, dass das österreichische Rechtssystem einen Rechtsweg zur Überprüfung von abweichenden Sonderbestimmungen zu den allgemeinen Verwaltungsverfahrensbestimmungen kennt, wobei der grössere Kontext der Kompetenzordnung zwischen Bund und Ländern nicht ausgeblendet werden darf. Dabei müssen die Abweichungen gemäss Wortlaut der Verfassungsbestimmung *erforderlich* sein, was der Verfassungsgerichtshof – nicht weniger unspezifisch – mit «unerlässlich» umschreibt. Was genau diese Erforderlichkeit respektive Unerlässlichkeit beinhaltet, erscheint nicht gänzlich geklärt. KHAKZADEH-LEILER argumentiert denn, dass «der Begriff der Erforderlichkeit in den Fällen, in denen einander abwägungsfähige Interessen gegenüber stehen, zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit führen muss».⁶⁶ Aufgrund der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz für Bundesgesetze sowie der fehlenden abstrakten Normenkontrolle des Bundesgerichts würde eine solche Überprüfung von abweichenden Gesetzesbestimmungen in der Schweiz einen grundlegenden Systemwechsel des Schweizer Rechtssystems erfordern. Die Voraussetzung der Erforderlichkeit respektive Unerlässlichkeit der Abwei-

⁶³ Ausdrücklich wurde dabei darauf verwiesen, dass die asylsuchenden Personen der deutschen Sprache nicht mächtig seien und sich nach der Einreise in einem physischen und psychischen Ausnahmezustand befinden würden, Urteil des VfGH G 237/03 ua vom 15. Oktober 2004 E. 4.7.1, 4.7.4.2.

⁶⁴ Im Falle des sogenannten Neuerungsverbots wurden die Worte «auf Grund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung» gestrichen.

⁶⁵ Urteil des VfGH G 237/03 ua vom 15. Oktober 2004 E. 6.5.

⁶⁶ KHAKZADEH-LEILER, *Erforderlichkeit*, S. 393, wobei sie auf die österreichischen Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit der Eignung, der Erforderlichkeit und der Adäquanz verweist.

chung zur Zielerreichung in der in Frage stehenden Rechtsmaterie erweist sich indessen nachfolgend als mögliche Alternative zur Prüfung der Rechtfertigung von abweichenden Regelungen im Asylverfahren im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren.

2.3.4 Zwischenfazit

Aus den drei eben skizzierten Konzepten zur Beurteilung respektive Überprüfung von abweichenden Sonderbestimmungen lässt sich feststellen, dass sich aus keinem System ein klares und abschliessendes Prüfschema ergibt. Das Konzept von SCHMIDT-ASSMANN, welches sich lediglich auf die dauerhaft rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten stützt, ist in dieser Art und Weise zwar sehr einfach, aber auch sehr weit gefasst und nicht justiziabel. Eine dauerhaft rechtlich anzuerkennende Besonderheit eines Rechtsgebiets – ohne dass SCHMIDT-ASSMANN diese Voraussetzung genauer präzisiert – lässt sich in Sondergebieten des Verwaltungsrechts denn auch aus der Natur der Sache leicht erkennen. Aufgrund der Einfachheit sowie dem Fokus auf Besonderheiten der zu regelnden Rechtsmaterie eignet sich dieses Konzept indessen sehr gut für die nachfolgende Prüfung abweichender Bestimmungen im Asylverfahren.

Die Überprüfung von abweichenden Sonderbestimmungen mittels dem Rechtsgleichheitsgebot stellt – neben der nötigen Vergleichbarkeit der Sachverhalte – auf das Bestehen eines sachlichen Grundes in Bezug auf die relevanten Tatsachen ab, wobei es sich um eine Wertungsfrage handelt, ohne dass das Bundesgericht genauere Voraussetzungen dafür definiert hat. Der Vorteil der Anwendung dieses Konzepts ist klarerweise darin zu sehen, dass sich dieses im bestehenden Schweizer Rechtssystem als justiziabel erweist.

Mit der Erforderlichkeit von abweichenden Bestimmungen als Verfassungsgrundsatz verfügt das österreichische Rechtssystem über einen in der Verfassung festgeschriebenen Prüfmechanismus von abweichenden Sonderbestimmungen. Indessen prüft der Verfassungsgerichtshof das Kriterium der Erforderlichkeit kaum nach einem stringenten Prüfschema, sondern verweist auf die Unerlässlichkeit der Bestimmung, um die Ziele in der zu regelnden Materie unter Berücksichtigung deren Besonderheiten zu erreichen. Für die nachfolgende Prüfung eignet sich dieses Konzept – im Bewusstsein, dass die Anwendung desselben für die Schweiz aufgrund der fundamentalen Diskrepanzen der beiden Rechtssysteme unrealistisch

ist – gut, weshalb die Erforderlichkeit respektive Unerlässlichkeit bei der Beurteilung der abweichenden Bestimmungen ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Zusammenfassend wird ersichtlich, dass sich alle skizzierten Konzepte im Kern vage halten und keines universelle, konkrete und klare Voraussetzungen oder gar ein Prüfungsschema vorgibt. Weder die «dauerhaft rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten», das Bestehen eines sachlichen Grundes noch die Erforderlichkeit sind klar fassbare Kriterien, welche sich für eine wertungsfreie Prüfung eignen. Somit bleibt die Prüfung, ob Sonderbestimmungen, welche vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren abweichen, kaum objektivierbar und beinhaltet unweigerlich subjektive Wertungselemente. Indessen kann aufgrund der Nähe der Begrifflichkeiten davon ausgegangen werden, dass sich die Resultate der jeweiligen Prüfung – abgesehen von deren Justiziabilität – kaum markant unterscheiden dürften. Darüber hinaus wird auch klar, dass in jedem der skizzierten Konzepte die Besonderheiten der zu regelnden Rechtsmaterie von grosser Bedeutung sind. Sei das direkt bei SCHMIDT-ASSMANN mit den «dauerhaft rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten» oder indirekter definiert als *tertium comparationis* oder schlicht durch die Rechtsprechung explizit berücksichtigt.

Kapitel 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht in der Schweizer Rechtsordnung

3.1 Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts in der Schweiz

Wie vorangehend ausgeführt, besteht das Allgemeine Verwaltungsrecht zum grössten Teil aus Rechtsprechung und Lehre der entsprechenden Referenzgebiete. Eine umfassende Kodifikation existiert sowohl für das Allgemeine Verwaltungsrecht, aber auch für den Teilbereich des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts in einer alle institutionellen Ebenen umfassenden Reinform nicht, zumal insbesondere auch auf kantonaler Ebene durchaus gewichtige Unterschiede bestehen. Ein allgemeines verwaltungsrechtliches Modellverfahren der Schweiz kann deshalb nicht beschrieben werden.⁶⁷

Für die vorliegende Arbeit wird im Sinne einer Vereinfachung durch die Ausklammerung der kantonalen Verfahren und der dadurch resultierenden Konzentration auf die bundesrechtlichen Verfahren die notwendige Nulllinie⁶⁸ geschaffen, mit welcher das Asylverfahren in den nachfolgenden Kapiteln verglichen und geprüft werden kann. Nach dieser Vereinfachung kann festgestellt werden, dass somit lediglich noch drei Gesetze – das Verwaltungsverfahrensgesetz, das Verwaltungsgerichtsgesetz sowie das Bundesgerichtsgesetz – allgemeingültige Verwaltungsverfahrensbestimmungen kennen. Diese drei Gesetze sind zudem ausgiebig kodifiziert, zum grossen Teil mehrfach kommentiert und weisen eine umfassende und langjährige Rechtsprechungspraxis auf.⁶⁹ Aus diesen drei Gesetzen leitet die Rechtsprechung sodann jeweils auch allgemeine Prinzipien für die einzelnen Rechtsgebiete ab.⁷⁰

⁶⁷ TSCHANNEN, Rz. 366.

⁶⁸ Nulllinie im Sinne einer Vergleichsebene oder eines «Normalverfahrens», welchen abweichende Bestimmungen gegenübergestellt werden können.

⁶⁹ In diesem Sinne auch KARLEN, S. 21.

⁷⁰ GERBER, S. 1309.

Das vorliegend im Fokus stehende Asylverfahren greift ferner in erster Linie auf das Verwaltungsverfahrensgesetz zurück,⁷¹ welches aus diesem Grund von besonderem Interesse ist. Zum besseren Verständnis dieses Gesetzes, dessen Hintergrunds, Entstehung und Entwicklung wird nachfolgend dessen Entstehungsgeschichte beleuchtet.

3.2 Entstehung und Entwicklung des VwVG

3.2.1 Langwieriger Weg zum VwVG

Bereits kurz nach der Gründung des Schweizer Bundesstaats im Jahr 1848 zeigten sich erste Bestrebungen in Richtung eines einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetzes.⁷² Es sollte jedoch noch über 100 Jahre dauern, bis die erste Kodifikation eines Bundesverwaltungsverfahrens in Kraft trat. Zunächst wurden in einzelnen Spezialerlassen des Bundes⁷³ lediglich einzelne Gebiete des Verwaltungsverfahrens geregelt. Im Laufe der Zeit kamen nach und nach mehr dieser Spezialgebiete und damit einzeln kodifiziertes Verwaltungsverfahren dazu.⁷⁴ Jedoch bildeten diese einzelnen Verfahrensbestimmungen keine Einheit, was zu einer Fragmentierung des Verwaltungsverfahrenrechts ohne Zusammenhang oder grösseren Gesamtplan führte.⁷⁵ Die vorhandenen Lücken wurden von Verwaltungsgewohnheitsrecht und allgemeinen Grundsätzen der Lehre des allgemeinen Verwaltungsrechts gefüllt, wobei sich dieses an der Praxis des Bundesgerichts orientierte. Zu dieser Zeit überwog die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtsprechung klar, wobei auch in gewissen Kantonen eine zivilgerichtliche und parlamentarische Verwaltungsjustiz zu beobachten war und zum Teil auch bereits einzelne Bereiche der Verwaltungsrechtsprechung auf besondere Verwaltungsjustizbehörden übertra-

⁷¹ Für das asylrechtliche Beschwerdeverfahren finden sich auch zahlreiche Bestimmungen im Verwaltungsgerichtsgesetz. Für das Asylverfahren insgesamt ist das Verwaltungsverfahrensgesetz von grösserer Bedeutung.

⁷² SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 1.

⁷³ Interessanterweise wurden zunächst in Bereichen mit typischen Eingriffen in die Freiheit und das Eigentum des Einzelnen Verfahrensvorschriften erlassen, wie z. B. in Bezug auf Disziplinarsanktionen gegen Beamte.

⁷⁴ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 2; MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 1, Rz. 1 f.

⁷⁵ BBl 1968 II 1248, 1349, 1351; wobei die Botschaft den Zustand sogar mit einem «bunten Mosaik» verglich. Auch: IMBODEN, S. 67.

gen wurden.⁷⁶ Dass dieser Zustand nicht zu einer einheitlichen Rechtsanwendung (selbst innerhalb einer Behörde) führte, liegt auf der Hand.⁷⁷

Im Jahr 1917 wurde das Eidgenössische Versicherungsgericht geschaffen.⁷⁸ Seit dem Jahr 1925 entstanden sodann nach und nach mehrere Spezialrekurskommissionen, welche die verwaltungsinterne Rechtspflege, wonach die Verwaltung oder die Regierung selber über Streitfälle entschied, in einzelnen Bereichen ablöste. Auf eine generelle Zuständigkeit des Bundesgerichts oder einer dieser Rekurskommissionen für die gesamte Verwaltungsrechtspflege wurde hingegen nach wie vor verzichtet. Diese Entwicklungen stellten die Grundlagen für die spätere Beschwerde vor dem Bundesrat dar, welche im Jahr 1943 im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege festgelegt wurde. Bereits zu diesem Zeitpunkt wurde verschiedentlich eine allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit gefordert, welche jedoch in der politischen Umsetzung scheiterte.⁷⁹

An der Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins im Jahr 1947 hielt MAX IMBODEN mit HENRI ZWAHLEN ein Referat zum Thema «Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund». Dabei zählte IMBODEN insbesondere den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber Übergriffen und Willkür des Staates, die Gewährleistung der Rechtssicherheit, die Weiterbildung des Rechts durch Rechtsprechung sowie aber auch das Interesse an einer sachgemässen und wirksamen Erfüllung der Verwaltungsrechtsprechung zu den Aufgaben der Verwaltungsrechtsprechung.⁸⁰ Das System der damals vorherrschenden verwaltungsinternen Verwaltungsrechtsprechung, dass also die Verwaltungsbehörden selber über allfällige sie betreffende Streitigkeiten entscheiden, kritisierte IMBODEN trotz des diesem System zugrundeliegenden demokratischen Gedankens, der grossen Wirksamkeit und der Einfachheit der Organisation und des Verfahrens scharf. So würde dadurch die Exekutive überlastet und die Entscheide kaum umgestossen, weshalb ein effektiver Rechtsschutz des

⁷⁶ IMBODEN, S. 16, 31, 54, 60; SCHINDLER/KNEER, in: Kommentar VRP/SG, Überblick, Rz. 2.

⁷⁷ BBI 1968 II 1248, 1350 f.

⁷⁸ Dies kann als Anzeichen dafür gewertet werden, dass der gerichtliche Rechtsschutz im Bereich des Sozialversicherungsrechts seit jeher besser ausgebaut war als in anderen Verwaltungsrechtsbereichen. GYGI, S. 15; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 5, insb. Fn. 24.

⁷⁹ Zum Ganzen KLEY, S. 121; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 5.

⁸⁰ IMBODEN, S. 7 f.

Bürgers in dieser Form mehr als fraglich sei.⁸¹ Zudem würde die Bildung einer klaren und einheitlichen Praxis erschwert, da die Exekutive kaum deren Koordination übernehmen kann, wenn die massgebliche Arbeit von den Departementsbeamten ausgehe.⁸² Auch bei der zu dieser Zeit aufkommenden Übertragung der Verwaltungsrechtsprechung auf besondere Verwaltungsjustizbehörden, was zwar zu einer Entlastung der Exekutive führen und durch die Beurteilung durch eine unabhängige Instanz das Vertrauen des Bürgers in die Verwaltung fördern könne, nannte IMBODEN insbesondere die Gefahr der Zersplitterung der Rechtsprechung und Auflösung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Begriffe als offenkundigen Mängel dieses Systems.⁸³ Er zeigte dabei deutlich die Notwendigkeit einer Umgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz auf und forderte die Schaffung unabhängiger Verwaltungsjustizbehörden. So müsse die lückenhafte, oftmals veraltete und zersplitterte Verwaltungsprozessgesetzgebung mittels allgemein vereinheitlichten Verwaltungsvorschriften ersetzt werden.⁸⁴ Dieses Referat sollte sich schliesslich als einer der Auslöser für die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenrechts darstellen. IMBODEN erhielt kurze Zeit nach diesem Referat den Auftrag, unter anderem einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren auszuarbeiten, wobei er auch seine Forderung, das nicht-streitige und das Streitige Verwaltungsverfahren in einem einzigen Gesetz zu regeln, umsetzte.⁸⁵

Auch das Bundesgericht, welches seit dem Jahr 1874 als ständiger Gerichtshof fungierte, leistete durch die vermehrte Anerkennung der aus dem Rechtsgleichheitsgebot hergeleiteten verfassungsmässigen Verfahrensgarantien einen wesentlichen Beitrag zur Vereinheitlichung, Fortbildung und Kodifikation eines einheitli-

⁸¹ IMBODEN sah zum einen eine Gefahr einer Entwicklung zum Beamtenstaat, da nicht mehr die demokratisch legitimierten Personen entscheiden würden, die Rekursbehörden nicht zu einer selbständigen Neuüberprüfung des Entscheids gelangen könnten und auch die grundsätzlich mögliche staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht kaum erfolgreich ist, wenn lediglich die Verletzung von kantonalem Recht geltend gemacht wird. Zudem sieht er in der Verschriftlichung des Verfahrens eine Erschwerung der wirksamen Wahrnehmung der Rechte. IMBODEN, S. 45 ff.

⁸² IMBODEN, S. 43 ff.

⁸³ IMBODEN, S. 67 ff.

⁸⁴ IMBODEN, S. 80 ff.

⁸⁵ IMBODEN, S. 81; KLEY, S. 121 f.; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 6. Damit regelt das Verwaltungsverfahrensgesetz im Einklang mit dem österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, aber im Gegensatz zum deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz auch das Beschwerdeverfahren und beschränkt sich nicht auf das nicht-streitige Verfahren.

chen Verfahrensrechts, auch wenn das Bundesgericht diese Verfahrensrechte noch lange nicht auf das Verwaltungsverfahren anwenden wollte.⁸⁶

Mit dem von IMBODEN erarbeiteten Vorentwurf aus dem Jahr 1952 wurde ein langwieriges gesetzgeberisches Rechtsetzungsverfahren in die Wege geleitet. Nach mehreren Schwierigkeiten in der Vernehmlassung, starkem Widerstand aus der Verwaltung, welche sich insbesondere gegen eine Übertragung der Zuständigkeit per Generalklausel wehrte, langen Diskussionen in den eidgenössischen Räten und der Einsetzung einer Expertenkommission zeigte schliesslich die «Mirage-Affäre»⁸⁷ das Ungenügen der Verwaltungskontrolle und somit die Notwendigkeit sowie Dringlichkeit eines einheitlichen Verwaltungsprozessrechts und einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz endgültig auf.⁸⁸ Die eidgenössischen Räte beauftragten eine einberufene Expertenkommission, innerhalb eines Jahres eine Vorlage über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erarbeiten.⁸⁹ Auf eine weitere, zusätzliche Vernehmlassung wurde deshalb verzichtet und das Verwaltungsverfahrensgesetz trat am 1. Oktober 1969 in Kraft.⁹⁰ Die Einführung des Verwaltungsverfahrensgesetzes verhalf dem Verwaltungsrecht und der Verwaltungsrechtspflege zu einem Aufschwung, sowohl in der Lehre als auch in der Praxis.⁹¹ Zudem beeinflusste dieses auch die kantonalen Verwaltungsverfahren, indem einige entscheidende Begriffe (wie z. B. der Verfügungsbegriff) bundesrechtlich geregelt wurden und die Kantone nach und nach Verwaltungsgerichte einführten.⁹²

Anzumerken bleibt, dass bei der Entwicklung der Bundesrechtspflege im Bereich des Verwaltungsrechts jeweils in erster Linie die Schaffung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vordergrund stand. Die Kodifikation eines Allge-

⁸⁶ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 3; SCHINDLER, 100 Jahre, S. 345.

⁸⁷ Vgl. dazu Bericht der vom Nationalrat und vom Ständerat eingesetzten Kommissionen an die Eidgenössischen Räte über die Abklärung der Mirage-Angelegenheit, 1. September 1964, BBl 1964 II 273, wobei die Kommission zum Schluss gelangt, dass die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Mirage-Beschaffung auch bei einer voll ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht hätte vermieden werden können, jedoch «die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein besonders wirksames Mittel [sei], um die Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns, im besonderen auch die pflichtgebundene Ermessensausübung, zu gewährleisten». BBl 1964 II 273, 344.

⁸⁸ MARTI, S. 512.

⁸⁹ BBl 1964 II 273, 345.

⁹⁰ KLEY, S. 122 f.; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 6.

⁹¹ MARTI, S. 513.

⁹² MARTI, S. 513; SCHINDLER, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Rz. 12.

meinen Verwaltungsverfahrenrechts hingegen stand und steht bis heute kaum je im Zentrum der politischen und wissenschaftlichen Diskussionen. Dies vermag auch den Grund darzustellen, weshalb das Verwaltungsverfahrensgesetz vor allem in den Kantonen und auf Bundesebene etabliertes Verfahrensrecht zusammentrug, ohne grosse verfahrensrechtliche Innovationen im Gesetzestext zu integrieren.⁹³

3.2.2 Entwicklung des VwVG

Seit dem Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahr 1969 erfolgten bis zur Justizreform im Jahr 2007 nur kleinere Anpassungen der verfahrensrechtlichen Bestimmungen, wie beispielsweise die Einführung von Bestimmungen bezüglich Verfahren mit mehr als 20 Parteien anlässlich der Revision des Bundesrechtspflegegesetzes im Jahr 1991.⁹⁴ Dabei wurde bereits unter anderem das Ziel verfolgt, das mehr und mehr überlastete Bundesgericht durch die Vorschaltung verschiedener Verwaltungsgerichtsinstanzen zu entlasten.⁹⁵ In dieser Zeit machte sich ferner auch die Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention bemerkbar. So musste das Verwaltungsverfahrenrecht aufgrund der Erfordernisse von Art. 6 EMRK verschiedentlich angepasst werden.⁹⁶ Das Verwaltungsverfahrensgesetz betraf diese äusseren Entwicklungen jedoch nicht, weshalb es diesbezüglich keiner Revisionen bedurfte. Mit der Revision des Bundesrechtspflegegesetzes im Jahr 1991 wurde überdies versucht, die teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltete Gesetzgebung zwischen dem Bund und den Kantonen im Bereich des Verwaltungsverfahrens zu vereinheitlichen und somit dem Harmonisierungsbedürfnis gerecht zu werden. Gleichzeitig sollten auch die diversen Entwicklungen in verschiedenen Bereichen des Verwaltungsverfahrens in Richtung Spezialgesetzgebung eingeschränkt werden.⁹⁷

Die mit dieser Revision des Bundesrechtspflegegesetzes primär bezweckte Entlastung des Bundesgerichts wurde jedoch schnell durch steigende Eingangszahlen relativiert, so dass sich eine weitere Revision des Justizbereiches abzeichnete. Die Einführung des Bundesverwaltungsgerichts mit der Justizreform im Jahr 2006

⁹³ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 9.

⁹⁴ Z. B. Art. 11a, 30a VwVG; BBl 1991 II 465, 534 ff.; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 8.

⁹⁵ SCHWEIZER, S. 203.

⁹⁶ Dazu ausführlich SCHWEIZER, S. 208.

⁹⁷ SCHWEIZER, S. 206 f.

hatte im Hinblick auf das Verwaltungsverfahrenrecht selber kaum Auswirkungen. So umfasste die Revision im Wesentlichen nur drei Gesetze – das Bundesgerichtsgesetz, das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Strafgerichtsgesetz. Das Verwaltungsverfahrensgesetz bedurfte durch diese einschneidende Revision des Schweizer Justizsystems überraschenderweise keiner fundamentalen Änderungen.⁹⁸

3.2.3 Anwendbarkeit des VwVG heute

Der Wille des Gesetzgebers, lediglich das «normale» Verwaltungsverfahren im Verwaltungsverfahrensgesetz im Sinne eines gewissen Minimalstandards zu kodifizieren, ist insbesondere aus den Art. 1–4 VwVG ersichtlich. Diese Artikel sind für die Auslegung des Geltungsbereichs des gesamten Verwaltungsverfahrensgesetzes massgebend.⁹⁹ Gemäss Art. 1 Abs. 1 VwVG findet das Gesetz «Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen [im Sinne von Art. 5 VwVG¹⁰⁰] von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind». Durch diese Minimalkodifikation mit einem möglichst breiten Geltungsbereich wirkt das Verwaltungsverfahrensgesetz wie ein Auffangnetz für generelle verfahrensrechtliche Fragen. Auf die Kodifikation von spezialverfahrensrechtlichen Bestimmungen wurde somit bewusst verzichtet.¹⁰¹ Durch dieses Dasein als Mindeststandard ist auch der Umstand zu erklären, dass im Verwaltungsverfahrensgesetz kein materielles Recht, im Sinne eines Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, festgehalten wurde. Es dient somit als Scharnier zum materiellen Verwaltungsrecht.¹⁰²

3.3 Korrelation zwischen den Verfahrensgesetzen

Im bundesrechtlichen Verwaltungsverfahren – und insbesondere im Asylverfahren – sind für die Ausgestaltung des Verfahrens neben dem jeweils geltenden Spezialgesetz im Wesentlichen das Verwaltungsverfahrensgesetz, das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Bundesgerichtsgesetz massgebend. Das Verhältnis unter diesen drei Gesetzen ist indessen nicht gänzlich geklärt.

⁹⁸ BBI 2001 4202, 4209 f.

⁹⁹ MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 1, Rz. 2.

¹⁰⁰ Vgl. MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 1, Rz. 16.

¹⁰¹ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 8, 18.

¹⁰² SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 18.

Art. 37 VGG bestimmt, dass das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richte, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt. Daraus lässt sich ableiten, dass das Verwaltungsgerichtsgesetz als *lex specialis* zu qualifizieren ist und somit dem Verwaltungsverfahrensgesetz grundsätzlich vorgeht.¹⁰³

Das Verhältnis zwischen dem Verwaltungsverfahrensgesetz respektive dem Verwaltungsgerichtsgesetz zum Bundesgerichtsgesetz ist indessen offen. Dieses Verhältnis ist in den allermeisten Verwaltungsverfahren nicht von Belang, da das Bundesgerichtsgesetz erst bei allfälliger Beschwerdeeinreichung beim Bundesgericht zur Anwendung gelangt. Das Verwaltungsgerichtsgesetz selber verweist lediglich bei einzelnen Bestimmungen direkt auf das Bundesgerichtsgesetz.¹⁰⁴ Daraus einen generellen Vorrang des Verwaltungsgerichtsgesetzes oder des Bundesgerichtsgesetzes abzuleiten, erscheint nicht adäquat. Im nachfolgend zu analysierenden Asylbereich stellt sich die Situation durch Art. 6 AsylG anders dar, da diese Bestimmung neben dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Verwaltungsgerichtsgesetz in gleicher Weise auch auf das Bundesgerichtsgesetz als anwendbares Recht verweist. Die Verbindung dieser drei Gesetze kann im Verwaltungsverfahren als unüblich und asylspezifisch bezeichnet werden.¹⁰⁵ So ist offen, ob im Asylverfahren wahlweise das Bundesgerichtsgesetz oder das Verwaltungsgerichtsgesetz¹⁰⁶ zur Anwendung gelangt oder ob das Verwaltungsgerichtsgesetz dem Bundesgerichtsgesetz grundsätzlich vorgeht, und erst wenn im Verwaltungsgerichtsgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, subsidiär auf die Regelungen im Bundesgerichtsgesetz zurückgegriffen werden kann.¹⁰⁷

¹⁰³ In diesem Sinne auch BBI 2001 4202, 4256.

¹⁰⁴ Beispielsweise verweist Art. 45 VGG für die Revision auf die Art. 121–128 des BGG.

¹⁰⁵ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 3.155.

¹⁰⁶ In Verbindung mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz, vgl. Art. 37 VGG.

¹⁰⁷ Diese Frage ist nicht bloss von rechtstheoretischem Interesse. Wäre das Bundesgerichtsgesetz neben dem Verwaltungsgerichtsgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz in gleicher Weise anwendbar, wären zahllose kollisionsrechtliche Fragen zu beantworten wie beispielsweise jene, ob in Bezug auf Inhalt und Form der Beschwerde auf dem Gebiet des Asylrechts Art. 52 VwVG oder Art. 42 BGG zur Anwendung gelangt.

3.4 Zwischenfazit: Das VwVG als Nulllinie

In der Schweizer Rechtsordnung findet sich keine explizite Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Indessen lässt sich mittels Vereinfachung der Sachlage auf das Bundesverwaltungsverfahren feststellen, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz mit seiner Entstehungsgeschichte, als Zusammenzug der gemeinsamen Regelungen der verschiedenen Verwaltungsverfahren im Sinne des kleinsten gemeinsamen Nenners, klare Eigenschaften aufweist, welche einer Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts zugeschrieben werden können. Zwar sind auch das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Bundesgerichtsgesetz für die Ausgestaltung von Bundesverwaltungsverfahren massgebend. Im erstinstanzlichen Verfahren gelangen aber nur die Regelungen des Verwaltungsverfahrens zur Anwendung, wobei letzteres auch die grundlegenderen Verfahrensprinzipien enthält.¹⁰⁸ Das Verwaltungsverfahrensgesetz kann in der vorliegenden Arbeit demnach als Nulllinie respektive als Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht definiert werden, mit welchem die abweichenden Spezialbestimmungen des Asylverfahrens verglichen werden können. Nur in ergänzender Weise ist demnach Rückgriff auf das Verwaltungs- und das Bundesgerichtsgesetz zu nehmen. Nämlich dann, wenn das Verwaltungsverfahrensgesetz im Gegensatz zum Verwaltungs- und dem Bundesgerichtsgesetz zur in Frage stehenden Problematik keine Lösung respektive keine Bestimmung kennt oder wenn sich die Fragestellung direkt aus dem Anwendungsbereich des Verwaltungs- und das Bundesgerichtsgesetzes ergibt.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Beispielsweise Art. 29 VwVG, welcher in allgemeiner Weise den Gehörsanspruch der Parteien festhält. Eine solche Regelung kennen weder das Verwaltungsgerichtsgesetz noch das Bundesgerichtsgesetz.

¹⁰⁹ Z. B. Regelungen zur Spruchkörperbildung im Rechtsmittelverfahren (Art. 111 AsylG) sind nur in Art. 21 ff. VGG enthalten. Diesbezügliche Regelungen kennt das VwVG nicht.

Teil II

Das Asylverfahren im Allgemeinen Verwaltungsverfahren

Kapitel 4 Asylgesetz als Spezialgesetz

4.1 Übersicht

Nach der vorangehenden Darstellung und Qualifikation des Verwaltungsverfahrensgesetzes für die vorliegende Arbeit als Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht, wird nachfolgend im Sinne eines besseren Überblicks und Verständnisses des Asylverfahrens insgesamt die Rechtsentwicklung des Asylgesetzes skizziert, bevor im Anschluss die aktuell geltenden Regelungen im Asylbereich mit Fokus auf das Asylverfahren kurz dargestellt werden. So soll der Unterschied in der Entwicklung sowie in der aktuellen Fassung des Asylgesetzes als Spezialgesetz und somit als Teil des «Besonderen Verwaltungsverfahren» in der Gegenüberstellung zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren bereits ersichtlich werden. Weiter werden in diesem Kapitel die kodifizierte Verbindung des Asylverfahrensrechts als Spezialgesetz zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht aufgezeigt sowie damit einhergehende Unklarheiten besprochen.

Durch dieses Kapitel soll die (besondere) Stellung des Asylverfahrens im Allgemeinen Verwaltungsverfahren und die entsprechende Verbindung dazwischen aus einer historischen und zunächst deskriptiven Weise durch reine Betrachtung der geltenden nationalen sowie internationalen Normen ersichtlich werden, um die Sonderbestimmungen des Asylverfahrens nachfolgend den Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens anhand spezifischer Regelungen gegenüberstellen zu können.

4.2 Rechtsentwicklung des Asylverfahrensrechts

4.2.1 Anfänge der Kodifikation

Bereits im Jahr 1968 und somit etwas über zehn Jahre nach Inkrafttreten der Flüchtlingskonvention für die Schweiz im Jahr 1955 wurde die Idee einer Kodifikation des Asylrechts geprüft. Als Argument gegen eine Kodifikation des Asylrechts wurde politisch jedoch die Einbusse an Beweglichkeit und der Handlungsfreiheit insbesondere in Notzeiten ins Feld geführt. Zudem sollte nichts an der geltenden Praxis geändert werden, weshalb die Kodifikation höchstens eine Zu-

sammenfassung der geltenden Regeln beinhalten sollte.¹¹⁰ Bis zum Erlass des ersten umfassenden Asylgesetzes wurde mehreren Flüchtlingsgruppen¹¹¹ Asyl gewährt, ohne dass ein individuelles Asylverfahren durchgeführt wurde. Diese grosse Entscheidungsfreiheit des damals für die Asylgewährung zuständigen Bundesrats geriet aber mehr und mehr in die Kritik, und der Ruf nach gesetzlich festgelegten Grenzen wurde lauter.¹¹² Asylrechtliche Belange waren in diesem Zeitpunkt in erster Linie zusammen mit dem Ausländerrecht geregelt, wobei zusätzlich mithilfe verschiedener Weisungen und Kreisschreiben den bereits geltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen¹¹³ entsprochen wurde.¹¹⁴ In der Folge bejahte die Justizabteilung in einem Rechtsgutachten die Frage, wonach Art. 69^{ter} Abs. 2 Bst. d aBV – welcher die Asylpolitik bereits im Jahr 1925 zur Bundessache machte und die vorher in Eigenregie handelnden zuständigen Kanone von ihrer Aufgabe entband – als Grundlage für die Kodifikation eines umfassenden Bundesasylgesetzes genüge.¹¹⁵ In einer Asylrechtskommission, welche aus verschiedenen Vertretern aus der Verwaltung, Nichtregierungsorganisationen und der Politik bestand, wurden erste Ideen und Grundsätze für ein umfassendes Asylrecht ausgearbeitet, bevor das Asylgesetz von 1979 in den Eidgenössischen Räten definitiv ausgearbeitet wurde.¹¹⁶

4.2.2 Erstes Asylgesetz vom 5. Oktober 1979

Am 1. Januar 1981 trat schliesslich das erste Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 nach langer Vorbereitung und vielen Entwürfen in Kraft.¹¹⁷ Neben der Definition des Flüchtlingsbegriffs enthielt das neue Gesetz auch die Möglichkeit auf Familienvereinigung, auf Stellung eines Asylgesuchs in einer Schweizer Botschaft im

¹¹⁰ WERENFELS, S. 79; BOLZ, Rechtsschutz, S. 9; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 27.

¹¹¹ Z. B. Ungarn (1956), Tibet (1962), Tschechoslowakei (1968), Chile (1973). Dazu ACHERMANN, S. 62 ff.; WERENFELS, S. 63 ff. und 68 ff.; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 27; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 19 f. und auch HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ, S. 298 ff.

¹¹² HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ, S. 332.

¹¹³ Z. B. das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (0.142.30), aber auch vorgängig bestehende bilaterale Auslieferungsverträge, vgl. CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 26.

¹¹⁴ MATTHEY, S. 22.

¹¹⁵ Zur Argumentation: WERENFELS, S. 26 ff. und 78. Zudem auch BOLZ, Rechtsschutz, S. 4.

¹¹⁶ WERENFELS, S. 78 f. Umfassend zur Entwicklung der Schweizer Migrationslandschaft: HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ, *passim*.

¹¹⁷ Ausführlich zum gesamten Gesetzgebungsverfahren: WERENFELS, S. 77 ff.

Ausland sowie auf Ausstellung einer Arbeitserlaubnis während des Asylverfahrens.¹¹⁸ Ferner wurden die beiden Rechtsgebiete Asyl- und Ausländerrecht sowohl in Gesetz und Praxis als auch mehrheitlich in der Lehre getrennt. Die zahlreichen Berührungspunkte sind jedoch (auch im heutigen Zeitpunkt) nicht zu vernachlässigen.¹¹⁹ Die erste Revision des neuen Asylgesetzes wurde bereits nach eineinhalb Jahren in Erwägung gezogen, dann als politisch nicht durchführbar empfunden, aber anfangs 1983 auf Druck der Kantone hin doch in Angriff genommen. Dabei wurden bereits heute bekannte und nach wie vor thematisierte Belange wie beispielsweise die Aufhebung der Beschwerdemöglichkeit an den Bundesrat oder der Verzicht einer zweiten Befragung bei offensichtlich unbegründeten Asylgesuchen im Asylgesetz aufgenommen.¹²⁰ Die Änderungen traten am 1. Juni 1984 in Kraft.¹²¹ Dieser ersten Revision folgte wenige Jahre später die zweite. Insgesamt wurde das Asylgesetz von 1979 sechs Mal teilrevidiert.¹²² Als bedeutendste Veränderungen und Entwicklungen in dieser Zeit können die Entstehung des Konzepts der materiellen Nichteintretensentscheide und der Qualifikation der offensichtlichen Unbegründetheit von Asylgesuchen sowie die Abkehr von der liberalen Asylidee hin zu der restriktiven Asylpolitik genannt werden. Diese Änderungen wurden im Wesentlichen durch den dringlichen Bundesbeschluss vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren (sog. AVB) eingeführt.¹²³ Zudem trat die erste Asylverordnung vom 25. November 1987 am 1. Januar 1988 in Kraft,¹²⁴ wobei auch diese mehrmals – insbesondere durch den AVB – revidiert und in verschiedene Verordnungen aufgeteilt wurde.¹²⁵ Bereits in dieser Zeit sollte das Verfahren stets beschleunigt und vereinfacht werden, wobei gleichzeitig das gesamte Asylwesen

¹¹⁸ HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ, S. 332 ff.

¹¹⁹ Exemplarisch kann hier Art. 44 AsylG genannt werden, in welchem für eine Wegweisung und deren Vollzug explizit auf die Art. 83 und 84 AIG verwiesen wird. Neben diesem Hauptüberschneidungspunkt des Asylverfahrens und Ausländerrechts kann auf viele weitere Bestimmungen des Asylrechts verwiesen werden, welche im Ausländergesetz geregelt werden, so etwa die Regelungen zu Zwangsmassnahmen, zu Härtefallbewilligungen oder Integration. ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 28; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 27.

¹²⁰ WERENFELS, S. 96; HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ, S. 334.

¹²¹ AS 1984 532.

¹²² MATTHEY, S. 22; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 31.

¹²³ BBI 1990 II 573; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 31.

¹²⁴ AS 1987 1680.

¹²⁵ AS 1991 1166 und AS 1991 1138; ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 28 ff., wo eine klare Übersicht über die damals geltenden Gesetze, Verordnungen, Weisungen und Kreisschreiben zu finden ist.

bürokratisiert und spezialisiert wurde. So wurde im Jahr 1989 das Bundesamt für Flüchtlinge¹²⁶ geschaffen und am 1. Januar 1993, im Sinne des expliziten Auftrags im AVB zur Schaffung einer verwaltungsunabhängigen Beschwerdeinstanz, nahm die Asylrekurskommission – die Vorgängerorganisation des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf Asylfragen – ihre Arbeit auf.¹²⁷ Bereits im Jahr 1993 wurde schliesslich eine Totalrevision des Asylgesetzes von 1979 in Angriff genommen, um einerseits die Regelungen des AVB im Asylgesetz aufzunehmen und andererseits, um die in den Bereichen Datenschutz, Sozialhilfe und in den Regelungen der vorläufigen Aufnahme bestehenden Lücken zu schliessen. Das neue Asylgesetz von 1998 wurde am 26. Juni 1998 vom Parlament und nach dem ergriffenem Referendum auch vom Volk am 13. Juni 1999 angenommen. Es trat am 1. Oktober 1999 in Kraft.¹²⁸

4.2.3 Nach der Totalrevision: Das Asylgesetz vom 26. Juni 1998

Lediglich vier Jahre blieb das neue Asylgesetz unverändert. Als die Volksinitiative gegen Asylmissbrauch am 24. November 2002 von Volk und Ständen nur knapp abgelehnt wurde¹²⁹ und zudem gleichzeitig der Bundeshaushalt entlastet werden sollte,¹³⁰ sah sich der Bundesrat veranlasst, das Asylgesetz und somit insbesondere das Asylverfahren zu verschärfen und zu beschleunigen.¹³¹ So wurden auch diverse Anliegen der Volksinitiative berücksichtigt und unter anderem neue materielle Nichteintretenstatbestände geschaffen, die Behandlungs- und Beschwerdefristen

¹²⁶ Der Schaffung des Bundesamtes ging seit dem Jahr 1985 ein sogenannter Delegierter für das Flüchtlingswesen (DFW) vor, vgl. BOLZ, Rechtsschutz, S. 9; MATTHEY, S. 23 f.; Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1985 über den Delegierten für das Flüchtlingswesen, SR 142.35 (aufgehoben am 2. Oktober 1990).

¹²⁷ MATTHEY, S. 23; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 31 f.

¹²⁸ AS 1999 2262; MATTHEY, S. 24; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 32 f.

¹²⁹ Die Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch» bezweckte im Wesentlichen die Senkung der Attraktivität der Schweiz als Asylsland. Dazu sollten ein neuer Nichteintretenstatbestand für einreisende Personen aus einem sicheren Drittstaat, Sanktionen gegen Fluggesellschaften, welche die Kontrolle der Einreisevorschriften nicht einhalten, und Beschränkungen der Fürsorgeleistungen insbesondere auf Sachleistungen kommen. Vgl. dazu BBl 2001 4725. Die Initiative wurde mit 50.1% Neinstimmenanteil mit nur etwas über 4000 Stimmen Unterschied abgelehnt. BBl 2003 726.

¹³⁰ Botschaft zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt (EP 03) vom 2. Juli 2003, BBl 2003 5615.

¹³¹ SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 33.

verkürzt und statuiert, dass abgewiesenen Asylsuchenden anstelle der Sozialhilfe nur noch Nothilfe gewährt wird.¹³²

Mit der neuen Bundesverfassung, welche in der Volksabstimmung vom 18. April 1999 vom Schweizer Stimmvolk angenommen wurde und seither in Kraft ist, wurde ferner in Art. 121 Abs. 1 BV klar statuiert, dass die Gesetzgebung über die Gewährung von Asyl Sache des Bundes ist.

Im Jahr 2004 wurde zudem das Dublin-Assoziierungsabkommens (DAA)¹³³ von der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet, wobei die entsprechenden Änderungen im Asylgesetz am 12. Dezember 2008 in Kraft traten.¹³⁴ Seither ist auch im asylrechtlichen Kontext der Schweiz EU-Recht von Bedeutung. Mit diesem Abkommen übernimmt die Schweiz insbesondere die Dublin-Verordnung¹³⁵ sowie die Eurodac-Verordnung¹³⁶ integral und wendet diese an.¹³⁷ Die Schweiz ist durch das Dublin-Assoziierungsabkommen lediglich zur Übernahme der Dublin-Bestimmungen verpflichtet. Die Dublin-Verordnung regelt mithilfe eines Kriterienkatalogs, welcher Dublin-Mitgliedstaat für die Behandlung des Asylgesuches zuständig ist. So soll zum einen gewährleistet werden, dass jedes Asylgesuch in einem Mitgliedstaat geprüft wird. Zum anderen sollen dadurch die Mitgliedstaaten entlastet werden, indem nur ein Staat das jeweilige Asylgesuch einer Person prüfen muss. Andere mit der Dublin-Verordnung verbundene Verordnungen und Richtlinien (z. B. Verfahrensrichtlinie¹³⁸, Qualifikationsrichtlinie¹³⁹ und Aufnahme richtlinie¹⁴⁰) sind für die Schweiz nur so weit verbindlich, als die Dublin-Verordnungen direkt auf bestimmte Bestimmungen verweisen.¹⁴¹ Seit dem 1. Januar 2014 wen-

¹³² MATTHEY, S. 24 f.; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 33 f.

¹³³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (SR 0.142.392.68).

¹³⁴ BBl 2004 5965, 6111 ff.; AS 2008 447. Vgl. dazu SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 33 ff.

¹³⁵ Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013.

¹³⁶ Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013.

¹³⁷ Vgl. Art. 1 DAA.

¹³⁸ Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013.

¹³⁹ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011.

¹⁴⁰ Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013.

¹⁴¹ CARONI et al., Migrationsrecht, 3. Aufl., S. 377.

det die Schweiz die Weiterentwicklung der Dublin-II-Verordnung – die Dublin-III-Verordnung – an.¹⁴²

Bereits während der laufenden Dublin-Assoziierung wurde eine nächste Teilrevision des Asylgesetzes geplant, welche sich hinsichtlich der Anzahl der Änderungen und bezüglich der Inhalte als faktische Totalrevision darstellen sollte.¹⁴³ Die Revision fokussierte im Wesentlichen auf die Verlängerungen der möglichen Dauer der Administrativhaft, die Verschärfung des Nichteintretenstatbestands der Papierlosigkeit und auf den Ausschluss von der Sozial- und Nothilfe von abgewiesenen Asylsuchenden.¹⁴⁴ Diese Änderungen wurden in der Volksabstimmung von 24. September 2006 deutlich angenommen.¹⁴⁵

Seither wurde das Asylgesetz aber wiederum mehrmals verschiedenen Teilrevisionen unterworfen. Zwischen den Jahren 2010 und 2012 wurde eine komplette Neustrukturierung des Asylbereichs in Angriff genommen, wobei die als kompliziert und unübersichtlich empfundenen Verfahrensabläufe – unter Wahrung des Rechtsschutzes der Betroffenen – vereinfacht und beschleunigt werden sollten.¹⁴⁶ Einige der in diesem Kontext beschlossenen Änderungen des Asylgesetzes wurden vom Parlament als dringlich erachtet und bereits ab Beschluss des Parlaments am 28. September 2012 zunächst provisorisch in Kraft gesetzt. Dazu gehörte insbesondere die Abschaffung der Möglichkeit, bei einer Schweizer Botschaft ein Asylgesuch einreichen zu können, der Ausschluss vom Asyl für Deserteure und Wehrdienstpflichtverweigerer (unter Einhaltung der Flüchtlingskonvention) und die Schaffung der Grundlage für die sogenannte Testphase.¹⁴⁷ Diese dringlichen Massnahmen waren Teil der allgemeinen Asylgesetzrevision, welche am 1. Februar 2014 in Kraft trat. Anlässlich dieser ordentlichen Revision wurden insbesondere die meisten Nichteintretenstatbestände nach aArt. 32 - 34 AsylG abgeschafft, neue Regelungen bezüglich Mehrfachgesuchen geschaffen und die Möglichkeit zur Stellung eines Wiedererwägungsgesuchs formell ins Gesetz aufgenommen. Ferner wurden neue verfahrensrechtliche Bestimmungen (z. B. Art. 25a AsylG be-

¹⁴² CARONI et al., *Migrationsrecht*, 4. Aufl., S. 370; SFH, *Handbuch*, 2. Aufl., S. 139 ff.

¹⁴³ SFH, *Handbuch*, 1. Aufl., S. 36.

¹⁴⁴ Vgl. für eine anschauliche Übersicht der Änderungen: SFH, *Handbuch*, 1. Aufl., S. 36.

¹⁴⁵ AS 2007 5573, BBI 2006 9455. Gleichzeitig traten in dieser Zeit auch die Änderungen der Totalrevision der Bundesrechtspflege in Kraft: AS 2006 2197; BBI 2001 4202.

¹⁴⁶ EJPD, *Bericht Beschleunigungsmassnahmen*, S. 7; BBI 2011 7325, 7328.

¹⁴⁷ AS 2012 5359, vgl. nachfolgend Kap. 4.2.4.

züglich des beratenden Vorgesprächs) im Gesetz kodifiziert und spezialgesetzliche Bestimmungen zur Ausweitung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung beschlossen. Schliesslich wurde gleichzeitig die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts beschränkt, indem die Angemessenheitskontrolle von aArt. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG gestrichen wurde.¹⁴⁸

4.2.4 Neustrukturierung des Asylverfahrens ab 2019

Nach mehrjährigem, im Januar 2014 begonnenem Testbetrieb eines neuen, beschleunigten Asylverfahrens, welcher im Jahr 2016 eingehend evaluiert und das Verfahren entsprechenden Anpassungen unterworfen wurde,¹⁴⁹ trat am 1. März 2019 die jüngste gewichtige Asylgesetzrevision in Kraft. Bezweckt wird mit dieser Neustrukturierung des Asylbereichs primär eine generelle Beschleunigung der Asylverfahren. Die Asylverfahren werden dabei in einem von sechs Bundeszentren durchgeführt, in welchen alle Verfahrensakteure (SEM, Rechtsvertretung, Übersetzung, Rückkehrberatung usw.) vereint sind. Die Verfahren erfolgen dabei getaktet, will heissen nach einem strikten Ablauf, wobei diejenigen Asylgesuche, welche keiner zusätzlichen Abklärung bedürfen, innerhalb von 140 Tagen (inkl. Beschwerdeverfahren und gegebenenfalls dem Vollzug der Wegweisung) abgeschlossen sein sollten. Sind zusätzliche Abklärungen nötig, werden die asylsuchenden Personen wie bislang den Kantonen zugewiesen. Diese Asylgesuche sollen dann innerhalb eines Jahres rechtskräftig (inkl. Beschwerdeverfahren und eines allfälligen Vollzugs einer Wegweisung) abgeschlossen sein.¹⁵⁰ Um diese Ziele zu erreichen, hat der Bund rund 5000 Plätze in fünf Bundeszentren¹⁵¹ zur Behandlung der Asylgesuche errichtet.¹⁵²

Neben dieser gesetzlich festgelegten Beschleunigung des Asylverfahrens haben alle Asylsuchenden – im Sinne einer flankierenden Massnahme – ab Asylgesuchstellung Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsberatung und Rechtsvertretung im Verfahren. So soll sichergestellt werden, dass die Asylverfahren nicht nur

¹⁴⁸ Vgl. CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 369; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 29 f.

¹⁴⁹ Vgl. SEM, Evaluation Testbetrieb, mit Verweis auf die Evaluationsberichte der verschiedenen Mandatsträger.

¹⁵⁰ Für den genauen Ablauf des Asylverfahrens vgl. Kap. 6.

¹⁵¹ Aktuell bestehen sogenannte Bundesasylzentren mit Verfahrensfunktion in Zürich, Altstätten, Boudry, Bern und Chiasso. SEM, Asylregionen und Bundesasylzentren.

¹⁵² BBl 2014 7991, 7992 f., SEM, Kommentar Umsetzung der Vorlage, S. 5.

schneller, sondern für die Asylsuchenden auch fairer durchgeführt werden können. Durch diese Neuregelungen soll ferner dazu beigetragen werden, dass schutzbedürftige Personen in der Schweiz zeitnah Schutz erhalten und sich so rascher integrieren können und weniger Anreiz besteht, offensichtlich unbegründete Asylgesuche einzureichen. Insgesamt soll so die Glaubwürdigkeit des Asylbereichs gestärkt werden.¹⁵³ In materieller Hinsicht haben sich indes auch in dieser Asylgesetzrevision keine gewichtigen Änderungen ergeben.

4.3 Rechtsgrundlagen des Asylverfahrens heute

Nachfolgend werden die für das Asylverfahren wesentlichen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Bestimmungen im Sinne eines Überblicks dargestellt und ihre Auswirkungen auf das Asylverfahrensrecht aufgezeigt.¹⁵⁴ Für den europäischen Rahmen wird im Wesentlichen auf die vorangehenden Erwägungen zur Übernahme des Dublin-Übereinkommens sowie auf die einschlägige Literatur verwiesen.¹⁵⁵

4.3.1 Völkerrecht

Die Kontrolle über die Einreise von Ausländerinnen und Ausländern stellt gemäss traditioneller Ansicht einen klassischen Kernbereich der staatlichen Souveränität dar und ist damit als Innenpolitik rein nationalstaatlich geregelt. Dies erscheint insofern bereits paradox, als dass bei internationaler Migration per se bereits mindestens zwei Staaten betroffen sind. Es erstaunt demnach auch nicht, dass Völkerrecht seit jeher im Migrationsrecht und insbesondere auch Asylrecht eine prägende Rolle gespielt hat.¹⁵⁶ Für den Asylbereich sind insbesondere die Genfer Flüchtlingskonvention sowie die Europäische Menschenrechtskonvention von wesentlicher Bedeutung.

¹⁵³ SODK/KKJPD/SEM, Faktenblatt Neustrukturierung.

¹⁵⁴ Für eine umfassende Darstellung des anwendbaren Rechts im Asylbereich wird insbesondere auf SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 45 ff. sowie auf CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 366 ff. verwiesen.

¹⁵⁵ Vgl. vorangehend Kap. 4.2.3 sowie auch KÜHLER, S. 223 f., für eine Darstellung der Entwicklung des Dublin-Systems.

¹⁵⁶ ACHERMANN/CARONI, Rz. 6.1; HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ, S. 165, 239, 250.

Die Flüchtlingskonvention¹⁵⁷ stellt die Basis des Asylrechts dar, welche für die Schweiz seit dem 21. April 1955 verbindlich ist. Diese beinhaltet unter anderem in ihrem Art. 1A Abs. 1 FK die Flüchtlingsdefinition, wie sie auch von der Schweiz in Art. 3 AsylG übernommen wurde, sowie das als *ius cogens* anerkannte Non-Refoulement-Gebot, wonach es einem Staat untersagt ist, einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes auszuweisen, in welchem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität oder der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder seinen politischen Anschauungen gefährdet wäre.¹⁵⁸ Daneben enthält die Flüchtlingskonvention auch einen Katalog von Mindeststandards bezüglich deren Rechtsstellung in den Aufnahmestaaten.¹⁵⁹ Die Flüchtlingskonvention enthält jedoch keine explizite Bestimmung zur Ausgestaltung des Asylverfahrens.

Neben der Flüchtlingskonvention enthalten auch die für den Asylbereich relevante Europäische Menschenrechtskonvention, die Folterkonvention und Art. 7 UNO-Pakt-II ein explizites Rückschiebungsverbot.¹⁶⁰ Darüber hinaus sind zahlreiche weitere internationale Abkommen für das Schweizer Asylverfahren beachtlich. Exemplarisch wird auf das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau¹⁶¹ verwiesen. Diese internationalen Konventionen sind indessen in erster Linie in materieller Hinsicht von Bedeutung. Zur Ausgestaltung, wie das Asylverfahren durchzuführen ist, enthalten diese keine Regelungen.¹⁶² Als Ausnahme zu diesen Übereinkommen, welche sich ausschliesslich auf das materielle Recht konzentrieren, kann die Kinderrechtskonvention genannt werden.

¹⁵⁷ Zur Entstehungsgeschichte und Kommentierung der Konvention: ZIMMERMANN/DÖRSCHNER/MACHTS, *passim*.

¹⁵⁸ Art. 33 Abs. 1 FK, mit der Ausnahme von Abs. 2, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass der Flüchtling als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss oder wenn dieser aufgrund einer Verurteilung eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens eine Bedrohung für die Gemeinschaft darstellt.

¹⁵⁹ So unter anderem das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Stellenantritt und selbständige Erwerbstätigkeit (Art. 17 und 18 FK), das Ausstellen von Identitäts- und Reiseausweisen (Art. 28 FK) oder die Strafbefreiung für illegale Einreise (Art. 31 Abs. 1 FK).

¹⁶⁰ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 32.

¹⁶¹ Abgeschlossen am 18. Dezember 1979, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997 (SR0.108). Eingehend zu dessen Anwendung und Tragweite: SCHLÄPPI/ULRICH/ATICHORN, CEDAW-Kommentar.

¹⁶² Als Ausnahme könnte Art. 6 EMRK genannt werden. Da diese Bestimmung jedoch ausschliesslich in Straf- und Zivilverfahren zur Anwendung gelangt und die durch den EGMR festgelegten Regelungen höchstens über Art. 29 BV auch im Verwaltungsverfahren angewendet werden, kommt auch die EMRK hier lediglich zur indirekten Anwendung.

Die Kinderrechtskonvention enthält neben materiellrechtlich beachtlichen¹⁶³ auch diverse verfahrensrechtliche Bestimmungen, welche die Stellung und die Rechte einer minderjährigen Person im Asylverfahren zu beeinflussen vermag.¹⁶⁴

4.3.2 Landesrecht

Trotz der Vielzahl der Teilrevisionen und der jüngsten Neustrukturierung des Asylbereichs, ist für das Asylverfahren nach wie vor zur Hauptsache das Asylgesetz von 26. Juni 1998 und seine dazugehörigen Verordnungen einschlägig. Gemäss Art. 1 AsylG regelt dieses die Asylgewährung und die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den vorübergehenden Schutz von Schutzbedürftigen in der Schweiz und deren Rückkehr. Das Asylgesetz enthält neben den wichtigen materiellen Grundsätzen – Flüchtlingsbegriff, Non-Refoulement-Verbot, Voraussetzungen zur Asylgewährung – auch zahlreiche, zum Teil sehr detaillierte, spezialrechtliche Bestimmungen zum Ablauf des Asylverfahrens.¹⁶⁵ Das erstinstanzliche Verfahren wird in einem ganzen Abschnitt – Art. 25–41a AsylG – geregelt. Dem Beschwerdeverfahren auf Bundesebene wird in rein quantitativer Hinsicht im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren weniger Platz im Gesetz eingeräumt, zumal sich das Beschwerdeverfahren mehr auf die allgemeinen Verfahrensgesetze abstützt.¹⁶⁶ Die Abschnitte im Asylgesetz zum Rechtsschutz wurden durch die neuen Regelungen in der Neustrukturierung des Asylbereichs seit dem 1. März 2019 ausgebaut.¹⁶⁷ Auch zwischen den Bestimmungen zum erstinstanzlichen Verfahren und den Bestimmungen zum Rechtsschutz finden sich immer wieder verfahrensrechtliche Bestimmungen, wie beispielsweise Art. 68 ff. AsylG (Verfahren für Schutzbedürftige) oder auch Art. 99 AsylG (Abnahme und Auswertung von Fingerabdrücken). Neben dem Beschrieb des Asylverfahrens enthält das Asylgesetz unter anderem

¹⁶³ Z. B. Art. 9 Abs. 1 KRK, welcher vorsieht, dass kein Kind gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird.

¹⁶⁴ Z. B. Art. 12 KRK. Dazu eingehend: BVGE 2014/30 E. 2.3.

¹⁶⁵ Zu denken ist dabei zum Beispiel an die umfassende Bestimmung zur Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden (Art. 8 AsylG) oder die Bestimmungen zur Eröffnung von Verfügungen (Art. 12, 12a und 13 AsylG).

¹⁶⁶ In Art. 104–111a AsylG sowie Art. 111b, 111c und 111d AsylG sind Bestimmungen zur Wiedererwägung und zu den Mehrfachgesuchen enthalten. Die reine Anzahl der Regelungen im Spezialgesetz lässt aber noch keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der Abweichungen zu. Zudem ist das erstinstanzliche Verfahren im Verwaltungsverfahrensgesetz insgesamt nur äusserst rudimentär geregelt.

¹⁶⁷ Art. 102f–102m AsylG.

auch Bestimmungen zur Gewährung von Sozial- und Nothilfe (Art. 80 ff. AsylG), zur Regelungen der Beiträge des Bundes an die Kantone (Art. 88 ff. AsylG) sowie zur Bearbeitung von Personendaten (Art. 96 ff. AsylG).

Das Asylgesetz und somit das Asylverfahren wird in mehreren Verordnungen präzisiert.¹⁶⁸ Die Asylverordnung 1 ist hierbei speziell zu erwähnen, da diese Verordnung insbesondere die einzelnen Verfahrensschritte und Handlungen konkretisiert und Regelungen vorsieht, welche über die allgemeinen Bestimmungen des Asylgesetzes und auch des Verwaltungsverfahrensgesetzes hinausgehen. Zudem ist für den konkreten Ablauf in den Bundeszentren ebenfalls die Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterküften an den Flughäfen¹⁶⁹ beachtlich. Diese gilt jedoch nicht für die kantonalen Unterküfte, welche jeweils über einzelne respektive kantonale Hausordnungen verfügen. Dazu kommen Kreisschreiben und Weisungen, welche nur zum Teil über die Webseite des SEM der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.¹⁷⁰

Ferner ist für das Asylverfahren teilweise auch das Ausländer- und Integrationsgesetz und dessen Verordnungen relevant, falls das Asylgesetz keine spezialrechtlichen Bestimmungen bezüglich den im Ausländer- und Integrationsgesetz geregelten Materien enthält. Exemplarisch ist hierbei an die Bestimmungen zur Integration, zur Ausschaffung und Zwangsmassnahmen, die vorläufige Aufnahme und die Bedingungen bezüglich Zugang zum Arbeitsmarkt zu denken.¹⁷¹

4.4 Verbindung zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren

Gemäss Art. 6 AsylG richtet sich das Asylverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, dem Verwaltungsgerichtsgesetz sowie dem Bundesgerichtsgesetz, soweit das Asylgesetz nichts anderes bestimmt. Somit geht das Asylgesetz bei von

¹⁶⁸ Insbesondere die AsylV 1, AsylV 2, AsylV 3 und die Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterküften des Bundes im Asylbereich vom 24. November 2007 (SR 142.311.23). Sowohl für Asyl- als auch für Ausländerrecht relevant: VZAE, VVWA, VIntA sowie die RDV. Dazu kommen ferner auch die nur zum Teil öffentlich zugänglichen Weisungen an die rechtsanwendenden Behörden und Kreisschreiben an die Kantone.

¹⁶⁹ Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterküften an den Flughäfen vom 4. Dezember 2018, SR 142.311.23.

¹⁷⁰ Vgl. Webseite des SEM, Publikationen und Services, Weisungen und Kreisschreiben sowie SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 45 ff.

¹⁷¹ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 46.

den allgemeinen Verwaltungsverfahrenserlassen abweichenden Bestimmungen als Spezialgesetz vor. Wie bereits vorangehend erläutert ist unklar, in welchem Verhältnis die drei Gesetze in Verbindung mit dem Asylgesetz zueinander stehen. Dabei sind im Verhältnis zum Asylgesetz im Wesentlichen zwei Alternativen denkbar. Entweder stehen die drei Gesetze gleichwertig nebeneinander oder es handelt sich um eine Hierarchie, indem sich das Verfahren grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Asylgesetz nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG¹⁷² und Art. 6 AsylG). Bei letzterer Variante kommt das Bundesgerichtsgesetz – aufgrund dessen Nennung am Ende von Art. 6 AsylG – im Asylverfahren nur zur Anwendung, wenn das Verwaltungsverfahrensgesetz und das Verwaltungsgerichtsgesetz direkt auf das Bundesgerichtsgesetz verweisen oder eine Lücke im Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Verwaltungsgerichtsgesetz besteht.

In der aktuellen Lehre wird Art. 6 AsylG nicht eingehend analysiert. HRUSCHKA präzisiert zwar, dass – angesichts der Vielzahl von Sonderbestimmungen für das Asylverfahren – Art. 6 AsylG trotz seines Wortlauts wohl eher so zu lesen sei, wonach für den Fall, dass eine Verfahrensfrage noch nicht im Asylgesetz geregelt sei, auf das Verwaltungsverfahrensgesetz, Verwaltungsgerichtsgesetz und das Bundesgerichtsgesetz verweise. Eine Differenzierung, wie die drei genannten Gesetze zueinander stehen, nimmt er nicht vor.¹⁷³ Auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie dessen Vorgängerorganisationen haben sich – soweit ersichtlich – noch nie explizit mit dieser Frage beschäftigt. Andere beim Bundesverwaltungsgericht behandelte Verwaltungsverfahren kennen keinen Verweis auf das Bundesgerichtsgesetz.

Bei einem Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 6 AsylG fällt indessen auf, dass bereits das erste kodifizierte Asylgesetz von 1981 einen Verweis auf das Bundesrechtspflegegesetz beinhaltet.¹⁷⁴ Es ist davon auszugehen, dass gestützt auf Art. 22 VOARK, welcher besagte, das Verfahren vor der ARK richte sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Gesetz und in dessen Nachachtung die VOARK nicht davon abweiche, im Beschwerdeverfahren ein grundsätzli-

¹⁷² Vgl. Kap. 3.3.

¹⁷³ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 6, Rz. 1.

¹⁷⁴ BBl 1977 III 105, 152, Art. 44 Abs. 2 aAsylG: «Das Verfahren der Bundesbehörden richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und dem *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege*, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.»

cher Vorrang des Verwaltungsverfahrensgesetzes vor dem Bundesrechtspflegegesetz angenommen wurde, so dass sich das Beschwerdeverfahren vor der ARK nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes richtete. Die Bestimmungen des Bundesrechtspflegegesetzes gelangten demnach nur subsidiär zur Anwendung, nämlich dann, wenn das Verwaltungsverfahrensgesetz eine Verfahrensfrage nicht oder nicht abschliessend regelte.¹⁷⁵

Eine explizite Begründung des Gesetzgebers, weshalb neben dem Verwaltungsverfahrensgesetz auch auf das Bundesrechtspflegegesetz verwiesen wurde, ist in der Botschaft nicht enthalten. Darin wird lediglich darauf verwiesen, dass «für das Verfahren vor Bundesbehörden die allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften» gelten. Es ist davon auszugehen, dass der Verweis auf das Bundesrechtspflegegesetz in Art. 44 Abs. 2 aAsylG auf die Begründung der Beschwerdemöglichkeit bis an den Bundesrat zurückzuführen ist.¹⁷⁶ In den zahlreichen nachfolgenden Asylgesetzrevisionen wurde der heutige Art. 6 AsylG lediglich in redaktioneller Weise angepasst und anlässlich der Bundesjustizreform mit dem Verwaltungsgerichtsgesetz ergänzt. Die jeweiligen Botschaften gehen jedoch nicht mehr in vertiefter Weise auf diesen Artikel ein.¹⁷⁷ Somit ist festzustellen, dass zwar das Verhältnis zwischen dem Verwaltungsgerichtsgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz durch Art. 37 VGG geklärt erscheint. Offen ist indessen, ob und wie das Bundesgerichtsgesetz im Asylverfahren Anwendung findet.

Diese Frage ist denn nicht bloss von rechtstheoretischem Interesse. Wäre das Bundesgerichtsgesetz neben dem Verwaltungsgerichtsgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz in gleicher Weise anwendbar, würden sich mehrere kollisionsrechtliche Fragen stellen. Als praktisches Beispiel kann Art. 42 Abs. 2 BGG genannt werden. Demnach können übermässig weitschweifige Rechtsschriften zur Verbesserung an die Verfahrenspartei zurückgegeben werden, unter Androhung des Nichteintretens. Wird im Nachgang an diese Aufforderung zur Verbesserung keine oder keine genügend verbesserte, sprich verkürzte Rechtsschrift eingereicht,

¹⁷⁵ So beispielsweise in EMARK 2005 Nr. 25 E. 6. In diesem Entscheid wurden die Verfahrenskosten im Hinweis auf Art. 156 Abs. 6 OG (i.V.m. Art. 6 AsylG) aufgrund mutwilliger Prozessführung dem Rechtsvertreter persönlich auferlegt und das Fehlen dieser Regelung somit als Lücke im Verwaltungsverfahrensgesetz erachtet. Vgl. dazu auch: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 4.42, Fn. 126.

¹⁷⁶ BBl 1977 III 105, 139.

¹⁷⁷ So z. B. BBl 1990 II 573, 616; BBl 1996 II 1, 25; BBl 2001 4202.

ist demnach auf die Beschwerde nicht einzutreten. Diese Möglichkeit kennt weder das Verwaltungsgerichts- noch das Verwaltungsverfahrensgesetz. Soweit aus den publizierten Entscheiden ersichtlich, macht das Bundesverwaltungsgericht in Asylsachen von diesem Rückgriff auf das Bundesgerichtsgesetz keinen Gebrauch. Im Gegensatz dazu legt das Bundesverwaltungsgericht aber unnötig verursachte Kosten in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 66 Abs. 3 BGG derjenigen Verfahrenspartei auf, welche sie verursacht hat.¹⁷⁸ Eine Systematik der Anwendung des Bundesgerichtsgesetzes im Asylverfahren ist aus den publizierten Urteilen nicht erkennbar.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verbindung des Asylgesetzes zu den allgemeinen Verfahrensgesetzen – dem Verwaltungsverfahrensgesetz, dem Verwaltungsgerichtsgesetz sowie dem Bundesgerichtsgesetz – nicht gänzlich geklärt erscheint. Das Asylgesetz wird durch Art. 6 AsylG mit den allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen verbunden, was das Asylgesetz in zusätzlicher Weise als *lex specialis* darstellt. Indessen ist anzumerken, dass Art. 6 AsylG im aktuellen Wortlaut einem unabhängigen und vollständig vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren geregelten Asylverfahren nicht entgegenstehen würde.

4.5 Spezialgesetz in Bewegung ohne Bewegungsspielraum

Aus dem dargestellten Überblick der Rechtsentwicklung des Asylgesetzes wird insbesondere im Vergleich zum beständigen und um einiges älteren Verwaltungsverfahrensgesetz ersichtlich, dass sich das Asylgesetz bereits seit der ersten Kodifikation im Jahre 1981 in quasi ständiger Überarbeitung und Bearbeitung befindet, was sich in zahllosen Teilrevisionen und der Totalrevision zeigt. Da der Flüchtlingsbegriff mit der Flüchtlingskonvention sowie das Non-Refoulement-Gebot unter anderem durch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Folterkonvention völkerrechtlich festgelegt sind, vermögen aber materielle Änderungen unter Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen kaum respektive nur sehr geringe Relevanz zu entfalten. Zur entsprechenden Verdeutlichung kann diesbezüglich auf BVGE 2015/3 verwiesen werden, in welchem sich das Bundesverwaltungsgericht mit Art. 3 Abs. 3 AsylG auseinandersetzte. Art. 3 Abs. 3 AsylG

¹⁷⁸ So neben vielen: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-6949/2018 vom 20. Februar 2019 E. 16; D-1539/2019 vom 16. April 2019 E. 9.2; E-5779/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 14.2.

bestimmt, Personen, die wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden, die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen, unter Vorbehalt der Flüchtlingskonvention. Den Anstoss zur Einführung des im Jahr 2012 eingeführten Absatzes gab die politische Absicht, die als zu hoch empfundene Zahl namentlich der Asylgesuche von eritreischen Staatsangehörigen, die als Fluchtgrund Dienstverweigerung oder Desertion angaben, einzudämmen.¹⁷⁹ Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die bisherige Rechtspraxis in Bezug auf Personen, die ihr Asylgesuch mit einer Wehrdienstverweigerung oder Desertion im Heimatstaat begründen, weiterhin gültig sei.¹⁸⁰ Materielle Auswirkungen vermochte die Einführung dieses Absatzes unter Wahrung der Flüchtlingskonvention nicht zu entfalten. In Bezug auf die Ausgestaltung des Asylverfahrens besteht demgegenüber mehr Spielraum,¹⁸¹ weshalb sich eine Vielzahl der Asylgesetzrevisionen auf Anpassungen in der Ausgestaltung des Asylverfahrens konzentrierten.¹⁸²

Das Asylverfahren kann durch seinen Regelungszweck und der in Art. 6 AsylG kodifizierten Verbindung zu dem Verwaltungsverfahrensgesetz, dem Verwaltungsgerichtsgesetz sowie dem Bundesgerichtsgesetz nach dem Gesagten als Verfahren des «Besonderen Verwaltungsrechts» qualifiziert werden. Das Asylverfahren wird als Teil des Verwaltungsverfahrens von den generellen Strömungen und Revisions-tendenzen beeinflusst.¹⁸³ Trotz der Omnipräsenz in der Politik, der gesellschaftlichen Diskussion und in den Medien und der grossen Anzahl von Verfahren wird indessen kaum in Betracht gezogen, das Asylverfahrensrecht als Referenzgebiet

¹⁷⁹ Gemäss den Befürwortern dieses Absatzes im Parlament habe als Konsequenz des Grundsatzurteils EMARK 2006 Nr. 3, wonach die Bestrafung von Dienstverweigerung und Desertion in Eritrea unverhältnismässig streng sei und deshalb als politisch motiviert einzustufen sei, die Zahl der Asylgesuche von eritreischen Staatsangehörigen deutlich zugenommen. Deserteure aus Eritrea sollten nicht automatisch als Flüchtlinge anerkannt werden. Vgl. AB 2011 S 1121 ff.; AB 2012 S 686 f.; AB 2012 N 1091 ff.; BVGE 2015/3 E. 5.5.

¹⁸⁰ BVGE 2015/3 E. 5.9.

¹⁸¹ Zumal für die Schweiz als Nicht-Mitglied der EU die entsprechenden Richtlinien zum Asylverfahren (z. B. Verfahrensrichtlinie; Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes) nicht bindend sind.

¹⁸² Z. B. die Neustrukturierung des Asylbereichs (AS 2016 3101; AS 2018 2855; BBI 2014 7991) oder die Einführung und Aufhebung einer Vielzahl von materiellen Nichteintretenstatbeständen (AS 2013 4375, 5357; BBI 2010 4455; BBI 2011 7325).

¹⁸³ So beispielsweise die jüngsten Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zur elektronischen Beschwerdeeinreichung. Dazu SONDEREGGER/KNEER, S. 6.

für das Allgemeine Verwaltungsverfahren herzuziehen und aus den darin enthaltenen Spezialregelungen allgemeingültige Regelungen für das Allgemeine Verwaltungsverfahren oder auch für andere Besondere Verwaltungsverfahren abzuleiten. Am ehesten wird das Asylgesetz in Lehrbüchern des Verwaltungsrechts oder entsprechenden Kommentaren erwähnt, um auf die zahlreichen Spezialbestimmungen insgesamt hinzuweisen.¹⁸⁴ Eine inhaltliche Auseinandersetzung, inwiefern diese Sonderregelungen auch auf andere Gebiete übernommen werden könnte, ist indessen äusserst selten.¹⁸⁵

¹⁸⁴ So beispielsweise TSCHANNEN, in: Kommentar VwVG, Art. 4, Rz. 9; MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 4, Rz. 5 oder auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHL, Rz. 593.

¹⁸⁵ Beispielsweise SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 203; SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 19.

Kapitel 5 Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens

5.1 Übersicht

Voranehend wurde aufgezeigt, dass die Besonderheiten eines Rechtsgebiets für die Beurteilung, ob die Abweichungen eines Spezialgesetzes gerechtfertigt erscheinen, von zentraler Bedeutung sind.¹⁸⁶

So können gemäss SCHMIDT-ASSMANN abweichende Regelungen in einem Rechtsgebiet gerechtfertigt sein, wenn diese sich auch für andere Rechtsgebiete eignen oder wenn sich diese Regelungen aus dauerhaft rechtlich anerkannten Besonderheiten des Rechtsgebiets ableiten lassen.¹⁸⁷ Wird das Rechtsgleichheitsgebot als Massstab für die Abweichungen gewählt, muss die Vergleichbarkeit der Sachverhalte – das *tertium comparationis* – bejaht werden, wobei sich in ähnlicher Weise die Frage nach den Besonderheiten des Sachverhalts stellt.¹⁸⁸ Und auch im österreichischen Konzept der Erforderlichkeit berücksichtigt der Verfassungsgerichtshof die Eigenheiten eines Rechtsgebiets explizit.¹⁸⁹ Um nun zu analysieren, ob die Abweichungen des Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren als juristisch legitimierbar zu qualifizieren sind, müssen in einem ersten Schritt die spezifischen Eigenschaften des Asylbereichs respektive des Asylverfahrens definiert werden.

Dafür werden drei – zur besseren Vergleichbarkeit – bundesverwaltungsrechtliche Verfahren behelfsweise herangezogen und insbesondere hinsichtlich der zu schützenden Rechtsgüter, ihrer verfahrensprägenden Faktoren, der Verfahrensbeteiligten und externer Einflüsse auf die Judikative verglichen. Auf die Darstellung von Faktoren, welche durch die Gesetzgebung definiert werden (z. B. Rechtsweg, Beweisführung und -massstab, Fristen), wird nicht vertieft eingegangen, da diese nicht Teil der spezifischen Eigenschaften des Rechtsgebiets sind, sondern sich idealerweise daraus ergeben und vom Gesetzgeber bei der Kodifikation des Gesetzes berücksichtigt wurden. Aus diesen festgestellten Unterschieden können

¹⁸⁶ Vgl. Kap. 2.3.

¹⁸⁷ Vgl. Kap. 2.3.1.

¹⁸⁸ Vgl. Kap. 2.3.2.

¹⁸⁹ Vgl. Kap. 2.3.3.

schliesslich die das Asylverfahren auszeichnenden Eigenschaften herausgearbeitet und definiert werden, welche im Anschluss eingehender besprochen werden.

5.2 Verfahrensprägende Merkmale im Allgemeinen

Jedes Rechtsgebiet weist verschiedene spezifische, verfahrensprägende Merkmale auf, welche das Rechtsgebiet ausmachen. Oft sind diese verfahrensprägenden Merkmale aus einem typischen Sachverhalt eines Verfahrens im jeweiligen Rechtsgebiets ableitbar. Gleichzeitig wirken verschiedene Einflüsse von Aussen (z. B. durch aktuelle Gesellschaftseinflüsse) auf das Rechtsgebiet ein, welche unabhängig von den verfahrensprägenden Merkmalen des Rechtsgebiet selber, Eingang in dessen Gesetzgebung finden können. Die Rechtsgrundlagen alleine können daher nicht die Grundlage für die Definition der verfahrensprägenden Merkmale darstellen. Es versteht sich von selber, dass die Merkmale des Rechtsgebiets und die Einflüsse von Aussen nicht isoliert betrachtet werden können. Sie sind zum Teil überlappend oder teilkongruent und kaum klar abgrenzbar.

Für die vorliegende Arbeit wurden folgende, nicht abschliessende Merkmale für die Analyse der spezifischen Eigenschaften eines Rechtsgebiets besonders berücksichtigt:¹⁹⁰

– **Regelungsgegenstand:**

Der Regelungsgegenstand definiert, was dieses Verfahren zu regeln bezweckt. Es stellt sich somit zunächst die Frage, worum es in grundsätzlicher Weise geht. Welcher Sachverhalt respektive welches Verfahren und welche Abläufe sollen durch welche demokratisch erlassenen und somit von der Gesellschaft legitimierten Bestimmungen geregelt werden? Dies ist zwar nicht grundsätzlich ein verfahrensprägendes Merkmal, durch welches sich Verfahren vergleichen lassen, ist jedoch für ein grundlegendes Verständnis des einzelnen Rechtsgebiets unerlässlich und dadurch auch für das Verfahren selber prägend.

– **Verfahrensablauf und Sachverhaltsermittlung:**

Aus dem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensablauf lassen sich Rückschlüsse auf den in dem jeweiligen Verfahren zugrundeliegenden Sachverhalt und

¹⁹⁰ Vgl. in diesem Sinne auch SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 196 f.

die entsprechend nötigen Abklärungen ziehen. Je nach Rechtsgebiet können sich diese Sachverhalte und die für dessen Erstellungen nötigen Abklärungen stark unterscheiden. Die notwendigen Massnahmen zu Sachverhaltsabklärungen unterscheiden sich je nach Eignung, wobei diese von einem Gespräch, einem Augenschein bis hin zu umfangreichen wissenschaftlichen Gutachten reichen können. Aus der Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrensrechts können Rückschlüsse auf die Problematiken der Sachverhaltsfeststellungen gezogen werden.¹⁹¹

– **Verfahrensbeteiligte:**

Verfahren unterscheiden sich, je nachdem welche Parteien sich gegenüberstehen und welche Hintergründe diese mitbringen. Auch unter Berücksichtigung des verfassungsmässigen Gleichheitsgebots werden insbesondere verfahrensrechtliche Ansprüche hinsichtlich der Erwartungen an deren Mitwirkungspflicht angepasst oder anders beurteilt, wenn es sich um rechtsunkundige Laien handelt oder aber sich hochspezialisierte Rechtsanwälte beziehungsweise Behörden gegenüberstehen. So wird jedoch nicht nur die juristische Ausbildung berücksichtigt, sondern auch andere Einflussfaktoren wie allfällige gesundheitliche Beeinträchtigungen, der persönliche Bildungshintergrund, die Kenntnis des in Frage stehenden Rechtssystems sowie auch die Unkenntnis einer Landessprache können in einem gewissen Rahmen berücksichtigt werden. Zudem können sich auch die rechtsanwendenden Behörden in der Spezialisierung unterscheiden, was Auswirkungen auf die Verfahrensführung haben kann.

– **Rechtsgut:**

Ein Rechtsgebiet definiert sich nicht unwesentlich auch durch die in Frage stehenden Rechtsgüter, das heisst die durch das entsprechende Recht geschützten Interessen der Person sowie auch der breiteren Gesellschaft. Die Konsequenzen einer erlassenen Verfügung können denn auch von einer einfachen Feststellung eines Rechtszustands bis hin zu einer Gefährdung von Leib und Leben reichen. Bei Letzterem können falsche Entschei-

¹⁹¹ So kann beispielsweise aus detaillierten Bestimmungen für Augenscheine in einem Spezialgesetz daraus geschlossen werden, dass Augenscheine in diesem Bereich von besonderer Bedeutung sind und ein solcher sich in diesem Bereich oft aufdrängt, da der Sachverhalt anders kaum ermittelt werden kann.

dungen nicht rückgängig gemacht werden, wohingegen Fehlentscheidungen bei Verfahren mit der Konsequenz der Verschiebung von Vermögenswerten oftmals einfacher richtiggestellt werden können.¹⁹²

– **Anzahl Verfahren:**

Auch die Anzahl der zu behandelnden Verfahren hat einen Einfluss auf deren Charakter. So liegt auf der Hand, dass bei einer geringen Verfahrenszahl ein Sachverhalt zeitintensiver abgeklärt werden kann. Gleichzeitig sind aber die Methoden für die Sachverhaltsabklärungen weniger standardisiert und elaboriert als bei Massenverfahren.¹⁹³

– **Politischer und gesellschaftlicher Diskurs:**

Entscheidungsträger wie auch die gesetzgebenden Instanzen entscheiden anders, wenn diese unter politischer und gesellschaftlicher Beobachtung stehen. Ist ein Rechtsgebiet im Fokus der Öffentlichkeit, ist davon auszugehen, dass die Kontrolle sowie auch der Druck höher ist als bei Rechtsgebieten, welche von der Öffentlichkeit kaum oder nicht beachtet werden. Indessen ist dieses Merkmal – obschon prägend für ein Rechtsgebiet – nicht geeignet, eine Abweichung oder eine Spezialität im Verfahrensrecht zu rechtfertigen, da dieses Merkmal den Rechtsbereich ohne Rücksicht auf die Charakteristika des Gebiets selber ändern kann und so doch als exogen zu bezeichnen ist. Ähnlich wie das Rechtsgut wird der politische und gesellschaftliche Diskurs ergänzend zum umfassenderen Verständnis der Mechanismen zur Beurteilung hinzugezogen. Um dieses Merkmal zu analysieren, werden die Anzahl Gesetzesrevisionen in diesem Bereich respektive in diesem Gesetz sowie die letzten in den gängigen Medien erschienenen Schlagzeilen untersucht und zusammengefasst.

Wie bereits angemerkt überlappen sich die aufgezählten Merkmale und weisen wechselseitige Abhängigkeiten auf. So hat beispielsweise die Anzahl Verfahren auch Auswirkungen auf den Verfahrensablauf und die Sachverhaltsermittlung, oder der politische und gesellschaftliche Diskurs kann auch von den jeweils

¹⁹² In dem Sinne auch MERLI, S. 7.

¹⁹³ An dieser Stelle ist anzumerken, dass für den nachfolgenden Vergleich in erster Linie auf die Anzahl Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2018 zurückgegriffen wurde und die Anzahl der erstinstanzlichen Verfahren nur punktuell berücksichtigt wurden.

typischen Verfahrensbeteiligten in einem Rechtsgebiet abhängen. Anhand der Ausgestaltung dieser Merkmale können die spezifischen Eigenschaften eines einzelnen Rechtsgebiets und somit das Rechtsgebiet selber anhand der ihm zugrunde liegenden Eigenschaften kategorisiert und bestimmt werden.

5.3 Gegenüberstellung mit anderen Verwaltungsverfahren

5.3.1 Vorbemerkungen zur Auswahl

Der Vergleich mit anderen bundesrechtlichen Verwaltungsverfahren wurde auf drei Verfahren beschränkt und dabei wurden bewusst auf den ersten Blick sowohl scheinbar verwandte als auch sehr entfernte Verfahren ausgewählt. Eine Bedingung war hingegen, dass das Verfahren (noch) nicht in einem eigenen Verfahrensrecht kodifiziert ist und sich somit in wesentlicher Weise auf das Verwaltungsverfahrensgesetz stützt, da ansonsten von einem Verfahren ausgegangen werden müsste, welches vom Verwaltungsverfahrensgesetz bereits derart abweicht, dass die grundsätzliche Vergleichbarkeit in Frage gestellt werden müsste. Zudem wurde darauf geachtet, möglichst alle Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts abzudecken.¹⁹⁴ Für den Vergleich ausgewählt wurden folgende drei Verfahren:

Einreiseverbote nach Art. 67 AIG stellen in der Abteilung VI des Bundesverwaltungsgerichts in quantitativer Hinsicht gewichtige Verfahren dar. Zudem sind wie im Asylverfahren die beschwerdeführenden Personen auch Ausländerinnen und Ausländer, welche in der Schweiz bleiben möchten. Prima vista sind somit Einreiseverbote als eher nahes Verfahren zum Asylverfahren zu bezeichnen, zumal beide Rechtsgebiete zum Migrationsrecht gehören.¹⁹⁵

Verfahren im *öffentlichen Beschaffungswesen* sind als Vergabeverfahren mit mehreren Hauptparteien zu qualifizieren. Unter anderem aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgüter, welche in Frage stehen, und den unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten erscheint dieser Rechtsbereich vom Asylverfahren weit entfernt. Jedoch weist das öffentliche Beschaffungswesen wie das Asylverfahren auch ein komple-

¹⁹⁴ Verfahren bezüglich Einreiseverbote gehörten bis am 1. Juni 2016 der Abteilung III an, bis diese Verfahren in die neu geschaffene Abteilung VI transferiert wurden. Da die Abteilung III in erster Linie das Sozialversicherungsrecht behandelt, welches mit dem ATSG ein eigenes spezialgesetzliches Verfahrensrecht aufweist, wurde auf ein (zusätzliches) Verfahren aus der Abteilung III verzichtet.

¹⁹⁵ Vgl. nachfolgend Kap. 5.3.2.

xes erstinstanzliches Verfahren auf, welches per Spezialgesetz vom Verwaltungsverfahrensgesetz stark abweicht. Es lassen sich demnach auch hier gewisse Parallelen zwischen den beiden Rechtsgebieten erkennen.¹⁹⁶

Das Rechtsgebiet des Bundespersonalrechts und die vorliegend untersuchte *Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BPG* steht zwischen Arbeitnehmerschutz und Wettbewerbsfähigkeit des Bundes im Arbeitsmarkt und weist demnach starke Bezüge zum Privatrecht und insbesondere dem Obligationenrecht auf, was dem Asylverfahren fremd ist. Meist handelt es sich aber auch um ein asymmetrisches Rechtsverhältnis, wobei sich die angestellten Personen zum Teil wie die Asylsuchenden in einer vulnerablen Situation befinden.¹⁹⁷

5.3.2 Einreiseverbot nach Art. 67 AIG

Beschwerdeverfahren gegen vom SEM verfügte Einreiseverbote überwiegen, rein quantitativ betrachtet, alle anderen Materien der Abteilung VI des Bundesverwaltungsgerichts deutlich. Mit 137 diesbezüglichen auf der Webseite des Bundesverwaltungsgerichts veröffentlichten Urteilen¹⁹⁸ waren im Jahr 2018 gut 20 Prozent aller publizierten Verfahren der Abteilung VI Beschwerden gegen Einreiseverbote. Einreiseverbote werden auch als häufigste Anordnung der schweizerischen Verwaltungspraxis beschrieben.¹⁹⁹ Im Gegensatz zu Wegweisungsverfügungen als reine Entfernungsmassnahmen sollen Einreiseverbote verhindern, dass die Person wieder in die Schweiz gelangt. Sie stellen demnach eine Fernhaltemassnahme ohne pönalen, sondern lediglich mit Massnahmencharakter dar.²⁰⁰ Gemäss Art. 67 Abs. 1 und 2 AIG verfügt das SEM Einreiseverbote, wenn eine Wegweisung sofort vollstreckt wird, eine weggewiesene Person nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist ist, aber auch, wenn die Person gegen die öffentliche Sicherheit und

¹⁹⁶ Vgl. nachfolgend Kap. 5.3.3.

¹⁹⁷ Vgl. nachfolgend Kap. 5.3.4.

¹⁹⁸ Formelle Nichteintretensentscheide und Abschreibungsentscheide werden gemäss Art. 4 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (SR 173.320.4) nicht im Internet veröffentlicht, sondern sind im Sinne der Pflicht zur öffentlichen Urteilsverkündung gemäss Art. 42 VGG lediglich an der Loge des Gerichts (Rubrum und Dispositiv des Urteils) während 30 Tagen einsehbar.

¹⁹⁹ JÖRGER/SUTTER, S. 81 f.

²⁰⁰ BBI 2002 3709, 3813; CARONI et al., *Migrationsrecht*, 4. Aufl., S. 263; SPESCHA, *Kommentar AIG*, Art. 67, Rz. 1; ZÜND/ARQUINT HILL, Rz. 8.80, anders JÖRGER/SUTTER, S. 81 und 83; GOOD/SUTTER, S. 199 ff.

Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet, Sozialhilfekosten verursacht hat oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden ist.²⁰¹ Auch das Bundesamt für Polizei (fedpol) kann zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber Ausländerinnen und Ausländern ein Einreiseverbot verfügen.²⁰² Einreiseverbote werden gemäss Art. 67 Abs. 3 AIG für höchstens fünf Jahre verfügt. Eine längere Dauer kann verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Die absolute Maximaldauer beträgt aber 15 Jahre respektive 20 Jahre im Wiederholungsfall.²⁰³ Wer die Schweiz trotz eines geltenden Einreiseverbotes betritt, macht sich strafbar und kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe bestraft werden.²⁰⁴ Das SEM kann in Ausnahmefällen aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von einem Einreiseverbot absehen oder dieses vorübergehend sistieren.²⁰⁵

Der Verfahrensablauf weist grundsätzlich keine grosse Komplexität auf und stützt sich im Wesentlichen auf Art. 67 AIG sowie die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsverfahrens ab. Nach einem allfälligen Gesuch einer kantonalen oder eidgenössischen Behörde gewährt das SEM der betroffenen Person das rechtliche Gehör, bevor es eine Verfügung erlässt. Diese ist innerhalb von 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar.²⁰⁶ Die Komplexität der Verfahren ergibt sich jedoch unter anderem aus der Parallelität der Verfahren zu anderen meist Straf- oder ausländerrechtlichen Verfahren oder Untersuchungen, welche von unterschiedlichen kantonalen oder eidgenössischen Behörden geführt werden, sowie

²⁰¹ Jedoch ist beachtlich, dass Personen, welche vom Freizügigkeitsabkommen profitieren, materiell als auch prozessrechtlich anders behandelt werden als Drittstaatsangehörige. Bei freizügigkeitsberechtigten Personen muss eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen, welche gemäss Art. 5 Anhang 1 des FZA den Entzug oder die Verweigerung einer Bewilligung rechtfertigt. Mehr dazu: BGE 139 II 121; SPESCHA, Kommentar AIG, Art. 67, Rz. 8; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 263 f.

²⁰² Art. 67 Abs. 4 AIG; insbesondere bei Fällen bei Gefährdung durch Terrorismus, gewalttätigem Extremismus oder verbotenen Nachrichtendienst; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 265.

²⁰³ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 413. Bezüglich freizügigkeitsberechtigte Personen vgl. SPESCHA, Kommentar AIG, Art. 67, Rz. 8.

²⁰⁴ Art. 115 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. d AIG.

²⁰⁵ Art. 67 Abs. 5 AIG.

²⁰⁶ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 415; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 267 f.; SPESCHA, Kommentar AIG, Art. 67, Rz. 2. Freizügigkeitsberechtigten Personen steht zudem der Rechtsweg ans Bundesgericht offen, dazu ZÜND/ARQUINT HILL, Rz. 8.109.

aus dem Abwägen zwischen den verschiedenen Rechtsgütern, welche auf dem Spiel stehen.²⁰⁷

Bei den Verfahrensbeteiligten handelt es sich zum einen um ausländische Personen verschiedenster Herkunft und mit unterschiedlichsten Aufenthaltsdauern und vorangehenden -status in der Schweiz²⁰⁸ sowie andererseits um das SEM und das Bundesverwaltungsgericht, welche aufgrund der Fallzahlen und somit der Häufigkeit der Beschäftigung mit Einreiseverboten beide als spezialisiert bezeichnet werden können.

Bei den in Frage stehenden Rechtsgütern ist aus Sicht der Person, welche direkt vom Einreiseverbot betroffen sein soll, in erster Linie auf die Ansprüche aus dem Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 13 BV beziehungsweise Art. 8 EMRK sowie (wohl seltener) die Bewegungsfreiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV zu verweisen. Auf der Seite der Gesellschaft ist das öffentliche Interesse nach Sicherheit und Ordnung als Rechtsgut zu nennen.²⁰⁹

In der öffentlichen Diskussion erscheinen Einreiseverbote als Thematik meist in akzessorischer Weise im Zusammenhang mit Ausschaffungen straffälliger Ausländerinnen und Ausländern. In diesem Zusammenhang ist die am 28. November 2010 von Volk und Ständen angenommene Initiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» zu erwähnen, welche vorsieht, dass gegen Personen, welche ihr Aufenthaltsrecht aufgrund der in Art. 121 Abs. 3 BV aufgezählten Tatbeständen verlieren, ein Einreiseverbot von fünf bis 15 Jahren auszusprechen ist.²¹⁰ So ist der öffentliche Diskurs meist von kriminellen Personen geprägt, obschon Einreiseverbote aufgrund krimineller Handlungen nur einen klei-

²⁰⁷ JÖRGER/SUTTER, S. 88 ff.

²⁰⁸ Es ist grundsätzlich auch möglich, bei einer sich nicht in der Schweiz befindenden Person ein Einreiseverbot zu verhängen, vgl. ZÜND/ARQUINT HILL, Rz. 8.81.

²⁰⁹ Anschaulich zu den wichtigsten Fragestellungen bei Einreiseverboten BÜCHLER et al., S. 187 ff.; BÜCHLER/HEMMI/ACHERMANN, S. 130 ff.; STURM, S. 260 ff. sowie auch JÖRGER/SUTTER, S. 83 ff.

²¹⁰ Zur Chronologie der Ausschaffungsinitiative: ARBEITSGRUPPE UNTER PROF. HEINRICH KOLLER, S. 12 ff.

nen Teil ausmachen und verfügte Einreiseverbote aufgrund ausländerrechtlicher Delikte wie illegale Einreise oder Aufenthalt überwiegen.²¹¹

5.3.3 Öffentliches Beschaffungswesen

Das öffentliche Beschaffungswesen wird üblicherweise als Verteilungsverfahren qualifiziert, wonach eine Behörde zwischen mehreren Bewerbern eine Auswahl zu treffen hat, um knappe Güter zu verteilen.²¹² SCHNEIDER HEUSI definiert das öffentliche Beschaffungswesen als «den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch die der Gesetzgebung unterstellten Auftraggeber, die diese zu ihrer Aufgabenerfüllung benötigen».²¹³ Dabei handelt es sich um ein stark zersplittertes Rechtsgebiet, indem internationale²¹⁴, nationale, interkantonale²¹⁵ und kantonale Bestimmungen²¹⁶ einschlägig sind.²¹⁷

Im Jahr 2018 wurden gemäss Geschäftsbericht des Bundesverwaltungsgerichts 29 Urteile in der Materie «öffentliches Beschaffungswesen» gefällt. In der dafür verantwortlichen Abteilung II wurden in diesem Jahr insgesamt 448 Erledigungen verzeichnet.²¹⁸ Somit stellen Verfahren in Sachen öffentliches Beschaffungswesen in quantitativer Hinsicht kein gewichtiges Verfahren dar, insbesondere unter Berücksichtigung der insgesamt 7603 Erledigungen des gesamten Gerichts. Die gros-

²¹¹ So NZZ ONLINE, Einreise verweigert: «Rund 1300 der 10 600 Einreiseverbote [im Jahr 2008] betrafen Ausländer, die in der Schweiz Delikte begangen hatten, der Rest Ausländer, die mehrere Male gegen ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen oder in der Schweiz ein Dublin-Gesuch gestellt hatten.»

²¹² KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, S. 243 f.

²¹³ SCHNEIDER HEUSI, S. 29; das BGER zur Definition: BGE 125 I 209 E. 6b.

²¹⁴ Das wohl bedeutendste dabei ist das WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994, Agreement on Government Procurement (GAP) in Kraft für die Schweiz seit dem 1. Januar 1996, SR 0.632.231.422, welches mit dem sog. GAP 2012 erweitert wurde und am 6. April 2014 in Kraft trat. Daneben sind auch bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EU von grosser Bedeutung, wie das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999, in Kraft für die Schweiz seit dem 1. Juni 2002, SR 0.172.052.68.

²¹⁵ Vgl. dazu die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz mit der Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001, SR 172.056.5 (nicht mehr in Kraft).

²¹⁶ Am 15. November 2019 wurde die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) vom Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) an einer Sonderplenarversammlung verabschiedet. Nun beginnt der Ratifizierungsprozesse in den Kantonen, vgl. Musterbotschaft InöB.

²¹⁷ STÖCKLI, Vergaberecht der Schweiz, S. 8; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 1007 ff.

²¹⁸ BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 69, 72.

se Anzahl der summarischen erstinstanzlichen Verfügungen betreffend der Nichtberücksichtigung (Art. 23 BöB), wobei in den meisten Ausschreibungen mehrere solcher abschlägiger Verfügungen erlassen werden, spiegelt sich offenbar in der Anfechtungsquote nicht wider.

Die Selektion, welche durch die öffentliche Ausschreibung eines Projekts initiiert wird, steht im Vordergrund dieser Verfahren. Übersteigt der zu vergebene öffentliche Auftrag einen bestimmten Wert, ist das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen anwendbar und der Auftrag muss grundsätzlich öffentlich ausgeschrieben werden, womit er von Amtes wegen erfolgt.²¹⁹ In der Ausschreibung müssen die Zuschlagskriterien (insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Umweltverträglichkeit usw.) klar und ausführlich beschrieben werden.²²⁰ Die Definition dieser Zuschlagskriterien sowie deren Wichtigkeit ist für die Vergabe und somit für das gesamte Verfahren massgeblich. Das Verfahren endet mit einem Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 21 Abs. 1 BöB)²²¹ und gegebenenfalls mit summarischen begründeten Verfügungen der Nichtberücksichtigung (Art. 23 Abs. 1 BöB).²²² Diese stellen anfechtbare Verfügungen dar, welche das erstinstanzliche Verfahren abschliessen. Das Beschwerdeverfahren zeichnet sich aufgrund der Möglichkeit des Vertragsabschlusses bereits nach dem Zuschlag insbesondere durch eine verkürzte Beschwerdefrist,²²³ eine eingeschränkte Kognition des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 31 BöB) sowie der fehlenden aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde (Art. 28 Abs. 1 BöB) aus. Dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung (Art. 22 BöB) kommt grosse Bedeutung zu, da im Falle des Entzugs der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde auch bei einer Gutheissung in der Sache der abgeschlossene Vertrag nicht mehr aufgelöst, sondern nur noch eine Rechtsverletzung festgestellt werden kann und gegebenenfalls Schadenersatz bezahlt werden muss.²²⁴ Im ge-

²¹⁹ Vgl. Art. 6 BöB; SCHNEIDER HEUSI, S. 18 ff.; GALLI et al., Rz. 305 ff.; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 1024.

²²⁰ Art. 21 BöB, Art. 16a VöB.

²²¹ Das neue Gesetz sieht in Art. 41 E-BöB neu vor: «Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag».

²²² Je nachdem, ob es sich um ein offenes, selektives oder freihändiges Verfahren handelt, erfolgt der Ablauf der Vergabe anders (Art. 14 ff. BöB), detailliert dazu GALLI et al., Rz. 284–304.

²²³ Im Gegensatz zu der dreissigtägigen Beschwerdefrist nach Art. 50 Abs. 1 VwVG sieht Art. 30 BöB eine Beschwerdefrist von nur 20 Tagen vor.

²²⁴ Art. 32 Abs. 2 und 34 BöB; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 1032; GALLI et al., Rz. 1395 ff.

samten Verfahren fordert schliesslich das Recht auf Akteneinsicht aufgrund der diversen Geschäftsgeheimnisse respektive Geheimhaltungsinteressen von Konkurrenten besondere Aufmerksamkeit, wobei das Akteneinsichtsrecht im erstinstanzlichen Verfahren ganz ausgeschlossen ist.²²⁵

Verteilungsverfahren wie das öffentliche Beschaffungswesen zeichnen sich als typische Mehrparteienverfahren mitunter durch mehrere Hauptparteien mit gegensätzlichen Interessen aus. Dabei handelt es sich meist um juristische Personen und zwar um das Unternehmen, welche den Zuschlag erhalten hat, und diejenige respektive diejenigen, welche leer ausgegangen ist oder sind. Ihnen gegenüber steht eine Vergabestelle nach Art. 2 BöB.²²⁶ Diese Vergabestellen sind nicht als auf Vergaberecht spezialisierte Organisationen zu bezeichnen, weshalb in diesen Verfahren auch im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Mittel viele Parteien von rechtskundigen Rechtsvertretern vertreten sind. Als Beschwerdeinstanzen sind in Bezug auf das bundesrechtliche öffentliche Beschaffungswesen das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht zuständig.²²⁷

Im WTO-Übereinkommen werden als Grundsätze für das öffentliche Beschaffungswesen insbesondere die Gleichbehandlung, die Nichtdiskriminierung sowie die Transparenz der Vergabeverfahren genannt.²²⁸ Daneben nennt Art. 1 BöB auch die Stärkung des Wettbewerbs und den wirtschaftlichen Einsatz von öffentlichen Mitteln als Ziel. Somit kann das öffentliche Beschaffungswesen im grösseren Rahmen in die Grundsätze der Wirtschaftsordnung im Sinne von Art. 94 BV und im weiteren Sinne auch zur Wettbewerbspolitik nach Art. 96 BV eingeordnet werden, wobei aber im Einzelfall auch grosse finanzielle Interessen sowohl der Vergabestellen als auch privater Dritter beachtlich sind. Zudem stellt auch die Bekämpfung

²²⁵ GALLI et al., Rz. 1185 f.; SCHNEIDER HEUSI, S. 135 f.

²²⁶ Gemäss Art. 2 Abs. 1 und 2 BöB sind dies die allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung, Eidgenössische Technische Hochschulen und Forschungsanstalten, die Post und deren Automobildienste, das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat, das Schweizerische Nationalmuseum, das Eidgenössische Institut für Meteorologie sowie weitere vom Bundesrat speziell bezeichnete öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Organisationen.

²²⁷ KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 1029.

²²⁸ SCHNEIDER HEUSI, S. 1, so auch BBl 2017 1851, 1858; BBl 1994 IV 950, 954.

der Korruption und der Vetternwirtschaft ein Ziel des öffentlichen Beschaffungswesens dar.²²⁹

In der öffentlichen Diskussion erscheint das öffentliche Beschaffungswesen meist punktuell im Zusammenhang mit fragwürdigen Vergabemethoden respektive fehlenden öffentlichen Ausschreibungen von grossen öffentlichen Aufträgen, welche punktuell sicherlich als relevant zu bezeichnen sind und zu Entlassungen sowie Rücktritten führen können.²³⁰ Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen wurde seit seiner Inkraftsetzung im Jahr 1994 mehrmals teilrevidiert.

In der Sommersession 2019 wurde die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet, mit welcher die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen besser harmonisiert werden sollen und das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 2012 (GPA) berücksichtigen wird. So sollen auch Transparenz und Marktzugang verbessert werden.²³¹ Die Totalrevision wurde am 21. Juni 2019 sowohl im Nationalrat als auch im Ständerat einstimmig angenommen. Das Referendum wurde nicht ergriffen.²³² Als Dauerthema in den Medien oder auch als Wahlkampfthema 2019 ist dieser Bereich des Verwaltungsrechts jedoch kaum direkt in Erscheinung getreten.²³³

5.3.4 Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 10 Abs. 2 BPG

Das Bundespersonalgesetz regelt die Arbeitsverhältnisse beim Bund, wobei zahlreiche Abweichungen sowohl zum Obligationenrecht als auch in verfahrensrechtlicher Perspektive zum Verwaltungsverfahrensgesetz festzustellen sind.²³⁴ Der Arbeitgeber kann demnach aus sachlich hinreichenden Gründen ein Arbeitsverhältnis kündigen, insbesondere wenn wichtige gesetzliche oder vertragliche Pflichten ver-

²²⁹ BBI 2017 1851, 1867. Demnach ist die Bekämpfung von Korruption und Kollusion einer der Hauptzielsetzungen der aktuellen Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

²³⁰ So beispielsweise TAGESANZEIGER ONLINE, Pannendienst; NZZ ONLINE, Korruption; NZZ ONLINE, Freihändig; NZZ ONLINE, Gravierende Mängel.

²³¹ BBI 2017 1851, 1854.

²³² Abstimmungsprotokoll Ständerat, Geschäft 17.019/3003, 21.06.2019; Abstimmungsprotokoll Nationalrat, Geschäft 17.019/19168, 21.06.2019.

²³³ Berichte über die Totalrevision finden sich denn auch nur vereinzelt. Z. B. NZZ ONLINE, Heimatschutz.

²³⁴ HELBLING, in: Kommentar BPG, vor Art. 1–7, Rz. 1.

letzt wurden, die Leistung oder das Verhalten mangelhaft waren, eine mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft besteht, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, keine Bereitschaft besteht, eine andere zumutbare Arbeit zu verrichten oder schwerwiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe bestehen, sofern der Arbeitgeber der angestellten Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann. Gemäss Art. 10 Abs. 4 BPG kann ein Arbeitsverhältnis auch aus wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden. Dies ist der Fall, wenn nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.²³⁵

Vor Erlass einer entsprechenden Kündigung ist die Person schriftlich zu mahnen, so dass die Person mit der Problematik konfrontiert wird und ihr die Folgen allfälliger Verhaltensmängel aufgezeigt werden. Wie lange im Voraus diese Mahnung erfolgen muss, kann nicht pauschal festgestellt werden. Eine Kündigung darf demnach im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit innert angemessener Frist erfolgen.²³⁶ Unmittelbar vor Erlass ist der angestellten Person, im Sinne der Wahrung der verfassungsrechtlichen Auflagen, das rechtliche Gehör zu gewähren, wobei sich die Person zum Sachverhalt äussern und sie in ihr Dossier Einsicht nehmen kann. Die Auflösung muss weiter so begründet sein, dass die betroffene Person diese nachvollziehen kann.²³⁷ Der Sachverhalt lässt sich in der Regel auf im Arbeitsprozess erstellte Akten wie zum Beispiel Aktennotizen²³⁸ oder auch ärztliche Gutachten²³⁹ und Zeugenaussagen²⁴⁰ abstützen.²⁴¹ Bemerkenswert ist weiter, dass gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren – ausser bei Mutwilligkeit – kostenlos sind. Bei Gutheissung einer Beschwerde ist eine Weiterbeschäftigung zudem nur bei einem schwerwiegenden Verstoß gegen das geltende Recht vorgesehen. In den anderen Fällen schuldet

²³⁵ BBI 2011 6703, 6714.

²³⁶ BBI 2011 6703, 6715; NÖTZLI, in: Kommentar BPG, Art. 12, Rz. 28 ff. mit Verweis auf diverse Urteile des Bundesgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts, unter anderem Urteile des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3 ff., 1C_245/2008 vom 2. März 2009; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1684/2009 vom 14. September 2009 E. 5.5; A-8518/2007 vom 18. September 2008 E. 4.4.3.

²³⁷ BBI 2011 6703, 6714 f.

²³⁸ Z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3436/2015 vom 30. Dezember 2015 Bst. A.

²³⁹ Z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7008/2015 vom 27. April 2016 Bst. I.

²⁴⁰ Z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4389/2016 vom 21. September 2016 Bst. B.

²⁴¹ HELBLING, in: Kommentar BPG, Art. 34, Rz. 74 ff.

der Arbeitgeber eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen bis zu einem Jahreslohn.²⁴²

Als Verfahrensbeteiligte stehen sich meist eine natürliche Person und eine Bundesbehörde nach Art. 2 BPG gegenüber. Es ist davon auszugehen, dass diese Bundesbehörden jeweils über eine Personalabteilung verfügen und sich gegebenenfalls an weitere auf Personalstreitigkeiten spezialisierte Stellen innerhalb der Bundesverwaltung wenden können. Diese Stellen sind indessen nicht nur auf die Auflösung von Arbeitsverhältnissen spezialisiert, sondern beschäftigen sich mit dem gesamten Personalrecht sowie verwandten, nicht zwingend juristischen Problematiken. Die natürlichen Personen, deren Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, weisen verschiedene persönliche Hintergründe auf und lassen sich oft – zumindest ab dem Beschwerdeverfahren – von einem Rechtsvertreter respektive einer Rechtsvertreterin oder durch die Gewerkschaft vertreten.²⁴³ Seit der Revision des Bundespersonalgesetzes wurde die Möglichkeit einer internen Beschwerdeinstanz aufgehoben, womit das Bundesverwaltungsgericht als erste Beschwerdeinstanz über arbeitsrechtliche Streitigkeiten entscheidet. Ein Weiterzug ans Bundesgericht ist grundsätzlich möglich.²⁴⁴

Das in Frage stehende Rechtsgut kann im Arbeitnehmerschutz im Sinne von Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV ausgemacht werden, wobei der Begriff weit zu fassen ist und sowohl Aspekte wie Gesundheit und Sicherheit, aber auch den Persönlichkeitsschutz umfasst.²⁴⁵ Im Gegensatz zu privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ist der Bund zudem verpflichtet, dass jede Einschränkung von Grundrechten den verfassungsmässigen Vorgaben von Art. 36 BV genügt.²⁴⁶ Auf der anderen Seite handelt der Bund als Arbeitgeber. Er muss demnach seine vom Parlament vorgegebenen Ziele erfüllen und gleichzeitig konkurrenzfähig und effizient bleiben.²⁴⁷

²⁴² Art. 34 BPG; BBI 2011 6703, 6705 und 6724.

²⁴³ So exemplarisch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5488/2016 vom 9. Dezember 2016, A-2571/2015 vom 9. November 2015, A-5665/2014 vom 29. September 2015, A-5155/2014 vom 8. April 2015 (jeweils Anwälte); A-4389/2016 vom 21. September 2016 (Gewerkschaft).

²⁴⁴ Art. 36 BPG. Dazu: BBI 2011 6703, 6724.

²⁴⁵ BIAGGINI, Was ist das Allgemeine?, zu Art. 110, Rz. 4; HELBLING, in: Kommentar BPG, Art. 1, Rz. 15 f.

²⁴⁶ HELBLING, in: Kommentar BPG, Art. 1, Rz. 15 f.

²⁴⁷ HELBLING, in: Kommentar BPG, Art. 4, Rz. 18 ff.; BBI 2011 6703, 6704.

In quantitativer Hinsicht publizierte die Abteilung I des Bundesverwaltungsgerichts im Jahr 2018 auf seiner öffentlich zugänglichen Datenbank rund 16 Entscheide betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses²⁴⁸ in denen das Bundespersonalgesetz zur Anwendung gelangte. Bei 645 Erledigungen im Jahr 2018 der Abteilung I wird ersichtlich, dass Auflösungen des Arbeitsverhältnisses nicht als Massenverfahren zu bezeichnen sind, auch wenn das Bundespersonalgesetz auf unzählige Arbeitsverhältnisse Anwendung findet.²⁴⁹

Seit Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes im Jahr 2000, wobei dabei das Beamtenengesetz von 1927 abgeschafft wurde, sind mehrmals Bundesbehörden dem Bundespersonalgesetz unterstellt worden. Am 1. Juli 2013 trat die bislang einzige grössere Gesetzesrevision in Kraft. Dabei wurde das Bundespersonalrecht modernisiert, an das Obligationenrecht angenähert und Arbeitgebenden sowie auch Angestellten mehr Handlungsspielraum und Flexibilität gewährt.²⁵⁰ Im gesellschaftlichen Diskurs steht das Bundespersonalrecht respektive die Regelungen zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses kaum je im Zentrum.

5.4 Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens

Nach der vorangehenden Betrachtung der drei Bundesverwaltungsverfahren wird nun im Folgenden darauf eingegangen, welche spezifischen Eigenschaften das Asylverfahren in Bezug auf die vorgängig definierten Bereiche (Anzahl Verfahren, Sachverhaltsfeststellung, Verfahrensbeteiligte, Rechtsgüter und öffentlicher Diskurs) aufweist. Unter Bezugnahme auf die drei Vergleichsgebiete kann nun abgeleitet werden, inwiefern sich das Asylverfahren tatsächlich von anderen Verwaltungsverfahren unterscheidet.²⁵¹

5.4.1 Leib, Leben und Freiheit

Das Asylgesetz bezweckt in erster Linie, Personen vor ernsthaften Nachteilen oder der begründeten Furcht davor, solchen ausgesetzt zu sein, zu schützen. Als ernsthafte Nachteile werden gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG die Gefährdung des Leibes,

²⁴⁸ 11 Entscheide in deutscher, 5 in französischer und keinen in italienischer Sprache.

²⁴⁹ BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 68.

²⁵⁰ BBl 2011 6703, S. 6704.

²⁵¹ Zum Asylverfahrens und dessen Ablauf vgl. nachfolgend Kap. 6.

des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken, definiert. Die Schweizer Behörden folgen dabei entgegen den internationalen Tendenzen, welche eine menschenrechtliche Auslegung verfolgen, einer Individualgüterlehre.²⁵² Auch die Flüchtlingskonvention selber nimmt in Art. 33 FK lediglich Bezug auf die Gefährdung des Lebens und der Freiheit, ohne diese Begriffe genauer zu definieren.²⁵³ Als betroffene respektive zu schützende Rechtsgüter im Asylrecht können demnach Leib, Leben und Freiheit und somit – vereinfacht – das Recht auf Leben und persönliche Freiheit identifiziert werden.

Das Recht auf Leben bildet als fundamentales Grundrecht Ausgangspunkt und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte und stellt eine unabdingbare Voraussetzung des Persönlichkeitsschutzes und des Grundrechts- und Menschenrechtsschutzes insgesamt dar. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 10 Abs. 1 BV schützt es «den Menschen in der ganzen Vielfalt seiner Erscheinungen, unbekümmert darum, wie ausgefallen und einmalig diese auch immer sein mögen».²⁵⁴ Mit dem Recht auf persönliche Freiheit wird die Integrität des menschlichen Körpers und der Psyche sowie die Bewegungsfreiheit²⁵⁵ geschützt, und somit die Bereiche, welche für ein selbstbestimmtes Leben in Würde und Freiheit unerlässlich sind. So soll es als Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen demjenigen erlauben, über die wesentlichen Aspekte des eigenen Lebens zu entscheiden.²⁵⁶ Daneben garantiert das Recht, auf körperliche und geistige Unversehrtheit frei über die Integrität des eigenen Körpers respektive Bewusstseins zu verfügen.²⁵⁷ Das Bundesgericht definiert denn auch unter anderem die körperliche und die psychische Integrität als besonders hochwertige Rechtsgüter und stellt diese auch weni-

²⁵² SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 174 f.

²⁵³ Vorliegend wird verzichtet, eingehend auf die andauernden Diskussionen in Bezug auf die Definition der Verfolgung einzugehen. Diesbezüglich wird in nicht abschliessender Weise verwiesen auf: HATHAWAY/FOSTER, S. 101 ff.; GOODWIN-GILL/MCADAM, S. 91 und 131 ff.; UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien, Ziff. 51 ff.

²⁵⁴ BGE 98 Ia 508 E. 4b mit Hinweis auf MÜLLER, Recht auf Leben, S. 463; SCHWEIZER, in: SG-Kommentar, Art. 10 BV, Rz. 12. Ferner auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 132 ff.

²⁵⁵ Dieser Aspekt der persönlichen Freiheit ist im Asylrecht von geringerer Relevanz, weshalb auf weitergehende Ausführungen verzichtet wird. Für weitere Hinweise wird auf KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 143 ff. verwiesen.

²⁵⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 147 mit Hinweis auf den für das Asylrecht insbesondere relevanten Bereich der sexuellen Entfaltung; BGE 126 II 425 E. 2b.

²⁵⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 149 ff.

ger bedeutenden Rechtsgütern wie Eigentum und Vermögen verschiedentlich entgegen.²⁵⁸ Die Hochwertigkeit dieser im Asylbereich geschützten Rechtsgüter lässt sich weiter auch aus dem Umstand ableiten, dass diese Rechte zwar nicht absolut, jedoch notstandsfest sind.²⁵⁹ Insgesamt stellen das Recht auf Leben als auch die persönliche Freiheit sowie die körperliche Integrität die elementarsten Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung dar.²⁶⁰ Fehlbeurteilungen im negativen Sinne lassen sich denn kaum rückgängig machen.²⁶¹ Dieser Umstand, dass das Asylrecht zum Ziel hat, derart hochwertige Rechtsgüter zu schützen, kann demnach als spezifische Eigenschaft qualifiziert werden.

5.4.2 Rechtserheblicher Sachverhalt im Ausland

Der rechtserhebliche Sachverhalt, welcher zwar von den Behörden im Sinne der Untersuchungsmaxime in Zusammenarbeit mit den Asylsuchenden von Amtes wegen festzustellen ist, ereignete sich im Asylverfahren in der Regel in Ausland,²⁶² was dessen Feststellung per se erschwert. Dabei handelt es sich bei den Herkunftsregionen der Asylsuchenden oft um Krisenregionen und/oder die geltend gemachte Verfolgung geht vom Staat selber aus, was die Sachverhaltsaufklärung nicht einfacher macht, da die benötigten Informationen aus diesen Gründen nicht ohne Weiteres erfragt werden können. Dieser Umstand hat insbesondere Auswirkungen auf eine objektive Informationsbeschaffung, welche auch durch eine seriöse COI-Abklärung nicht in jedem Fall möglich ist, zumal in typischen Asylherkunftsstaaten gezielt auch Falschinformationen gestreut werden.²⁶³ Daneben können auch die sprachlichen Barrieren grosse Hindernisse bei der Informationsbeschaffung darstellen.²⁶⁴ Daraus ergibt sich, dass die Behörden in wesentlichen Teilen auf die Vorbringen der Asylsuchenden angewiesen sind, wobei diese aus ihren Vorbringen einen Aufenthaltsanspruch ableiten möchten. Diese Konstellation kann zu einem gewissen Misstrauen der Behörde gegenüber der asylsuchenden Person führen,

²⁵⁸ So neben vielen: BGE 103 Ib 27 E. 1; BGE 137 II 297 E. 3.3; BGE 127 IV 1 E. 2a.

²⁵⁹ MÜLLER/SCHEFER, S. 45; GRABENWARTER/PABEL, S. 12.

²⁶⁰ BGE 136 II 415 E. 3.2; BGE 118 Ia 427, E. 4b; GRABENWARTER/PABEL, S. 146; MÜLLER/SCHEFER, S. 41 f.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, S. 133, 146; HATHAWAY/FOSTER, S. 208.

²⁶¹ MERLI, S. 7.

²⁶² Beim vorliegend von subjektiven Nachfluchtgründen im Sinne von Art. 54 AsylG kann es sein, dass die verfolgungsbegründenden Handlungen (auch) in der Schweiz geschahen.

²⁶³ Vgl. SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 318 f.; MATTERN, *passim*. Ferner auch: ROSSET, *passim*.

²⁶⁴ KLAUSHOFER, S. 150 f.

was den Beweisnotstand aufgrund der Unmöglichkeit der objektiven Abklärung zusätzlich verschärft.

Von den in Art. 12 VwVG aufgeführten Beweismitteln kann im Wesentlichen nur auf die Auskünfte der Parteien zurückgegriffen werden, weshalb die Befragungen zur Person und zu den Asylgründen ins Zentrum der Sachverhaltsfeststellung rücken. Urkunden weisen oft nur einen geringen Beweiswert auf oder können nicht oder nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand überprüft werden. Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen sind kaum verfügbar und die Kooperation mit den Verfolgerstaaten aus tatsächlichen, völkerrechtlichen und auch diplomatischen Gründen unmöglich.²⁶⁵ Auch Augenscheine sind ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich.²⁶⁶ Es bestehen somit zumeist nur eingeschränkte und mittelbare Möglichkeiten, den Sachverhalt abzuklären.²⁶⁷ Dieser notorische Beweisnotstand stellt ein zentrales und prägendes Element des Asylverfahrens dar.

5.4.3 Schutzsuchende, fremdsprachige und rechtsunkundige Personen

Asylsuchende sind Ausländerinnen und Ausländer, welche aus einem anderen Staat kommend um Schutz in der Schweiz ersuchen.²⁶⁸ Meist sind ihnen weder eine Amtssprache noch ein grundlegendes Verständnis des rechtsstaatlichen Verfahrensablaufs oder der gängigen Verhaltensformen gegenüber sowie seitens der Behörden bekannt. Zwar können die Sprachbarrieren durch Dolmetscherinnen respektive Dolmetscher gemildert werden. Diese sind jedoch oft nicht erschwinglich und zudem eröffnen sich etliche weitere Problematiken in einem übersetzten Gespräch, zumal das direkte Gespräch fehlt.²⁶⁹ Dazu kommen oft Traumatisierungen, welche aus den Erlebnissen im Heimatland oder von der Flucht in das Zielland stammen und zu einer gewissen Vulnerabilität führen können.²⁷⁰ Diese Kombination zwischen Schutzbedürfnis, Vulnerabilität und Unkenntnis sowohl des Verfahrensablaufs als auch der gesellschaftlichen Struktur und der Sprache im Asylstaat mit dem dazugehörigen, oftmals fehlenden Beziehungsnetz ist für das

²⁶⁵ KLAUSHOFER, S. 151.

²⁶⁶ Vgl. in diesem Sinne: SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 303 ff.; KNEER/SONDEREGGER, Glaubhaftigkeitsprüfung, S. 3, 6; SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 200.

²⁶⁷ KLAUSHOFER, S. 151.

²⁶⁸ KUHN, S. 4 f.; SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 196.

²⁶⁹ BOLZ, Rechtsschutz, S. 212 f.

²⁷⁰ KLAUSHOFER, S. 152.

Asylverfahren als typisch zu bezeichnen.²⁷¹ Darüber hinaus hat auch der EGMR vor einigen Jahren Asylsuchende schon als Mitglieder einer besonders unterprivilegierten und vulnerablen Gesellschaftsgruppe mit speziellem Schutzbedürfnis bezeichnet.²⁷² Unbegleitete minderjährige Asylsuchende sowie körperlich oder psychisch kranke Asylsuchende werden zudem oftmals als besonders schutzbedürftig angesehen.

Dazu kommt, dass es im Rahmen des Asylverfahrens nicht um einzelne Rechte oder Pflichten der asylsuchenden Personen geht, sondern ihre gesamten Lebensumstände und ihre ausländische Herkunft als Ganzes zentraler Gegenstand des Verfahrens bilden.²⁷³ Dies führt dazu, dass sie neben ihrer bereits speziellen Situation äusserst persönliche Erfahrungen und Erlebnisse mit Behörden teilen müssen, was auch im Sinne des Persönlichkeitsschutzes von Bedeutung scheint.

Asylsuchenden stehen im Verfahren jeweils Abteilungen des SEM sowie des Bundesverwaltungsgerichts gegenüber, welche ausschliesslich Asylgesuche behandeln und somit als hochspezialisierte Bundesbehörden bezeichnet werden können, in welchen auf Asylfragen spezialisierte Mitarbeitende sowie Richterinnen und Richter arbeiten. Auch das gesamte behördennotorische Wissen bezüglich Asylverfahren wird an diesen beiden Stellen konzentriert und zentralisiert. Das Asylverfahren zur Feststellung oder Ablehnung der Flüchtlingseigenschaft ist strikt von anderen Verfahren wie z. B. ausländerrechtliche Verfahren, aber auch vom Wegweisungsvollzugsverfahren getrennt, was die zusätzliche Spezialisierung unterstreicht.²⁷⁴ Demgegenüber steht das Rechtsgebiet des Asyls in der gängigen juristischen Ausbildung nicht im Fokus, weshalb sich auch Anwältinnen und Anwälte kaum damit auseinandersetzen und dieses Gebiet weitgehend NGOs und staatlich finanzierten Rechtsberatungsstellen überlassen. Mit der Neustrukturierung des Asylbereichs, mit welchem Asylsuchende bereits von Beginn weg Anspruch auf eine Rechtsvertretung im Asylverfahren haben,²⁷⁵ wurde versucht, dieses Ungleichgewicht

²⁷¹ In diesem Sinne auch: BOLZ, Rechtsschutz, S. 212 f.; KIENER/KUHN, S. 426; SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 196.

²⁷² EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011, M.S.S. gg. Belgien und Griechenland, Nr. 30696/09, Rn. 251: «(...) an asylum seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection (...)».

²⁷³ Vgl. MERLI, S. 7; KLAUSHOFER, S. 160.

²⁷⁴ SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 194 f.

²⁷⁵ Art. 102f AsylG.

zwischen Spezialisiertheit der Behörden und Vulnerabilität und Unkenntnis der Asylsuchenden auszugleichen.

5.4.4 Massenverfahren mit Schwankungen

Das Asylverfahren ist als typisches Massenverfahren zu qualifizieren.²⁷⁶ Der Begriff Massenverfahren verweist auf einen Rechtsbereich mit einer grossen Anzahl von erlassenen Verfügungen, welche verschiedene Sachverhalte aus demselben Regelungsbereich betreffen, die im Rahmen einer sogenannten Massenverwaltung erlassen werden.²⁷⁷ Für das Asylverfahren bedeutet dies, dass jede asylsuchende Person aufgrund eines anderen Sachverhalts geltend macht, ein Flüchtling im Sinne der Flüchtlingskonvention zu sein. Diese Gesuche werden alle vom SEM anhand derselben rechtlichen Voraussetzungen geprüft.

Die Anzahl Asylverfahren zeichnet sich durch schnelle, geopolitisch und somit von der Schweizer Politik kaum kontrollierbare Schwankungen aus.²⁷⁸ Asylbeschwerden stellten mit 4353 im Jahr 2018 knapp 60% aller Neueingänge beim Bundesverwaltungsgericht dar.²⁷⁹ Neben den in absoluter Hinsicht hohen Beschwerdezahlen sind auch die Schwankungen von rund 60% innerhalb kurzer Zeit beachtlich, wobei innerhalb von fünf Jahren eine Differenz von über 2000 Beschwerdeeingängen zu verzeichnen ist.²⁸⁰ Auch die Gesuchseingänge beim SEM variieren stark. Sie bewegten sich in den letzten 5 Jahren zwischen 13 694 (im Jahr 2011) und 29 805 (im Jahr 2015), während die Gesuchszahlen im Jahr 1979 noch unter 1000 lag.²⁸¹ Aus diesen hohen Gesuchseingängen sowie aus den dazukommenden massiven Schwankungen ergeben sich grosse Herausforderungen für die Verwaltung sowie das Bundesverwaltungsgericht, welche bereits aus diesem Grund im Spannungsfeld zwischen dem Beschleunigungsgebot und den

²⁷⁶ MERLI, S. 8; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 878.

²⁷⁷ Zum Begriff Massenverfahren: KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 878 ff.

²⁷⁸ SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 197.

²⁷⁹ BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 66.

²⁸⁰ Zwischen 2011 und 2018 verzeichnete das Bundesverwaltungsgericht zwischen 3505 (im Jahr 2011) und 5661 (im Jahr 2015) neu eingegangene Beschwerden in den Asylabteilungen, wobei hier die neu eingegangenen Beschwerden der Abteilungen IV und V berücksichtigt wurden, welche sich zur Hauptsache, aber nicht ausschliesslich, mit Asylbeschwerdeverfahren beschäftigten. Vgl. BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2015, insb. S. 78 f.; BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 70.

²⁸¹ Vgl. SEM, Asylstatistik 2015, insb. S. 10 f.; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 27.

Mitwirkungspflichten auf der anderen Seite unter Wahrung der völkerrechtlichen und verfassungsmässigen Vorgaben stehen.²⁸² Zum einen müssen Ressourcen und Methoden vorhanden sein, welche erlauben, innerhalb von kurzer Zeit auf einen Anstieg oder einen Rückgang von Gesuchszahlen zu reagieren, zum anderen handelt es sich um stetig derart hohe Gesuchszahlen, dass zwar Methoden zur effizienten Fallbearbeitung bereitgestellt werden müssen, eine einzelfallbasierte Behandlung der Gesuche aber nicht vergessen werden darf.²⁸³

5.4.5 Emotionalisierung durch Politik und Gesellschaft

Die Änderungen in der Asylgesetzgebung waren in den letzten Jahren wiederholt Gegenstand nationaler Volksabstimmungen. Zuletzt wurde am 5. Juni 2016 über ein ergriffenes Referendum gegen eine erneute Revision des Asylgesetz abgestimmt, welche unter anderem beabsichtigte, das Asylwesen mit beschleunigten und fairen Verfahren grundlegend zu erneuern.²⁸⁴ Aber auch zuvor wurde das erst seit dem Jahr 1979 bestehende Asylgesetz mehrmals revidiert und teilrevidiert, wobei die Totalrevision von 1998 und die Schengen-Dublin-Assoziierung speziell zu erwähnen sind.²⁸⁵ Dieser stetige Wandel in der Asylgesetzgebung führt unter anderem dazu, dass die Asylpolitik beinahe unaufhörlich Gegenstand breiter politischer und gesellschaftlicher Debatten ist. Dabei wird nicht nur über Grundsatzfragen, ob das Asylrecht liberal oder restriktiv ausgestaltet werden solle, sondern auch über Detailfragen im Verfahrensrecht diskutiert.²⁸⁶ Die Debatten werden oft in kontroverser Stil geführt und sind geprägt von starker Polemik.²⁸⁷ Dabei stehen sich regelmässig die beiden scheinbar entgegengesetzten Pole – einerseits «Schutz der Verfolgten» und andererseits «Verhinderung des Missbrauchs» – gegenüber, was die Debatten noch kontroverser und emotionaler erscheinen lässt.²⁸⁸ Daraus

²⁸² KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 881 f.

²⁸³ So auch MERLI, S. 8.

²⁸⁴ Diese Vorlage wurde von 66.8% des Volkes angenommen. BBl 2016 6779; BBl 2015 7181.

²⁸⁵ Gemäss der Chronologie der Volksabstimmungen der Bundeskanzlei wurde neben weiteren Abstimmungen zum Ausländerrecht und zum Bürgerrecht seit Inkraftsetzung des Asylgesetzes insgesamt sechs Mal über das Asylgesetz als solches oder über Teile davon abgestimmt.

²⁸⁶ So wurde bei der Eidgenössische Volksinitiative 'gegen Asylrechtsmissbrauch' vom 24. November 2002 beispielsweise gefordert, dass die Kantone die Leistungserbringer für die ärztliche und zahnärztliche Betreuung von Asylsuchenden bestimmen sollten, BBl 2002 2744, 2745.

²⁸⁷ SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 192.

²⁸⁸ So bereits WERENFELS, S. 176.

lassen sich mit einer groben Vereinfachung zwei Auffassungen der Asylpolitik definieren, nämlich die «humanitäre» sowie die «sicherheitsbezogene» respektive «identitätsbewahrende» Seite.²⁸⁹ Auch unabhängig von den politischen Diskussionen und den dazugehörigen Gesetzgebungsprozessen steht das Asylwesen immer wieder im Fokus der Öffentlichkeit, beispielsweise durch Medienartikel, welche das Asylwesen oder die darin arbeitenden Personen direkt angreifen.²⁹⁰

Dieser dauernde Fokus auf das Asylwesen durch Politik, Gesellschaft und Medien bewirkt in positiver Weise unter anderem einen hohen Rechtfertigungsdruck der Behörden gegenüber der Öffentlichkeit, womit neue Gesetzesvorlagen den «Faktencheck» bestehen müssen. Im Rahmen der politischen Diskussion kann so oftmals auf konkrete und von unabhängiger Stelle evaluierte Daten zurückgegriffen werden.²⁹¹ Auf der anderen Seite birgt dieser ständige Fokus von Gesellschaft und Politik die Gefahr der Verpolitisierung und Emotionalisierung dieses Rechtsgebiets, so dass die Entscheide nicht unabhängig der politischen Ausrichtung und Diskussion gefällt werden.²⁹² Diese Problematik der Verpolitisierung des Asylwesens entstand denn nicht erst kürzlich. So fragte sich bereits WERENFELS vor über 30 Jahren, inwiefern es sich bei Asylentscheiden um rechtliche oder politische Entscheide handle, und bezeichnete diese Frage bereits zu dieser Zeit als «alt».²⁹³ Die Gefahren dieser Tendenzen, im Asylwesen gemäss den politisch richtigen oder gebotenen Lösungen zu entscheiden, liegen auf der Hand.

5.4.6 Keine spezifischen Eigenschaften

5.4.6.1 Beschleunigungswille

Im Zusammenhang mit dem Asylverfahren wird immer wieder auf den Beschleunigungswillen und die Notwendigkeit der Beschleunigung des Asylverfahrens verwiesen. Kaum eine Asylgesetzrevision hatte nicht das Ziel der Beschleunigung

²⁸⁹ PARINI/GIANNI, S. 227 f.

²⁹⁰ Zum Beispiel: TAGESANZEIGER ONLINE, Das sind die härtesten Asylrichter der Schweiz; WELTWOCHEN, Sabotage von oben; WELTWOCHEN, 3000 Syrer für die Galerie; WOZ, Ueli der Grenzwächter.

²⁹¹ Z. B. bei der Evaluierung des sogenannten Testbetriebs Zürich. Dabei wurde nach 10 Monaten eine Evaluation des Betriebs durch vier externe Auftragnehmer in Auftrag gegeben. Vgl. dazu SEM, Evaluation Testbetrieb. Vgl. auch SCHINDLER, Experimentierfeld, S. 192.

²⁹² Vgl. auch den Vorwurf in TAGESANZEIGER ONLINE, Das sind die härtesten Asylrichter der Schweiz.

²⁹³ WERENFELS, S. 176.

der Verfahren.²⁹⁴ So liegt der Schluss nahe, dass auch die Beschleunigung respektive der Beschleunigungswille eine spezifische Eigenschaft des Asylverfahrens sein muss. Begründet wird dies meist damit, dass aufgrund der bereits erfolgten Präsenz der Gesuchstellenden im Staat, in welchem sie um Schutz ersuchen, die Personen ein Interesse daran hätten, das Asylverfahren möglichst lange hinauszuzögern, um länger vom Aufenthaltsrecht profitieren zu können.²⁹⁵ Diese Argumentation verkennt zum einen die seit mehreren Jahren bereits sehr hohe Schutzquote²⁹⁶, weshalb die Mehrheit der Personen kaum ein Interesse an langen Verfahren haben kann, in welchen sie mit einem schlechteren Aufenthaltsstatus ausharren müssen. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass Parteien auch in anderen Verwaltungsverfahren ein Interesse daran haben, Verfahren möglichst in die Länge zu ziehen,²⁹⁷ wobei solche Verzögerungen – wer diese auch immer verschuldet – zu grossen finanziellen Verlusten führen können.²⁹⁸ Auch in diesen Verfahren können sich die Sachverhalte im Laufe der Zeit verändern und zu anderen Rechtsfolgen führen, wie dies im Asylverfahren beispielsweise aufgrund einer veränderten Situation im Heimatland oder in extremen Fällen aufgrund besonders guter Integration²⁹⁹ der Fall ist. Das Interesse an einer Verfahrensverzögerung einzig asylsuchenden Personen zuzurechnen, erscheint ungerechtfertigt, insbesondere wenn sie einen Schutzanspruch zu begründen vermögen. Die Notwendigkeit, das

²⁹⁴ So bereits in den Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 5. April 1987, S. 1: «Das Asylgesetz und das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer sollen geändert werden, damit die zahlreichen Asylgesuche rascher behandelt und ablehnende Entscheide durchgesetzt werden können.» In den Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 5. Juni 2016, S. 3: «Asylverfahren dauern heute oft sehr lange. Bundesrat und Parlament wollen das Asylwesen mit beschleunigten und fairen Verfahren grundlegend erneuern.» Daneben auch: BBl 2014 7991, 7992; BBl 2011 7325, 7326; BBl 2010 4455, 4456; BBl 1996 II 1, 2; BBl 1990 II 573, 585; BBl 1986 I 1, 2, wobei jeweils bereits in der Übersicht zur Botschaft auf den Willen zur Beschleunigung des Asylverfahrens hingewiesen wird.

²⁹⁵ So beispielsweise KHAKZADEH-LEILER, Verfahrensbeschleunigung, S. 176, und im gleichen Sinne Urteil des VfGH B1219/93; B1698/93; B397/94 vom 30. Juni 1994 E. 1.b.

²⁹⁶ Als Schutzquote wird – entgegen den Berechnungen des SEM, aber in Übereinstimmung mit dem UNHCR, dem Statistischen Amt der Europäischen Union Eurostat und der SFH – der Anteil Asylgewährungen plus vorläufige Aufnahmen ohne Berücksichtigung für den Gesamtanteil der Nichteintretensentscheide (insb. Dublin-Entscheide) definiert. Diese Schutzquote belief sich im Oktober 2015 in der Schweiz auf 79,2%. Vgl. HRUSCHKA, Asylstatistiken.

²⁹⁷ Es sei an Infrastrukturprojekte, Baugesuche, kartellrechtliche Verfahren, Enteignungen oder auch an Verfahren bezüglich des geistigen Eigentums zu denken.

²⁹⁸ Z. B. im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.

²⁹⁹ Z. B. reziproke Entwurzelung; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. August 2015 D-2453/2014 E. 7.

Asylverfahren beschleunigen zu wollen, ergibt sich vielmehr aus dem Umstand, dass es sich beim Asylverfahren um ein Massenverfahren handelt, weshalb mit einer hohen Anzahl von Gesuchseingängen ein hoher Erledigungsdruck einhergeht. Aufgrund der hohen Gesuchszahlen ergeben sich auch nicht unwesentliche Kosten der Verwaltung, welche durch die Beschleunigung gesenkt werden sollen. Weiter ergibt sich aus der Hochwertigkeit der Rechtsgüter sowie der persönlichen Schicksale der Gesuchstellenden ein Bedürfnis nach möglichst schneller Klärung der rechtlichen Situation. Schliesslich führt auch die genaue Beobachtung der Politik und der Öffentlichkeit sowie der damit einhergehenden Emotionalisierung des Themas zum Wunsch nach Beschleunigung. Daraus wird ersichtlich, dass der Beschleunigungswille nicht als eine eigenständige Eigenschaft qualifiziert werden kann, sondern sich viel mehr durch die anderen spezifischen Eigenschaften ergibt und somit als von aussen und nicht aus den Eigenschaften des Asylverfahrens selber kommend qualifiziert werden muss.

5.4.6.2 *Missbrauchsbekämpfung*

Im gleichen Sinne ist der Wille der Missbrauchsbekämpfung im Asylbereich nicht als spezifische Eigenschaft des Asylverfahrens zu bezeichnen. Gleich wie die Beschleunigungsabsicht wurde und wird auch die Missbrauchsbekämpfung im Zusammenhang mit den Asylgesetzrevisionen als zu erreichen wollendes Ziel erwähnt.³⁰⁰ Dabei ist aber der Asylmissbrauch vom Rechtsmissbrauch im streng juristisch-technischen Sinne abzugrenzen.³⁰¹ Nicht jedes fragwürdiges Verhalten, aus welchem sich (aus moralischer Sicht) zu Unrecht eine Leistungspflicht des Staates oder ein Anspruch eines Individuums (z. B. auf Anwesenheit) ergibt, ist als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren. Der Begriff «Missbrauch» wurde denn im asylrechtlichen Kontext vermehrt für Asylgesuche verwendet, welche schliesslich negativ beurteilt werden.³⁰² Vielmehr ist in diesem Zusammenhang auf eine Zweckentfremdung des Asylverfahrens zu schliessen, wobei sich die Asylsuchenden zu vulnerabilisieren haben, um überhaupt migrieren zu können.

Im Wesentlichen bezweckten die zur Missbrauchsbekämpfung eingeführten Regelungen im Asylgesetz die Verhinderung der Einreichung von Folgegesuchen und

³⁰⁰ Unter anderem: BBl 2014 7991, 8010; BBl 2010 4455, 4456; BBl 1986 I 1, 13. Für die historische Herleitung des Begriffs im Asylbereich, vgl. FREI et al., Rz. 6 ff.

³⁰¹ Zur Definition des Rechtsmissbrauchs: GÄCHTER, S. 113 ff.

³⁰² FREI et al., Rz. 7, 43; im Zusammenhang mit Sozialhilfemissbrauch, GÄCHTER, S. 7.

die Einführung von Massnahmen, welche die Mitwirkungspflicht der Gesuchstellenden (insb. Offenlegung ihrer Identität) sicherstellen sollten.³⁰³ Dazu wurden unter anderem verschiedene materielle Nichteintretenstatbestände,³⁰⁴ technische Möglichkeiten zur Erfassung von Identitätsmerkmalen sowie die Verkürzung von Behandlungs- und Beschwerdefristen für unbegründete Verfahren³⁰⁵ im Asylgesetz kodifiziert.

Der Wille zur Missbrauchsbekämpfung muss mit Fokus auf die spezifischen Eigenschaften zum einen im Zusammenhang mit der erschwerten Sachverhaltsabklärung im Asylverfahren gestellt werden.³⁰⁶ Der Umstand, dass Asylgesuchstellende umfassende Leistungen von Seiten des Staates «lediglich» aufgrund persönlicher Erzählungen erhalten, kann im Vergleich zu anderen, besser abklärbaren Sachverhalten in anderen Verwaltungsverfahren sogar befremdlich wirken. Zum anderen wird die Missbrauchsbekämpfung auch gerne herangezogen, um die Gesetzesrevisionen rechtfertigen zu können, zumal der eigentliche Schutz von schutzbedürftigen Personen gemäss der Flüchtlingskonvention als politisch unbestritten gilt.³⁰⁷ Daraus folgt, dass die Missbrauchsbekämpfung nicht als eigenständige Eigenschaft zu qualifizieren ist, sondern sich insbesondere aus der schwierigen Sachverhaltsabklärung sowie dem omnipräsenten politischen und gesellschaftlichen Diskurs ergibt.

5.5 Zwischenfazit

Mit den vorangehenden Darstellungen konnte aufgezeigt werden, dass sich das Asylverfahren von anderen Verwaltungsverfahren durch die fünf genannten Aspekte in massgeblicher Weise unterscheidet und sich abhebt. So sind die auf dem Spiel stehenden hochwertigen Rechtsgüter Leib, Leben und persönliche Freiheit so in keinem anderen Verwaltungsverfahren derart direkt von Belang. Dazu kommt, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland ereignete, weshalb

³⁰³ FREI et al., Rz. 20.

³⁰⁴ Z. B. der in der Zwischenzeit wieder abgeschaffte Nichteintretenstatbestand wegen fehlenden Reise- oder Identitätspapieren, aArt. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG, dazu eingehend FREI et al., Rz. 29 ff.

³⁰⁵ Z. B. Art. 37b AsylG (Behandlungsstrategie SEM), Art. 111 Bst. e AsylG (Einzelrichterliche Zuständigkeit im Beschwerdeverfahren), Art. 111b und 111c AsylG (formlose Abschreibung von unbegründeten Wiedererwägungs- oder Mehrfachgesuchen).

³⁰⁶ So bereits BBl 1986 I 1, 13.

³⁰⁷ FREI et al., Rz. 1.

die Behörden auf die Mitwirkung der Asylsuchenden besonders angewiesen sind. Diese sind wiederum unter anderem aufgrund ihrer Flucht und Herkunft anders als andere Verfahrensteilnehmende in Verwaltungsverfahren zu qualifizieren, wobei ihnen aber hochspezialisierte Behörden gegenüberstehen. Schliesslich sind auch die starken Schwankungen in den Gesuchszahlen sowie die starke Politisierung und Emotionalisierung dieses Rechtsgebietes als das Asylverfahren auszeichnende Eigenschaften zu nennen.

Kapitel 6 Eckpunkte des Asylverfahrens

6.1 Übersicht

Zum besseren Verständnis werden im Folgenden im Sinne eines Überblicks die wichtigsten Eckpunkte eines «normalen» Asylverfahrens von der Gesuchsstellung bis hin zum Abschluss des Verfahrens durch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts skizziert. Diese Darstellung, welche keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, lässt bewusst die diversen Spezialverfahren und/oder Spezialverfahrensnormen wie beispielsweise das Flughafenverfahren, die Verfahren von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden oder zum Teil auch Verfahrensabweichungen bei offensichtlich unbegründeten Gesuchen und groben Mitwirkungspflichtverletzungen unbehandelt. Gegebenenfalls wird darauf im Hauptteil der vorliegenden Arbeit vertieft eingegangen. Durch diesen Beschrieb des «normalen» Asylverfahrens soll die nachfolgende Gegenüberstellung der abweichenden Spezialnormen zum Verwaltungsverfahrensgesetz als Nulllinie besser verstanden werden.³⁰⁸

6.2 Erstinstanzliches Verfahren

Am 1. März 2019 trat die jüngste gewichtige Asylgesetzrevision in Kraft, welche das Asylverfahren in erster Linie beschleunigen soll. Die Revision brachte einige fundamentale Änderungen im Verfahren und insbesondere in der praktischen Organisation des Asylbereichs mit sich. Die Asylverfahren werden nunmehr in den Bundeszentren zeitlich getaktet durchgeführt und folgen einem gesetzlich festgelegten Ablauf.³⁰⁹ Seit diesem Zeitpunkt werden die Asylgesuche im erstinstanzlichen Verfahren in Dublin-Verfahren, beschleunigte und erweiterte Verfahren triagiert. Je nach Einteilung des Asylgesuchs erfolgen andere Verfahrensschritte respektive andere Verfahrensabläufe.

³⁰⁸ Für eine detaillierte Darstellung des neustrukturierten Asylverfahrens wird in ergänzender Weise auf SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, und UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs verwiesen.

³⁰⁹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 4.

6.2.1 Stellung eines Asylgesuchs

Gemäss Art. 18 AsylG stellt «jede Äusserung, mit welcher eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht», ein Asylgesuch dar. Ein erstes Asylgesuch ist an keinerlei Formvorschriften wie beispielsweise die Schriftlichkeit oder materielle Begründetheit gebunden³¹⁰ und kann somit mündlich, schriftlich oder sogar mittels Zeichen und Gesten eingereicht werden.³¹¹ Daraus folgt unter anderem auch, dass die Worte «Asyl» oder «Verfolgung» nicht explizit genannt werden müssen.³¹² Die Stellung eines Asylgesuchs beinhaltet zum einen einen Anruf des Non-Refoulement-Gebots und zum anderen die Bitte um Aufenthalt im Staat, in welchem um Schutz ersucht wurde. Ein Asylgesuch ist persönlich zu stellen, da die Stellung eines Asylgesuchs gemäss langjähriger Rechtsprechung ein relativ höchstpersönliches Recht darstellt, weshalb um Asyl nicht über einen rechtlichen Vertreter oder eine rechtliche Vertreterin ersucht werden kann.³¹³

Gemäss Art. 19 AsylG sind Asylgesuche bei der Grenzkontrolle in einem schweizerischen Flughafen, bei der Einreise an einem geöffneten Grenzübergang oder in einem Zentrum des Bundes einzureichen. Je nachdem, wo das Asylgesuch gestellt wird, folgen unterschiedliche Verfahrensabläufe.³¹⁴ Seit der Abschaffung der sogenannten Botschaftsgesuche³¹⁵ ist die Anwesenheit in der Schweiz oder an der Grenze für die Asylgesuchstellung vorausgesetzt.³¹⁶

³¹⁰ Im Gegensatz dazu müssen Wiedererwägungs- und Mehrfachgesuche schriftlich und begründet eingereicht werden, vgl. Art. 111b und 111c AsylG.

³¹¹ Vgl. EMARK 2002 Nr. 5 E. 4a; HRUSCHKA, Neustrukturierte Dublin-Verfahren, Art. 18, Rz. 1; NGUYEN, S. 519; WERENFELS, S. 155.

³¹² Bei der Entgegennahme eines Asylgesuchs ist von einem weiten Verfolgungsbegriff auszugehen, weshalb auch Gesuche, in welchen ausschliesslich Wegweisungsvollzugshindernisse nach Art. 83 AIG geltend gemacht werden, oder Gesuche um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft einer anderen Person, als Asylgesuche entgegenzunehmen sind. HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 18, Rz. 2; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 374 f.; STÖCKLI, Asyl, Rz. 11.92; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 60; KÄLIN, Grundriss Asylverfahren, S. 260.

³¹³ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 18, Rz. 3; CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 375.

³¹⁴ Z. B. für das Flughafenverfahren: Art. 22 f. AsylG.

³¹⁵ AArt. 19 und 20 AsylG, wonach ein Asylgesuch auch in einer schweizerischen Vertretung im Ausland gestellt werden konnte. Die schweizerische Vertretung überwies das Gesuch dem SEM, welches über die Einreise in die Schweiz befand, um ein Asylverfahren durchführen zu können.

³¹⁶ Art. 19 Abs. 2 AsylG.

Für die Stellung des Asylgesuchs hat sich eine schutzsuchende Person, welche sich an der Grenze oder bereits in der Schweiz befindet,³¹⁷ an eine andere nationale oder kantonale Behörde (z. B. Polizei) zu wenden, welche gemäss Art. 8 AsylV 1 die Personalien aufnimmt und sie einem Zentrum des Bundes nach Art. 24 AsylG oder einem kantonale oder kommunal geführten Zentrum nach Art. 24d AsylG zuweist. Für die Reise dorthin wird der asylsuchenden Person ein entsprechender Passagierschein für den Zug ausgestellt. Sie hat sich spätestens am nächsten Arbeitstag in diesem zugewiesenen Zentrum zu melden.³¹⁸ Asylsuchende können auch an den Flughäfen Zürich-Kloten und Genf-Cointrin anlässlich ihrer Einreise auf dem Luftweg ihr Asylgesuch stellen. Personen, welche an den anderen Flughäfen der Schweiz um Asyl nachsuchen, werden mangels Unterbringungsmöglichkeiten in das nächste Bundeszentrum transferiert und es wird ein ordentliches Asylverfahren durchgeführt. Das Asylverfahren an den Flughäfen richtet sich nach Art. 22 f. AsylG.³¹⁹

6.2.2 Vorbereitungsphase

Seit der Neustrukturierung des Asylbereichs ist die Schweiz in sechs Asylregionen unterteilt: Bern, Nordwestschweiz, Ostschweiz, Tessin/Zentralschweiz, Westschweiz und Zürich. In jeder Region wird jeweils ein sogenanntes Bundeszentrum mit Verfahrensstruktur betrieben, in welchen die Asylgesuche entgegengenommen und zumindest die ersten Verfahrensschritte durchgeführt werden. In diesen Bundeszentren halten sich alle Akteure des Asylverfahrens unter einem Dach auf. Sprich, neben der Unterbringung der Asylsuchenden befinden sich in diesen Zentren auch die Mitarbeitenden des SEM, die Rechtsvertretung sowie die Rückkehrberatung und die Dolmetscherinnen und Dolmetscher.³²⁰ In diesem Bundeszentrum haben sich die Asylsuchenden während höchstens 140 Tagen bis zur Asylge-

³¹⁷ Nota bene: Eine illegale Einreise in die Schweiz stellt kein Hindernis für die Asylgesuchstellung dar. An dieser Stelle ist anzumerken, dass Art. 31 Abs. 1 FK Strafmassnahmen gegen illegal eingereiste Flüchtlinge explizit verbietet, wenn diese unmittelbar aus dem Verfolgungsgebiet kommen, sich unverzüglich bei den Behörden melden und triftige Gründe für die illegale Einreise haben. Vgl. KÄLIN, Grundriss Asylverfahren, S. 249; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 64 f.; STÖCKLI, Asyl, Rz. 11.93.

³¹⁸ Art. 8 AsylV 1.

³¹⁹ Vgl. dazu eingehend SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 66 ff.; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C2, S. 4 ff.

³²⁰ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C1, S. 5; BBl 2014 7991, 8010.

währung, der Anordnung der vorläufigen Aufnahme, der Zuweisung ins erweiterte Verfahren oder bis zur Ausreise respektive bis zur Überstellung in ein sogenanntes Ausreisezentrum aufzuhalten. Werden die 140 Tage überschritten, ohne dass ein Entscheid gefällt wurde, werden die Asylsuchenden einer Unterkunft in einem Kanton zugewiesen.³²¹

Mit der Einreichung des Asylgesuchs im Bundeszentrum beginnt die sogenannte Vorbereitungsphase (Art. 26 AsylG) von höchstens 21 Kalendertagen – in Dublin-Verfahren höchstens 10 Kalendertagen – zu laufen. Nach der formellen Gesuchseinreichung respektive der Registrierung desselben an der Loge des Bundeszentrums wird die asylsuchende Person aufgefordert, einen Fragebogen auszufüllen. Dabei werden die wichtigsten Merkmale zur Person und zu ihrer Reise wie unter anderem Namen, Geburtsdatum und -ort, Nationalität, Herkunftsort, Glaubensangehörigkeit, Name der Mutter und des Vaters sowie die Eckdaten der Ausreise erfasst.³²² Gleichzeitig werden die Asylsuchenden durch das SEM auch über ihre Rechte und Pflichten im Asylverfahren informiert.³²³

Das SEM erstellt in der Regel Fingerabdruckbögen und Fotografien der asylsuchenden Personen. Ferner können weitere biometrische Daten erhoben, Altersgutachten erstellt und herkunfts- sowie identitätsspezifische Abklärungen getroffen werden.³²⁴ Reisepapiere oder andere Identitätspapiere müssen gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b und Art. 10 AsylG sowie Art. 2b AsylIV 1 dem Personal des Bundeszentrums abgegeben werden. Ebenfalls während der Vorbereitungsphase werden die notwendigen Daten³²⁵ für die Abklärung der Zuständigkeit für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens im Sinne der Dublin-Verordnung mit den anderen Mitgliedstaaten abgeglichen.³²⁶

Ab Beginn der Vorbereitungsphase haben Asylsuchende Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung.³²⁷ Die Rechtsvertretung informiert die asylsuchende Person über ihre Rechte und Pflichten im Verfahren und ist ferner verpflich-

³²¹ Art. 24 Abs. 3 und 4 AsylG.

³²² NGUYEN, S. 522; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 5.

³²³ Art. 26 Abs. 3 AsylG.

³²⁴ Art. 26 Abs. 1 und 2 AsylG; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 4.

³²⁵ Insb. Art. 102a^{bis} AsylG.

³²⁶ Art. 26 Abs. 4 AsylG.

³²⁷ Art. 102f und 102h AsylG; UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 18 f.

tet, die Person über ihre Chancen im Asylverfahren aufzuklären.³²⁸ Die Rechtsvertretung soll unter anderem die asylsuchenden Personen bei der Ausübung ihrer Mitwirkungspflichten unterstützen sowie die Verfahrensrechte der Asylsuchenden wahren.³²⁹ Die Asylsuchenden können auf die zugewiesene Rechtsvertretung auch verzichten.³³⁰

Als wichtigster Verfahrensschritt in der Vorbereitungsphase ist das sogenannte Dublin-Gespräch zu bezeichnen. Dieses ersetzt in der Regel die bisherige Befragung zur Person (BzP).³³¹ Das Dublin-Gespräch hat in erster Linie zum Ziel, die Zuständigkeit der Schweiz für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens abzuklären. Dabei werden insbesondere Fragen zum Reiseweg, zu den Zuständigkeitskriterien im Sinne der Dublin-III-Verordnung, zum Gesundheitszustand sowie zum Vorhandensein von Dokumenten gestellt. Schliesslich wird den Asylsuchenden das rechtliche Gehör zu einer möglichen Zuständigkeit eines anderen Dublin-Mitgliedstaates gewährt, welche sich anhand der Angaben zur Flucht, den biometrischen Daten sowie den abgegebenen Beweismitteln ergeben hat. Die asylsuchende Person wird dabei von ihrer Rechtsvertretung zum Gespräch begleitet. Wenn nach diesem Gespräch davon ausgegangen werden kann, dass ein anderer Dublin-Mitgliedstaat für das Asyl- und Wegweisungsverfahren zuständig ist, wird das Asylgesuch bereits triagiert und ein Dublin-Verfahren eingeleitet. Andernfalls wird das Verfahren nach den Bestimmungen des beschleunigten Verfahrens weitergeführt.³³²

6.2.3 Dublin-Verfahren

Liegen nach Abschluss des Dublin-Gesprächs aus den eingereichten Dokumenten und den Vorbringen der asylsuchenden Person in der Befragung Hinweise auf eine Zuständigkeit eines anderen Dublin-Mitgliedstaates vor,³³³ ersucht das SEM den eruierten Mitgliedstaat um Übernahme respektive um Rückübernahme der asyl-

³²⁸ Art. 102*h* Abs. 2 AsylG; UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 20.

³²⁹ UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 25 m.w.H.

³³⁰ Art. 102*h* Abs. 1 in fine AsylG.

³³¹ Dazu noch: SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 85 f., wobei als wichtigster Unterschied die Nichtbefragung der Asylgründe genannt werden kann. Kritisch dazu: HONGLER/SONDEREGGER, S. 23.

³³² Art. 26 Abs. 3 AsylG, Art. 20*b* AsylV 1; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 6 f.; UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 23 f.; HRUSCHKA, Neustrukturierte Dublin-Verfahren, S. 31.

³³³ Vgl. generell zum Dublin-Verfahren insgesamt u.a.: FILZWIESER/SPRUNG; MAIANI/HRUSCHKA.

suchenden Person. Erklärt sich ein anderer Dublin-Mitgliedstaat für die Behandlung des Verfahrens der asylsuchenden Person zuständig, ist der Nichteintretensentscheid nach Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG innerhalb von drei Arbeitstagen der asylsuchenden Person zu eröffnen. Im Gegensatz zu den beschleunigten Verfahren erhält die Rechtsvertretung im Dublin-Verfahren im Sinne von Art. 20b Abs. 2 AsylV 1 keine Möglichkeit, zum Entscheidentwurf Stellung zu nehmen.³³⁴

6.2.4 Beschleunigtes Verfahren

Das gesamte beschleunigte Asylverfahren wird grundsätzlich innerhalb von 140 Tagen ab Asylgesuchsregistrierung in den Bundeszentren in einem Zentrum des Bundes geführt und abgeschlossen. Eine Zuweisung an einen Kanton erfolgt nur, wenn der Person Asyl gewährt, sie vorläufig aufgenommen wird oder wenn die Frist nicht eingehalten werden kann. Wird indessen die Wegweisung und der Wegweisungsvollzug verfügt, wird eine Ausreisefrist von sieben Tagen angeordnet und die Wegweisung kann direkt ab einem Bundeszentrum vollzogen werden.³³⁵

6.2.4.1 Anhörung oder rechtliches Gehör

Wird das Asylgesuch einer Person nach Abschluss des Erstgesprächs nicht in das Dublin-Verfahren triagiert, wird das Verfahren anhand der Regelungen des «beschleunigten Verfahrens» nach Art. 26c AsylG in Verbindung mit Art. 20c AsylV 1 fortgeführt. Nach Abschluss der Vorbereitungsphase folgt in den Bundeszentren umgehend die Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG. Beabsichtigt das SEM, auf das Asylgesuch nach Art. 31a Abs. 1 AsylG nicht einzutreten, wird die asylsuchende Person nicht mündlich angehört, sondern ihr lediglich schriftlich das rechtliche Gehör gewährt. Dies gilt ebenso, wenn festgestellt wurde, dass die asylsuchende Person die Behörden über ihre Identität täuscht, das Asylgesuch massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt oder die Mitwirkungspflicht schuldhaft auf andere Weise grob verletzt wurde.³³⁶ Die asylsuchende Person kann in diesen Fällen zusammen mit ihrer Rechtsvertretung innert vom SEM vorgegebener Frist lediglich schriftlich Stellung nehmen.³³⁷

³³⁴ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C3, S. 13 f.; HRUSCHKA, Neustrukturierte Dublin-Verfahren, S. 31.

³³⁵ Art. 45 Abs. 2 AsylG.

³³⁶ Art. 36 AsylG.

³³⁷ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 8 f.

Findet eine Anhörung zu den Asylgründen statt, nehmen in der Regel die asylsuchende sowie die befragende Person des SEM, eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher und die der asylsuchenden Person zugewiesene Rechtsvertretung teil. Das Protokoll wird zudem von einer protokollführenden Person erstellt. In der Anhörung werden insbesondere Fragen zu den eingereichten Beweismitteln, der Ausbildung und allfälligen Berufserfahrungen, Wohnorten der asylsuchenden Person, ihrem familiären und sozialen Beziehungsnetz, Herkunft und zum Land, dem Reiseweg, zum Gesundheitszustand und schliesslich auch zu den Gesuchsgründen gestellt.³³⁸

Nach vorgängigen Informationen zu den Rechten und Pflichten (u.a. zur Mitwirkungspflicht), zu den Rollen der teilnehmenden Personen³³⁹ und gegebenenfalls ergänzenden Fragen zu den Personalien und abgegebenen Beweismitteln, folgt der Hauptteil der Anhörung, die Anhörung zu den Asylvorbringen. Auch in der Anhörung im neustrukturierten Asylverfahren wird die asylsuchende Person aufgefordert, in einem sogenannten «freien Bericht» ihre Asylvorbringen frei, detailliert und ohne Unterbrechung³⁴⁰ zu schildern. Nach dieser Schilderung, welche sehr ausführlich sein kann, stellt die befragende Person Ergänzungsfragen bezüglich der Asylvorbringen und spricht sie auf allfällig aufgetretene (erhebliche) Widersprüche im Vergleich zur Befragung, aber auch innerhalb der Anhörung selber an, so dass gegebenenfalls Missverständnisse ausgeräumt werden können.³⁴¹ Die Rechtsvertretung, welche bei der Anhörung in der Regel auch anwesend ist, darf die Fragen nicht an Stelle der asylsuchenden Person beantworten. Sie darf jedoch von der befragenden Person verlangen, den Sachverhalt klarzustellen, und darf der asylsuchenden Person weitere ergänzende Fragen stellen.³⁴² Beim Protokoll, wel-

³³⁸ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 9.

³³⁹ Dazu eingehend SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 5 ff.

³⁴⁰ An dieser Stelle darf nicht vergessen werden, dass die asylsuchende Person nie ohne Unterbrechung sprechen kann, sondern ihr Gesagtes immer nach einigen Sätzen vom Dolmetscher respektive der Dolmetscherin übersetzt wird, Rücksicht auf die Protokollierung genommen oder auch der befragenden Person Zeit zur Formulierung der nächsten Frage gegeben werden muss.

³⁴¹ Zum genauen Ablauf: SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 16 ff.

³⁴² SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 10 f.

ches in der Anhörung gemäss Art. 29 Abs. 3 AsylG zu erstellen ist, handelt es sich um ein Wortprotokoll³⁴³, welches am Ende der Befragung rückübersetzt wird.³⁴⁴

Diese Anhörung ist für das gesamte Asylverfahren von zentraler Bedeutung, da dabei die asylsuchende Person die Möglichkeit erhält, ihre Asylvorbringen sowie mögliche Wegweisungshindernisse ausführlich und detailliert zu schildern. Oft basiert denn auch der Asylentscheid als solcher und insbesondere die Beurteilung der Vorbringen hinsichtlich der Glaubhaftmachung der Flüchtlingseigenschaft im Wesentlichen auf diese während der Anhörung gemachten Aussagen. Jede asylsuchende Person wird einzeln angehört.³⁴⁵ Nach Abschluss der Anhörung hat die Rechtsvertretung die Möglichkeit, weitere Beweismittel oder Stellungnahmen einzureichen.³⁴⁶

6.2.4.2 *Entscheidentwurf, Stellungnahme und Eröffnung*

Im beschleunigten Verfahren sind Verfügungen grundsätzlich acht Tage nach Abschluss der Vorbereitungsphase zu eröffnen.³⁴⁷ Zu bemerken gilt, dass das SEM auch im beschleunigten Verfahren eine zweite Anhörung durchführen kann. In diesen Fällen wird die erste Anhörung nach Art. 29 AsylG zur Vorbereitungsphase gerechnet, womit die Frist von acht Tagen bis zur Eröffnung der Verfügung und somit bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Asylverfahrens erst ab dem Zeitpunkt der zweiten Anhörung zu laufen beginnt.³⁴⁸ Wird nach der ersten oder der zweiten Anhörung ersichtlich, dass der Sachverhalt nicht erstellt ist oder weitere Untersuchungsmassnahmen notwendig sind und im Rahmen des beschleunigten Verfahrens kein Entscheid möglich ist, erfolgt die Zuteilung ins erweiterte Verfahren und die Zuweisung an einen Kanton nach Art. 27 AsylG. Dies ist auch der

³⁴³ Dies impliziert unter anderem, dass offenkundige Reaktionen und Gesten der asylsuchenden Person im Protokoll in möglichst objektiver Weise notiert werden müssen. SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 80; GATTIKER, S. 30.

³⁴⁴ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 24 ff.

³⁴⁵ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 9; C6.2, S. 4.

³⁴⁶ Art. 20c Bst. c AsylV 1; UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 28.

³⁴⁷ Art. 37 Abs. 2 AsylG.

³⁴⁸ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 10.

Fall, wenn die maximale Aufenthaltsdauer im Bundeszentrum von 140 Tagen³⁴⁹ erreicht wurde.³⁵⁰

Ist das SEM indessen der Ansicht, dass der rechtserhebliche Sachverhalt durch diese Anhörung und gegebenenfalls durch die eingereichten Beweismittel bereits vollständig erhoben werden konnte und keine weiteren Abklärungen nötig sind, wird ein Entscheidentwurf erarbeitet und der Rechtsvertretung der asylsuchenden Person zugestellt.³⁵¹ Die Rechtsvertretung bespricht den Entscheidentwurf mit der asylsuchenden Person und verfasst im Anschluss innerhalb eines Tages eine schriftliche Stellungnahme zum Entscheidentwurf, in welchem sie auf problematische Punkte in formeller als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht verweist.³⁵² Wird innert Frist keine Stellungnahme zum Entscheidentwurf eingereicht, wird dies im Sinne von Art. 102j Abs. 3 AsylG als Verzicht auf Stellungnahme gewertet. Nach Eingang der Stellungnahme der Rechtsvertretung wird unter Berücksichtigung ebendieser die Verfügung ausgearbeitet und innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Stellungnahme eröffnet. Nach Art. 12a AsylG erfolgt die Eröffnung von Verfügungen durch Aushändigung an die Rechtsvertretung, welche die Eröffnung der Verfügung noch am gleichen Tag der asylsuchenden Person bekannt machen muss.³⁵³

Die Rechtsvertretung im Bundeszentrum dauert gemäss Art. 102h Abs. 3 AsylG bis zur Rechtskraft des Entscheides im beschleunigten respektive im Dublin-Verfahren oder bis zum Entscheid über die Durchführung eines erweiterten Verfahrens. Die Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren ist somit im beschleunigten Verfahren (und im Dublin-Verfahren) grundsätzlich enthalten. Indessen kann die Rechtsvertretung das Mandat beenden, wenn sie wegen Aussichtslosigkeit einer Beschwerdeeinreichung nicht gewillt ist, ein Rechtsmittelverfahren zu eröff-

³⁴⁹ Gemäss Art. 14 AsylV 1 kann die Dauer im Bundeszentrum angemessen verlängert werden, insbesondere wenn im Rahmen des beschleunigten Verfahrens oder des Dublin-Verfahrens weitere Abklärungen getätigt werden müssen, die innerhalb kurzer Zeit vorgenommen werden können, oder wenn der Vollzug der Wegweisung absehbar ist.

³⁵⁰ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 10.

³⁵¹ Keine Möglichkeit zur Stellungnahme besteht bei positiven Asylentscheiden mit Anerkennung der originären Flüchtlingseigenschaft; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 11.

³⁵² Art. 52d Abs. 1 AsylV 1; UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 28.

³⁵³ UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 29.

nen. Diese Mitteilung hat so rasch als möglich nach Eröffnung der Verfügung zu erfolgen.³⁵⁴

Verfügt die asylsuchende Person über keine zugewiesene Rechtsvertretung, erfolgt die Eröffnung der Verfügung direkt an die asylsuchende Person, auch wenn sie über eine andere Rechtsvertretung verfügt.³⁵⁵ Die Verfügung kann im Sinne von Art. 12a Abs. 4 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 AsylG auch mündlich eröffnet und summarisch begründet werden. Eine solche mündliche Eröffnung ist mittels Protokoll festzuhalten, welchem ebenfalls eine Entscheidungsbegründung, das Dispositiv sowie eine Rechtsmittelbelehrung zu entnehmen ist.³⁵⁶ Eine Kopie dieses Protokolls ist der asylsuchenden Person auszuhändigen und von ihr unterschreiben zu lassen.³⁵⁷ Ist die asylsuchende Person vertreten, hat die Rechtsvertretung umgehend nach der mündlichen Eröffnung informiert zu werden.

6.2.5 Erweitertes Verfahren

Im Asylgesetz findet sich keine Bestimmung, welche die Voraussetzungen der Triage ins erweiterte Verfahren aufführt. Art. 26d AsylG bestimmt lediglich, dass in Fällen, wenn nach der Anhörung zu den Asylgründen feststehe, dass ein Entscheid im Rahmen des beschleunigten Verfahrens nicht möglich sei, namentlich weil weitere Abklärungen erforderlich seien, die Zuteilung in das erweiterte Verfahren erfolge. Insbesondere soll das erweiterte Verfahren bei Asylsuchenden, bei denen nach der Anhörung oder im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht sofort entschieden werden kann, da weitere Abklärungen notwendig sind, bei Gesuchen mit einem voraussichtlichen Bleiberecht (vorläufige Aufnahme oder Asylgewährung) und bei Asylsuchenden aus bestimmten Herkunftsgebieten, deren Behandlung vorübergehend ausgesetzt wird, weil die Entwicklung der Lage in der näheren Zukunft nicht absehbar ist, durchgeführt werden.³⁵⁸ Auch Asylgesuche im

³⁵⁴ Art. 102h Abs. 3 und 4 AsylG.

³⁵⁵ Art. 12a Abs. 3 AsylG. Die Eröffnung der Verfügung wird der bevollmächtigten Person unverzüglich bekannt gegeben.

³⁵⁶ Vgl. dazu eingehend BVGE 2010/3.

³⁵⁷ Eine verweigerte Unterschrift hemmt jedoch die Eröffnung der Verfügung nicht. Vgl. dazu Art. 13 Abs. 3 AsylG.

³⁵⁸ HEINIGER, S. 10 m.H.a. BFM, Schlussbericht Neustrukturierung, S. 14.

Dublin-Verfahren, welche nicht innerhalb von 140 Tagen entscheiden werden können, werden ins erweiterte Verfahren triagiert.³⁵⁹

Um den rechtserheblichen Sachverhalt im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes vollständig abzuklären,³⁶⁰ kann das SEM insbesondere ergänzende Anhörungen, Dokumentenanalysen,³⁶¹ Abklärungen durch Country-of-Origin-Informationen,³⁶² Botschaftsabklärungen oder medizinische Abklärungen (wie z. B. Knochenaltersanalysen³⁶³) und LINGUA-Analysen³⁶⁴ veranlassen.³⁶⁵

Die Zuweisung in das erweiterte Verfahren erfolgt mittels Zwischenverfügung, welche erst im Rahmen der Endverfügung angefochten werden kann. Es besteht ferner kein gesetzlicher Anspruch auf die Behandlung eines Asylgesuchs im beschleunigten oder erweiterten Verfahren.³⁶⁶ Es versteht sich von selbst, dass sich an den materiellen Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft und der Anordnung der vorläufigen Aufnahme nichts ändert.

In Bezug auf den Rechtsschutz hat der Wechsel ins erweiterte Verfahren gewichtige Auswirkungen. Nach dem Wechsel ist nicht mehr die Rechtsvertretung in den Zentren des Bundes für die Vertretung der asylsuchenden Person zuständig. Diese legt in der Regel ihr Mandat nieder. Asylsuchende können sich für die Vertretung bei entscheidungsrelevanten Schritten im erstinstanzlichen Verfahren, insbesondere wenn eine zusätzliche Anhörung zu den Asylgründen durchgeführt wird, kostenlos an eine Rechtsberatungsstelle im Kanton wenden.³⁶⁷ Gemäss Art. 52f Abs. 3 AsylV 1 kann die bisherige, zugewiesene Rechtsvertretung des Bundeszentrums nur in Ausnahmefällen, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und der Leistungserbringer seine Zustimmung erteilt, zuständig bleiben. Die

³⁵⁹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C5, S. 5.

³⁶⁰ EMARK 2004 Nr. 16 E. 7a.

³⁶¹ Vgl. beispielsweise das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-193/2014 vom 3. Juli 2014 E. 5.3 sowie Bst. H.

³⁶² SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C7.

³⁶³ EMARK 2001 Nr. 23 E. 4b; 2000 Nr. 19 E. 5; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C9, S. 9 f.

³⁶⁴ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C8.

³⁶⁵ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C5, S. 7.

³⁶⁶ SEM, Kommentar Umsetzung der Vorlage, S. 38.

³⁶⁷ Art. 102f Abs. 1 AsylG; SEM, Kommentar Umsetzung der Vorlage, S. 52 f.

Rechtsvertretung informiert die asylsuchende Person über die Situation und unterrichtet gegebenenfalls die Rechtsberatungsstellen im jeweiligen Kanton.³⁶⁸

Die erstinstanzliche Verfügung erfolgt im erweiterten Verfahren grundsätzlich innerhalb von zwei Monaten nach Abschluss der Vorbereitungsphase.³⁶⁹ Die Verfügung ist schriftlich an die letzte den Behörden bekannte Adresse der asylsuchenden oder von ihr bevollmächtigten Person zu eröffnen. Die Verfügung wird nach Ablauf der ordentlichen siebentägigen Abholfrist rechtsgültig, auch wenn die betroffene Person erst zu einem späteren Zeitpunkt davon Kenntnis erhält oder wenn die Verfügung als unzustellbar zurückkommt.³⁷⁰ In geeigneten Fällen kann die Verfügung mündlich eröffnet und summarisch begründet werden. Eine solche mündliche Eröffnung ist mittels Protokoll festzuhalten, welchem ebenfalls eine Entscheidungsbegründung, das Dispositiv sowie eine Rechtsmittelbelehrung zu entnehmen ist.³⁷¹ Eine Kopie dieses Protokolls ist der asylsuchenden Person auszuhändigen und von ihr unterschreiben zu lassen.³⁷² Ist die asylsuchende Person vertreten, hat die Rechtsvertretung umgehend nach der mündlichen Eröffnung informiert zu werden.³⁷³

6.3 Beschwerdeverfahren

6.3.1 Grundsätzliches

Verweigert das SEM die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft, die Gewährung von Asyl und/oder die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme,³⁷⁴ kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Ab Zeitpunkt der rechtsgültigen Eröffnung beginnt die Rechtsmittelfrist für die Einreichung einer Beschwerde zu laufen.³⁷⁵ Im schweizerischen Asylverfahren ist das Bundesverwaltungsge-

³⁶⁸ Art. 52f Abs. 3 AsylV 1; HEINIGER, S. 12.

³⁶⁹ Art. 37 Abs. 4 AsylG.

³⁷⁰ Sog. Zustellfiktion; Art. 12 Abs. 1 AsylG.

³⁷¹ Vgl. BVGE 2010/3.

³⁷² Eine verweigerter Unterschrift hemmt jedoch die Eröffnung der Verfügung nicht. Vgl. dazu Art. 13 Abs. 3 AsylG.

³⁷³ Art. 12a Abs. 3 AsylG.

³⁷⁴ Das Bundesverwaltungsgericht ist gegen sämtliche Beschwerden gegen Verfügungen des SEM zuständig, Art. 105 AsylG.

³⁷⁵ Art. 108 Abs. 1 und 2 AsylG.

richt für Beschwerden gegen Verfügungen des SEM zuständig.³⁷⁶ Im Gegensatz zu vielen anderen Staaten und den meisten anderen Schweizer Verwaltungsverfahren kennt das schweizerische Rechtssystem lediglich ein zweistufiges Asylverfahren, wobei nur der zweiten Instanz ein gerichtlicher Charakter zugesprochen werden kann.³⁷⁷ Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet somit in Sachen Asyl endgültig.³⁷⁸

Im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren gelten gemäss Art. 108 AsylG unterschiedliche Beschwerdefristen. Bei Nichteintretensentscheiden, Verfügungen im Rahmen eines Flughafenverfahrens sowie Verfügungen im Sinne von Art. 40 in Verbindung mit Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG ist die Beschwerde innerhalb von fünf Arbeitstagen und bei Verfügungen im Rahmen des beschleunigten Verfahrens innerhalb von sieben Arbeitstagen einzureichen. Im erweiterten Verfahren sowie in übrigen Fällen gilt eine Beschwerdefrist von 30 Tagen. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit und der Angemessenheit der Zuweisung eines Aufenthaltsorts am Flughafen kann jederzeit angefochten werden.³⁷⁹

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Sinne einer Ordnungsfrist über Beschwerden gegen Verfügungen des SEM nach Art. 109 AsylG unverzüglich³⁸⁰, innert fünf Arbeitstagen³⁸¹ und innert 20³⁸² respektive 30 Tagen³⁸³ zu entscheiden, wobei die Frist bei triftigen Gründen um einige Tage überschritten werden kann. Im Hinblick darauf, dass beispielsweise für das Einholen von Beweismitteln aus dem

³⁷⁶ Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 33 VGG; allgemein zum asylrechtlichen Beschwerdeverfahren in der Schweiz: SONDEREGGER/KNEER, *passim*; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, H1.

³⁷⁷ STÖCKLI, Asyl, Rz. 11.164 f.

³⁷⁸ Ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht; Art. 105 AsylG, Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG, eingehend dazu: VENA, *passim*.

³⁷⁹ Art. 108 Abs. 1–3, 6 AsylG.

³⁸⁰ Dies, wenn die asylsuchende Person auf der Grundlage eines Ersuchens des Staates, vor welchem diese Schutz in der Schweiz sucht, in Auslieferungshaft ist oder wenn gegen die asylsuchende Person eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a^{bis} StGB oder Art. 49a oder 49a^{bis} MStG ausgesprochen wurde sowie in Bezug auf die Zuweisung einer asylsuchenden Person in den Transitbereich am Flughafen nach Art. 22 Abs. 2–4 AsylG (Art. 109 Abs. 5 und 7 AsylG).

³⁸¹ Im Falle von Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, Safe-Country-Entscheide und Flughafenverfahren (Art. 109 Abs. 3 AsylG).

³⁸² Bei Beschwerden gegen Verfügungen im beschleunigten Verfahren und in allen übrigen Fällen (Art. 109 Abs. 1 AsylG).

³⁸³ Bei Beschwerden gegen Verfügungen im erweiterten Verfahren (Art. 109 Abs. 2 AsylG).

Ausland im Sinne von Art. 110 Abs. 2 und 3 AsylG eine Frist von 30 Tagen gewährt wird und für das Einholen einer Vernehmlassung und einer Replik je 15 gewährt werden, erscheinen die Fristen eher ambitioniert und können dementsprechend insbesondere bei materiellen Asyl- und Wegweisungsverfahren nicht immer eingehalten werden.³⁸⁴

6.3.2 Einreichung der Beschwerde

Die Beschwerde ist schriftlich auf dem Postweg, per Fax³⁸⁵ oder elektronisch³⁸⁶ einzureichen. Sie muss als solche erkennbar sein und hat gemäss Art. 52 VwVG zumindest implizit die Begehren und eine Begründung zu enthalten, aus welcher hervorgeht, weshalb die Verfügung angefochten und inwiefern den darin enthaltenen Erwägungen nicht zugestimmt wird. Die Beschwerde hat zudem die Angabe der dazugehörigen Beweismittel sowie die Unterschrift der beschwerdeführenden Person respektive deren Vertretung im Original zu enthalten. Ferner müssen die beschwerdeführende Partei sowie die verfügende Behörde ersichtlich sein. Aus den Begehren und der Begründung in der Beschwerde wird der Streitgegenstand bestimmt, welcher nicht ausserhalb des Verfügungsgegenstands liegen kann. Allerdings sind bei Beschwerden von juristischen Laien in sprachlicher und formeller Hinsicht keine hohen Anforderungen an die Begehren und die Begründung zu stellen.³⁸⁷ Die Beschwerde hat grundsätzlich in einer Amtssprache zu erfolgen, wobei bei englischsprachigen Eingaben, bei welchen ohne Weiteres Begehren und eine Begründung zu entnehmen sind, auf eine Verbesserung zwecks prozessökonomischen Gründen verzichtet werden kann.³⁸⁸

Das Bundesverwaltungsgericht räumt eine Frist zur Verbesserung der Beschwerde an, welche sieben respektive bei Nichteintretensentscheiden und Flughafenverfahren drei Tage beträgt.³⁸⁹ Wird innert Frist keine Beschwerdeverbesserung nachgereicht, wird entweder aufgrund der Akten entschieden oder, wenn die Begehren,

³⁸⁴ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 8.

³⁸⁵ Per Telefax eingereichte Beschwerden gelten als rechtsgültig eingereicht, wenn sie innert Frist beim Bundesverwaltungsgericht eintreffen und mittels Nachreichung des unterschriebenen Originals im Sinne von Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG verbessert werden, Art. 108 Abs. 7 AsylG.

³⁸⁶ Art. 21a VwVG; SONDEREGGER/KNEER, Rz. 11.

³⁸⁷ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 10.

³⁸⁸ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.211 ff.

³⁸⁹ Art. 52 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 110 Abs. 1 AsylG.

die Begründung oder die Unterschrift gänzlich fehlen und ein Nichteintreten bei der Aufforderung zur Verbesserung ausdrücklich angedroht wurde, auf die Beschwerde nicht eingetreten.³⁹⁰

Mit Einreichung der Beschwerde geht die Zuständigkeit der Sache vom SEM vollständig auf das Bundesverwaltungsgericht über, wonach das SEM grundsätzlich nicht mehr über das Verfahren befinden kann.³⁹¹ Dem SEM bleibt es aber als Ausnahme von dieser Regel unbenommen, gemäss Art. 58 VwVG bis zu seiner Vernehmlassung das Verfahren in Wiedererwägung zu ziehen und ohne Verzug eine neue Verfügung zu eröffnen.

Einer Beschwerde im Asylverfahren kommt nach Art. 42 AsylG grundsätzlich – mit Ausnahme von Dublin-Verfahren im Sinne von Art. 107a AsylG – aufschiebende Wirkung zu und die beschwerdeführende Person kann den Abschluss des Verfahrens in der Schweiz abwarten.

6.3.3 Instruktionsverfahren und Urteilsfindung

Nach Zuteilung der Beschwerde an einen Instruktionsrichter respektive eine Instruktionsrichterin, führt dieser/diese das Verfahren mittels prozessleitenden Verfügungen bis zur Entscheidung und ist somit für das gesamte Instruktionsverfahren in einzelrichterlicher Kompetenz zuständig.³⁹² Dieser Richter respektive diese Richterin entscheidet zunächst, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.³⁹³ Andernfalls wird auf die Beschwerde in einem einzelrichterlichen Verfahren im Sinne von Art. 111 Bst. b AsylG nicht eingetreten. Im Instruktionsverfahren können weitere Sachverhaltsabklärungen, wie beispielsweise Botschaftsabklärungen, Übersetzungen von Amtes wegen oder Einforderung von ärztlichen Attesten sowie ein Schriftenwechsel³⁹⁴ durchgeführt werden.³⁹⁵

Sind in einem Verfahren gemäss Meinung des Instruktionsrichters oder der Instruktionsrichterin die nötigen Instruktionsmassnahmen abgeschlossen und ist das

³⁹⁰ Art. 52 Abs. 3 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.237 ff.

³⁹¹ Sog. Devolutiveffekt, Art. 54 VwVG.

³⁹² Art. 39 Abs. 1 VGG; RHINOW et al., Rz. 1642.

³⁹³ Insb. Form, Beschwerdefrist, Aktivlegitimation der Parteien, Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Rechtsschutzinteresse und Vorliegen einer Verfügung des SEM.

³⁹⁴ Gemäss Art. 111a Abs. 1 AsylG kann auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet werden.

³⁹⁵ Eingehend dazu SONDEREGGER/KNEER, Rz. 23 ff.

Verfahren somit entscheidreif, wird ein Urteilsentwurf unter Mitarbeit von Gerichtsschreibern redigiert.³⁹⁶ Offensichtlich begründete oder unbegründete Beschwerden werden schliesslich im Sinne von Art. 111 Bst. e AsylG im vereinfachten Verfahren und somit im einzelrichterlichen Verfahren mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden, wobei die Begründung – wie bei allen einzelrichterlichen Verfahren nach Art. 111 AsylG – lediglich summarisch erfolgt.³⁹⁷ In den anderen Verfahren werden die Urteile mit einem Spruchkörper aus üblicherweise drei und bei Verfahren, welche im Interesse der Rechtsfortbildung oder der Einheit der Rechtsprechung steht, aus fünf Richterinnen respektive Richtern entschieden.³⁹⁸ Im Normalfall entscheiden die Richterinnen und Richter per Aktenzirkulation mittels einem bereits redigierten Entwurf (im Sinne eines Vorschlags) des zu treffenden Urteils.³⁹⁹ Mündliche (nicht öffentliche) Urteilsberatungen finden nur statt, wenn ein Richter oder eine Richterin aus dem Spruchgremium dies verlangt, das Abteilungspräsidium eine mündliche Beratung anordnet oder in einer Fünferbesetzung keine Einstimmigkeit herrscht.⁴⁰⁰

Das Asylverfahren ist abgeschlossen, wenn die Verfügung des SEM in Rechtskraft erwachsen ist. Bei positiven Entscheiden ist dies sofort nach Eröffnung der Verfügung des SEM der Fall. Bei (teilweisen) Abweisungen ist die Verfügung rechtskräftig, wenn entweder die Beschwerdefrist ungenutzt verstrichen ist oder (bei Einreichung einer Beschwerde) ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gefällt wurde. Da ein Weiterzug ans Bundesgericht⁴⁰¹ nur in Ausnahmefällen möglich ist, können nach einem Urteil keine weiteren ordentlichen Rechtsmittel eingelegt werden.⁴⁰²

³⁹⁶ Art. 26 Abs. 2 VGG.

³⁹⁷ Art. 111 und 111a Abs. 2 AsylG.

³⁹⁸ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 44 f.

³⁹⁹ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 38 ff.

⁴⁰⁰ Art. 41 VGG; SONDEREGGER/KNEER, Rz. 47 ff.; vgl. auch BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 67 zur Art der Erledigungen der Verfahren.

⁴⁰¹ Gegebenenfalls stehen den asylsuchenden Personen Beschwerdemöglichkeiten bei internationalen Rechtsmittelinstanzen wie dem EGMR oder dem CAT offen. Dazu SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, H1, S. 15, sowie MOTZ/DE WECK, *passim*.

⁴⁰² Für eine ausführliche Darstellung der ausserordentlichen Rechtsmittel oder Rechtsmittel bei internationalen Organisationen (CAT, EGMR) wird auf SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 352 ff. sowie CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 494 ff. verwiesen.

Teil III

Gegenüberstellung des Asyl- und Verwaltungsverfahrens

Kapitel 7 Gehörsanspruch

7.1 Übersicht

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet das Grundrecht der von einem Verfahren betroffenen Person auf Kommunikation.⁴⁰³ Es kann als eines der wichtigsten, umfassendsten und grundlegendsten Verfahrensgrundrechte qualifiziert werden. Der Versuchung einer präzisen und aussagekräftigen Formulierung einer solchen Definition ist aufgrund des enormen Facettenreichtums des Gehörsanspruchs, welcher weit über das eigentliche «Gehörtwerden» im engeren Sinne reicht, zu widerstehen.⁴⁰⁴ Vielmehr ist der Anspruch auf rechtliches Gehör durch seine Funktion und die Ausgestaltung der einzelnen Teilgehälte in der Praxis und der Lehre zu umschreiben.⁴⁰⁵

Nachfolgend werden – im Nachgang an die Darstellung der theoretischen Grundlagen des Gehörsanspruchs – ausgewählte abweichende Spezialbestimmungen des Asylgesetzes vom Verwaltungsverfahren analysiert.⁴⁰⁶ Schliesslich wird analysiert, ob diese Abweichungen des Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren aufgrund der spezifischen Eigenschaften legitim erscheinen.

⁴⁰³ Vgl. nachfolgend Kap. 7.2.2.

⁴⁰⁴ Anders REINHARDT, S. 5, welcher gleich zu Beginn das rechtliche Gehör folgendermassen in einem Satz abschliessend definiert: «Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht, in einem hängigen Verfahren mit mündlichen oder schriftlichen offensiven oder defensiven Äusserungen zum Sachverhalt und zu den Rechtsfragen zugelassen und berücksichtigt zu werden.» Diese Definition umschreibt jedoch lediglich in genereller Weise das «Was», der Zweck und das Ziel werden jedoch dadurch nicht erläutert.

⁴⁰⁵ ALBERTINI, S. 81; MÜLLER/SCHEFER, S. 846; REINHARDT, S. 48 ff.; RHINOW et al., Rz. 315 f.; STEINMANN, in: SG-Kommentar, Art. 29 BV, Rz. 42 ff.

⁴⁰⁶ Aufgrund des grossen Umfangs des rechtlichen Gehörs konzentriert sich die Analyse auf die Abweichungen bezüglich der Verfahrenssprache und der Übersetzungen, die im Asylgesetz vorgesehene Möglichkeit, Verfügungen und Urteile nur summarisch zu begründen, sowie die Eröffnung von Verfügungen.

7.2 Theoretische Grundlagen

7.2.1 Rechtsgrundlagen

In den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 wurden noch kaum Verfahrensrechte kodifiziert.⁴⁰⁷ Das Bundesgericht hat aber bereits sehr früh den allgemeinen Gleichheitssatz im Sinne von Art. 4 aBV (1874) rechtsschöpferisch konkretisiert und daraus Mindestgarantien für das rechtliche Gehör abgeleitet.⁴⁰⁸ Mit der Kodifizierung der neuen Bundesverfassung wurden dann die aus Art. 4 aBV (1874) abgeleiteten Verfahrensgarantien ausdrücklich in die neue Verfassung aufgenommen.⁴⁰⁹ Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist heute in Art. 29 Abs. 2 BV unter dem Titel der allgemeinen Verfahrensgarantien und im Kapitel der Grundrechte normiert, womit ihm Grundrechtscharakter zukommt. Es handelt sich um einen unmittelbar anwendbaren und durchsetzbaren Anspruch, der im Sinne von Art. 35 BV in der gesamten Rechtsordnung gilt.⁴¹⁰

Art. 29 Abs. 2 BV definiert jedoch lediglich einen generellen Anspruch auf rechtliches Gehör, ohne die einzelnen Teilgehalte im Detail zu erwähnen und auf ihren Gehalt einzugehen. Somit ist Art. 29 Abs. 2 BV als Minimalgarantie zu sehen, welcher nur greift, falls die gesetzlichen Bestimmungen einen gewissen Sachverhalt in Bezug auf das rechtliche Gehör nicht regeln beziehungsweise einen nicht genügenden Schutz gewähren.⁴¹¹

Im Verwaltungsverfahrensgesetz überdacht Art. 29 VwVG als Grundnorm die einzelnen präzisierenden Bestimmungen zum rechtlichen Gehör. Aufgrund desselben Wortlauts der Bestimmungen wie in der Bundesverfassung und der daraus entstehenden Wechselwirkung kommt Art. 29 VwVG gewissermassen ein abgeleiteter Verfassungscharakter zu, durch welchen die Rechtsprechung des Bundesgerichts

⁴⁰⁷ KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 179; JAAG, S. 26.

⁴⁰⁸ Das Bundesgericht argumentierte, dass ein Gericht, welches Recht zu sprechen hat, die Vorbringen der Partei hören und prüfen müsse, und dies nicht ohne das Prinzip der Rechtsgleichheit zu verletzen, unterlassen könne. Vgl. KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 179; JAAG, S. 26; TINNER, S. 320; STEINMANN, in: SG-Kommentar, Art. 29 BV, Rz. 4 ff. Das Bundesgericht bezeichnete das rechtliche Gehör verschiedentlich auch als natürliches Recht, BGE 15 I 679; BGE 24 I 560. Dazu auch: REINHARDT, S. 37; DARBELLAY, S. 427 f.; ALBERTINI, S. 70.

⁴⁰⁹ Auch die zu Art. 4 aBV (1874) entwickelte Rechtsprechung kann für den heutigen Art. 29 Abs. 2 BV übernommen werden. Statt vieler: KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 179 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 817 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 488 ff.; JAAG, S. 29.

⁴¹⁰ JAAG, S. 43.

⁴¹¹ MÜLLER/SCHEFER, S. 817; COTTIER, S. 3; BGE 119 Ib 12 E. 3b.

zu Art. 29 Abs. 2 BV⁴¹² übernommen werden kann.⁴¹³ Das rechtliche Gehör wird im Verwaltungsverfahrensgesetz in verschiedenen Bestimmungen konkretisiert.⁴¹⁴ Diese reichen auch kaum weiter als der verfassungsmässige Anspruch aus Art. 29 Abs. 2 BV. Die Bundesverfassung und das Verwaltungsverfahrensgesetz ergänzen und beeinflussen sich damit gegenseitig.⁴¹⁵

Im Völkerrecht garantieren in erster Linie Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II⁴¹⁶ ein faires Verfahren («fair trial» bzw. «procès équitable»), was auch den Anspruch auf rechtliches Gehör in Gerichtsverfahren beinhaltet. Da jedoch der Geltungsbereich von Art. 29 BV grundsätzlich weiterreicht als derjenige der völkerrechtlichen Verpflichtungen und es sich bei den genannten Garantien ebenfalls um Minimalstandards handelt, kommen den genannten völkerrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Gehörsanspruchs trotz der Möglichkeit der Übernahme der Grundsätze von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Art. 29 Abs. 1 BV⁴¹⁷ im Verwaltungsverfahren lediglich in beschränkter Weise Bedeutung zu.⁴¹⁸

⁴¹² Respektive auch zu Art. 4 aBV (1874).

⁴¹³ WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 3 f., anders: SUTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 29, Rz. 5, welcher feststellt, dass Art. 29 VwVG keine eigenständige Bedeutung mehr zukomme.

⁴¹⁴ Unter dem Titel «rechtliches Gehör» finden sich Art. 29–33 VwVG. Jedoch sind auch vor (z. B. Art. 11 VwVG, Recht der Vertretung, oder Art. 26–28 VwVG zur Akteneinsicht) und nach (z. B. Art. 34 VwVG, Eröffnung von Verfügungen, oder Art. 35 VwVG, Begründung und Rechtsmittelbelehrung) diesem Titel weitere Artikel im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör enthalten.

⁴¹⁵ WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 5 f.; KNEUBÜHLER, Verfahren, Rz. 3.76; BGE 129 II 497 E. 2.2.

⁴¹⁶ Hierbei ist beachtlich, dass Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II aufgrund der lediglich indirekten Anwendbarkeit eine weniger grosse Bedeutung zukommt als Art. 6 Ziff. 1 EMRK; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 180.

⁴¹⁷ Damit halten sich auch die Auswirkungen der Ausweitung des Anwendungsberichts von den Zivil- und Strafsachen auf den Bereich des streitigen Verwaltungsverfahrens in Grenzen; BGE 133 I 100 E. 4.6; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 9 ff.; SUTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 29, Rz. 2.

⁴¹⁸ Anders: WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 10 f.

7.2.2 Begriff und Funktion

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet das Grundrecht der von einem Verfahren betroffenen Personen auf Kommunikation⁴¹⁹ mit den Behörden und den Gerichten und ist dadurch zentral für die Fairness im Verfahren. Grundsätzlich soll die Wahrheitsfindung durch gemeinsame Abklärung der Sach- und Rechtsfragen sowie der Interessenlage vereinfacht werden, was auch die Akzeptanz der getroffenen Entscheide fördert. Das rechtliche Gehör wird in der Rechtsprechung und Lehre üblicherweise als Mittel zur Sachaufklärung und zugleich als ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dargestellt.⁴²⁰ Diese beiden Hauptfunktionen sowie die zusätzlichen Funktionen des rechtlichen Gehörs können indessen nicht isoliert betrachtet werden, sondern sind viel mehr als einander überlappend zu beschreiben und ergänzen und bedingen sich gegenseitig. Eine Beschränkung auf die beiden Hauptfunktionen vermag dem rechtlichen Gehör zudem auch nicht gerecht zu werden.⁴²¹ Auch eine Priorisierung der Funktionen ist nicht zielführend, da je nach Einzelfall sogar eine «Nebenfunktion» in den Vordergrund rücken kann.⁴²²

7.2.2.1 Persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht

Durch das rechtliche Gehör als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht soll eine Verfahrenspartei von den staatlichen Behörden ernst genommen und aktiv in das Verfahren miteinbezogen werden, um so zu verhindern, dass nicht über die Partei entschieden wird, sondern die Partei und die Behörde zusammen die objek-

⁴¹⁹ In der Lehre werden auch Begriffe wie «Informationsaustausch» (KNEUBÜHLER, Heilung, S. 100), «Gespräch- und Gedankenaustausch» (MÜLLER, Rechtsgleichheit, Rz. 98) oder «Scharnier» (WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 20) verwendet. Den Begriff «Kommunikation» verwenden insbesondere TINNER, S. 311, COTTIER, S. 1 und MÜLLER/SCHEFER, S. 846 ff.

⁴²⁰ Vgl. COTTIER, S. 2; MÜLLER/SCHEFER, S. 847; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 21 ff., SUTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 29, Rz. 8; ALBERTINI, S. 70 ff., S. 83; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 229; KNEUBÜHLER, Heilung, S. 100; MÜLLER, Rechtsgleichheit, Rz. 98; RHINOW et al., Rz. 310, jeweils alle mit Verweisen auf die derzeitige aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁴²¹ Sehr facettenreich und ausführlich beschreibt ALBERTINI, S. 202 ff., die Funktionen des rechtlichen Gehörs, wohingegen (auch verständlicherweise) in verschiedenen, allgemeinen Lehrbüchern die Funktion zu eng beschrieben wird, so z. B. RHINOW et al., Rz. 310, welche zwar explizit auf eine «doppelte Funktion» des Gehörsrechts verweisen, dann jedoch doch mehr Funktionen tangieren; oder TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 289.

⁴²² Anders zumindest implizit REINHARDT, S. 39, welcher die beiden genannten Funktionen noch als «erste» und «zweite» Funktion bezeichnete.

tive Wahrheit ergründen. Damit ist der Anspruch auf rechtliches Gehör auch als Ausfluss respektive als Konkretisierung der Garantie der Menschenwürde im Sinne von Art. 7 BV zu sehen, wobei der Mensch als Subjekt und nicht als Objekt staatlicher Entscheidungsfindung fungieren soll und er seine Argumente, Sichtweise und Erklärungen zu Widersprüchen so früh wie möglich im Verfahren geltend machen kann.⁴²³ Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient in diesem Zusammenhang auch dazu, die ungleiche Verteilung der Machtverhältnisse, welche zwischen Staat und Betroffenen besteht, durch Gewährung des Gehörsanspruchs auszugleichen. Im Alltag akzeptieren Bürgerinnen und Bürger den Autoritätsanspruch des Staates in der Regel ohne Weiteres. Da das Machtgefälle jedoch in einem Verwaltungsverfahren besonders deutlich zum Ausdruck kommt, soll mit der Gewährung des Gehörsanspruchs ein Gegengewicht geschaffen werden, um so dazu beizutragen, dass die Subjektstellung des Menschen vor der Behörde erhalten bleibt.⁴²⁴

7.2.2.2 Mittel zur Sachaufklärung

Durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs soll die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts erleichtert werden, indem das rechtliche Gehör den Informationsaustausch zwischen den Behörden und den Betroffenen definiert und konkretisiert. Die Behörden vermögen oftmals nicht jeden Aspekt der Sachverhaltsvorbringen eigenständig abzuklären und so den relevanten Sachverhalt in eigenständiger Weise zu erstellen. Das rechtliche Gehör fördert dadurch auch die Wissensbeschaffung der Behörde, hängt dadurch stark mit der Mitwirkungspflicht der Parteien zusammen und ergänzt in diesem Sinn die Untersuchungsmaxime. Dies bedingt jedoch auf der anderen Seite auch, dass die betroffenen Parteien über das Verfahren informiert werden. Die betroffene Partei hat denn auch nicht nur das Recht, sich zum Sachverhalt anhören zu lassen und an der Beweiserhebung mitzuwirken, sondern sie kann sich auch zur Anwendung und Auslegung der rechtlichen Bestimmungen äussern.⁴²⁵ Dem rechtlichen Gehör kommt somit entscheidende Bedeutung für einen konkreten und vollständig festgestellten

⁴²³ So spricht HAEFLIGER im Falle einer Umgehung des Gehörsanspruchs sogar von einer «Gering-schätzung des Individuums», HAEFLIGER, S. 130.

⁴²⁴ Zum Ganzen: TINNER, S. 305 f., 310 f.; COTTIER, S. 1; ALBERTINI, S. 70 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 847.

⁴²⁵ A.A. TINNER, S. 311 f., welcher ausführt, dass dem rechtlichen Gehör keine Rechtsschutzfunktion zugeschrieben werden könne. Die Behörden hätten gemäss Offizialmaxime die einschlägigen Rechtsnormen von Amtes wegen zu bestimmen.

Sachverhalt zu. Dabei ist ein Gleichgewicht zwischen Effizienz und Funktionstüchtigkeit der Behörde sowie einem angemessenen Mitteleinsatz zu finden, ohne dass die Sachverhaltsfeststellung unnötig aufgebauscht wird.⁴²⁶

7.2.2.3 Weitere Funktionen des rechtlichen Gehörs

Durch die Möglichkeit der Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung erhöht sich in genereller Weise auch die Akzeptanz der ergangenen Entscheide und dadurch auch die Legitimität und Glaubhaftigkeit der Verwaltung im Allgemeinen. Konnte die Partei am Verfahren teilnehmen, ist die Chance, dass sie den (gegebenenfalls für sie negativen) Entscheid versteht und akzeptiert, grösser, da sie ihre Sichtweise und Einwände bereits in Verfahren einbringen konnte und ihre Gewinnaussichten realistischer einzuschätzen vermag. Dies kann auch zu einer Entlastung der Rechtsmittelinstanz führen.⁴²⁷

Ferner kommt dem rechtlichen Gehör auch eine gewisse Kompensationsfunktion zu. Oft sind Behörden gehalten, viele offen formulierte und unbestimmte Rechtsnormen anzuwenden, weshalb ihnen ein nicht zu vernachlässigendes Ermessen respektive ein Entscheidungsspielraum zukommt. Je offener eine Bestimmung ist, desto stärker ist eine betroffene Person in das Verfahren miteinzubeziehen. Ohne Mitwirkung der Parteien wäre die Gefahr von einer unrichtigen Anwendung des unbestimmten Rechtssatzes und somit von Willkür und Machtmissbrauch der Behörden gross.⁴²⁸

ALBERTINI sieht zudem eine weitere Funktion des rechtlichen Gehörs darin, dass es bei einer Vielzahl von Gesuchen an die Behörden um Gewährung einer Leistung oder eines Rechts helfen könne, zu eruieren, wem die Leistung zuteil werden solle. So könne das rechtliche Gehör auch in materiellen Belangen eine Art Filterfunktion übernehmen. Zudem könne eine Partei durch das rechtliche Gehör den Inhalt eines staatlichen Entscheids bis zu einem gewissen Grad durch Verhandlungselemente bestimmen, womit durch die Möglichkeit der Anhörung die Einseitigkeit des staatlichen Handelns relativiert werde.⁴²⁹

⁴²⁶ Zum Ganzen: ALBERTINI, S. 72 f.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 22; COTTIER, S. 2.

⁴²⁷ ALBERTINI, S. 74 ff., 78 f.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 27.

⁴²⁸ ALBERTINI, S. 75 f.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 25; KELLER, Rz. 30; COTTIER, S. 2.

⁴²⁹ ALBERTINI, S. 76 f.

7.2.3 Teilgehälte

In den vorgängigen Erwägungen wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, dass der facettenreiche Anspruch auf rechtliches Gehör weiter reicht als das schlichte «Gehört-werden». So besteht der Gehörsanspruch wiederum aus mehr oder weniger selbständigen, gefestigten, einzelnen Verfahrensrechten, welche alle unter den Anspruch auf rechtliches Gehör fallen und Teilgehälte genannt werden. Einzelne Teilgehälte wie das Akteneinsichtsrecht oder die Begründungspflicht treten in der Lehre und Rechtsprechung nahezu als eigenständige Verfahrensrechte auf. Andere Teilgehälte funktionieren kaum selbständig und sind in erster Linie als Korrelat zu anderen Teilgehälten zu sehen oder bedingen sich gegenseitig.⁴³⁰ Die Teilgehälte können daher nicht streng getrennt und isoliert betrachtet werden. Im Gegenteil, es ist kaum möglich, einen einzelnen Teilgehalt zu verletzen, ohne mit dieser Verletzung auch andere Teilgehälte zu berühren.⁴³¹

7.2.3.1 *Recht auf Orientierung und Information*

Parteien müssen über ein Verfahren und dessen Inhalt informiert werden, so dass die Verfahrensbeteiligten ihre weiter aus dem Gehörsanspruch ableitbaren Rechte überhaupt wahrnehmen können. Es können aktive und passive Informationsrechte unterschieden werden, wobei bei passiven Informationsrechten die Partei auf das Tätigwerden der Behörde vertrauen darf. Die Parteien müssen zumindest über die Hängigkeit und den Gegenstand des Verfahrens informiert werden.⁴³² Aktive Informationsrechte setzen demgegenüber ein Tätigwerden der Partei voraus. Das Recht auf Orientierung und Information korreliert stark mit der Begründungspflicht⁴³³ und dem Akteneinsichtsrecht.⁴³⁴

⁴³⁰ So zum Beispiel bedingt die Akteneinsicht die Aktenführungspflicht.

⁴³¹ ALBERTINI, S. 204 f.

⁴³² ALBERTINI, S. 206 f., 220; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 491; SUTTER, S. 356 ff.; SUTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 29, Rz. 6; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 71 ff.; WIEDERKEHR/ANGELLI ROSALES-GEYER, Anspruch auf Orientierung, S. 1263 f.; WIEDERKEHR/ANGELLI ROSALES-GEYER, Informationspflichten, S. 58 ff.

⁴³³ Die Begründung kann als Information über den Ausgang des Verfahrens betrachtet werden.

⁴³⁴ ALBERTINI spricht sogar von einem Nebenteilgehalt, welcher nur in Verbindung zum rechtlichen Gehör im engeren Sinne existiere, ALBERTINI, S. 206.

7.2.3.2 *Recht auf Äusserung und Mitwirkung*

Den Parteien steht das Recht zu, sich vor der zuständigen Behörde mündlich oder schriftlich zu äussern, wobei die Behörde von rechtzeitigen und erheblichen Äusserungen Kenntnis nehmen und diese in der Entscheidungsfindung berücksichtigen müssen.⁴³⁵ Dieser Teilgehalt wird oft als rechtliches Gehör im engeren Sinn beschrieben, da es hierbei um das «Gehört-werden» als solches geht. Mit dem Recht auf Äusserung geht auch ein Anspruch auf Stellungnahme zur Tatbestandsaufnahme, zu den Beweismitteln und zum Beweisergebnis einher.⁴³⁶ Zur Rechtsanwendung müssen die Parteien grundsätzlich nicht angehört werden, ausser wenn die Rechtsanwendung nicht voraussehbar ist.⁴³⁷ Wie, respektive wie weit die Behörde die Vorbringen berücksichtigen müssen, ist einzelfallspezifisch zu beurteilen.⁴³⁸ Die Partei kann sich selber äussern oder sich vertreten lassen, womit aus dem Recht auf Äusserung auch das Recht auf Vertretung abgeleitet werden kann.⁴³⁹

7.2.3.3 *Recht auf Begründung und Eröffnung der Verfügung*

Grundsätzlich ist die Verfügung allen Parteien schriftlich zu eröffnen. Ohne Eröffnung der Verfügung kann die Partei keines der ihr zustehenden Rechte wahrnehmen und die Verfügung gilt als inexistent. Die Eröffnung hat daher konstitutiven Charakter.⁴⁴⁰ Durch die Begründung des Entscheids können die Parteien feststellen, ob sich die Behörde ernsthaft und sorgfältig mit ihren Eingaben und ihre Sichtweisen auseinandergesetzt hat. Die Begründung zwingt die Behörde, sich jedes sachlichen Arguments anzunehmen und die Sache diesbezüglich zu prüfen, ohne sich von unsachlichen Elementen leiten zu lassen. Die Begründungspflicht verein-

⁴³⁵ Ausgenommen sind die in Art. 30 Abs. 2 VwVG vorgesehenen Situationen.

⁴³⁶ BGE 136 I 265 E. 3.2; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30, Rz. 18 ff. insb. bei einem Augenschein, bei der Einvernahme von Zeugen oder bei der Erstellung eines Gutachtens. Vgl. ALBERTINI, S. 352 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 863 ff. Ferner auch WIEDERKEHR/ANGELLI ROSALES-GEYER, Informationspflichten, S. 60.

⁴³⁷ BGE 131 V 9 E. 5.4.1. Die Partei darf ausserdem ihre Rechtsauffassung von sich aus der Behörde darlegen. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30, Rz. 27; MÜLLER/SCHEFER, S. 861 f. Auf die Bedeutung und Ausgestaltung des Äusserungsrechts wird im Kapitel zur Mündlichkeit und Schriftlichkeit genauer eingegangen, vgl. Kap. 8.

⁴³⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 868 ff.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32, Rz. 6, 18.

⁴³⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 524; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 98 ff.

⁴⁴⁰ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34, Rz. 7; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 34, Rz. 1.

nigt somit den Transparenzgedanken und ist gleichzeitig ein wichtiges Element der Selbstkontrolle. Gemäss Bundesgericht «müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt».⁴⁴¹

7.2.3.4 Akteneinsichtsrecht

Durch die Akteneinsicht soll sichergestellt werden, dass sich die Parteien über das Verfahren informieren können, wobei alle schriftlichen oder elektronischen Aufzeichnungen als Aktenstücke gelten, welche geeignet sind, Grundlage des späteren Entscheids zu bilden. Ein effektiver Beizug ist nicht erforderlich. Nur durch die Einsichtnahme ist eine wirksame, sachbezogene Stellungnahme und Mitwirkung im Verfahren überhaupt möglich.⁴⁴² Die Akteneinsicht kann im Bundesverwaltungsverfahren im Sinne von Art. 27 VwVG nur verweigert werden, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen oder das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung die Geheimhaltung erfordern. Dabei sind die Geheimhaltungsinteressen und das Interesse an der Einsichtnahme der Partei sorgfältig gegeneinander abzuwägen, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip massgebend ist. Auf solche geheimen Akten darf sich die Behörde im Entscheid nur beziehen, wenn den Parteien der massgebliche Inhalte zur Kenntnis gebracht wurde.⁴⁴³ Mit dem Akteneinsichtsrecht korreliert auch die Aktenführungspflicht, welche gewährleistet, dass die Akten erstellt und ordentlich geführt werden. Dazu gehört, dass ersichtlich ist, wer die Akte erstellt hat und wie diese zustande gekommen ist.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ So etwa in BGE 134 I 83 E. 4.1. Welche Elemente genau erwähnt werden müssen, um der Begründungspflicht zu genügen, kann damit aber nicht allgemeingültig beantwortet werden. Detailliert: ALBERTINI, S. 400 ff., weiter auch MÜLLER/SCHEFER, S. 885 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 3.103; RHINOW et al., Rz. 343 ff.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 35, Rz. 10 ff. Ferner eingehend zur Begründungspflicht: MEYER, Gerechte Begründung, S. 1417 ff. und KNEUBÜHLER, Begründungspflicht, S. 94.

⁴⁴² KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 493 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 3.90 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 871; DUBACH, S. 51 ff.

⁴⁴³ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 497 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 872 ff.; DUBACH, S. 97 ff.

⁴⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist auch an die Protokollierungspflicht von Augenscheinen oder Anhörungen zu denken. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 497 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 877 f.; DUBACH, S. 92 ff.

7.2.4 Schranken, Verzicht und Verletzung

Der Gehörsanspruch ist nicht absoluter Natur, weshalb bei einer Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs nicht per se eine Verletzung vorliegen muss, sondern es sich auch um eine zulässige Einschränkung handeln kann.⁴⁴⁵ Nach welchem Prüfschema eine Einschränkung des Gehörsanspruchs, welche durch die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen gerechtfertigt werden können, im jeweiligen Einzelfall zu erfolgen hat, ist nicht abschliessend geklärt.⁴⁴⁶ Eine Einschränkung des Gehörsanspruchs wird aus Gründen der zeitlichen Dringlichkeit, wegen überwiegender Geheimhaltungsinteressen (insbesondere bei Wahrung von Rechten Dritter), bei Vereitelungsgefahr und teilweise auch aus Praktikabilitätsgründen und prozessökonomischen Überlegungen im Einzelfall und unter Abwägung der in Frage stehenden Interessen als zulässig erachtet. Eine generelle Einschränkung des rechtlichen Gehörs allerdings wäre weder mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip noch mit einer einzelfallspezifischen Betrachtung zu vereinbaren.⁴⁴⁷ Der Minimalstandard nach Art. 29 Abs. 2 BV darf jedoch in keinem Fall unterschritten werden.⁴⁴⁸

Ferner muss die Behörde oder das Gericht zwar die Möglichkeit zur Inanspruchnahme des rechtlichen Gehörs bieten, ist aber weder berechtigt noch verpflichtet, die effektive Ausübung des Gehörsanspruchs herbeizuführen.⁴⁴⁹ Wer bewusst sein rechtliches Gehör nicht ausübt respektive implizit oder explizit darauf verzichtet,

⁴⁴⁵ KELLER, Rz. 53; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 54; MÜLLER/SCHEFER, S. 858 f.

⁴⁴⁶ Fraglich ist insbesondere, ob die Voraussetzungen nach Art. 36 BV bezüglich der Einschränkungen aller Grundrechte zu prüfen sind oder ob ein eigenes Prüfschema, gegebenenfalls lediglich im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sowie dem Verhältnismässigkeitsprinzip zur Anwendung kommt. Dazu: JAAG, S. 43; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 54; STEINMANN, in: SG-Kommentar, Art. 29 BV, Rz. 8 ff.

⁴⁴⁷ Ferner macht REINHARDT darauf aufmerksam, dass der Gehörsanspruch Grenzen an der Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung und der Gerichte findet. Dies ist jedoch nicht mit Erwägungen der blossen Verwaltungsökonomie respektive einem erhöhten Aufwand im Falle einer Gewährung des Gehörsanspruchs gleichzusetzen. REINHARDT, S. 130.

⁴⁴⁸ KNEUBÜHLER, Verfahren, Rz. 3.82.

⁴⁴⁹ Das rechtliche Gehör liegt primär im Interesse des Einzelnen und gehört nicht zu den unverzichtbaren Rechten, wobei ein *Verzicht* im Voraus und/oder pauschal unwirksam ist. Es kann indessen nicht direkt auf das Recht, sondern lediglich auf dessen Ausübung verzichtet werden. REINHARDT, S. 96.

verwirkt seinen Anspruch auf rechtliches Gehör, weshalb in einem späteren Verfahrensstadium keine Gehörsverletzung geltend gemacht werden kann.⁴⁵⁰

Gemäss Bundesgericht und herrschender Lehre⁴⁵¹ ist der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur, weshalb eine Verletzung in der Regel zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führt, unabhängig davon, ob die Verletzung respektive der Verfahrensmangel das Resultat der Verfügung zu beeinflussen vermochte.⁴⁵² Eine Gehörsverletzung kann indessen nach ständiger Praxis aus prozessökonomischen Gründen geheilt werden, wenn das Versäumte auf Beschwerdeebene nachgeholt wird, die beschwerdeführende Person Stellung nehmen kann, die Beschwerdeinstanz über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt und die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann das Verfahren trotz des Verfahrensfehlers materiell entschieden werden. Die Heilung soll aber die Ausnahme bleiben. Die Lehre steht der Heilung im Allgemeinen kritisch gegenüber.⁴⁵³

7.3 Gehörsanspruch im Asylverfahren

7.3.1 Verfahrenssprache und Übersetzung

7.3.1.1 Regelung im Allgemeinen Verwaltungsrecht

Art. 33a VwVG regelt die Verfahrenssprache im Allgemeinen für das Verwaltungsverfahren. Diese Bestimmung wurde erst mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege eingeführt und ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft. Die Bestimmung ist somit angesichts der sonstigen Stabilität des Verwaltungsverfahrensgesetzes als relativ neu zu bezeichnen. Das Recht der Parteien, eine Amtssprache für das Verfahren zu wählen, galt jedoch bereits vor Einführung dieser Bestimmung von Ver-

⁴⁵⁰ ALBERTINI, S. 333 ff.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29, Rz. 64 ff.; REINHARDT, S. 96 ff.

⁴⁵¹ Vgl. KNEUBÜHLER, Heilung; SCHINDLER, Formelle Natur; ALBERTINI, S. 449; MÜLLER/SCHEFER, S. 853; a.A. SEILER; RÜTSCHKE; STEINMANN, in: SG-Kommentar, Art. 29 BV, Rz. 59.

⁴⁵² Das Bundesgericht formuliert in seinen diesbezüglichen Erwägungen oft folgendermassen: «Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides.» So etwa: BGE 137 I 195 E. 2.2.

⁴⁵³ Eingehend dazu: SCHINDLER, Formelle Natur, *passim*; KNEUBÜHLER, Heilung, *passim*; MÜLLER/SCHEFER, S. 855 ff.; a.A. SEILER, *passim*.

fassung wegen.⁴⁵⁴ Gemäss Art. 70 Abs. 1 BV gelten Deutsch, Französisch und Italienisch als Amtssprachen. Im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache ist auch das Rätoromanische Amtssprache.

Unter Verfahrenssprache wird die Sprache verstanden, in welcher das Verfahren geführt wird. Dazu gehören jegliche verfahrensleitenden Anordnungen und Instruktionsmassnahmen, die Redaktion von Zwischenentscheiden sowie des Entscheids selber. Die Verfahrenssprache ist aber nicht mit der Sprache gleichzusetzen, in welcher sich die Parteien äussern dürfen. Diese können in einer Amtssprache ihrer Wahl am Verfahren teilnehmen, wobei die Behörde verpflichtet ist, auch Eingaben in einer anderen Amtssprache als der Verfahrenssprache entgegenzunehmen. Werden Eingaben nicht in einer Amtssprache eingereicht, muss die Behörde eine Frist für die Verbesserung ansetzen.⁴⁵⁵ Eine Partei, welche keiner Amtssprache mächtig ist, hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Übersetzung ihrer Eingaben. Somit ist das Recht, die Verfahrenssprache auszuwählen, nicht mit dem Recht gleichzusetzen, sich in irgendeiner Sprache zu äussern, was somit eine Einschränkung des Äusserungsrechts darstellt.⁴⁵⁶

Gemäss dem Grundsatz von Art. 33a Abs. 1 VwVG entspricht die Verfahrenssprache im erstinstanzlichen Verfahren der Amtssprache, in welcher die Parteien ihre Begehren gestellt haben. Allenfalls kann die Behörde explizit in einer nicht anfechtbaren Zwischenverfügung über die Verfahrenssprache entscheiden.⁴⁵⁷ Im Beschwerdeverfahren gilt grundsätzlich die Sprache des angefochtenen Entscheids als Amtssprache.⁴⁵⁸ Ist die Beschwerde in einer anderen Sprache verfasst, ist dies als Antrag auf Wechsel der Verfahrenssprache anzusehen und zu behandeln. Da es sich aber um eine Kann-Vorschrift handelt, verfügt die darüber entscheidende Behörde über ein gewisses Ermessen.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ BBI 2001 4202, 4300 f., vgl. dazu auch aArt. 37 VwVG in der Fassung vom 9. Dezember 2003, welcher insbesondere vorsah, dass Bundesbehörden Verfügungen in der Amtssprache eröffnen, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden.

⁴⁵⁵ Dies gilt auch für durchaus geläufige Sprachen wie z.B. Englisch oder Spanisch. SAVOLDELLI, S. 481 f.; EGLI, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 33a, Rz. 1 f.; ALBERTINI, S. 342 f.

⁴⁵⁶ ALBERTINI, S. 342 f.

⁴⁵⁷ EGLI, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 33a, Rz. 10 ff.

⁴⁵⁸ Art. 33a Abs. 2 VwVG.

⁴⁵⁹ EGLI, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 33a, Rz. 16 ff.; SAVOLDELLI, S. 488, insb. Fn. 38.

Werden Urkunden in einer Fremdsprache eingereicht, kann auf eine Übersetzung verzichtet werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien und Personen, welche über die Sache entscheiden, diese verstehen oder diese rechtlich irrelevant sind. Die Behörde kann nach Art. 33a Abs. 4 VwVG jedoch eine Übersetzung von Urkunden anordnen, wenn dies notwendig erscheint. Dies ist der Fall, wenn die Urkunden entscheidungswesentlich sind oder der Grundsatz des fairen Verfahrens dies bedingt. Die Behörde kann auch von den Parteien verlangen, eine Übersetzung einzureichen. Einen Anspruch auf Übersetzung von Amtes wegen besteht nur, wenn es einer Partei aus finanziellen Gründen unmöglich ist, eine Übersetzung ausstellen zu lassen.⁴⁶⁰

7.3.1.2 Regelung im Asylverfahren

Die Verfahrenssprache im Asylverfahren ist mit Art. 16 AsylG spezialgesetzlich geregelt. Demnach können Eingaben in jeder Amtssprache eingereicht werden (Abs. 1, Satz 1). Indessen haben Personen, welche von einer zugewiesenen Rechtsvertretung in einem Bundeszentrum vertreten sind, ihre Eingaben in der Amtssprache der jeweilige Asylregion des Bundeszentrums einzureichen (Abs. 1, Satz 2). Zwischenverfügungen und Entscheide des SEM werden grundsätzlich in der Sprache eröffnet, die am Wohnort der asylsuchenden Person Amtssprache ist (Abs. 2). Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, wenn die asylsuchende Person oder deren Rechtsvertretung eine andere Amtssprache sprechen, dies wenn die Gesuchseingänge oder die Personalsituation für eine effiziente und fristgerechte Gesucherledigung eine Abweichung erfordern oder die asylsuchende Person von einem Zentrum des Bundes einem Kanton mit einer anderen Amtssprache zugewiesen wird.⁴⁶¹ Art. 16 AsylG ist somit *lex specialis* zu Art. 33a VwVG.⁴⁶²

Das Asylgesetz stützt sich somit entgegen dem Verwaltungsverfahrensgesetz im Grundsatz auf das Territorialitätsprinzip, ohne Rücksichtnahme auf die gesprochenen Sprachen der Gesuchstellenden.⁴⁶³ Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellenden ihren Aufenthaltsort nicht frei wählen können, sondern zunächst einem Bundeszentrum zugewiesen und dann – falls ein erweitertes Verfahren

⁴⁶⁰ EGLI, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33a, Rz. 25 ff.; ALBERTINI, S. 343; PFISTERER, in: Kommentar VwVG, Art. 33a, Rz. 67, 69 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 524.

⁴⁶¹ Art. 16 Abs. 3 Bst. a–c AsylG.

⁴⁶² HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 16, Rz. 1.

⁴⁶³ BVGE 2013/23 E. 5.3.1; BERSET DUFT, in: Code annoté LAsi, Art. 16, Rz. 8.

durchgeführt oder ein Bleiberecht ausgesprochen wird – einem Kanton zugeteilt werden.⁴⁶⁴ Bei einer Abweichung vom Grundprinzip nach Art. 16 Abs. 2 AsylG – insbesondere wenn die asylsuchende Person nicht vertreten wird – sind geeignete Korrektiv-Massnahmen zu ergreifen. Zu denken ist hierbei beispielsweise an eine mündliche Übersetzung der Verfügung durch das SEM in eine der betroffenen Person verständliche Sprache.⁴⁶⁵ Eine entsprechende Abweichung vom Grundprinzip nach Art. 16 Abs. 2 AsylG ist zudem zu begründen. In allen anderen Fällen liegt ein Verfahrensmangel vor, der die Kassation der angefochtenen Verfügung nach sich ziehen kann.⁴⁶⁶

Von der Regel nach Art. 16 Abs. 2 AsylG darf abgewichen werden, wenn dies angesichts der Gesuchseingänge im Hinblick auf die starken möglichen Schwankungen der Gesuchszahlen eine effiziente und fristgerechte Verfahrenserledigung ermöglicht.⁴⁶⁷ Mit der Ausnahmebestimmung nach Art. 16 Abs. 3 Bst. c AsylG, wonach von der Sprachenregelung abgewichen werden kann, wenn die asylsuchende Person von einem Zentrum des Bundes einem Kanton mit einer anderen Amtssprache zugewiesen wird, soll berücksichtigt werden, dass alle Anhörungen zu den Asylgründen in den Bundeszentren durchgeführt werden. Bei einer Überstellung in den Kanton kann dies zu unnötigen Verzögerungen und erschweren Abläufen führen, was durch die Ausnahmebestimmung vermieden werden soll.⁴⁶⁸

Art. 16 AsylG wurde zum Schutz der asylsuchenden Person – namentlich zur Wahrung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde und einen fairen Prozess – angepasst. Zuvor hatte das SEM die Möglichkeit, die Sprache der Verfügungen frei zu wählen, was die Möglichkeit einer asylsuchenden Person, eine Rechtsvertretung zu finden und Beschwerde erheben zu können, je nach Wohnort und Sprache der Verfügung nicht unerheblich erschwerte.⁴⁶⁹ Die Anpassung an das Territorialitäts-

⁴⁶⁴ Art. 27 AsylG i.V.m. Art. 21 AsylV 1. Werden Gesuchstellende einem zweisprachigen Kanton zugewiesen, so bestimmt sich die anzuwendende Verfahrenssprache nach den kantonalen Vorschriften, die für den Aufenthaltsort der asylsuchenden Person gelten, EMARK 2005 Nr. 22 E. 2.

⁴⁶⁵ So bereits in EMARK 2004 Nr. 29 E. 11.2.

⁴⁶⁶ BVGE 2009/56 E. 3.2; BERSET DUFT, in: Code annoté LAsi, Art. 16, Rz. 12.

⁴⁶⁷ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 16, Rz. 4.

⁴⁶⁸ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B2, S. 5.

⁴⁶⁹ EMARK 2004 Nr. 29 E. 7.

prinzip unter Vorbehalt der Abweichungsmöglichkeiten sollte die Grundrechte der asylsuchenden Person schützen.⁴⁷⁰

Entgegen dem Bundesgericht⁴⁷¹ qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht die Regelungen bezüglich der Verfahrenssprache nicht als Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs, sondern ordnet diese dem Grundsatz des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV zu.⁴⁷² Auf Ausführungen bezüglich der Abgrenzung und der damit verbundenen Konsequenzen in Bezug auf Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV wurde indessen in den Urteilen der ARK sowie des Bundesverwaltungsgerichts verzichtet. Es fällt jedoch auf, dass sich das Bundesgericht in seinem Urteil von der Systematik des Verwaltungsverfahrensgesetzes leiten liess, wohingegen die ARK und das Bundesverwaltungsgericht nicht auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verwiesen und in erster Linie das Recht auf einen Dolmetscher ins Zentrum der Argumentation rückten, was bereits als Indiz für die Gewichtung des Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts im Asylverfahren gewertet werden könnte.⁴⁷³ Indessen wurde in BVGE 2009/56 unter anderem festgestellt, dass im vorliegenden Einzelfall das SEM den Verfahrensfehler auf Beschwerdeebene im Rahmen der Vernehmlassung nicht korrigiert habe. Bei dieser Formulierung lässt sich die Frage stellen, ob das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenssprache nicht doch als Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs betrachtete, welche allenfalls durch Korrektur des fehlerhaften Verfahrensschritts hätte geheilt werden können.⁴⁷⁴

In der Praxis kann das Bundesverwaltungsgericht ferner bei Eingaben in Englisch, insbesondere bei Schnellverfahren wie Nichteintretensentscheiden (z. B. Dublin-Verfahren) nach Art. 31 AsylG oder Entscheiden nach Art. 40 in Verbindung mit Art. 6a AsylG, im Sinne der Prozessökonomie und Verfahrensbeschleunigung auf eine Verbesserung verzichten.⁴⁷⁵ Diese nicht kodifizierte Regelung war insbesondere bei Asylgesuchen aus dem Ausland von grosser Bedeutung.⁴⁷⁶ Im Falle von

⁴⁷⁰ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 16, Rz. 2.

⁴⁷¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_201/2013 vom 24. Januar 2014 E. 4.2.

⁴⁷² BVGE 2013/23 E. 5.2 mit Verweis auf EMARK 2004 Nr. 29 E. 6; so auch BERSET DUFT, in: Code annoté LAsi, Art. 16, Rz. 1.

⁴⁷³ EMARK 2004 Nr. 29 E. 6.

⁴⁷⁴ BVGE 2009/56 E. 3.3.

⁴⁷⁵ Z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5843/2016 vom 30. September 2016 E. 2.3.

⁴⁷⁶ Die Möglichkeit von Asylgesuchen aus dem Ausland wurde im Jahr 2014 abgeschafft. Art. 19 Abs. 2 aAsylG; AS 2012 5359; BBI 2010 4455; BBI 2011 7325, AS 2015 2047; BBI 2014 2087.

Asylgesuchen am Flughafen werden Beschwerden praxisgemäss von Amtes wegen übersetzt⁴⁷⁷ respektive es wird auf eine Übersetzung verzichtet.⁴⁷⁸ Im Grundsatz wird das Beschwerdeverfahren in der Sprache der angefochtenen Verfügung geführt.⁴⁷⁹

Art. 8 Abs. 2 AsylG bestimmt schliesslich, dass von den Asylsuchenden verlangt werden kann, fremdsprachige Dokumente in eine Amtssprache zu übersetzen.⁴⁸⁰ Dafür muss den Asylsuchenden vom SEM oder vom Bundesverwaltungsgericht eine angemessene Frist angesetzt werden. Verfügt die asylsuchende Person über keine Rechtsvertretung und kann sie daher ihrer Pflicht nicht nachkommen, hat das SEM oder das Bundesverwaltungsgericht die Dokumente von Amtes wegen zu übersetzen.⁴⁸¹

7.3.1.3 Zwischenfazit

Zusammenfassend ist als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Asylverfahren und dem Allgemeinen Verwaltungsverfahren in Bezug auf die Verfahrenssprache auf das im Asylverfahren herrschende Territorialitätsprinzip zu verweisen, wonach weder die asylsuchenden Personen noch das SEM die Verfahrenssprache frei wählen können, sondern die Verfahrenssprache grundsätzlich der Sprache am zugeteilten Wohnort der Person entspricht. Zwar kann das SEM von diesem Prinzip in den in Art. 16 Abs. 3 Bst. a–c AsylG definierten Situationen abweichen und die asylsuchende Person kann Eingaben in einer anderen Amtssprache einreichen. Durch diese Regelung soll das Recht auf eine wirksame Beschwerde sichergestellt werden. Personen, welche eine Amtssprache beherrschen aber Zwischenverfügungen oder Entscheide in einer anderen Sprache erhalten, kommt ein nicht vernachlässigbarer Übersetzungsaufwand zu, wobei schon kurze Beschwerdefristen gelten. Diese Problematik wäre durch eine obligatorische Anpassung der Verfahrenssprache bei Personen, welche eine Amtssprache beherr-

⁴⁷⁷ Z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5924/2015 vom 2. Oktober 2015, S. 5; BERSET DUFT, in: Code annoté LAsi, Art. 16, Rz. 4.

⁴⁷⁸ Z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2016 D-7979/2016 E. 3.

⁴⁷⁹ So noch explizit in Art. 16 Abs. 3 aAsylG (Stand am 23. Mai 2006), bevor dieser Absatz durch Anhang Ziff. 4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, mit Wirkung seit 1. Januar 2007 aufgehoben wurde. Ferner BERSET DUFT, in: Code annoté LAsi, Art. 16, Rz. 5.

⁴⁸⁰ Diese Bestimmung ist unter dem Titel Mitwirkungspflicht geregelt. Auf die Ausgestaltung der Mitwirkungspflicht wird in Kap. 9.3.3.1 genauer eingegangen.

⁴⁸¹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B3, S. 8; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 22.

schen, vermeidbar. Somit ist festzustellen, dass hier der mögliche Übersetzungsaufwand der asylsuchenden Person auferlegt wird und ihr Wahlrecht, welches im Allgemeinen Verwaltungsverfahren grundsätzlich der Partei zukommt, eingeschränkt wird. Die Möglichkeit des SEM, von diesem Prinzip abzuweichen, wenn die Person oder ihre Rechtsvertretung einer anderen Amtssprache mächtig ist, ist nicht als Anspruch auf Wechsel der Verfahrenssprache zu qualifizieren und ändert an dieser Verschiebung der Verantwortung nichts, zumal dem SEM diesbezüglich ein grosses Ermessen zukommt.

In Bezug auf die Übersetzung von Beweismitteln ist festzustellen, dass im Asylgesetz der Grundsatz, dass die asylsuchenden Personen aufgefordert werden können, fremdsprachige Dokumente in eine Amtssprache übersetzen zu lassen, durch die explizite Nennung als Mitwirkungspflicht in den Vordergrund gerückt wird. Demgegenüber steht im Verwaltungsverfahrensgesetz der mögliche Verzicht auf eine Übersetzung im Vordergrund. Da auch nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz die Parteien aufgefordert werden können, eine Übersetzung einzureichen und dabei deren finanzielle Situation berücksichtigt werden muss, ist diesbezüglich keine fundamentale Unterscheidung festzustellen.

Diese Abweichungen des Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren sind in erster Linie mit dem Umstand zu erklären, dass ein Grossteil aller Asylsuchenden keiner Amtssprache mächtig ist, weshalb ihnen aus der Möglichkeit der Wahl der Verfahrenssprache lediglich in Ausnahmesituationen ein Vorteil zu Gute kommen dürfte. Zudem ist diese Abweichung auch als Konsequenz des Asylverfahrens als Massenverfahren zu verstehen, wobei die zuständige und hier hochspezialisierte Behörde auf die Einzelfälle bezüglich Sprache keine Rücksicht nimmt. Vielmehr wird mit der Anwendung des Territorialitätsprinzips die Verteilung der Asylsuchenden auf die Kantone und somit die herrschende Sprachenverteilung in der Schweiz berücksichtigt. Ein Übergewicht beispielsweise an italienischen Asylverfahren würde auch das SEM und das Bundesverwaltungsgericht vor logistische Schwierigkeiten stellen.⁴⁸²

⁴⁸² Gemäss Geschäftsbericht des Bundesverwaltungsgerichts arbeiten lediglich 6,7% aller am Gericht tätigen Personen in italienischer Sprache, BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 59.

7.3.2 Summarische Begründungen

7.3.2.1 Regelung im Allgemeinen Verwaltungsrecht

Gemäss Bundesgericht ist eine Begründung eines Entscheids in jedem Fall so abzufassen, dass die Partei die wesentlichen Argumente der Behörde kennt und die Verfügung sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl die Partei wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt.⁴⁸³ Die erforderliche Begründungsdichte richtet sich dabei im Einzelfall nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen. Je grösser der Spielraum, welcher der Behörde infolge Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe eingeräumt wird, und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte des respektive der Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung einer Verfügung zu stellen.⁴⁸⁴ Die Behörde respektive das Gericht muss sich hingegen nicht mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem Einwand und Beweismittel auseinandersetzen, sondern kann sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.⁴⁸⁵ Herabgesetzte Anforderungen an die Begründungsdichte gelten im Bereich von Massenverfahren, wo bei einer Vielzahl von Fällen ähnliche Sachverhalte beurteilt werden müssen, ohne dass sich grosse rechtliche Probleme stellen würden oder die Parteien an einer eingehenden Begründung interessiert sind.⁴⁸⁶

Die Möglichkeit einer summarischen Begründung ist in Art. 35 VwVG für Verfügungen im nicht-streitigen Verwaltungsverfahren nicht vorgesehen. Obschon im Beschwerdeverfahren grundsätzlich höhere Anforderungen an die Begründungsdichte gestellt werden und Art. 61 VwVG solche summarischen Begründungen nicht explizit vorsieht, können solche im Beschwerdeverfahren aber möglich sein, wenn ganz oder teilweise auf die vorinstanzliche Begründung verwiesen und so

⁴⁸³ Neben vielen: BGE 129 I 232 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁸⁴ Vgl. BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b; BVGE 2008/47 E. 3; KNEUBÜHLER, Begründungspflicht, S. 29 ff., 194 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 888 f.; ALBERTINI, S. 403.

⁴⁸⁵ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 35, Rz. 17 f.

⁴⁸⁶ KNEUBÜHLER/PEDRETTI denken hierbei insbesondere an Steuerverfahren, in welchen die Parteien am Ergebnis und nicht primär an der Begründung interessiert sind, KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 35, Rz. 18, vgl. auch KNEUBÜHLER, Begründungspflicht, S. 192.

eine Wiederholung vermieden werden kann. Dies setzt aber voraus, dass die Beschwerde im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG aussichtslos ist.⁴⁸⁷

7.3.2.2 *Regelung im Asylverfahren*

Im Gegensatz zum Verwaltungsverfahrensgesetz ist die summarische Begründung im Asylgesetz mehrmals, sowohl im erstinstanzlichen Verfahren als auch im Rechtsmittelverfahren vorgesehen. Art. 12 Abs. 3 AsylG bestimmt generell für das Asylverfahren, dass Verfügungen und Entscheide «in geeigneten Fällen» mündlich eröffnet und summarisch begründet werden können.⁴⁸⁸ Weiter sind alle Nichteintretensentscheide lediglich summarisch zu begründen (Art. 37a AsylG). Dies betrifft im Wesentlichen Entscheide im Sinne von Art. 31a AsylG, zu welchen auch die Dublin-Entscheide zu zählen sind. Das SEM kann eine Abweisung eines Asylgesuchs auch summarisch begründen, wenn aufgrund der Anhörung offenkundig wird, dass die Flüchtlingseigenschaft nicht glaubhaft gemacht werden kann und keine Wegweisungshindernisse entgegenstehen (Art. 40 AsylG). Das Asylgesetz gewährt dem SEM demnach bei einer Vielzahl von Konstellationen mittels spezialgesetzlicher Bestimmung die Möglichkeit einer summarischen Begründung. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat gemäss Art. 111a Abs. 2 AsylG die Möglichkeit, seine Urteile lediglich summarisch zu begründen, wenn diese nach Art. 111 AsylG in einzelrichterlicher Zuständigkeit ergehen.⁴⁸⁹

Jedoch müssen auch bei summarischen Begründungen die rechtlichen und faktischen Grundlagen dargelegt werden, so dass die asylsuchende Person die Entscheidung verstehen und allenfalls Beschwerde erheben kann. Das SEM muss sich aber nicht mit allen Behauptungen ausdrücklich auseinandersetzen, sondern kann sich in seiner Begründung auf die wesentlichen Punkte beschränken. Es reicht hingegen nicht aus, die Glaubhaftigkeit von Vorbringen mit der Angabe eines einzelnen Widerspruchs zu verneinen oder lediglich auf eine Standardformulierung ohne Einzelfallbezug zurückzugreifen.⁴⁹⁰ Diesbezüglich ist auf die bereits im Jahr 1988

⁴⁸⁷ WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 61, Rz. 41, so auch zum VRG/ZH PLÜSS, in: Kommentar VRG/ZH, Art. 10, Rz. 23, 26.

⁴⁸⁸ Zur Möglichkeit der mündlichen Eröffnung nachfolgend Kap. 7.3.3.

⁴⁸⁹ Dabei ist insbesondere auf Art. 111 Bst. e AsylG hinzuweisen, wonach offensichtlich unbegründete oder begründete Beschwerden in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines Zweirichters respektive einer Zweirichterin ergehen.

⁴⁹⁰ BVGE 2010/3 E. 3.3 und 5; BVGE 2008/47 E. 3; LONGCHAMP VONLANTHEN, in: Code annoté LAsi, Art. 37a, Rz. 3.

von KÄLIN dargelegte Problematik hinsichtlich der Verwendung von Textbausteinen hinzuweisen, welche die – auch heute bestehende – Gefahr des Erstarrens des juristischen Denkens und von schematischen, wenig einzelfallbezogenen Lösungen birgt, zumal für Aussenstehende kaum ersichtlich wird, bei welchen Passagen es sich um Textbausteine handelt und welche einzelfallbezogen geschrieben wurden.⁴⁹¹ Die Möglichkeit der summarischen Begründung wurde vom Gesetzgeber für klare Fälle ohne rechtliche Schwierigkeiten eingefügt. Diese Klarheit muss sich sowohl auf den Asylpunkt als auch auf den Wegweisungsvollzug erstrecken.⁴⁹² Was eine summarische Begründung von einer eingehenden Begründung unterscheidet, respektive wo die Trennlinie zu ziehen ist, wurde weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre je klar definiert.

Auch im Rechtsmittelverfahren hat sich das Bundesverwaltungsgericht bei summarischen Urteilsbegründungen mit allen in der Beschwerde gestellten Anträgen auseinanderzusetzen und zumindest kurz darzulegen, weshalb die im Zusammenhang mit dem Antrag erhobenen Einwände beispielsweise im Falle von Art. 111 Abs. e AsylG als offensichtlich unbegründet erachtet werden. Die Begründung kann sich aber auf diese Punkte beschränken, welche die offensichtliche Unbegründetheit respektive Begründetheit bewirken, muss aber erkennen lassen, dass der Sachverhalt umfassend erfasst und gewürdigt wurde. Nur so kann überhaupt überprüft werden, ob ein Revisionsgrund vorliegt oder Beschwerde an ein internationales Entscheidgremium eingereicht werden soll.⁴⁹³ Auffallend erscheint, dass summarisch begründete Urteile des Bundesverwaltungsgerichts oft in der sogenannten dass-Form geschrieben werden, was die Verständlichkeit für die beteiligten Personen nicht erhöhen dürfte und die Aussenkontrolle erschwert.⁴⁹⁴

7.3.2.3 Zwischenfazit

In der direkten Gegenüberstellung der Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahren und der spezialgesetzlichen Bestimmungen im Asylverfahren fällt auf,

⁴⁹¹ Eingehend zur Problematik: KÄLIN, Textbausteine, *passim*.

⁴⁹² LONGCHAMP VONLANTHEN, in: Code annoté LAsi, Art. 37a, Rz. 4.

⁴⁹³ BVGE 2011/18 E. 5.2 (nicht publizierte Erwägung); BBl 1990 II 573, 663; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 111a, Rz. 2; ANTONIONI LUFTENSTEINER, in: Code annoté LAsi, Art. 111a, Rz. 6.

⁴⁹⁴ Zur Veranschaulichung: In einen Monat (August 2019) erliessen die Abteilungen IV und V des Bundesverwaltungsgerichts 289 Urteile. Davon ergingen 73 als dass-Urteile.

dass das Asylgesetz eine Vielzahl von Konstellationen im erstinstanzlichen als auch im Beschwerdeverfahren vorsieht, in welchen summarische Begründungen explizit möglich sind. Durch diese mehrfache explizite Nennung kann ferner davon ausgegangen werden, dass diese summarischen Begründungen nicht nur möglich, sondern im Gegenteil sogar gewünscht werden.

Indessen ist festzustellen, dass summarische Begründungen im Asylverfahren nicht mit summarischen Begründungen oder Formularbegründungen im Steuerungsverfahren gleichzusetzen sind. So enthalten summarisch begründete Urteile in der Regel eine verständliche Zusammenfassung des Sachverhalts, eine Kurzzusammenfassung der Verfügung des SEM und der Beschwerde sowie die eigentliche Begründung des Bundesverwaltungsgerichts, aus welcher ersichtlich wird, von welchen Hauptargumenten sich das Gericht bei seiner Entscheidungsfindung leiten liess, auch wenn die Verwendung von Textbausteinen respektive wiederkehrenden Erwägungsbestandteilen jeweils einen grossen Teil des Urteils auszumachen scheinen. Diese Verwendung von Textbausteinen ist zwar angesichts der hohen Fallzahlen und der ähnlichen Rechtsfragen durchaus verständlich. So ist nichts gegen eine standardisierte Passage beispielsweise für die allgemeine Definition der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG einzuwenden. In verfassungsmässiger Hinsicht erscheint dies grundsätzlich dann kritisch, wenn der Schlusssatz der Subsumtion ebenfalls aus standardisierten Begründungen besteht. Ob sich die Begründung dann noch genügend auf den individuellen Fall und die konkreten Parteivorbringen bezieht, ist fraglich.⁴⁹⁵

Eine genaue Definition, inwiefern sich eine summarische Begründung nach den spezialgesetzlichen Regelungen des Asylgesetzes von einer eingehenden Begründung nach Art. 35 respektive 61 VwVG unterscheidet, fehlt. So gleichen die Voraussetzungen einer summarischen Begründung den allgemeinen Voraussetzungen stark. Sowohl in der summarischen als auch in der eingehenden Begründung hat die Entscheidbehörde die Begründung so abzufassen, dass der Entscheid verständlich ist und Beschwerde erhoben werden kann, wobei nicht auf alle Behauptungen und Vorbringen eingegangen werden muss. Indessen ist daran zu denken, dass im Asylverfahren hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und der Entscheid-

⁴⁹⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3988/2012 vom 26. August 2013 E. 3.3; ALBERTINI, S. 426; KNEUBÜHLER, Begründungspflicht, S. 194 f. sowie bereits KÄLIN, Textbausteine, S. 453 f.

behörde ein grosses Ermessen zukommt, was grundsätzlich für eine höhere Begründungsdichte und somit gegen summarische Begründungen spricht.⁴⁹⁶

Die summarische Begründung ist ein gutes Beispiel, in welchem die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens mit verschiedenen Interessenkonflikten zusammentreffen. So verlangen die Eingriffe in die hochwertigen Rechtsgüter sowie der grosse Ermessensspielraum eine eingehende Begründung der Verfügungen und Urteile. Andererseits verlangen die hohen Fallzahlen mit oftmals ähnlichen Sachverhalten und/oder Problemstellungen⁴⁹⁷ ein möglichst speditives, kostengünstiges und effizientes Verwaltungshandeln.⁴⁹⁸ Da auch in diesen Fällen die Begründung für die Verfahrensbeteiligten verständlich und schlüssig sein muss, so dass diese allenfalls sachgerecht angefochten werden kann, spielt hier eine weitere Eigenschaft des Asylverfahrens nicht unwesentlich hinein. So handelt es sich auf der einen Seite um das SEM und das Bundesverwaltungsgericht, welche als hochspezialisierte Entscheidbehörden sich eingehend mit der aktuellen Praxis und Problemstellungen auseinandersetzen. Sie vermögen durchaus Fallgruppen zu identifizieren, welche so effizienter und speditiver abgearbeitet werden können. Auf der anderen Seite stehen die asylsuchenden Personen, welchen die Asylpraxis und das Verwaltungshandeln im Allgemeinen unbekannt ist. Dass die Entscheidfindenden somit eine Begründung schneller als schlüssig und verständlich erachten als die rechtsunkundigen Laien, liegt auf der Hand. Dieses Spannungsfeld konnte jedoch durch die Möglichkeit der amtlichen Vertretung der asylsuchenden Personen im erstinstanzlichen Verfahren in nicht unbedeutender Weise entschärft werden.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ Vgl. BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b; BVGE 2008/47 E. 3; KNEUBÜHLER, Begründungspflicht, S. 29 ff., 194 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 889; in diesem Sinne auch EMARK 2006 Nr. 24 E. 5.1.

⁴⁹⁷ Oftmals können Fallgruppen identifiziert werden, insbesondere nach Grundsatzurteilen des Bundesverwaltungsgerichts, welche eine grosse Anzahl von ähnlich begründeten Urteilen nach sich ziehen; z. B. Änderung der Tibet-Praxis (insb. BVGE 2015/10), Grundsatzurteil für Wegweisungen nach Ungarn im Rahmen des Dublin-Verfahrens (D-7853/2015 vom 31. Mai 2017), Grundsatzurteile für Eritrea (D-7898/2015 vom 30. Januar 2017; D-2311/2016 vom 17. August 2017; BVGE 2018 VI/6).

⁴⁹⁸ KNEUBÜHLER, Begründungspflicht, S. 191 f.

⁴⁹⁹ BIERI/FIECHTER/RÜEGG, S. 28 f.

7.3.3 Eröffnung von Verfügungen

7.3.3.1 Regelung im Allgemeinen Verwaltungsrecht

Gemäss Art. 34 VwVG sind Verfügungen schriftlich zu eröffnen. Ist die Verfügung mangelhaft eröffnet, darf der Partei daraus kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Diese Bestimmungen sind sowohl für das erstinstanzliche als auch für die Beschwerdeverfahren anwendbar. Erst durch die Eröffnung der Verfügung oder des Urteils können die beteiligten Parteien Kenntnis von der Entscheidung der Behörden respektive deren Inhalt und Begründung nehmen. Die Eröffnung ist so die Grundvoraussetzung für deren Wirksamkeit. Wird eine Verfügung oder ein Urteil nicht eröffnet, gelten sie als inexistent und unwirksam. Damit eine Verfügung als eröffnet gilt, muss diese der Partei jedoch nicht tatsächlich bekannt gemacht werden, sondern es reicht aus, wenn diese ordnungsgemäss zugestellt wurde.⁵⁰⁰ Wird die Verfügung entgegen Art. 11 Abs. 3 VwVG der Partei statt der ordnungsgemäss bevollmächtigten Rechtsvertretung eröffnet, ist der Entscheid grundsätzlich nicht nichtig (ausser die Partei war aufgrund besonderer Umstände nicht in der Lage, den Entscheid an die Rechtsvertretung weiterzuleiten), sondern gilt als mangelhaft. Die Rechtsmittelfrist beginnt in diesen Fällen zu laufen, wenn die Partei oder die Rechtsvertretung bei gebotener Sorgfalt vom Mangel Kenntnis haben konnten oder mussten.⁵⁰¹ Die Beweislast für die ordnungsgemässe Eröffnung sowie deren Zeitpunkt trägt die Behörde. Diese trägt auch die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit.⁵⁰²

Die Schriftlichkeit der Eröffnung soll Klarheit über den Inhalt geben und so der Rechtssicherheit dienen. Eine nicht-schriftliche Verfügung ist nach den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Regel nichtig.⁵⁰³ Die Eröffnung kann auf

⁵⁰⁰ STADELWIESER, S. 45 ff.; ALBERTINI, S. 434 f.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34, Rz. 6 ff.; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 61, Rz. 54 und 62.

⁵⁰¹ WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 61, Rz. 80; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 38, Rz. 12; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 38, Rz. 26.

⁵⁰² EGLI, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 20, Rz. 17; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 61, Rz. 63.

⁵⁰³ BVGE 2010/3 E. 3.1; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34, Rz. 7; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 34, Rz. 7. Letztere verweisen auf die Möglichkeit des VwVG der elektronischen Eröffnung sowie der Eröffnung durch Publikation in einem amtlichen Blatt.

dem Postweg, auf dem elektronischen Weg oder auf andere Weise erfolgen (z. B. persönliche Übergabe mit Bestätigung, Übergabe durch Behörden oder durch Publikation in einem amtlichen Blatt). Wird die Verfügung per eingeschriebenem Brief eröffnet, gilt diese als zugestellt, wenn die Partei die Verfügung gegen Unterschrift in Empfang nimmt oder am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch.⁵⁰⁴

Indessen können auch nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Zwischenverfügungen mündlich eröffnet werden, wenn die Parteien physisch zugegen sind. Die Zwischenverfügungen müssen aber schriftlich bestätigt werden, wenn eine Partei dies auf der Stelle verlangt. Die Rechtsmittelfrist beginnt dann erst von der schriftlichen Bestätigung an zu laufen (Art. 34 Abs. 2 VwVG). Gemäss herrschender Lehre ist diese Bestimmung jedoch im Zusammenhang mit formalisierten Anhörungen oder Verhandlungen zu verstehen und nicht als Ausnahmebestimmung zu Art. 34 Abs. 1 VwVG.⁵⁰⁵ Das Verwaltungsverfahrensgesetz steht einer vorgängigen mündlichen Eröffnung zum Beispiel im Rahmen einer Parteiverhandlung im Beschwerdeverfahren aber nicht entgegen, wenn der Entscheid anschliessend schriftlich eröffnet wird. Die Rechtsmittelfrist beginnt gegebenenfalls jedoch erst nach der vollständigen, schriftlichen Ausfertigung zu laufen.⁵⁰⁶

Da vorliegend der Fokus auf die Unterscheidung zum Asylverfahren gelegt wird, wird auf weiterführende Ausführungen beispielsweise zur Qualifikation als nichtig oder mangelhaft, zu weiteren Möglichkeiten der Eröffnung (z. B. durch amtliche Publikation⁵⁰⁷) oder auch zur Notwendigkeit und den Konsequenzen einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung und weiteren Gültigkeitsvoraussetzungen verzichtet.

⁵⁰⁴ Sog. Zustellfiktion; Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG; EGLI, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 20, Rz. 46 ff.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34, Rz. 15 ff.

⁵⁰⁵ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34, Rz. 35 insb. Fn. 68; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 34, Rz. 15 ff.; anders BVGE 2010/3 E. 3.1; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B5, S. 6; STADELWIESER, S. 45.

⁵⁰⁶ WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 61, Rz. 62.

⁵⁰⁷ Eine Eröffnung durch amtliche Publikation kommt im Asylverfahren aufgrund der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht in Betracht. SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B5, S. 7.

7.3.3.2 Regelung im Asylverfahren

Gemäss Art. 12 Abs. 3 AsylG⁵⁰⁸ können Verfügungen und Entscheide in geeigneten Fällen mündlich eröffnet (und summarisch begründet) werden. Im Rahmen von beschleunigten Verfahren sowie in Dublin-Verfahren erfolgt die Eröffnung in den Zentren des Bundes durch Aushändigung (Art. 12a Abs. 1 AsylG).

Auch wenn in den erweiterten Verfahren die postalische Zustellung von Verfügungen als Normalfall zu bezeichnen ist und auch die Aushändigung der Verfügung die Schriftlichkeit verlangt, stellt Art. 12 Abs. 3 AsylG eine spezialgesetzliche Möglichkeit dar, vom Schriftlichkeitsprinzip gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz abzuweichen.⁵⁰⁹ Die Möglichkeit zur mündlichen Eröffnung wurde in erster Linie für Asylgesuche an der Grenze, für Nichteintretensentscheide sowie offensichtlich unbegründete Asylgesuche oder Mehrfachgesuche eingeführt, damit diese schnell und ohne hohe Formerfordernisse entschieden werden können.⁵¹⁰ Jedoch ist auch bei mündlichen Entscheiden die Begründung und das Dispositiv schriftlich in einem Protokoll festzuhalten und dies der betroffenen Person auszuhändigen (Art. 13 Abs. 2 AsylG). Dieses Protokoll muss den Anforderungen von Art. 35 Abs. 1 VwVG, den allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV – insbesondere der Begründungspflicht – genügen sowie eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Zudem wird bei der mündlichen Entscheideröffnung ein Übersetzer respektive eine Übersetzerin beigezogen, welche die mündlichen Ausführungen und somit den Inhalt der Verfügung übersetzt.⁵¹¹ Durch die nun praktizierte Aushändigung der Verfügungen in den Bundeszentren und der damit einhergehenden Besprechung durch die zugewiesene Rechtsvertretung erscheint es fraglich, welchen Raum die mündlichen Eröffnungen noch einnehmen werden, zumal diese in den Bundeszentren aufgrund der Formvorschriften kaum wesentliche Vorteile gegenüber der schriftlichen Eröffnung per Aushändigung haben.

Eine weitere Besonderheit des Asylverfahrens ist die Eröffnung von Verfügungen per Telefax, insbesondere bei asylsuchenden Personen, welche sich am Flugha-

⁵⁰⁸ Art. 12a Abs. 4 AsylG (Eröffnung in den Zentren des Bundes) verweist ebenfalls auf Art. 12 Abs. 3 AsylG.

⁵⁰⁹ BVGE 2010/3 E. 3.1.; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 12, Rz. 4 ff.

⁵¹⁰ BVGE 2010/3 E. 3.2; BBl 1990 II 573, 615; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 98; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 13, Rz. 3; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 12, Rz. 5.

⁵¹¹ BVGE 2010/3 E. 3.3 f.; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 13, Rz. 2 f.

fen oder an der Grenze befinden (Art. 13 AsylG). Auch Beschwerden können an das Bundesverwaltungsgericht per Telefax übermittelt und rechtsgültig eingereicht werden, wenn innerhalb von sieben respektive drei Tagen das Original nachgereicht und die Beschwerde so verbessert wird.⁵¹² Das SEM kann auch eine kantonale Behörde, eine Schweizer Botschaft oder ein Konsulat ermächtigen, unterschriebene, mit Telefax übermittelte Verfügungen zu eröffnen.⁵¹³ Eine Eröffnung per Telefax setzt jedoch voraus, dass der Fall dringlich ist, dass das Fax unterschrieben, eine Kopie an die betroffene Person ausgehändigt und der Erhalt der Verfügung bestätigt wird.⁵¹⁴ Da die Swisscom davon ausgeht, dass die analogen Kommunikationsservices mittel- bis langfristig vom Markt verschwinden und den Faxdienst aus der Grundversorgung 2018 herausgenommen hat,⁵¹⁵ ist zu erwarten, dass die Möglichkeiten der Eröffnung sowie der Beschwerdeeinreichung per Telefax bei einer nächsten Revision aus dem Asylgesetz verschwinden werden.

Es ist ferner auf Art. 12a Abs. 3 AsylG hinzuweisen, wonach Verfügungen in den Bundeszentren direkt an die asylsuchenden Personen eröffnet werden, wenn diese keine zugewiesene Rechtsvertretung des Leistungserbringers⁵¹⁶ haben. Hat die asylsuchende Person eine andere Person mit ihrer Rechtsvertretung bevollmächtigt, wird die Eröffnung der Verfügung unverzüglich bekannt gegeben.⁵¹⁷ Bei Asylgesuchen am Flughafen kann die Verfügung auch bei Bestehen eines rechtsgültigen Vertretungsverhältnisses an die asylsuchende Person eröffnet werden. Der Rechtsvertretung wird die Eröffnung lediglich bekannt gegeben.⁵¹⁸ Art. 3 Abs. 2 AsylV 1 präzisiert, dass einer nicht vom Leistungserbringer zur Verfügung gestellten Rechtsvertretung die Eröffnung der Verfügung ohne Verzug und, sofern technisch möglich, ebenfalls per Telefax bekannt gegeben wird. Diese Regelungen stellen eine Ausnahme zu Art. 11 Abs. 3 VwVG dar, wonach die Behörde ihre Mitteilungen in jedem Fall an die Vertretung macht.⁵¹⁹

⁵¹² Vgl. Art. 108 Abs. 5 AsylG i.V.m. Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG und Art. 110 Abs. 1 AsylG.

⁵¹³ Art. 13 Abs. 3 AsylG.

⁵¹⁴ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 98; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 13, Rz. 9.

⁵¹⁵ SWISSCOM, FAQ Fax over IP.

⁵¹⁶ Bezüglich Funktion des vom SEM beauftragten «Leistungserbringers» für den Rechtsschutz in den Zentren des Bundes: HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 102f, Rz. 3.

⁵¹⁷ Art. 12a Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 3a AsylV 1.

⁵¹⁸ Art. 13 Abs. 1 AsylG.

⁵¹⁹ Damit sollte grundsätzlich eine Beschleunigung und eine Vereinfachung der Eröffnung sichergestellt werden. HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 13, Rz. 3 ff.

Im Zusammenhang mit der Eröffnung von Verfügungen ist ebenfalls Art. 12 Abs. 1 AsylG zu erwähnen, in welchem die Zustellfiktion nach Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG explizit erwähnt wird, jedoch der Inhalt mit der allgemeinen Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes übereinstimmt. Diese Spezialbestimmung ist dadurch zu begründen, dass diese im Verwaltungsverfahrensgesetz erst seit dem 1. Januar 2007 in Kraft und somit deutlich jünger als die Bestimmung im Asylgesetz ist. Es handelt sich somit um ein Beispiel, in welchem das Allgemeine Verwaltungsverfahren eine Bestimmung des Asylverfahrens übernommen hat.

7.3.3.3 Zwischenfazit

In der Gegenüberstellung der Bestimmungen zur Eröffnung von Verfügungen und Urteilen im Asylverfahren zu den Bestimmungen im Allgemeinen Verwaltungsverfahren wird deutlich, dass der Gesetzgeber den Asylbehörden mehr Möglichkeiten der Eröffnung zuerkennt. Dies gilt sowohl für die Art und Weise der Eröffnung (z. B. Eröffnung per Aushändigung, Telefax oder mündlich) als auch bezüglich der möglichen Personen, an welche eröffnet werden kann. Hier ist auf das Beispiel hinzuweisen, wonach eine Verfügung der asylsuchenden Person und nicht ihrer Rechtsvertretung rechtsgültig eröffnet werden kann.

Die Spezialbestimmungen in Bezug auf die Eröffnung erlauben es dem SEM, eine Verfügung schneller und einfacher zu eröffnen, als dies in anderen Verwaltungsverfahren der Fall ist. In einer Gesamtbetrachtung der Spezialbestimmungen der Eröffnung fällt auf, dass diese kaum zum Vorteil der asylsuchenden Personen sind. Dies ist insbesondere bedenklich, zumal es sich beim SEM und dem Bundesverwaltungsgericht um hochspezialisierte Stellen handelt. Rechtsunkundige und fremdsprachige asylsuchende Personen erhalten oftmals das erste Mal im Leben eine Verfügung, welche zudem meist in einer ihnen nicht verständlichen Sprache abgefasst ist. Auch wenn die asylsuchenden Personen mit dem neuen Asylverfahren oft vertreten sind, hat das SEM in manchen Konstellationen die Möglichkeit, die Verfügung dennoch an sie zu eröffnen, was insbesondere bereits unter dem Aspekt der Spezialität auf der einen Seite und der Rechtsunkundigkeit auf der anderen Seite der Akteure fraglich erscheint. Dieser Umstand kann auch nicht durch die Möglichkeit eines sofortigen Vollzugs gerechtfertigt werden, da in jedem Fall eine Ausreisefrist sowie eine Rechtsmittelfrist anzusetzen ist.⁵²⁰ Eine Ausnahme

⁵²⁰ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 13, Rz. 7 ff.

dieser Erleichterung der Formerfordernisse zugunsten des SEM stellt ausgerechnet die mündliche Eröffnung dar, da mit der mündlichen Eröffnung der Entscheid der asylsuchenden Person übersetzt wird.⁵²¹ Auch die Aushändigung an die zugewiesene Rechtsvertretung im Bundeszentrum hilft, das Ergebnis besser verständlich zu machen und das Verfahren trotzdem zu beschleunigen.⁵²²

Die abweichenden Bestimmungen zur Eröffnung kommen insbesondere aufgrund der Beschränkungen durch die Rechtsprechung⁵²³ insgesamt eher den asylsuchenden Personen zugute, indem sie ihnen mit der Eröffnung durch die Übersetzung und die Anwesenheit des Fachspezialisten respektive der Fachspezialistin des SEM bessere Information, mehr Klarheit und Verständnis des Entscheids ermöglichen. Das SEM selber kann durch die mündliche Eröffnung weder schneller vollziehen noch sonst einen Vorteil aus der mündlichen Eröffnung unter Wahrung der Verfahrensgrundrechte ziehen.

7.3.4 Weitere Abweichungen im Bereich des rechtlichen Gehörs

Im Asylverfahren gibt es im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren zahlreiche weitere Regelungen, welche den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör einschränken. Aufgrund der expliziten Nennung der Beschränkung der Stellungnahme zum Beweisverfahren sowie der Wichtigkeit des Akteneinsichtsrechts für das rechtliche Gehör insgesamt wird im Folgenden kurz auf diese beiden Punkte exemplarisch eingegangen.

7.3.4.1 Beschränkung der Stellungnahme zum Beweisverfahren

Gemäss Art. 11 AsylG können Asylsuchende zur Beweisanordnung der Behörde nicht vorgängig Stellung nehmen, wenn zur Ermittlung des Sachverhalts ein Beweisverfahren durchgeführt wird. Mit dieser Bestimmung weicht das Asylverfahren somit von Art. 19 VwVG ab, welcher wiederum auf die Art. 37, 39–41 und 43–61 BZP verweist. Dabei ist insbesondere Art. 57 Abs. 2 und 58 Abs. 2 BZP von Bedeutung, gemäss welchen den Parteien grundsätzlich die Möglichkeit zusteht, sich bei nötigen Abklärungen durch Sachverständige zu den Fragen sowie zur Person des Sachverständigen zu äussern.

⁵²¹ BVGE 2010/3 E. 3.4.

⁵²² BIERI/FIECHTER/RÜEGG, S. 28 f.

⁵²³ BVGE 2010/3 E. 3.

Mit der Beschränkung der Stellungnahme wird den asylsuchenden Personen die Möglichkeit verwehrt, eine Anfrage allenfalls zu ergänzen respektive kritische Fragen zu der Vorgehensweise anzubringen. Diese Spezialbestimmung wurde bereits im Jahr 1990 eingeführt und dahingehend begründet, dass die förmlichen und zeitaufwendigen Vorschriften über Beweismittel des BZP für das Asylverfahren offensichtlich ungeeignet seien und sich diese verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum Sachverständigenbeweis als verfahrenshemmend erweisen würden. Aufgrund der besonderen Schwierigkeiten bei der Beweiserhebung im Asylverfahren könne eine vorgängige Ankündigung der Fragen den Untersuchungszweck gefährden. Mit Art. 11 AsylG sollten denn «Verfahren im Verfahren» ausgeschlossen und das Asylverfahren dadurch beschleunigt werden. Das Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis werde dadurch nicht eingeschränkt.⁵²⁴ Wird der asylsuchenden Person auch nach der Beweiserhebung keine Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt, handelt es sich grundsätzlich um einen gravierenden Verfahrensfehler, welcher zur Kassation der Sache und zur Neuurteilung durch das SEM führt.⁵²⁵

Das Bundesgericht hat indessen im Bereich des Sozialversicherungsrechts im Jahr 2011 mit BGE 137 V 210 in Bezug auf die vorgängige Stellungnahme zu einem Sachverständigengutachten eine Praxisänderung vollzogen. Neu wird nunmehr Art. 44 ATSG so auslegt, dass die versicherte Person sich vorgängig zu Gutachterfragen äussern kann. Eine Möglichkeit zur Stellungnahme nach der Beweiserhebung wurde nicht mehr als genügend erachtet. Das Bundesgericht liess jedoch offen, ob das Recht auf vorgängige Stellungnahme sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 BV ableiten lässt.⁵²⁶ Eine diesbezügliche Anpassung der Praxis im Asylverfahren und eingehende Auseinandersetzung mit Art. 11 AsylG fehlt indessen derzeit.

Zwar ist die Beschränkung der vorgängigen Äusserung zum Beweisverfahren nicht als Verletzung des rechtlichen Gehörs zu qualifizieren, sondern als Einschränkung des Rechts auf Stellungnahme zu verstehen. Da die meisten Zwischenverfügungen im Asylverfahren grundsätzlich erst mit dem Endentscheid angefochten werden können, erscheint die Gefahr eines Verfahrens im Verfahren bereits dadurch heu-

⁵²⁴ BBl 1990 II 573, 621; dazu auch HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 11, Rz. 1; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 11, Rz. 1 ff.

⁵²⁵ So z. B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-159/2015 vom 14. Januar 2015.

⁵²⁶ WALDMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19, Rz. 59, mit Hinweisen unter anderem auf BGE 137 V 210 E. 3.4; BGE 136 V 113 E. 5.2; BGE 133 V 446 E. 7.4.

te gebannt. Die Chancen, welche eine solche vorgängige Äusserungsmöglichkeit geben könnte, wie beispielsweise eine objektivere Sachverhaltsabklärung sowie ergänzende Fragen, welche für die Abklärung des Sachverhalts entscheidend sein könnten, scheinen aktuell nicht berücksichtigt zu werden.

7.3.4.2 *Beschränkung der Akteneinsicht mittels Rechtsprechung*

Das Asylgesetz beinhaltet keine expliziten Spezialbestimmungen zum Akteneinsichtsrecht. Indessen hat sich diesbezüglich eine asylspezifische Praxis entwickelt. Im Asylverfahren wird die Akteneinsicht nicht selten aufgrund überwiegender öffentlicher Geheimhaltungsinteressen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG verweigert. Als überwiegendes öffentliches Geheimhaltungsinteresse wird dabei oft auf die Verhinderung des Lerneffekts verwiesen, wobei bei einer Offenlegung (beispielsweise von LINGUA-Analysen) der fraglichen Akte eine Wiederverwendung des Tests für weitere Asylsuchende mit gleicher Fallkonstellation nutzlos würde.⁵²⁷ Die ARK befürchtete bereits im Jahr 1994 eine missbräuchliche Weiterverbreitung des Fragenkatalogs, zumal die Erhaltung dieser LINGUA-Analysen als eine geeignete Methode zur Identitätsabklärung zum Zweck der Eindämmung missbräuchlicher Asylgesuche und als gewichtiges Interesse des Bundes zu bezeichnen sei.⁵²⁸ Zudem wird auch auf die privaten Interessen des Gutachters verwiesen, wobei die ARK eine Gefährdung von Druck- und Retorsionsversuchen bei der Gutachtertätigkeit im Asylverfahren als notorisch bezeichnete. Zum Schutz des Gutachters sei es deshalb angezeigt, die persönlichen Eckdaten analog der Handhabung beim Dolmetschen im Asylverfahren geheim zu halten. Es sei in diesem Sinne auch gesetzeskonform, wenn sich der Gutachter/die Gutachterin und der Proband/die Probandin bei einer direkten Befragung nicht von Angesicht zu Angesicht sehen können.⁵²⁹ Neben der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts bei LINGUA-Analysen ist auch immer wieder die Offenlegung der Fragen und Antworten aus Botschaftsabklärungen zu beurteilen. Mit dem gleichen Urteil bezeichnete die ARK das Geheimhaltungsinteresse hochwertig, wenn es um den Schutz der Identität ausländischer Informanten und Kontaktpersonen gehe, die entweder von Seiten der ausländischen Behörden oder aber von politischen Gruppierungen, denen der Asylsuchende nahestehende, Repressionen wegen der Zusammenarbeit mit

⁵²⁷ EMARK 2004 Nr. 28 E. 7b.

⁵²⁸ EMARK 1998 Nr. 34 E. 9b mit Verweis auf EMARK 1994 Nr. 1 E. 4.

⁵²⁹ EMARK 1998 Nr. 34 E. 9b.

den schweizerischen Behörden zu befürchten hätten.⁵³⁰ Sowohl bei Botschaftsabklärungen als auch bei LINGUA-Analysen müssen den betroffenen Personen daher die tatsachenwidrigen beziehungsweise falschen oder unzureichenden Antworten so detailliert aufgezeigt werden, dass sie hierzu konkret Einwände anbringen können. Die schlichte Darlegung der Schlussfolgerungen reicht nicht aus.⁵³¹

Diese – von der Rechtsprechung kreierten – Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ist in erster Linie der spezifischen Eigenschaft des Asylverfahrens anzurechnen, wonach sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland ereignete und die Asylbehörden auf die Mitwirkung der asylsuchenden Personen angewiesen sind. Zudem steht hier auch der in der Politik und in der Gesellschaft immer wieder präzente Gedanke der Missbrauchsprävention im Asylbereich im Zentrum.⁵³² Auf den möglichen Mehrwert dieser vorangehenden Stellungnahmen wird indes verzichtet.

7.4 Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften

Vorangehend wurde ersichtlich, dass die Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren im Bereich des rechtlichen Gehörs im Asylverfahren verschiedenen Ursachen zuzuordnen sind und so aufgrund der spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens erklärbar und somit gerechtfertigt erscheinen.

Die spezialgesetzlichen Bestimmungen bezüglich der Verfahrenssprache und der Übersetzung sind denn in erster Linie dem Umstand zuzuordnen, dass es sich bei den asylsuchenden Personen meist um fremdsprachige Personen handelt, welche sich ohne Dolmetscher oder Dolmetscherin mit den Behörden nicht verständigen können. Daraus könnte gefolgert werden, dass durch die Spezialbestimmungen den asylsuchenden Personen mehr Freiheiten bezüglich der Wahl der Verfahrenssprache sowie Hilfestellungen bei der Übersetzung von Beweismitteln beigeordnet werden. Dies ist aber nicht der Fall. Wie gesehen wird die Wahlfreiheit der Verfahrenssprache durch das Territorialprinzip sowohl für die asylsuchenden Personen, aber auch für das SEM eingeschränkt. Die Asylsuchenden werden darüber hinaus selber mit der Übersetzung der Beweismittel beauftragt. Erklärt wird dies mit

⁵³⁰ EMARK 1998 Nr. 34 E. 10a.

⁵³¹ BVGE 2015/10 E. 5.2.2.4 mit Verweis auf EMARK 2004 Nr. 28 E. 7b.

⁵³² Vgl. in diesem Sinne auch FREI et al., Rz. 1, 6 ff. und 22 ff.

den fehlenden Kapazitäten der Behörden, sich den Verständigungsproblemen selber anzunehmen, weshalb dies auf die asylsuchenden Personen übertragen wird.⁵³³ Indessen ist bei den wesentlichen Verfahrensschritten – der Anhörung zu den Asylgründen sowie der sogenannten Dublin-Anhörung – ein vom SEM gestellter Dolmetscher respektive eine Dolmetscherin zugegen.⁵³⁴ Die Einschränkung der Wahl der Verfahrenssprache kann im Hinblick auf das Asylverfahren als Massenverfahren mit grossen Schwankungen in den Gesuchszahlen als notwendig respektive zwingend für den Erlass von Verfügungen in angemessener Zeit angesehen werden. Durch diese Regelung können die Behörden genügend qualifiziertes Personal bereitstellen, da die Herkunftsländer und somit auch die bevorzugten Sprachen der Asylsuchenden durch geopolitische Vorkommnisse relativ schnell ändern können. Durch das Territorialitätsprinzip kann sichergestellt werden, dass die sprachliche Aufteilung der Asylgesuche konstant gehalten werden kann und die asylsuchende Person in ihrer Wohnregion einfacher Hilfe einer Rechtsvertretung erhalten kann.

Demgegenüber dürfen aber auch die Bedürfnisse der Asylsuchenden, welche ihre Rechte und Pflichten durch die Verwendung einer ihnen bekannten Sprache deutlich besser im Asylverfahren wahrnehmen könnten – was sich auch in der Akzeptanz der Entscheide widerspiegeln würde –, nicht vergessen werden. Bei grosszügiger Anwendung der Ausnahmebestimmungen, mit welchen das SEM vom Territorialitätsprinzip abweichen kann, könnte diesen Bedürfnissen und somit den besonderen Eigenschaften der Asylsuchenden als fremdsprachige und rechtsunkundigen Personen Rechnung getragen werden. Bezüglich der Pflicht zur Übersetzung von Beweismitteln erscheint es denn auch gerechtfertigt, dass die Asylsuchenden je nach Möglichkeit mit der Übersetzung ihrer Beweismittel im Sinne von Art. 8 Abs. 2 AsylG betraut werden können. Da dies auch im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehen ist, kann hier nicht von einer eigentlichen Spezialregelung gesprochen werden, sondern es handelt sich dabei um eine Wiederholung respektive eine eingehendere, präzisierendere Regelung im Asylgesetz.

Mit der Untersuchung der Möglichkeit von summarischen Begründungen im Asylverfahren wurde aufgezeigt, dass sich die diesbezüglichen Regelungen zwar in der praktischen Ausgestaltung nicht stark von den Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens unterscheiden. Jedoch wird auch hier wieder den Asylbehör-

⁵³³ Vgl. dazu eingehend Kap. 7.3.1.1.

⁵³⁴ Art. 20 Abs. 1^{bis} AsylG.

den eine Möglichkeit gegeben, die Vielzahl von Verfahren möglichst effizient und unter Berücksichtigung ihrer Spezialisiertheit zu behandeln. Indessen wird kaum berücksichtigt, dass im Asylverfahren hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und den Behörden zudem ein grosses Ermessen zukommt, was für eine höhere Begründungsdichte sprechen würde. Auch dem Umstand, dass es sich bei den Asylsuchenden meist um rechtsunkundige Personen handelt, wird bei diesen Regelungen kaum Rechnung getragen.⁵³⁵ Angesichts dessen, dass die Anforderungen an die summarische Begründung – im Gegensatz etwa zu Verfügungen im Steuerverfahren – doch recht hoch gehalten werden und die wesentlichen Punkte der Entscheidungsbegründung erkennbar sein müssen, kann die Möglichkeit der summarischen Begründung durch die Eigenschaft des Asylverfahrens als Massenverfahren als legitim respektive für die Zielerreichung notwendig angesehen werden.

Auch bei den spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Eröffnung von Verfügungen werden den Behörden diverse Möglichkeiten gegeben, Verfügungen schneller, direkter und mit vereinfachten Formvorschriften zu eröffnen. Jedoch ist – mit Ausnahme der Aushändigung an die Rechtsvertretung im Bundeszentrum, welche sich quasi systembedingt aufdrängt – nicht klar ersichtlich, was die Behörden durch diese Regelungen für Vorteile gewinnen können, zumal das Verfahren durch eine schnellere Eröffnung aufgrund der fixen Ausreise- und Rechtsmittelfristen nicht wesentlich vereinfacht oder beschleunigt werden kann. Diese Regelung kommt somit eher den asylsuchenden Personen zugute, welche den Entscheid in Anwesenheit einer übersetzenden Person sowie einer Fachperson eröffnet bekommen und so allfällige Fragen sofort geklärt werden können. Das Risiko, welches mit einer fehlerhaften Eröffnung einhergeht, ist aber insbesondere im Hinblick auf die kurzen Rechtsmittelfristen als gross einzustufen.⁵³⁶ Ein sachlicher Grund für die diesbezüglichen Abweichungen, insbesondere im Hinblick auf die Eröffnung an die asylsuchende Person und nicht ihre Rechtsvertretung, ist nicht ersichtlich. Auch sind diese Regelungen für die Zielerreichung im Asylverfahren weder förderlich noch notwendig.

Weitere Abweichungen zeigen auf, dass spezialgesetzliche Bestimmungen im Bereich des rechtlichen Gehörs in erster Linie zugunsten der Asylbehörden ausge-

⁵³⁵ Vgl. dazu eingehend Kap. 7.3.2.

⁵³⁶ Vgl. dazu eingehend Kap. 7.3.3. In diesem Sinne auch: HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 13, Rz. 4 ff.

richtet sind. Im Bereich des Akteneinsichtsrechts wird zum einen deutlich, dass sich Abweichungen auch aus der Rechtsprechung ergeben können, und zum anderen, dass die Verhinderung des Missbrauchs solche Abweichungen zu begründen vermögen.⁵³⁷ Diese Abweichung respektive diese Interpretation des Akteneinsichtsrechts kann allenfalls durch den im Asylverfahren herrschenden Beweisnotstand erklärt werden respektive unerlässlich erscheinen. Da der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland stattgefunden hat, scheinen die Asylbehörden sicherstellen zu wollen, dass die entwickelten Methoden möglichst lange angewendet werden und zu befriedigenden Resultaten führen können.⁵³⁸ Die gleichen Überlegungen können auch auf die Beschränkung der Stellungnahme im Beweisverfahren übertragen werden.⁵³⁹ Ob diese Abweichungen aber durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens so in Gänze bereits erklärt werden können, erscheint indessen fraglich, da die Missbrauchsbekämpfung nicht als spezifische Eigenschaft des Asylverfahrens zu werten ist.⁵⁴⁰

Zusammenfassend wird in Bezug auf das rechtliche Gehör ersichtlich, dass die Abweichungen oft auf die Beschleunigung des Asylverfahrens ausgerichtet sind, wobei deren Nutzen oftmals fraglich erscheint,⁵⁴¹ und die Beschleunigung nicht für die Rechtfertigung von Abweichungen genügt. Oftmals stehen sich im Bereich des rechtlichen Gehörs die Erfordernisse, welche sich aus dem Massenverfahren ergeben, und denjenigen aus der Person der Asylsuchenden, diametral entgegen. Ein Grossteil der untersuchten Abweichungen konnte indessen auf diese beiden spezifischen Eigenschaften zurückgeführt werden. Anzumerken bleibt, dass die spezialgesetzlichen Regelungen kaum den asylsuchenden Personen zugute kommen.

⁵³⁷ Vgl. dazu eingehend Kap. 7.3.4.2.

⁵³⁸ Ergänzend ist anzufügen, dass durch den geltend gemachten Schutz dieser Beweismittelmethoden auch Asylsuchende geschützt werden, welche durch diese Erhebung von Beweismitteln ihre Herkunft und gegebenenfalls auch ihre Verfolgungsgründe glaubhaft machen können.

⁵³⁹ Vgl. dazu eingehend Kap. 7.3.4.1.

⁵⁴⁰ Vgl. Kap. 5.4.6.2.

⁵⁴¹ Z. B. in Bezug auf die schnellere Eröffnung, wobei in jedem Fall die Ausreise- und Rechtsmittelfrist abgewartet werden muss.

Kapitel 8 Mündlichkeit

8.1 Übersicht

Das Verwaltungsverfahren in der Schweiz ist grundsätzlich schriftlich. Mündliche Verhandlungen oder Anhörungen respektive andere, von der Mündlichkeit geprägte Verfahrenshandlungen finden kaum statt.⁵⁴² Indessen ist auf die verschiedenen Arten der möglichen mündlichen Beteiligung im Verfahren aufmerksam zu machen: So ist beispielsweise eine mündliche Verhandlung, bei welcher die beiden Parteien im Beschwerdeverfahren (nochmals) ihren Standpunkt vor Gericht präsentieren können, von einer mündlichen Anhörung der Partei, bei welcher ihr (ausdrücklich) Fragen zum Sachverhalt gestellt werden, sowie von einer öffentlichen Beratung des Gerichts zu unterscheiden. Im Asylverfahren zeigen sich darüber hinaus auch andere Möglichkeiten einer mündlichen Verfahrensführung, wie die mündliche Asylgesuchsstellung oder auch die Möglichkeit der mündlichen Eröffnung der Verfügung.⁵⁴³

Im Folgenden werden nach einer generellen Betrachtung des Rechts auf Äusserung und Anhörung zunächst die im Verwaltungsverfahrensgesetz aufgeführten Bestimmungen analysiert, welche explizit entweder einen schriftlichen oder einen mündlichen Verfahrensschritt verlangen. Danach werden die entsprechenden Bestimmungen des Asylgesetzes, welche entweder ein mündliches oder ein schriftliches Vorgehen erfordern, eingehend besprochen. Bevor die Gründe der gefundenen Abweichungen aus den spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens diskutiert werden, wird in einem Blick über die Grenze eruiert, wie der Modus Operandi der Schweiz, wonach im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren der Entscheid quasi ausschliesslich auf einem Aktenprozess basiert, im europäischen Umfeld einzuordnen ist.

⁵⁴² SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 17.

⁵⁴³ Seit dem 1. März 2019 hat auch das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit, seine Urteile mündlich zu eröffnen (Art. 111a^{bis} AsylG). Diese Möglichkeit wurde in der Praxis – soweit ersichtlich – noch nicht umgesetzt.

8.2 Mündlichkeit und Schriftlichkeit im VwVG

Der sowohl im nicht-streitigen als auch im streitigen Verwaltungsverfahren geltende Grundsatz der Schriftlichkeit ist – im Gegensatz beispielsweise zum Untersuchungsgrundsatz – nicht in allgemeiner Weise geregelt. Dieser vorherrschende Grundsatz findet sich aber in diversen Bestimmungen wieder, so dass der Mündlichkeit schliesslich nur wenig Raum bleibt. Der Grundsatz der Schriftlichkeit zieht sich sodann «wie ein roter Faden durch das ganze Gesetz»⁵⁴⁴ und kann in verschiedenen, nachfolgend genauer analysierten Bestimmungen wiedergefunden und dadurch analysiert werden.

8.2.1 Recht auf Äusserung und Anhörung

Gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Partei an, bevor sie verfügt.⁵⁴⁵ Konkret bedeutete dies, dass die betroffene Person zu den wesentlichen Sachfragen Stellung nehmen und ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann, bevor die Verfügung erlassen wird. Damit sollen die Personen zum einen im Verfahren in ihrer Subjektstellung wahrgenommen werden und zum anderen ein Beitrag zur materiellen Wahrheitsfindung geleistet werden.⁵⁴⁶ Das Äusserungsrecht wird verschiedentlich als «Kernelement» des rechtlichen Gehörs oder als rechtliches Gehör im engeren Sinn bezeichnet,⁵⁴⁷ und weist schon deshalb verschiedene enge Korrelationen zu den anderen Teilgehalten des rechtlichen Gehörs auf. Speziell zu erwähnen ist die Korrelation zum Recht auf Orientierung und Information im Verfahren. Ohne gehörige Information wird der betroffenen Partei von Beginn weg die Möglichkeit genommen, sich zur Sache angemessen äussern zu können, da sie nicht weiss, wann und in welcher Form sie ihren Standpunkt darlegen kann.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einleitung, Rz. 19.

⁵⁴⁵ Das Äusserungsrecht wird in den Art. 30a und 31 VwVG für Verfahren, in welchen mehrere Parteien beteiligt sind, konkretisiert. Da dies jedoch für das Asylverfahren kaum von Bedeutung ist, wird nicht eingehender auf diese beiden Bestimmungen eingegangen.

⁵⁴⁶ Vgl. ALBERTINI, S. 259; HAEFLIGER, S. 135.

⁵⁴⁷ WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30, Rz. 3; ALBERTINI, S. 260; COTTIER, S. 10.

⁵⁴⁸ WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30, Rz. 5 bezeichnen die anderen Teilhalte als Hilfsfunktionen zum Äusserungsrecht. Gemäss ALBERTINI, S. 259, sind diese Teilhalte komplementär.

Grundsätzlich haben Parteien Anspruch darauf, sich mindestens einmal im Verfahren zu äussern und ihre Sichtweise schriftlich darzulegen. Ein Anspruch auf mündliche Stellungnahme kann weder aus der verfassungsrechtlichen Norm noch aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz abgeleitet werden.⁵⁴⁹ Bei Verfahren, welche – wie das Asylverfahren – auf Gesuch hin eingeleitet werden, gilt zudem, dass das Äusserungsrecht grundsätzlich bereits mit der Begründung bei der Gesuchseingabe rechtsgenügend wahrgenommen wird, womit dieses Recht ganz an den Anfang des Verfahrens verlegt wird. An dieser Stelle ist allerdings auf den Unterschied zwischen einer Parteianhörung und dem Äusserungsrecht der Parteien aufmerksam zu machen. So bezweckt eine Parteianhörung in erster Linie die Abklärung des Sachverhalts und weist als «Auskunft der Partei» nach Art. 12 Bst. b VwVG einen reinen Beweismittelcharakter auf. Das Äusserungsrecht soll jedoch der Partei eine Möglichkeit geben, sich im Verfahren aktiv einzubringen. Wenn aber der betroffenen Partei die Möglichkeit gewährt wird, sich frei zum Sachverhalt zu äussern, kann das rechtliche Gehör auch in einer Parteianhörung gewährt werden.⁵⁵⁰

Das Äusserungsrecht kann im Einzelfall und unter restriktiven Bedingungen eingeschränkt oder verweigert werden. Diesbezüglich sieht Art. 30 Abs. 2 VwVG fünf Gründe vor, wann die Parteien nicht anzuhören sind: bei Zwischenverfügungen, die nicht selbständig durch Beschwerde anfechtbar sind, bei Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind, bei Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht, bei Vollstreckungsverfügungen und bei anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet.

8.2.2 Ausdrückliche Schriftlichkeit

Das Verwaltungsverfahrensgesetz enthält nur wenige Bestimmungen bezüglich des Grundsatzes der Schriftlichkeit, welcher nichtsdestotrotz im Verwaltungsver-

⁵⁴⁹ MÜLLER/SCHEFER, S.869; SUTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 30, Rz. 11; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30, Rz. 37.

⁵⁵⁰ WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30, Rz. 7.

fahren vorherrschend ist. Dennoch hält das Gesetz bei den prägendsten Abschnitten eines Verwaltungsverfahrens die Schriftlichkeit als Grundsatz fest.

Wie bereits vorangehend ausgeführt,⁵⁵¹ bestimmt Art. 34 Abs. 1 VwVG, dass Verfügungen als auch Beschwerdeentscheide nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz sowohl im streitigen als auch im nicht-streitigen Verwaltungsverfahren schriftlich zu eröffnen sind.⁵⁵² Die Schriftlichkeit stellt in diesem Zusammenhang aus Gründen der Rechtssicherheit ein Gültigkeitserfordernis dar, weshalb bei fehlender Schriftlichkeit die Verfügung nichtig ist. Zwischenverfügungen können mündlich bekannt gegeben werden, sind aber auf Verlangen hin, schriftlich zu bestätigen. Die Schriftlichkeit soll Klarheit über den Inhalt geben und so der Rechtssicherheit dienen. Zudem wird der Wille der Behörde beweissicher festgehalten.⁵⁵³ Art. 34 VwVG bestimmt indessen nicht, welche Elemente der Verfügung schriftlich sein müssen. Aus Art. 35 VwVG geht aber hervor, dass Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Zudem muss die Rechtsmittelbelehrung das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennen. Darüber hinaus sind die Verfügungsadressaten, der eigentliche Regelungsgegenstand sowie das Datum der Verfügung zu nennen. Mit der Nennung der verfügenden Behörde ist – im Sinne des verfassungsmässigen Anspruchs auf richtige Zusammensetzung der Behörde respektive des Gerichts – ferner auch die Person anzugeben, welche die Verfügung vorbereitet hat. Zudem ist die Verfügung zu unterschreiben.⁵⁵⁴

Weiter sieht das Verwaltungsverfahrensgesetz in Art. 52 auch vor, dass eine allfällige Beschwerde gegen eine Verfügung schriftlich eingereicht werden muss.⁵⁵⁵ Auch da sind die Gründe in der Klarheit über den Inhalt und in der Rechtssicherheit zu finden. Zudem wird nur durch die Schriftlichkeit der Beschwerdeschrift ein Schriftenwechsel ermöglicht, wie Art. 57 VwVG diesen vorsieht. Dabei wird die Beschwerdeschrift den Gegenparteien respektive der Vorinstanz zur Stellungnah-

⁵⁵¹ Vgl. Kap. 7.3.3.

⁵⁵² Auf die Möglichkeit der verfahrensfreien Verfügung wird aufgrund mangelnder Kodifizierung im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht weiter eingegangen. Eingehend dazu: BICKEL/OESCHGER/STÖCKLI.

⁵⁵³ BVGE 2010/3 E. 3.1; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34, Rz. 6 f.; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 34, Rz. 7 ff.

⁵⁵⁴ KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, Art. 34, Rz. 8 f.

⁵⁵⁵ GRISEL, Rz. 619 ff.; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 52, Rz. 11.

me sowie anderen Beteiligten zugestellt, so dass diese replizieren können. Eine mündliche Beschwerdeeingabe würde diesen Verfahrensschritt aufgrund der zuweilen grossen Anzahl an Verfahrensteilnehmenden erheblich erschweren. Durch die durch eine Mündlichkeit bedingte Unmittelbarkeit der Replik respektive der Stellungnahmen auf die Beschwerde, würde eine fundierte und sorgfältige Auseinandersetzung mit der Beschwerdebegründung verunmöglicht.

Ein weiterer, weniger augenfällig gelegter Schwerpunkt auf die Schriftlichkeit ist in den Beweismitteln zu sehen. So erhebt die Behörde oder das Gericht im Sinne von Art. 12 Abs. 1 VwVG *nötigenfalls* die entsprechenden Beweismittel, so dass jeweils das ökonomischere respektive weniger aufwändiger zu erhebende Beweismittel vorzuziehen ist. Dies gibt dem Urkundenbeweis regelmässig den Vorrang vor einer mündlichen Anhörung der Partei oder von Dritten, da die Aufforderung zur Einreichung einer schriftlichen Eingabe weniger Aufwand verursacht, als die Organisation einer Anhörung, bei welcher mehrere Personen, darunter gegebenenfalls eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher, anwesend sein müssen und die Anhörung protokolliert werden muss, wobei auch an die Ausfertigung und die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Protokoll zu denken ist.⁵⁵⁶

8.2.3 Möglichkeit zur Mündlichkeit

8.2.3.1 Allgemein

Im Sinne von Art. 57 Abs. 2 VwVG kann jederzeit und auf jeder Stufe des Verfahrens eine parteiöffentliche Instruktionsverhandlung – eine mündliche Verhandlung mit den Parteien – anberaumt werden. Dabei können Auskünfte der Parteien und/oder von Drittpersonen eingeholt, allfällige Gutachten von Sachverständigen erörtert oder auch ein Augenschein durchgeführt werden. Eine solche Verhandlung soll in erster Linie dazu dienen, zusätzlich vertiefte und umfangreiche Abklärungen einzuholen, welche auf dem schriftlichen Weg nicht (in adäquater Weise) eingeholt werden können. Entsprechend dieser umfangreichen Möglichkeiten besteht ein grosser Gestaltungsspielraum für diese Instruktionsverhandlungen.⁵⁵⁷ Ein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung kann aus Art. 57 Abs. 2 VwVG aufgrund

⁵⁵⁶ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 31 mit Hinweisen auf BGE 130 II 473 E. 2.3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1128.

⁵⁵⁷ MEYER, Mündliche Verfahren, Rz. 8; SEETHALER/PLÜSS, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 57, Rz. 57.

der Kann-Formulierung und der Gesetzessystematik nicht abgeleitet werden. In der Praxis wird entsprechend selten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und entsprechende Anträge werden in der Regel abgewiesen.⁵⁵⁸

Öffentliche Parteiverhandlungen sind ferner von Instruktionsverhandlungen zu unterscheiden. Auf öffentliche Parteiverhandlungen kann ein Anspruch bestehen, wenn das Verfahren in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fällt und die Partei die mündliche Verhandlung konkludent oder ausdrücklich beantragt respektive eine solche Verhandlung aufgrund öffentlicher Interessen geboten erscheint. Im Sinne einer Gegenausnahme kann hingegen auf eine mündliche Verhandlung bei Vorliegen der erwähnten Kriterien verzichtet werden, wenn der Antrag als schikanös oder als Verzögerungstaktik zu qualifizieren ist, den Rechtsbehelfen der antragsstellenden Partei entsprochen wird, wenn auch ohne öffentliche Verhandlung mit hinreichender Zuverlässigkeit darauf geschlossen werden kann, dass eine Beschwerde offensichtlich unbegründet oder unzulässig ist, oder wenn die Diskussion eine hohe Technizität (rein rechnerische, versicherungsmathematische oder buchhalterische Probleme) erkennen lässt.⁵⁵⁹

Eine weitere Möglichkeit der Mündlichkeit findet sich in Art. 28 VwVG, wonach auf ein Aktenstück, bei welchem einer Partei die Einsichtnahme verweigert wurde, nur abgestellt werden darf, wenn die Behörde den wesentlichen Inhalt der Sache *mündlich* oder schriftlich zur Kenntnis gebracht hat und der Partei ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

8.2.3.2 Beschwerdeverfahren

Im Beschwerdeverfahren können ebenso Instruktionsverhandlungen durchgeführt werden, wie dies im Verwaltungsverfahren der Fall ist. Auch das Verwaltungsgerichtsgesetz sieht für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine von diesen Prinzipien abweichenden Bestimmungen vor. Die Möglichkeit von mündlichen Instruktionsmassnahmen wie Zeugeneinvernahmen, Augenschein und Parteiverhör gemäss Art. 39 Abs. 2 VGG sowie Parteiverhandlungen nach Art. 40 VGG sind zwar normiert, gehen aber nicht über den völker-

⁵⁵⁸ MEYER, Mündliche Verfahren, Rz. 9; SEGESSENMANN, Wirksamkeit, Rz. 29; SEETHALER/PLÜSS, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 57, Rz. 58; MOSER, in: Kommentar VwVG, Art. 57, Rz. 34 f.

⁵⁵⁹ MEYER, Mündliche Verfahren, Rz. 12 ff.; SEETHALER/PLÜSS, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 57, Rz. 59.

rechtlichen Minimalstandard hinaus.⁵⁶⁰ Bezeichnenderweise wird denn im Verwaltungsgerichtsgesetz auch explizit festgehalten, dass auch bei Praxisänderungen und Präjudizien keine Parteiverhandlung durchgeführt werden (Art. 25 Abs. 3 VGG). Auch das Bundesgerichtsgesetz räumt den Parteien keinen Anspruch auf die Durchführung einer Parteiverhandlung vor dem Bundesgericht ein, welcher über Art. 6 Ziff. 1 EMRK hinausgeht, zumal dieser Anspruch auf Durchführung einer Parteiverhandlung nach der Europäischen Menschenrechtskonvention von einem Gericht zu erfolgen hat, welches Rechts- und Sachverhaltsfragen frei prüfen kann.⁵⁶¹

Das Spruchgremium des Bundesverwaltungsgerichts berät die Entscheide in der Regel auf dem Weg der Aktenzirkulation. Eine mündliche – nicht öffentliche – Beratung wird anberaunt, wenn das Abteilungspräsidium dies anordnet respektive ein Richter beziehungsweise eine Richterin es verlangt oder wenn sich keine Einstimmigkeit im Spruchgremium ergibt.⁵⁶² Öffentliche Urteilsberatungen sind zwar *de iure* möglich und können gemäss Art. 41 Abs. 3 VGG von einem Mitglied eines Fünferspruchgremiums im Falle einer Uneinigkeit speziell verlangt und vom Abteilungspräsidium genehmigt werden. Weder die EMRK noch die Bundesverfassung verlangen eine öffentliche Urteilsberatung, wenn die Urteile anderweitig publiziert werden.⁵⁶³ Beim Bundesgericht sind die mündlichen Beratungen und die darauf folgenden Abstimmungen öffentlich, ausser es wäre eine Gefährdung der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit zu befürchten oder das Interesse einer beteiligten Person würde einen teilweisen oder ganzen Ausschluss der Öffentlichkeit ausschliessen. Zu einer mündlichen Beratung kommt es, wenn das Abteilungspräsidium dies anordnet, ein Richter beziehungsweise eine Richterin es verlangt oder wenn sich keine Einstimmigkeit ergibt. Wie beim Bundesverwaltungsgericht gehen die übrigen Entscheide per Aktenzirkulation.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ MEYER, Mündliche Verfahren, Rz. 12.

⁵⁶¹ VON WERDT, in: Handkommentar BGG, Art. 57, Rz. 3 ff.; HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, in: BSK, Art. 57 BGG, Rz. 9; FRÉSARD, in: Commentaire de la LTF, Art. 57, Rz. 9.

⁵⁶² Art. 41 VGG.

⁵⁶³ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 3.160, 3.179; SONDEREGGER/KNEER, Rz. 47.

⁵⁶⁴ Art. 58 und 59 BGG.

8.2.4 Zwischenfazit

Aus der vorangehenden Darstellung wird ersichtlich, dass der im Allgemeinen Verwaltungsverfahren gelebte Grundsatz der Schriftlichkeit nicht explizit normiert wird. Werden aber die Bestimmungen analysiert, fällt auf, dass es sich bei der Schriftlichkeit um obligatorische Formvorschriften handelt, welche in aller Regel zwingend erfüllt werden müssen. Bei den Verfahrensschritten, welche gemäss den Verfahrensgesetzen auch mündlich durchgeführt werden können, handelt es sich zumeist um Optionen, welche ein schriftliches Korrelat finden.⁵⁶⁵ Dies zeigt auf, dass sich das Verwaltungsverfahren auf die Schriftlichkeit fokussiert und die Mündlichkeit lediglich als Handlungsoption fungiert, von welcher in der Praxis (insbesondere beim Bundesverwaltungsgericht) jedoch selten Gebrauch gemacht wird.

Sowohl der Verwaltung als auch den Gerichten würden jedoch zahlreiche Möglichkeiten für mündliche Instruktionsmassnahmen als auch – auf Ebene der Gerichte – mündliche Entscheidungsprozesse offenstehen. Dass diese kaum genutzt werden, liegt indessen nicht an der Kodifikation der Gesetze, sondern resultiert, wie MEYER dies zusammenfasst, «aus der ständigen Gerichtspraxis, in der sich eine ausgeprägte Zurückhaltung gegenüber der Mündlichkeit manifestiert».⁵⁶⁶

8.3 Abweichungen im Asylverfahren

Bereits bei einem raschen Überblick über den Ablauf eines typischen Asylverfahrens fällt auf, dass zahlreiche Verfahrensschritte von der Mündlichkeit geprägt sind. So ist bereits die Asylgesuchseinreichung nicht an die Schriftform gebunden und es finden in der Regel Befragungen der asylsuchenden Person statt.⁵⁶⁷ Schliesslich gibt das Asylgesetz sowohl dem SEM als auch dem Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit, die Verfügung respektive das Urteil mündlich zu eröffnen. Abgesehen von der Eröffnung finden sich in dieser Hinsicht im Asylbeschwerdeverfahren keine von den allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrens abweichenden Bestimmungen, weshalb auch in der Praxis der Grundsatz der Schriftlichkeit klar überwiegt.

⁵⁶⁵ So kann die mündliche Parteibefragung durch eine schriftliche Eingabe ersetzt werden.

⁵⁶⁶ MEYER, Mündliche Verfahren, Rz. 20.

⁵⁶⁷ Vgl. Kap. 6.2.2 ff.

8.3.1 Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren

Nachfolgend werden wesentliche Elemente in einem Asylverfahren dargestellt, welche zwingend oder auch fakultativ in mündlicher Form durchgeführt werden.

8.3.1.1 Asylgesuchstellung

Bereits die Stellung eines (ersten) Asylgesuchs nach Art. 18 AsylG ist an keinerlei Formvorschriften wie beispielsweise Schriftlichkeit oder materielle Begründetheit gebunden und kann somit mündlich, schriftlich oder sogar mittels Zeichen und Gesten eingereicht werden.⁵⁶⁸ Gemäss Art. 18 AsylG stellt «jede Äusserung, mit welcher eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht», ein Asylgesuch dar. Es handelt sich um eine relativ höchstpersönliche Willensäusserung einer Person, dass sie in der Schweiz um Schutz ersuchen will.⁵⁶⁹

Im Gegensatz zu dieser Möglichkeit der Mündlichkeit bei der ersten Asylgesuchstellung müssen Wiedererwägungs- und Mehrfachgesuche schriftlich und begründet eingereicht werden.⁵⁷⁰ Diese am 1. Februar 2014 bezüglich der Formvorschriften (und der Begründetheit) eingeführte Änderung bezweckt die Verhinderung von missbräuchlichen Gesuchen und stellt so eine *lex specialis* innerhalb des Asylgesetzes zu Art. 18 AsylG dar.⁵⁷¹ Der Bundesrat als auch das Bundesverwaltungsgericht sehen diese erhöhten Formvorschriften als begründet an, da eine Person, welche das Wiedererwägungs- oder das Mehrfachgesuch einreicht, mit den Abläufen des Asylverfahrens bereits vertraut ist.⁵⁷²

8.3.1.2 Befragungen

Das erstinstanzliche Asylverfahren zeichnet sich insbesondere durch die in der Regel zwei durchgeführten mündlichen Befragungen aus und hebt sich dadurch von anderen Verwaltungsverfahren ab. Oft basiert auch der Asylentscheid als solcher und insbesondere die Beurteilung der Vorbringen hinsichtlich der Glaubhaftma-

⁵⁶⁸ Vgl. EMARK 2002 Nr. 5 E. 4a; NGUYEN, S. 519; WERENFELS, S. 155.

⁵⁶⁹ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 18, Rz. 1.

⁵⁷⁰ Vgl. Art. 111b und 111c AsylG.

⁵⁷¹ Vgl. BVGE 2014/39 E. 4.3; BBI 2010 4455, 4473 f.

⁵⁷² BVGE 2014/39 E. 4.3; BBI 2010 4455, 4473.

chung der Flüchtlingseigenschaft im Wesentlichen auf den während dieser mündlichen Befragungen gemachten Aussagen.

So ist im Asylgesetz der Grundsatz statuiert, dass Asylsuchende in der Regel⁵⁷³ zweimal – einmal bezüglich der Flucht in die Schweiz und einmal im Sinne von Art. 29 AsylG umfassend zu ihren Asylgründen – persönlich und mündlich angehört werden.⁵⁷⁴ Das sogenannte Dublin-Gespräch ist als eines der wichtigsten Elemente der Vorbereitungsphase nach Art. 26 AsylG zu bezeichnen. Diese Befragung ist im Gesetz etwas versteckt und nicht eingehend normiert aufgeführt. Auch wenn es sich um eine Kann-Bestimmung handelt und es demnach möglich wäre, auf das Gespräch zu verzichten, wird von dieser Verzichtsmöglichkeit kaum Gebrauch gemacht.⁵⁷⁵ Die Befragung kann aber durch die Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG ersetzt werden.⁵⁷⁶ Ein wesentlicher Unterschied zur Anhörung nach Art. 29 AsylG ist neben dem Verzicht der summarischen Befragung zu den Asylgründen auch in den teilnehmenden Personen zu sehen. So erstellt die befragende Person selber das Protokoll, weshalb dieses den Verlauf der Befragung lediglich inhalts- und nicht zwingend wortgetreu wiedergeben muss. Die asylsuchende Person wird von ihrer zugewiesenen Rechtsvertretung begleitet, welche allenfalls Ergänzungsfragen stellen, aber nicht für die Person antworten kann. In Art. 19 Abs. 2 AsylV 1 ist weiter explizit vorgesehen, dass – sofern notwendig – eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher die Befragung übersetzt und das Protokoll am Ende rückübersetzt, welches schliesslich von den Beteiligten unterzeichnet wird.⁵⁷⁷

Art. 29 AsylG normiert schliesslich die Anhörung zu den Asylgründen in detaillierter Weise. Es handelt sich bei dieser Anhörung um den wichtigsten Bestandteil des materiellen Asylverfahrens.⁵⁷⁸ Die asylsuchende Person wird wiederum

⁵⁷³ Die Ausnahmen, in welchen nur das rechtliche Gehör zu gewähren ist, sind in Art. 36 Abs. 1 AsylG statuiert. Aber auch bei diesen abgekürzten Verfahren findet nahezu immer ein Dublin-Gespräch statt.

⁵⁷⁴ Vor der Neustrukturierung wurden die Asylsuchenden in der Regel zweimal zu ihren Asylgründen befragt. EPINEY et al., S. 263; EMARK 1994 Nr. 13 E. 3b.

⁵⁷⁵ Vgl. SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 6.

⁵⁷⁶ Art. 19 Abs. 2 AsylV 1.

⁵⁷⁷ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 6 f.; UNHCR, Neustrukturierung des Asylbereichs, S. 23 f.; HRUSCHKA, Neustrukturierte Dublin-Verfahren, S. 31.

⁵⁷⁸ Das SEM spricht selber vom «Kernstück des Asylverfahrens», SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 1, vgl. auch HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 29, Rz. 1; sowie bereits ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 230.

von ihrer zugewiesenen Rechtsvertretung zur Anhörung im Bundeszentrum begleitet, muss persönlich erscheinen und selber Auskunft geben.⁵⁷⁹ Art. 29 Abs.1^{bis} AsylG sieht ferner explizit vor, dass nötigenfalls eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher beizuziehen ist, obschon dieser Umstand bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet werden kann.⁵⁸⁰ Im Hinblick auf die entscheidende Bedeutung des Protokolls respektive jedes Satzes oder Wortes davon bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Vorbringen, hat die dolmetschende Person die Fragen und Antworten Wort für Wort zu übersetzen, darf weder zusammenfassen noch (zum besseren Verständnis) selbständig Ergänzungen vornehmen. Auch sollte sie idealerweise den Stil, die Wortwahl und das Sprachniveau der asylsuchenden Person wiedergeben. Sie darf in keiner Weise zusätzlich agieren oder die persönliche Einschätzung der Vorbringen mitteilen.⁵⁸¹ Über die Anhörung wird ein Protokoll geführt, welches von den Beteiligten unterzeichnet wird.⁵⁸² Die asylsuchende Person hat im Hauptteil der Anhörung – nach der Information über die Rechte und Pflichten, zu den Rollen der teilnehmenden Personen⁵⁸³ und gegebenenfalls ergänzenden Fragen zu den Personalien und abgegebenen Beweismitteln – ihre Asylvorbringen frei, detailliert und ohne Unterbrechung zu schildern (sog. freie Erzählung). Nach dieser Schilderung, welche sehr ausführlich sein kann, stellt die befragende Person Ergänzungsfragen bezüglich der Asylvorbringen und spricht die asylsuchende Person auf allfällig aufgetretene Widersprüche und Unklarheiten an, so dass Missverständnisse gegebenenfalls ausgeräumt werden können. Das Protokoll ist im Gegensatz zur Befragung ein Wortprotokoll⁵⁸⁴ und wird wiederum rückübersetzt.⁵⁸⁵ Im letzten Teil der Anhörung wird die gesuchstellende Person über den weiteren Verlauf des Verfahrens (weitere Sachverhaltsermittlungen und/oder die Entscheidungsfindung) informiert. Dabei werden auch die Konsequenzen eines allfällig negativen Entscheids erläutert. Daher muss der Person nochmals ex-

⁵⁷⁹ Art. 29 Abs. 2 AsylG HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 29, Rz. 4; COSSY, in: Code annoté LAsi, Art. 29, Rz. 24.

⁵⁸⁰ COSSY, in: Code annoté LAsi, Art. 29, Rz. 19 ff.

⁵⁸¹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 8.

⁵⁸² Art. 29 Abs. 3 AsylG.

⁵⁸³ Vgl. dazu SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 18 ff.

⁵⁸⁴ Dies impliziert unter anderem, dass offenkundige Reaktionen und Gesten der asylsuchenden Person im Protokoll in möglichst objektiver Weise notiert werden müssen. SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 18 ff.; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 92; GATTIKER, S. 30.

⁵⁸⁵ Vgl. SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 10, 24.

plizit das rechtliche Gehör bezüglich einer allfälligen Wegweisung gewährt werden, auch wenn sich die Person bereits zuvor dazu äussern konnte.⁵⁸⁶

Auch aus dem Umstand, dass der Ablauf dieser Befragungen bereits im Gesetz stark vorgegeben und vereinheitlicht ist, lässt sich dessen Wichtigkeit für jedes Asylverfahren erkennen. Diese starke Systematisierung der Sachverhaltserhebung mittels mündlicher Beweismittel, welche in anderen Verwaltungsverfahren so kaum besteht, verdeutlicht das Alleinstellungsmerkmal des Asylverfahrens in diesem Bereich.

8.3.1.3 *Herkunftsabklärungen*

Das SEM kann bei Zweifeln über die geltend gemachte Herkunft der asylsuchenden Person seine interne Fachstelle LINGUA um diesbezügliche Abklärungen ersuchen.⁵⁸⁷ Diese Möglichkeit ist zwar im Asylgesetz nicht ausdrücklich normiert, stellt jedoch eine langjährige Praxis des SEM bei der Abklärung des Sachverhalts dar. Durch LINGUA-Analysen versuchen Sprachexperten respektive -expertinnen in einem mündlichen Gespräch mit der asylsuchenden Person – meist per Telefon – herauszufinden, in welchem Land respektive welcher Region die Person sozialisiert wurde. Dabei werden insbesondere Fragen zum täglichen Leben gestellt, wobei die Asylvorbringen meist nicht befragt werden. Das Gespräch wird aufgezeichnet. Anschliessend erarbeitet der Sprachexperte respektive die Sprachexpertin einen Bericht, welche die linguistischen Eigenheiten sowie auch das länderspezifische Wissen der asylsuchenden Person berücksichtigt. Falls möglich wird im Bericht aufgezeigt, ob die Person eindeutig, eindeutig nicht, wahrscheinlich oder wahrscheinlich nicht aus der vorgebrachten Herkunftsregion stammt. Dieser Bericht stellt in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine schriftliche Auskunft einer Drittperson im Sinne von Art. 12 Bst. c VwVG dar, aber kein Gutachten. Bei Einhaltung bestimmter Minimalanforderungen bezüglich fachlicher Qualifikation, Objektivität und Neutralität des oder der Sachverständigen und an die inhaltliche Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit der Analyse kommt einer LINGUA-Analyse im Vergleich zu gewöhnlichen Parteivorbringen ein erhöhter Beweiswert zu.⁵⁸⁸ Seit einigen Jahren werden unter dem Titel «Evaluation des Alltagswis-

⁵⁸⁶ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 24.

⁵⁸⁷ Der jeweilige Auftrag mit den fallspezifischen Spezifikationen ist dabei im Dossier abzulegen.

⁵⁸⁸ Vgl. BVerGE 2015/10 E. 5.1 m.H.a. EMARK 1998 Nr. 34 E. 4b.

sens» zudem ähnliche Analysen durch amtsexterne Sachverständige erstellt, welche sich aber auf den landeskundlich-kulturellen Teil (ohne linguistische Analyse) beschränken. Auch diese Analysen basieren auf einem aufgezeichneten Telefongespräch.⁵⁸⁹ Auch wenn der Bericht des Experten respektive der Expertin in Schriftform Eingang ins Dossier findet, ist der wesentliche Teil dieser Beweismittelerhebung durch das persönliche Gespräch mündlicher Natur. Zudem ist diese Art der Herkunftsabklärung nur im Asylverfahren bekannt.

8.3.1.4 Eröffnung von Verfügungen

Wie vorangehend bereits dargelegt,⁵⁹⁰ können nach Art. 13 AsylG Verfügungen und Entscheide in geeigneten Fällen mündlich eröffnet (und summarisch begründet) werden.⁵⁹¹ Die mündliche Eröffnung stellt eine Möglichkeit dar, um vom Schriftlichkeitsprinzip des Verwaltungsverfahrensgesetzes spezialgesetzlich abzuweichen.⁵⁹² Jedoch ist diese Mündlichkeit beschränkt. Zwar wird bei der Eröffnung der Verfügung auch ein Übersetzer oder eine Übersetzerin beigezogen, welche die mündlichen Ausführungen des SEM zum Entscheid übersetzt,⁵⁹³ das Gesagte – sowohl Begründung als auch das Entscheiddispositiv – wird indessen in einem Protokoll festgehalten und der betroffenen Person ausgehändigt (Art. 12 Abs. 3 AsylG). Dieses Protokoll muss den Anforderungen von Art. 35 Abs. 1 VwVG, den allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV – insbesondere der Begründungspflicht – genügen sowie eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Abgesehen von der für die asylsuchende Person nicht unwesentlichen Tatsache, dass sie durch die mündliche Übersetzung unmittelbar Kenntnis über den Inhalt der Verfügung erhält, unterscheidet sich die mündliche Eröffnung in praktischer Hinsicht schliesslich nicht in relevanter Weise von der Eröffnung auf dem Postweg oder per Aushändigung im Bundeszentrum.

⁵⁸⁹ Vgl. zu den Anforderungen: Referenzurteil des BVGer vom 4. August 2015 E-5864/2014 E. 5.2.

⁵⁹⁰ Vgl. Kap. 7.3.3.2.

⁵⁹¹ Im erweiterten Verfahren ist die postalische Zustellung von Verfügungen nach wie vor als Normalfall zu bezeichnen. In den Zentren des Bundes erfolgt die Eröffnung meist per Aushändigung an die zugewiesene Rechtsvertretung. Vgl. Art. 12 Abs. 1 und 12a AsylG sowie die Ausnahmen bei Personen ohne zugewiesene Rechtsvertretung in dessen Abs. 3.

⁵⁹² BVGE 2010/3 E. 3.1; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 12, Rz. 1.

⁵⁹³ BVGE 2010/3 E. 3.3 f.; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 13, Rz. 2 f.

8.3.2 Schriftlichkeit im Beschwerdeverfahren

8.3.2.1 Schweiz

Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Asylverfahren, in welchem sich weite Teile der Sachverhaltsabklärung auf mündliche Beweismittel abstützen, erfolgt das Asylbeschwerdeverfahren in der Praxis ausschliesslich schriftlich. Im Asylgesetz finden sich im Kapitel zum Beschwerdeverfahren keine spezialgesetzlichen Bestimmungen, welche in Bezug auf den Grundsatz der Schriftlichkeit von den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes abweichen würden. Dieses fokussiert sich denn mehr auf Beschwerde- und Behandlungsfristen⁵⁹⁴ sowie auf die Koordination und den Informationsaustausch mit anderen Behörden.⁵⁹⁵ Zum Ablauf des Beschwerdeverfahrens selber wurde in Art. 111a AsylG lediglich normiert, dass auf die Durchführung des Schriftenwechsels verzichtet werden kann und Beschwerdeentscheide nach Art. 111 AsylG nur summarisch zu begründen sind.⁵⁹⁶ Wie bereits erwähnt erhielt das Bundesverwaltungsgericht mit der Neustrukturierung des Asylbereichs seit dem 1. März 2019 auch die Möglichkeit, Urteile mündlich zu eröffnen. Eine weitere mündliche Anhörung analog zum erstinstanzlichen Verfahren ist aber gesetzlich nicht explizit vorgesehen.

In der Praxis verdeutlicht sich der Fokus auf die Schriftlichkeit zusätzlich. Wie bereits dargestellt, sieht das Verwaltungsgerichtsgesetz die Möglichkeit vor, Zeugeneinvernahmen, Augenscheine und Parteiverhöre (Art. 39 Abs. 2 VGG) oder auch Parteiverhandlungen (Art. 40 VGG) durchzuführen. Die beiden Asylabteilungen des Bundesverwaltungsgerichts haben von diesen Möglichkeiten seit ihres Bestehens noch keinen Gebrauch gemacht.⁵⁹⁷ So stützt sich das Gericht in seiner Entscheidungsfindung im Wesentlichen auf die Akten der Vorinstanz und dabei insbesondere auf das Protokoll der Anhörung nach Art. 29 AsylG und des Dublin-Gesprächs. Eigene Anhörungen zu den Asylgründen werden nicht durchgeführt. Selbst wenn der Sachverhalt auf Beschwerdeebene weiter abzuklären ist, werden die Auskünfte – sei es von Ärzten für die Beurteilung von medizinischen Fragen oder von Dritten – schriftlich eingeholt. Der beschwerdeführenden Person wird im

⁵⁹⁴ U.a. Art. 108, 109, 109b Bst. b AsylG.

⁵⁹⁵ Art. 108a, 109a Bst. b AsylG.

⁵⁹⁶ Vgl. zu den Abweichungen im Beschwerdeverfahren Kap. 10.

⁵⁹⁷ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 29 f.

Nachgang zu diesen eingeholten Beweismitteln wiederum schriftlich das rechtliche Gehör gewährt.⁵⁹⁸

Auch die Entscheidungsfindung findet in der Regel schriftlich statt: Bei Kollegialentscheidungen, zu welchen auch Einzelrichterentscheide mit Zustimmung eines Zweitrichters respektive einer Zweitrichterin im Sinne von Art. 111 Bst. e AsylG zu zählen sind, wird das Urteil per Aktenzirkulation gefällt. Kommentare und Vorschläge zur Entscheidungsbegründung und/oder zum Dispositiv können ebenfalls schriftlich angebracht werden.⁵⁹⁹ Auch Urteilsberatungen im Sinne von Art. 41 Abs. 2 VGG finden kaum statt. Zahlen zu den nicht öffentlichen Urteilsberatungen finden sich von Seiten des Bundesverwaltungsgerichts keine. Im Jahr 2018 wurden indessen von insgesamt 7603 Verfahren am Bundesverwaltungsgericht 47 öffentlich mündlich beraten. Wird dies auf die Asylabteilungen mit insgesamt 4472 Verfahren im Jahr 2018 hochgerechnet, wurde (rein rechnerisch) lediglich bei 27 Verfahren eine öffentliche mündliche Beratung durchgeführt. Hinweise auf solche finden sich indessen keine, weshalb davon auszugehen ist, dass diese 47 Beratungen mehrheitlich in den anderen Abteilungen anberaumt werden. In Übereinstimmung mit MEYER kann demnach festgestellt werden, dass auch in den Asylabteilungen am Bundesverwaltungsgericht keine «Beratungskultur» herrscht.⁶⁰⁰

Diese Zurückhaltung gilt auch in Bezug auf die neue Möglichkeit der mündlichen Eröffnung in den Zentren des Bundes. Soweit aus den veröffentlichten Urteilen ersichtlich, hat das Bundesverwaltungsgericht von dieser Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht.

8.3.2.2 *Ausland*

In einem Vergleich mit anderen europäischen Staaten wird ersichtlich, dass das Vorgehen der Schweiz, auf Beschwerdeebene keine mündliche Befragung mehr durchzuführen, in dieser Konsequenz durchaus von den sonstigen Vorgehensweisen im europäischen Asylverfahren abweicht. Dabei ist indessen auch darauf hinzuweisen, dass die meisten europäischen Länder mehrere Rechtsmittelinstanzen kennen, womit der Asylentscheid der Verwaltungsbehörde mehrmals angefochten

⁵⁹⁸ SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 17; SONDEREGGER/KNEER, Rz. 29. Anschauliches Beispiel: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5047/2014, D-5050/2014 vom 26. November 2016, insb. Bst. K ff.

⁵⁹⁹ BAECHLER, S. 273.

⁶⁰⁰ MEYER, Mündliche Verfahren, Rz. 17.

und eine weitere mündliche Anhörung oftmals aber nur bei einer Instanz durchgeführt werden kann. Im Folgenden werden einige Aspekte des asylrechtlichen Beschwerdeverfahrens in ausgewählten europäischen Staaten bezüglich der Durchführung einer mündlichen Anhörung kurz dargestellt.

In *Österreich* werden Asylsuchende im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Regel (mit Ausnahme der Dublin-Verfahren) mündlich angehört, sofern der Sachverhalt als nicht geklärt erscheint. Gemäss Art. 21 Abs. 7 BFA-VG kann zwar eine mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren unterbleiben, wenn der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint oder sich aus den bisherigen Ermittlungen zweifelsfrei ergibt, dass das Vorbringen nicht den Tatsachen entspricht. Im Übrigen gilt die allgemeine Regelungen nach Art. 24 VwGVG, wobei auf Antrag der Partei oder – wenn das Gericht dies für erforderlich hält – von Amtes wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt wird.⁶⁰¹

In *Deutschland* stehen Asylsuchenden unter gewissen Voraussetzungen innerstaatlich drei Rechtsmittelinstanzen offen.⁶⁰² Gemäss Art. 101 Abs. 1 VwGO entscheiden die Gerichte, soweit nichts anderes bestimmt ist, aufgrund mündlicher Verhandlung. Dies ist auch im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren der Fall, wobei die erstinstanzlichen Gerichte den Sachverhalt abermals abklären und sich nicht auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt abstützen. Auch das letztinstanzliche Bundesverwaltungsgericht führt auf Antrag oder wenn das Gericht dies selber für erforderlich hält von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung durch. Bei 185 853 Asylgesuchen im Jahr 2018⁶⁰³ erscheint diese grosszügige Praxis zu mündlichen Verhandlungen im Beschwerdeverfahren durchaus bemerkenswert.

In *Frankreich* kann gegen ablehnende Asylentscheide beim *Cour nationale du droit d'asile* Beschwerde eingelegt werden. Die Beschwerdeführenden werden auch in Frankreich sowohl im Einzelrichterverfahren als auch im Verfahren mit drei Richterinnen oder Richtern mündlich angehört,⁶⁰⁴ wobei auf der Webseite des

⁶⁰¹ Vgl. AIDA, Country Report Austria. Dazu auch: VwGH, 28.5.2014, Ra 2014/20/0017 oder VfGH, 14.03.2012, U 466/1 and U 1836/11.

⁶⁰² Verwaltungsgericht, Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht, vgl. BAMF.

⁶⁰³ AIDA, Country Report Germany.

⁶⁰⁴ Art. L. 733-1 ff. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Gerichts ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es empfohlen werde, an der Anhörung zu erscheinen, da die mündlichen Erklärungen der Parteien sehr wichtig seien.⁶⁰⁵ Möglich sind ferner auch Video-Anhörungen aus Cayenne, Mamoudzou, Point-à-Pitre und Fort-de-France.⁶⁰⁶

In *Italien* konsultieren die Richterinnen und Richter das dort verfügbare Videomaterial der Anhörung des erstinstanzlichen Asylverfahrens.⁶⁰⁷ Die asylsuchende Person kann aber vor Gericht nochmals angehört werden, wenn es als notwendig erachtet wird oder weitere Punkte abzuklären sind. Wenn das Videomaterial nicht verfügbar ist oder die asylsuchende Person neue Vorbringen geltend macht, welche bei der Vorinstanz nicht geltend gemacht wurden, ist ebenfalls eine Anhörung durchzuführen. Da im Jahr 2017 die meisten Anhörungen nicht aufgezeichnet wurden, wurden die meisten Asylsuchenden vom Gericht persönlich angehört.⁶⁰⁸

Auch nicht Nachbarstaaten der Schweiz kennen in ihrem Asylbeschwerdeverfahren mehr Mündlichkeit. *Schweden* kennt im ordentlichen Asylverfahren zwei Rechtsmittelinstanzen.⁶⁰⁹ Anhörungen sind zwar nicht obligatorisch, können aber vom Asylsuchenden beantragt werden. Der Richter oder die Richterin entscheidet sodann vor dem eigentlichen Verfahren, ob dem Antrag, eine Anhörung durchzuführen, stattgegeben wird. Im Jahr 2017 kam es in rund 30% (3837 Anhörungen) aller Verfahren vor der ersten Rechtsmittelinstanz zu einer Anhörung.⁶¹⁰ In *Malta* kann das Gericht mündliche Anhörungen der Beschwerdeführenden anordnen, wenn es dies als angezeigt erachtet. Die Durchführung der Anhörung liegt somit im Ermessen des Gerichts. Im Jahr 2017 wurden 77 Anhörungen durchgeführt.⁶¹¹ In *Kroatien* werden die Asylsuchenden – sofern ihr Aufenthaltsort bekannt ist – unter Ausschluss der Öffentlichkeit vom Gericht in einem Einzelrichterverfah-

⁶⁰⁵ «Important: Il est vivement recommandé de se présenter à l'audience à laquelle on est convoqué. Les explications apportées oralement par chacune des parties sont importantes. Tout recours pourra être examiné même en l'absence du demandeur.», COUR NATIONALE DU DROIT D'ASILE, L'Audience.

⁶⁰⁶ Art. L. 733-1 et R. 733-20 ff. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁶⁰⁷ Dazu zur Situation in der Schweiz: KNEER/SONDEREGGER, Glaubhaftigkeitsprüfung, S. 9.

⁶⁰⁸ AIDA, Country Report Italy.

⁶⁰⁹ Erste Instanz: Migrationsdomstol; zweite Instanz: Migrationsöverdomstolen.

⁶¹⁰ Vgl. AIDA, Country Report Sweden.

⁶¹¹ Zur Einordnung der Zahl: Im Jahr 2017 haben 1619 Personen um Asyl ersucht. Im gleichen Jahr wurden 171 Gesuche abgelehnt. Zahlen zum Jahr 2018 sind nicht verfügbar. Vgl. zum Ganzen: AIDA, Country Report Malta.

ren angehört. Die Anzahl der erstinstanzlichen Beschwerden ist allerdings äusserst tief.⁶¹² Demgegenüber handelt es sich in *Slowenien* grundsätzlich um ein schriftliches Beschwerdeverfahren. Anhörungen werden nur in Ausnahmefällen durchgeführt.⁶¹³

Soweit ersichtlich verzichtet neben der Schweiz nur *Spanien* in dieser grundsätzlichen Weise auf eine Anhörung der Asylsuchenden oder eine Verhandlung auf Beschwerdeebene. Den Asylsuchenden stehen dabei zwei Arten von Beschwerden zur Verfügung, der *Recurso de reposición* oder die *Audiencia Nacional*. Beim *Recurso de reposición* findet im Gegensatz zu der *Audiencia Nacional* ausschliesslich eine Rechtskontrolle statt, der Sachverhalt wird nicht erneut abgeklärt. Das Verfahren kann schliesslich zum Obersten Gericht, dem *Tribunal Supremo* weitergezogen werden.⁶¹⁴

8.3.3 Zwischenfazit

Aus diesem kurzen und nicht abschliessenden Überblick der europäischen Praxis lässt sich feststellen, dass Anhörungen auf Beschwerdeebene durchaus der Praxis entsprechen und auch Länder diese in systematischer Weise durchführen, welche mit mehr Asylgesuchen als die Schweiz konfrontiert sind. Die Begründung, wonach eine vermehrte Mündlichkeit im Verfahren aufgrund des erheblichen Organisationsaufwands der Beschleunigung zuwiderlaufen würde, greift mit Blick auf die anderen europäischen Asylverfahren zu kurz. SPESCHA führt denn bezüglich des Verzichts des persönlichen Kontakts im Schweizer Asylbeschwerdeverfahren richtigerweise aus:

«Wo die zuständigen SachbearbeiterInnen prinzipiell jeden direkten Kontakt mit den verfahrensbetroffenen MigrantInnen vermeiden, entgehen ihnen unter Umständen wichtige Beurteilungselemente. Die Schriftlichkeit der Verfahren im Migrationsbereich hat zur Folge, dass entscheidbetreffende Personen auch für die erstentscheidende Migrationsbehörde nur als Fallnummer aus den Akten gegenwärtig sind. So kann bei der Entscheidungsfindung nur berücksichtigt werden, was sich in schriftliche Sprache übersetzen lässt. Direkte Befragungen durch entscheidbefugte

⁶¹² AIDA, Country Report Croatia.

⁶¹³ AIDA, Country Report Slovenia.

⁶¹⁴ AIDA, Country Report Spain m.H.a. Art. 29 Abs. 1 Ley 12/2009, de 30 de octubre.

Personen könnten dagegen im Einzelfall um der Einzelfallgerechtigkeit angezeigt sein.»⁶¹⁵

8.4 Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften

Nach dem vorangehend Gesagten lässt sich feststellen, dass das erstinstanzliche Asylverfahren stark vom sonst im Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatz der Schriftlichkeit abweicht, indem zum einen die asylsuchenden Personen in der Regel zweimal durch das SEM angehört werden und auch sonst weitere zum Teil gesetzlich normierte Möglichkeiten für mündliche Untersuchungsmaßnahmen und Verfahrensschritte offen stehen. Zum anderen ist das Beschwerdeverfahren wiederum praktisch ausschliesslich auf die Schriftlichkeit ausgelegt, wobei hier in anderen Rechtsgebieten des bundesrechtlichen Verwaltungsverfahrens sogar mehr mündliche Verfahrenshandlungen durchgeführt werden. Diese starke Diskrepanz zwischen den Instanzen – es könnte schon von Gegensätzlichkeit gesprochen werden – zu rechtfertigen, fällt schwer. Jeglicher Versuch die Schriftlichkeit im Beschwerdeverfahren beispielsweise durch die grosse Verfahrenslast oder den grossen Aufwand, welcher mit einer Anhörung verbunden ist, zu rechtfertigen, kann mit dem Argument abgeschwächt werden, dass dies beim SEM mit einer im Vergleich zum Gericht höheren Verfahrenslast bereits möglich ist. Die Diskrepanz lässt sich in letzter Konsequenz nur dadurch erklären, dass das Gericht in erster Linie überprüfende Aufgaben wahrnimmt und jeweils das ökonomischste Beweisverfahren zu wählen ist.⁶¹⁶ Der Sachverhalt wurde in der Regel vom SEM bereits im erstinstanzlichen Verfahren erstellt. Auf diesen kann sich das Bundesverwaltungsgericht auch stützen. Ist der Sachverhalt ungenügend oder unrichtig erstellt, wird die Sache kassiert und – zum Teil mit konkreten Anweisungen – das SEM angewiesen, das Verfahren ordnungsgemäss fortzusetzen. Würde das Gericht den Sachverhalt selber erstellen, würde der asylsuchenden Person eine Instanz verloren gehen. In dieser Perspektive drängt sich eine Anhörung der Partei auf Beschwerdeebene selten auf.⁶¹⁷

⁶¹⁵ SPESCHA, Vom Geist der Abwehr, Rz. 34.

⁶¹⁶ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 31 m.H.a. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1128.

⁶¹⁷ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 33.

Die Gründe für die ausgeprägte Mündlichkeit im erstinstanzlichen Asylverfahren können im Wesentlichen durch zwei Eigenschaften des Asylverfahrens erklärt werden. Zum einen kann durch die Befragungen der asylsuchenden Personen beim SEM dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es sich bei den asylsuchenden Personen meist um juristische Laien handelt, welche zudem oftmals keine Amtssprache in verhandlungssicherer Weise beherrschen. Eine schriftliche Stellungnahme würde für viele Personen eine unüberwindbare bürokratische Hürde darstellen, welche sie wohl ohne Hilfe nicht zu meistern vermöchten. Die Anhörung erlaubt es, dass die Personen vom Sachbearbeiter respektive von der Sachbearbeiterin, welche auf das Asylverfahren spezialisiert sind, so geleitet werden (können), dass sie ihre persönlichen Asylgründe komplett anzugeben vermögen. Durch die Übersetzung kann gleichzeitig die Sprachbarriere so gut wie möglich überwunden werden.

Zum anderen erklärt der im Asylverfahren herrschende Beweisnotstand die ausgeprägte Mündlichkeit im erstinstanzlichen Asylverfahren. So verfügen die Asylsuchenden wie bereits ausgeführt oftmals über keine Beweismittel, durch welche sie ihre Asylgründe beweisen können. Da auch Abklärungen im Heimatland nur im beschränkten Masse möglich sind, bleiben letztlich lediglich zwei Möglichkeiten für die Abklärung des Sachverhalts: Die Asylgründe können schriftlich dargelegt werden oder die asylsuchende Person wird verpflichtet, ihre Asylgründe mündlich vorzubringen, jeweils unter Beibringung von allfälligen Beweismitteln. Die Beurteilung der Glaubhaftmachung stellt einen wesentlichen Teil der Sachverhaltsabklärung dar und stützt sich im Wesentlichen auf die Analyse der Art und Weise der Vorbringen. So erlaubt nur eine mündliche Befragung beispielsweise die Möglichkeit von Rück- und Ergänzungsfragen, spontanen Äusserungen und ermöglicht es, unmittelbar zu Widersprüchen und Unplausibilitäten Stellung nehmen zu können. Zudem ergibt sich auch so die Möglichkeit, gewisse Wissensfragen zu stellen.⁶¹⁸ Schriftlichen Darlegungen kann ferner jeweils der Vorwurf gemacht werden, dass – aufgrund der fehlenden Spontanität und Direktheit der Antworten – eine Konstruktion oder ein zusätzliches Abklären eines fingierten Sachverhalts einfach möglich ist.⁶¹⁹ Die im Vergleich mit anderen Verwaltungs-

⁶¹⁸ Zu den Grenzen der Wissensfragen BVGE 2015/10.

⁶¹⁹ Vgl. eingehend zur Glaubhaftmachung KNEER/SONDEREGGER, Glaubhaftigkeitsprüfung; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-626/2017 vom 18. Dezember 2018 E. 6.6, m.H.a. BERLIT/DOERIG/STOREY.

verfahren hohen Gesuchszahlen würden als solche eigentlich gegen die zeitlich recht aufwändigen Befragungen sprechen, welche mehrere Stunden von mehreren Personen in Anspruch nehmen.⁶²⁰ Dieses Argument wird jedoch auch meist für die Begründung der fehlenden Anhörungen respektive Verhandlungen vor dem Bundesverwaltungsgericht angefügt, wobei auf die Verfahrensökonomie verwiesen wird.⁶²¹

Die Fokussierung auf die Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren sowie die Schriftlichkeit im Beschwerdeverfahren ist langjährige Praxis im Asylverfahren der Schweiz. Bereits im Beschwerdedienst des EJPD und bei der Asylrekurskommission fanden – soweit aus den verfügbaren Akten feststellbar – nicht in systematischer Weise Anhörungen der asylsuchenden Personen oder Verhandlungen im Beschwerdeverfahren statt. Seit Kodifizierung des Asylverfahrens sind aber im erstinstanzlichen Verfahren mündliche Befragungen vorgesehen. Es handelt sich somit um eine Kontinuität, welche für das Asylverfahren eher selten ist. Die für das Asylverfahren spezifische Vorgehensweise kann demnach auch nicht durch den politischen und gesellschaftlichen Diskurs erklärt werden. Auch die Eigenschaft des Asylverfahrens, dass hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, kann in diesem Bereich kaum als Erklärung herangezogen werden; dies würde eher für ein einheitliches Vorgehen beider Instanzen sprechen.

Zusammenfassend wird ersichtlich, dass die Gründe für die weitgehende Mündlichkeit des erstinstanzlichen Verfahrens in erster Linie in den Personen der Asylsuchenden als rechtsunkundige Laien, welche keiner Amtssprache mächtig sind, sowie dem Umstand, dass sich der Sachverhalt im Ausland zugetragen hat und dieser so kaum ohne Mithilfe der asylsuchenden Personen von den Behörden abgeklärt werden kann, zu sehen sind. Die Notwendigkeit zur Zielerreichung im Asylverfahren liegt demnach auf der Hand. Indessen können im Vergleich zum Verfahren beim SEM kaum überzeugende Gründe gefunden werden, weshalb das Beschwerdeverfahren quasi ausschliesslich verschriftlicht durchgeführt wird. Das verschriftlichte Verfahren steht aber im Einklang mit den allgemeinen Regelungen respektive Prinzipien des Verwaltungsverfahrens. So ist die Frage, ob die Abwei-

⁶²⁰ Vgl. aber SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, welcher in der Mündlichkeit ein Beschleunigungspotential sieht, jedoch die im Asylverfahren benötigte Übersetzung und Rückübersetzung nach Beendigung der eigentlichen Anhörung als verkomplizierende Umstände nicht berücksichtigt.

⁶²¹ Vgl. SONDEREGGER/KNEER, Rz. 31 f.

chungen des Asylgesetzes durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens gerechtfertigt werden können, in Bezug auf die Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren grundsätzlich zu bejahen. Der Sachverhalt in einem Asylverfahren unterscheidet sich in dieser Hinsicht in wesentlicher Weise von einem anderen «üblicheren» Verwaltungsverfahren, weshalb das *tertium comparationis* zu verneinen ist und somit auch keine Verletzung des verfassungsmässigen Rechtsgleichheitsgebots festzustellen ist.

Kapitel 9 Sachverhaltsabklärung

9.1 Übersicht

Für die Abklärung des Sachverhalts sind Verfahrensgrundsätze wie der Untersuchungsgrundsatz und die Mitwirkungspflicht von entscheidender Bedeutung. Sie definieren, wer wie weit den Sachverhalt und gegebenenfalls die entsprechenden Beweismittel erheben muss. Dies kann sich je nach Verfahren stark unterscheiden. Diesen beiden Verfahrensgrundsätzen wird daher in diesem Kapitel besondere Beachtung geschenkt. Verfahrensgrundsätze liegen einer Verfahrensordnung als inneres Fundament zugrunde und verleihen einem Verfahren einen bestimmten Charakter. Sie kommen je nach Verfahren in unterschiedlicher Ausprägung vor und können bei unklaren oder lückenhaften Verfahrensbestimmungen als Auslegungshilfe dienen. Der vorliegend im Rahmen der Sachverhaltsabklärung untersuchte Untersuchungsgrundsatz – als einer von mehreren anwendbaren Verfahrensgrundsätzen – regelt die Rollen- und Aufgabeverteilung der Verfahrensbeteiligten und der entscheidenden Behörde.⁶²² In einem Verfahren, welches sich ganz nach dem Untersuchungsgrundsatz richtet, ist es grundsätzlich die Aufgabe der Behörde, den Sachverhalt festzustellen und Beweis zu führen.⁶²³ Dem Untersuchungsgrundsatz steht jedoch insbesondere im Asylverfahren die Mitwirkungspflicht gegenüber, gemäss welcher die betroffene Partei an der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken hat.⁶²⁴

Sowohl aus der Wahl der *Maxime* als auch aus dem Zusammenspiel zwischen Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht kann auf wichtige Eigenschaften und Grundsätze dieses Verfahrens geschlossen werden. Für den Gesetzgeber können Verfahrensmaximen zudem als Richtschnur dienen, müssen aber nicht, zumal die einzelnen Verfahrensmaximen kaum in reiner Form in einem Verfahren auftreten, sondern von anderen Prinzipien wieder relativiert werden. Dies ist auch beim vorliegend untersuchten Paar des Untersuchungsgrundsatzes und der Mitwirkungspflicht der Fall, welche sich gegenseitig zu konkurrenzieren scheinen.⁶²⁵

⁶²² WALDMANN, S. 3.

⁶²³ WALDMANN, S. 14.

⁶²⁴ Art. 13 VwVG und Art. 8 AsylG; vgl. dazu GRISEL, Rz. 49 ff.

⁶²⁵ Statt vieler: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 135; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 91 ff.; WALDMANN, S. 3 ff.

Eine genauere Analyse der entsprechenden Bestimmungen im Asylgesetz, welche die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes konkretisieren oder davon abweichen, drängt sich aufgrund der zentralen Bedeutung dieser Verfahrensgrundsätze auf.

9.2 Sachverhaltsabklärung im Allgemeinen Verwaltungsverfahren

9.2.1 Rechtsgrundlagen

Unter dem Titel «Feststellung des Sachverhalts» sind in Art. 12 und 13 VwVG zunächst der Untersuchungsgrundsatz und nachfolgend die Mitwirkungspflicht der Parteien sowohl für das nicht-streitige als auch für das Streitige Verwaltungsverfahren normiert. Art. 12 VwVG bestimmt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und sich nötigenfalls mit Urkunden, Auskünften der Parteien, Auskünften oder Zeugnissen von Drittpersonen, Augenscheinen oder Gutachten von Sachverständigen bedient. Gemäss Art. 13 VwVG sind demgegenüber die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. In Abs. 2 desselben Artikels werden die Folgen einer Mitwirkungspflichtverletzung normiert und dabei der Behörde die Möglichkeit gegeben, bei Verweigerung der notwendigen und zumutbaren Mitwirkung auf ein Gesuch nicht einzutreten.⁶²⁶ In den Art. 14–18 VwVG wird die Möglichkeit von Zeugeneinvernahmen genauer umschrieben, bevor in Art. 19 VwVG für das Beweisverfahren auf das Bundeszivilprozessgesetz verwiesen wird.

Daneben sind im Verwaltungsverfahrensgesetz weitere Bestimmungen enthalten, welche die Sachverhaltsabklärung in Bezug auf den Untersuchungsgrundsatz und die Mitwirkungspflicht in spezifischen Situationen regeln. Exemplarisch ist Art. 52 VwVG zu nennen, in welchem Inhalt und Form einer Beschwerdeschrift – und somit eine Mitwirkungspflicht der Partei – sowie die damit verbundenen Handlungsoptionen der Rechtsmittelinstanz umschrieben werden.

⁶²⁶ Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG ist für die vorliegende Untersuchung nicht von Relevanz, weshalb nicht näher darauf eingegangen wird.

9.2.2 Untersuchungsmaxime im Allgemeinen Verwaltungsverfahren

9.2.2.1 Allgemein

Die Behörden im Verwaltungsverfahren sind durch die Untersuchungsmaxime, welche in Art. 12 VwVG explizit festgehalten ist, für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, d.h. die rechtserheblichen Tatsachen zuständig. Dies gilt sowohl im streitigen als auch im nicht-streitigen Verwaltungsverfahren. Somit ist es Sache der Behörde und nicht der Parteien, den rechtserheblichen Sachverhalt festzustellen. Rechtserhebliche Tatsachen sind faktische Grundlagen, welche für die Klärung der rechtlichen Frage relevant und somit von den Rechtsfragen und der eigentlichen Subsumtion abzugrenzen sind. Bei den Tatsachen kann es sich um Geschehnisse, äussere als auch innere Zustände, Vorgänge oder Eigenschaften von Personen oder Sachen handeln. Diese können vergangen, aktuell oder zukünftig (sog. Hypothesen) sein. Somit müssen Tatsachen zuweilen auch geschätzt oder durch Erfahrungssätze herangezogen werden.⁶²⁷ Die Behörden haben lediglich die Tatsachen und nicht noch zusätzlich die Rechtsfragen festzustellen. Die Kenntnis des einschlägigen Rechts wird vorausgesetzt (*iura novit curia*).⁶²⁸

Die Behörde ist auch nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden, selbst übereinstimmend vorgetragene Parteibehauptungen müssen nicht als wahr angesehen werden. Die Parteien haben keine Beweisführungslast, auch wenn sie meist ein Interesse daran haben, Beweise beizubringen.⁶²⁹ Daraus ergibt sich auch, dass die Behörde Parteivorbringen respektive übereinstimmend anerkannte Sachverhaltsdarstellungen nicht ungesehen als erwiesen erachten darf, ohne minimale eigene Nachforschungen zu unternehmen. Demgegenüber hat die Behörde das Recht, von niemandem erwähnte Sachverhaltsumstände selber zu ergründen und zu berücksichtigen respektive die Parteien aufzufordern, Beweise zu einem nicht erwähnten Sachverhaltselement beizubringen.⁶³⁰ Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, insbesondere da Verwaltungsrecht als zwingendes Recht angesehen wird, welches unabhängig der Interessen der verschiedenen Parteien richtig

⁶²⁷ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 4.

⁶²⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHL, Rz. 456; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 13; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 17.

⁶²⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHL, Rz. 142; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 92 ff.; KÖLZ, S. 7 f.; GRISEL, Rz. 140; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 16.

⁶³⁰ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 83 f.

und umfassend gilt, und so soll möglichst die materielle Wahrheit ergründet werden.⁶³¹

Die Behörde hat alle zumutbaren und rechtlich zulässigen Möglichkeiten der Sachverhaltsabklärung auszuschöpfen, wobei der Aufwand gemäss Art. 5 Abs. 2 BV aber dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen hat. Das Mass der gebotenen Abklärungen unterscheidet sich dabei je nach Art und Entscheidstadium des Verfahrens.⁶³² Die Behörde muss und darf sich bei der Feststellung des Sachverhalts auf die entscheiderelevanten Umstände beschränken. Dies will heissen, dass sie nicht beliebige Massnahmen zur Abklärung des Sachverhalts treffen kann. Nicht untersucht werden müssen namentlich Tatsachen, welche offenkundig oder nicht entscheiderelevant sind, bereits feststehen (nach Meinung der Behörde) oder zugunsten der Beteiligten als wahr erachtet werden.⁶³³ Demgegenüber hat die Behörde Eingaben zur Ergänzung des Sachverhalts entgegenzunehmen, sofern diese relevant sind (Art. 32 Abs. 2 VwVG).⁶³⁴ Begrenzt wird die Abklärungstätigkeit der Behörde im Allgemeinen auch durch die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten, wie etwa die Menschenwürde.⁶³⁵

Aus der Untersuchungsmaxime ergibt sich weiter die Pflicht der Behörde, Beweis über entscheiderelevante Tatsachen zu führen (Beweisführungspflicht) und diese in den Akten festzuhalten (Aktenführungspflicht). Somit muss die Behörde die für das Verfahren notwendigen Unterlagen durch die zielführenden Beweismittel (z. B. Urkunden, Parteiauskünfte, Augenschein) beschaffen und die rechtsrelevanten Umstände (belastende sowie entlastende Tatsachen) abklären.⁶³⁶ Die Untersuchungsmaxime weist so in vielerlei Hinsicht Berührungspunkte zum rechtlichen Gehör auf.⁶³⁷

⁶³¹ BERGER, S. 552, 568; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 7; KÖLZ, S. 7 ff.

⁶³² KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 34 ff.

⁶³³ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 27 ff.

⁶³⁴ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 15.

⁶³⁵ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 41; beispielsweise Urteil des EuGH vom 25. Januar 2018, C-473/16, zur Möglichkeit von Gutachten bei geltend gemachter Homosexualität.

⁶³⁶ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 19 ff., 42 ff.; STEIGER, S. 173.

⁶³⁷ Vgl. Kap. 7.2.2.

In einem Verfahren, welches vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, trägt diejenige Partei eines unbewiesenen gebliebenen Sachverhaltsumstands die Folgen der Beweislosigkeit, welche aus dem nicht bewiesenen Element ein Recht ableiten will.⁶³⁸ Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wobei die Behörde nach ihrer freien Überzeugung entscheidet, ob der Beweis erbracht wurde (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).

Die Untersuchungsmaxime steht dem insbesondere im Zivilprozess geltenden Verhandlungsgrundsatz gegenüber. In Verfahren, welche vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht werden, führen die Parteien den Beweis und legen auch fest, welche Tatsachen mit Beweismitteln nachzuweisen sind. Tatsachen, welche nicht bestritten werden oder von allen Parteien übereinstimmend vorgebracht werden, gelten somit – unabhängig von der tatsächlichen Wahrheit – als bewiesen. Die Behörden und Gerichte sind an die Tatsachenbehauptungen sowie die Beweisanträge der Parteien gebunden.⁶³⁹

9.2.2.2 *Beweismittel*

Art. 12 VwVG zählt die zulässigen Beweismittel, durch welche der Sachverhalt festzustellen ist, auf. Dabei werden Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenschein und Gutachten von Sachverständigen explizit erwähnt. Gemäss herrschender Lehre handelt es sich dabei um keine abschliessende Aufzählung.⁶⁴⁰

– **Urkunden (Bst. a)**

Weder das Verwaltungsverfahrensgesetz noch das Bundeszivilprozessgesetz enthalten eine Definition einer Urkunde. Indessen kann Art. 177 ZPO diesbezüglich herangezogen werden, wonach als Urkunden «Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen [gelten], die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen». Der Begriff ist insbesondere aufgrund der technologischen Entwicklung weit zu verstehen. Öffentliche Urkunden, welche von einer Behörde oder einer Person öffentlichen Glaubens ausgestellt wer-

⁶³⁸ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 16.

⁶³⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHL, Rz. 143; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 96 ff.; KÖLZ, S. 7 f.

⁶⁴⁰ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 20; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 73 m.w.H.

den, geniessen im Gegensatz zu Urkunden von Privaten, welche der freien Beweiswürdigung unterliegen, eine widerlegbare Vermutung der Richtigkeit.⁶⁴¹

– **Auskünfte der Parteien (Bst. b)**

Auskünfte der Parteien – somit Personen, deren Rechte und Pflichten von der in Frage stehenden Verfügung berührt werden sollen, oder Personen, welchen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht – sind entweder schriftlich einzuholen oder mindestens nach dem wesentlichen Inhalt zu protokollieren. Solche Auskünfte sind vom Gericht auf ihre Glaubhaftigkeit zu würdigen. Auskünfte müssen vom Parteiverhör abgegrenzt werden, in welchem eine Partei zum Beweis einer Tatsache verhört wird und unter Strafandrohung zur Aussage angehalten werden kann. Solche Parteiverhöre sind im Verwaltungsverfahren unzulässig. Auskünfte, welche formlos eingeholt werden, müssen in einer Aktennotiz festgehalten werden und sind höchstens zum Beweis von Nebenpunkten zulässig und tauglich.⁶⁴²

– **Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen (Bst. c)**

Als Auskunftspersonen gelten all jene Personen, welche nicht als Verfahrenspartei nach Art. 6 VwVG zu qualifizieren sind und auch die Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 48 VwVG nicht erfüllen. Zu unterscheiden sind hierbei Auskunftspersonen von Zeugen respektive Zeuginnen. Letztere können zur Aussage verpflichtet werden und unterstehen unter Strafandrohung der Wahrheitspflicht, weshalb Zeugenaussagen eine höhere Beweiskraft als Auskünfte geniessen.⁶⁴³ Auskunftspersonen stehen in einer besonderen Beziehung zum Verfügungsadressaten. Zeugeneinvernahmen werden nur durchgeführt, wenn ein Sachverhalt nicht anders hinreichend abgeklärt werden kann.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 30; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 92; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 470.

⁶⁴² AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 34 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 105 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 472.

⁶⁴³ Eingehend zur Zeugeneinvernahme Art. 14–18 VwVG. Dazu WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 14 *passim*.

⁶⁴⁴ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 39 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 114 ff.

– **Augenschein (Bst. d)**

Mittels Augenschein lassen sich alle sinnlichen Wahrnehmungen äusserer Gegebenheiten (Sachen, Personen, Verhältnisse) allenfalls mit Hilfe von technischen Messgeräten oder Hilfsmitteln feststellen respektive erfahren. Grundsätzlich sind alle Parteien zur Wahrung des Gehörsanspruchs zum Augenschein einzuladen. Die Parteien, aber auch Dritte sind verpflichtet, einen Augenschein an einer in ihrem Gewahrsam stehenden Sache zu dulden. Aus der Aktenführungspflicht nach Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG ergibt sich die Pflicht, ein Protokoll von der Augenscheinverhandlung mit den wesentlichen Wahrnehmungen, gegebenenfalls ergänzt mit Fotos, Plänen und anderen technischen Hilfsmitteln, zu erstellen, welches den Parteien zur Stellungnahme innert Frist zugestellt wird.⁶⁴⁵

– **Gutachten von Sachverständigen (Bst. e)**

Im Gegensatz zu Zeugen- oder Parteiaussagen prüft ein Gutachten eines Sachverständigen bereits geltend gemachte Sachverhaltselemente, welche eine besondere Fachkenntnis erfordern. Ein Gutachten zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass es streng unparteilich ist sowie nach bestem Wissen und Gewissen erfolgt. Die Parteien können vor der Ernennung des respektive der Sachverständigen Einwendungen (u.a. wegen Ausstandsgründen, mangelnder Eignung oder Qualität) gegen die voraussichtlich zu beauftragende Person vorbringen. Nicht als Sachverständige gelten Personen, welche zur Verwaltung gehören und aufgrund besonderer Fachkenntnisse an der Verfügung mitwirken. In diesen Fällen können sich die Parteien nicht zu den an die sachkundige Person gerichteten Fragen äussern und keine Änderungs- und Ergänzungsanträge stellen. Gutachten unterliegen wie alle anderen Beweismittel der freien Beweiswürdigung. Jedoch darf nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abgewichen werden. Solche triftigen Gründe können etwa ernsthafte Zweifel bezüglich Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit sein. Abweichungen von Gutachten sind denn auch eingehend zu begründen. Behörden dürfen im Verwaltungsverfahren auch Rechtsgutachten anfordern, während dessen Gerichte sich nicht

⁶⁴⁵ Zum Ganzen: AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 49 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 132 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 477; ALBERTINI, S. 352 ff.

auf solche berufen können. Ob ein Gutachten notwendig ist, lässt sich nur im jeweiligen Einzelfall eruieren. Die erstinstanzliche Behörde muss eine sachverständige Person beiziehen, wenn sie nicht über die erforderlichen besonderen Fachkenntnisse verfügt und sich das Gutachten als taugliches Beweismittel darstellt. Auf Beschwerdeebene ist die Einholung eines Gutachtens dann geboten, wenn die Feststellungen der Fachstelle der Vorinstanz Anlass zu Zweifeln geben.⁶⁴⁶

Welche oder welches Beweismittel die Behörde zu erheben hat, richtet sich nach der Tauglichkeit und Beweiskraft, wobei jeweils das ökonomischere Beweismittel zu bevorzugen ist.⁶⁴⁷ Zudem ist die Behörde auch nicht verpflichtet, überhaupt auf Beweismittel zurückzugreifen. Sie kann in geeigneten Fällen den Sachverhalt auch ohne zusätzliche Beweismittel auf Grundlage der Parteieingaben feststellen.⁶⁴⁸

9.2.2.3 Untersuchungsgrundsatz im Beschwerdeverfahren

Es gilt ferner, Unterschiede bezüglich des Umfangs des Untersuchungsgrundsatzes zwischen erstinstanzlichem Verwaltungsverfahren und dem Beschwerdeverfahren zu beachten. Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, bei welchem einzig die Behörde der Pflicht unterliegt, den Sachverhalt abzuklären, kann die Beschwerdeinstanz sich auf die Sachverhaltsabklärung der erstinstanzlichen Behörde stützen, wenn diese nicht von der beschwerdeführenden Partei gerügt wird. Die Rechtsmittelinstanz ist aber prinzipiell nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden. So überprüft das Bundesgericht den Sachverhalt nur, wenn dies substantiiert und begründet gerügt wird oder die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich falsch ist. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft unter Berufung auf Art. 52 Abs. 1 VwVG im Gegensatz zum Bundesgericht den Sachverhalt, wenn dies von den Parteien beanstandet wird. Die Partei muss das Begehren aber ausreichend substantiieren und brauchbare Beweise anbieten. Das Gericht sieht sich aus dem Untersuchungsgrundsatz heraus nicht veranlasst, von

⁶⁴⁶ Zum Ganzen: AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 59 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 147 ff.; WALDMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19, Rz. 22, 55 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 477, jeweils mit weiteren Hinweisen.

⁶⁴⁷ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 469; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 79.

⁶⁴⁸ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 78.

sich aus weitere Untersuchungen zu tätigen.⁶⁴⁹ Wird aus den Akten ersichtlich, dass der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt unrichtig oder unvollständig sein könnte, muss das Gericht im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes (weitere) Untersuchungsmassnahmen anordnen. Ist aber kein Hinweis ersichtlich, dass der Sachverhalt von der Vorinstanz fehlerhaft festgestellt wurde, muss das Gericht den Sachverhalt nicht nochmals erstellen. Das Gericht kann somit seine Untersuchungsmassnahmen trotz umfassender Kognition und Untersuchungsgrundsatz von den Parteivorbringen abhängen lassen. Das Gericht sieht sich lediglich in der Aufgabe, den Sachverhalt der ersten Instanz zu überprüfen und allenfalls zu berichtigen oder zu ergänzen.⁶⁵⁰

Als absolute Begrenzung der Untersuchungsmaxime gilt der Streitgegenstand, d.h. die von der Partei begehrte Rechtsfolge, welche den Anfechtungsgegenstand in der Gesamtheit darstellen kann, oder enger (aber nie weiter) definiert werden kann. Nicht angefochtene Dispositivziffern erwachsen grundsätzlich in Rechtskraft, soweit sie eigenständigen Charakter haben, also kein enger Zusammenhang mit den angefochtenen Teilen besteht.⁶⁵¹

9.2.2.4 Verletzung der Untersuchungspflicht

Eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung kann im Sinne von Art. 49 Bst. b VwVG nach Erlass des Endentscheids gerügt werden. Unrichtig bezieht sich auf einen aktenwidrigen oder einen nicht belegten Sachverhalt, unvollständig bezieht sich dagegen auf die Untersuchungsmaxime und verweist auf den Umstand, dass die Behörde den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt hat oder nicht alle Sachumstände berücksichtigt wurden.⁶⁵² Zwar kann die Beschwerdeinstanz den Sachverhalt auch selber feststellen. Sie weist jedoch die

⁶⁴⁹ BVGE 2010/64 E. 1.4.1; BERGER, S. 564 f.; WALDMANN, S. 14 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 144.

⁶⁵⁰ BERGER, S. 565 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, S. 50, Rz. 144; WALDMANN, S. 14 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 25 f.

⁶⁵¹ Eingehend dazu BERGER, S. 562; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 1284; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.8; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12, Rz. 11; sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-626/2017 vom 18. Dezember 2018 E. 2.2.

⁶⁵² SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Art. 49, Rz. 29 ff.

Sache an die Vorinstanz zurück, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist.⁶⁵³

Die unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung muss indessen von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs unterschieden werden, zumal eine Gehörsverletzung unter Umständen geheilt werden kann.⁶⁵⁴ Wurde aber der Sachverhalt unrichtig oder fehlerhaft abgeklärt, ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.⁶⁵⁵ Zwar ist es durchaus möglich, dass beispielsweise bei einer unberücksichtigten Tatsache, welche die Partei vorgebracht hat, die Behörde sowohl den Sachverhalt unvollständig feststellte und gleichzeitig die Berücksichtigungspflicht verletzte, womit die Untersuchungspflicht und der Anspruch auf rechtliches Gehör *verschmelzen*.⁶⁵⁶ ALBERTINI beschreibt diesen Umstand als Vermengung von formellen (Gehörsanspruch) und materiellen (Sachverhaltsabklärung) Gesichtspunkten. Eine Rückweisung an die Vorinstanz sei in solchen Fallkonstellationen unumgänglich.⁶⁵⁷ Dieser Umstand zeigt die Wechselwirkung zwischen Gehörsanspruch und Untersuchungspflicht der Behörden deutlich auf.⁶⁵⁸

9.2.3 Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahrensgesetz

9.2.3.1 Umfang und Ausgestaltung der Mitwirkungspflicht

Gemäss Art. 13 VwVG sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Bereits in der Botschaft zum Verwaltungsverfahrensgesetz wurde festgestellt, dass die *Offizialmaxime* «unrationell» wäre, wenn Parteien und Drittpersonen nicht zur Mitwirkung verpflichtet würden.⁶⁵⁹ Das Verwaltungsverfahrensgesetz beschränkt diese Mitwirkungspflicht zwar auf die in Art. 13 Abs. 1 Bst. a–c⁶⁶⁰ genannten Fälle. In der Lehre ist es indessen unumstritten, dass die

⁶⁵³ ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49, Rz. 36 m.H.a. BUNDESRAT, Entscheid vom 28.1.1981, in: VPB 45 (1981) Nr. 43 E. 5b; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1153 ff.

⁶⁵⁴ Vgl. dazu Kap. 7.2.4.

⁶⁵⁵ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12, Rz. 63 ff.

⁶⁵⁶ ALBERTINI, S. 371.

⁶⁵⁷ ALBERTINI, S. 371.

⁶⁵⁸ Vgl. auch ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49, Rz. 36.

⁶⁵⁹ BBl 1965 II 1348, 1367.

⁶⁶⁰ Dies ist der Fall, wenn in Verfahren, welche durch das Begehren der Parteien eingeleitet werden (a), wenn die Parteien selbständig Begehren stellen (b) oder die Parteien in einem Spezialgesetz weitergehenden Auskunft- oder Offenbarungspflichten obliegen (c).

Mitwirkungspflicht über die genannten Fallkonstellationen hinaus aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gilt, wobei dies insbesondere für die Verfahren gilt, bei welchen der rechtserhebliche Sachverhalt den Behörden nur schwer oder überhaupt nicht zugänglich ist. Die Unterscheidung der drei in Art. 13 VwVG genannten Fallkonstellationen ist in der Praxis somit kaum relevant. Eine umfassende Mitwirkung der Parteien wird unabhängig von der Verfahrensart erwartet. Die Parteien haben demnach – insbesondere mit einer allfälligen Gesuchseingabe, in welcher sie diese zu begründen und zu substantiieren haben – selber das Fundament der Sachverhaltsermittlung zu legen.⁶⁶¹

Das Verwaltungsverfahrensgesetz lässt sich hier vom Grundsatz leiten, dass eine Partei, welche den Erlass einer Verfügung anstrebt, auch an der Erstellung des Sachverhalts mitarbeiten soll. Die Mitwirkungspflicht bezweckt eine beschleunigte und bestmögliche Sachverhaltsabklärung. Sie kommt in erster Linie in Bezug auf die Erteilung von Auskünften der Parteien sowie der Herausgabe von Urkunden zum Tragen. Diese Bestimmung ergänzt und relativiert so die in Art. 12 VwVG normierte Untersuchungsmaxime in nicht unerheblichen Masse, wobei die beiden Prinzipien jeweils gegeneinander abgewägt werden müssen und ineinander greifen.⁶⁶² Aus diesen zwei Bestimmungen ergibt sich sodann das Zusammenspiel zwischen Behörde und Parteien, ohne dass dies generell-abstrakt festgestellt und jeweils nur im Einzelfall konkretisiert werden kann. Unbestritten erscheint, dass sowohl der Behörde als auch der Partei ein Teil der Verantwortung zur Erstellung des Sachverhalts zukommt.

Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich auf alle Arten von Sachverhaltserhebungen und Beweismitteln sowie auf alle Arten von Tatsachen, welche zumutbar (verhältnismässig) erhoben werden können und notwendig sind.⁶⁶³ Was indessen als zumutbar und notwendig zu qualifizieren ist, lässt sich nicht generell abstrakt beschreiben, sondern ergibt sich ebenfalls aus den konkreten Umständen. Für die ordnungsgemässe Erfüllung der Mitwirkungspflicht ist es jedoch nicht relevant, ob die Mitwirkung für die Partei positive oder negative Auswirkungen hat. Sach-

⁶⁶¹ BERGER, S. 554 ff.; GRISEL, Rz. 734 ff.; ALBERTINI, S. 264; MACULA, S. 38 ff.; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 3; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 8 ff., 35 ff. m.w.H.

⁶⁶² BERGER, S. 550; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 3 ff., 40; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 1.

⁶⁶³ Eingehend dazu: GRISEL, Rz. 342 ff.

verhaltselemente, welche sich zu ihrem Nachteil auswirken, sowie Änderungen des Sachverhalts müssen insbesondere gemeldet werden, wenn davon ausgegangen werden muss, dass die Behörde von diesen Änderungen ohne Meldung keine Kenntnis erlangen würde. Jedoch dürfen höhere Anforderungen an die Mitwirkungspflicht gestellt werden, wenn sich die Mitwirkung positiv für die Partei auswirkt.⁶⁶⁴ Gemäss dem Bundesgericht gilt die Mitwirkungspflicht insbesondere für jene Tatsachen, «welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigen Aufwand erheben können».⁶⁶⁵ Eine Partei muss sich insbesondere dort an der Erstellung des Sachverhalts aktiv beteiligen, wenn Sachverhaltselemente dem äusseren Anschein oder der allgemeinen Lebenserfahrung widersprechen.⁶⁶⁶ Die Behörde muss demgegenüber juristische Laien aufklären, was sie im entsprechenden Verfahren konkret als Mitwirkungspflicht erachtet, welche Beweismittel beizubringen sind und welche Konsequenzen bei einer Unterlassung drohen.⁶⁶⁷ Die Folgen der Beweislosigkeit trägt gemäss den allgemeinen Beweislastregeln bei Verfahren, welche auf Gesuch hin eingeleitet werden, trotz des geltenden Untersuchungsgrundsatzes die Partei.⁶⁶⁸

Wie bereits der Untersuchungsgrundsatz ist auch die Mitwirkungspflicht vom Mitwirkungsrecht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs abzugrenzen. Gemäss Letzterem haben die Parteien das Recht, an der Beweiserhebung mitzuwirken, können Beweise anbieten, welche die Behörde grundsätzlich abzunehmen hat. Im Gegensatz dazu steht die Mitwirkungspflicht, wobei die Partei nicht wählen kann, ob sie am Verfahren mitwirken möchte.⁶⁶⁹ Die Mitwirkungspflicht und das Mitwirkungsrecht als Teil des Gehörsanspruchs sind daher als komplementär und in gewissen Fällen auch als überschneidend bis deckungsgleich zu bezeichnen. Wenn die asylsuchende Person ein Recht auf Einbezug am Verfahren hat, erscheint es normal, dass sie hinsichtlich der Verfahrensteilnahme auch Pflichten hat. Jedoch beschrei-

⁶⁶⁴ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 46 ff.; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 5 ff.

⁶⁶⁵ BGE 124 II 361 E. 2b.

⁶⁶⁶ BERGER, S. 557.

⁶⁶⁷ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 51.

⁶⁶⁸ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 15 f.

⁶⁶⁹ Eingehend dazu: GRISEL, Rz. 734 ff.; ALBERTINI, S. 259 ff.

ben beide Verfahrensgrundsätze, wie am Verfahren teilgenommen werden muss respektive kann.⁶⁷⁰

9.2.3.2 Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung

Verweigert die Partei, welche ein Verfahren auf Gesuch hin eingeleitet hat, ihre zumutbare und verhältnismässige Mitwirkung, hat die Behörde im Sinne von Art. 13 Abs. 2 VwVG die Möglichkeit, auf das Gesuch *nicht einzutreten*. Der Behörde kommt demnach ein Ermessen zu. Sie kann auf das Gesuch nicht eintreten, muss aber nicht, sondern kann das Verfahren auch anders abschliessen. In der Praxis haben sich weitere Voraussetzungen zum Erlass eines Nichteintretensentscheids entwickelt. So ist ein Nichteintreten nur zulässig, wenn ein materieller Entscheid aufgrund der Aktenlage nicht möglich ist, wenn wesentliche Elemente des Sachverhalts trotz Aufforderung zur Nachbesserung fehlen und wenn keine öffentlichen Interessen einen materiellen Entscheid erforderlich machen.⁶⁷¹ Die Behörde darf im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips nur als Ultima Ratio aufgrund einer Mitwirkungspflichtsverletzung auf das Gesuch nicht eintreten. Dies, da ein Nichteintretensentscheid als «einschneidenste aller möglichen Reaktionen»⁶⁷² angesehen wird und die Regelung des Rechtsverhältnisses im öffentlichen Interesse liegt. Eine blosser Nachlässigkeit der Partei soll ohne Ermahnung der Behörde nach herrschender Lehre im Verwaltungsverfahren nicht direkt zu einem Nichteintretensentscheid führen.⁶⁷³

Auf Beschwerdeebene hingegen muss das Gericht bei einer ungenügenden Beschwerdeschrift in Bezug auf Inhalt und/oder Form nach einer nicht genutzten Gelegenheit zur Nachbesserung einen Nichteintretensentscheid erlassen (Art. 52 VwVG). Diese Bestimmung findet ihre Wurzeln in der Mitwirkungspflicht der Parteien. Diese müssen spezifizieren, weshalb sie Beschwerde gegen die Verfügung erheben. Das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht aber im Beschwerdeverfahren keine anderen Gründe für den Erlass eines Nichteintretensentscheids vor. So

⁶⁷⁰ GRISEL, Rz. 117; ALBERTINI, S. 261 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 462; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 7.

⁶⁷¹ GRISEL, Rz. 771 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 73 ff. m.H.a. diverse Urteile der dem Bundesverwaltungsgericht vorgehenden Rekurskommissionen.

⁶⁷² AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 37 je m.w.H.

⁶⁷³ GRISEL, Rz. 771 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 78, 83; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 36.

mit muss das Gericht auf eine frist- und formgerechte Beschwerde eintreten, selbst wenn im Nachgang die Mitwirkungspflicht verletzt wird, indem beispielsweise bestimmte Urkunden nicht eingereicht oder Auskünfte verweigert werden.⁶⁷⁴

Ist ein gewisses Minimum des Sachverhalts erstellt, kann die Behörde von einem Nichteintretensentscheid absehen und die *Verfügung auf Basis der vorhandenen Akten* erlassen. Dies bedeutet, dass die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der Partei ausgelegt werden kann, zumal die Mitwirkungspflicht gerade dann greift, wenn die Partei die Tatsachen besser kennt und die Behörde diese Tatsachen nicht oder nur mit grossem Aufwand feststellen kann. Faktisch kann die unterlassene Mitwirkung an der Erstellung des Sachverhalts somit einer Beweislastumkehr gleichkommen. Die säumige Partei hat die Rechtsfolgen zu tragen und zwar ohne dass die Behörde selber noch eigene Untersuchungsmassnahmen durchführt.⁶⁷⁵

Grundsätzlich ist es ferner auch möglich, einer Partei, welche ihre Mitwirkungspflicht verletzt, eine *Busse* wegen «Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen» gemäss Art. 292 StGB anzudrohen. Damit ist jedoch mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz sehr zurückhaltend umzugehen, insbesondere wenn die Verweigerung der Mitwirkung der Partei bereits zum Nachteil gereicht.⁶⁷⁶

Die Verletzung der Mitwirkungspflicht kann auch in der Auferlegung der *Verfahrenskosten* berücksichtigt werden. Hat eine Partei durch die Verletzung einer Mitwirkungspflicht Kosten verursacht – beispielsweise durch verspätetes Beibringen von Urkunden –, aber trotzdem obsiegt, können ihr nach Art. 63 Abs. 3 VwVG ein Teil oder die gesamten Kosten auferlegt werden. Dabei steht nicht eine Bestrafung der Partei im Vordergrund, sondern die Auferlegung der effektiv durch die Mitwirkungspflichtsverletzung verursachten Kosten im Sinne der Kausalität. Ferner kann die säumige Partei auch mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse im Sinne von Art. 19 in Verbindung mit Art. 60 VwVG bestraft werden.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ GRISEL, Rz. 779 f.; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 42.

⁶⁷⁵ BERGER, S. 558; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 80 ff.; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 40. Kritisch dazu: GRISEL, Rz. 790 ff.; MACULA, S. 42 ff.; ALBERTINI, S. 263.

⁶⁷⁶ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 71; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 41.

⁶⁷⁷ GRISEL, Rz. 806 ff.; MACULA, S. 43 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13, Rz. 84 f.; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 43.

9.3 Sachverhaltsabklärung im Asylverfahren

9.3.1 Rechtsgrundlagen

Im Asylgesetz sind zahlreiche Bestimmungen zu finden, welche in Verbindung zur Sachverhaltsabklärung und insbesondere zur Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden stehen. Eine generelle Bestimmung zum Untersuchungsgrundsatz enthält das Asylgesetz nicht. Die Abklärung des Sachverhalts wird unter anderem in den Art. 26 Abs. 2 und 3 sowie in Art. 29 AsylG konkret definiert. Art. 40 AsylG bestimmt im Gegensatz dazu, wann das SEM auf weitere Abklärungen verzichten kann. Art. 29a sowie Art. 109a AsylG definieren schliesslich die Informationsgewinnung des SEM mittels Drittstaaten, internationalen Organisationen und Nichtregierungsorganisationen. Weiter finden sich auch in der Asylverordnung 1 weitere Bestimmung zur Sachverhaltsabklärung durch das SEM wie beispielsweise Art. 7 AsylV 1 zur Feststellung des Alters von Minderjährigen oder Art. 19 Abs. 2 AsylV 1 zur Ausgestaltung der summarischen Befragung.

Die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden wird insbesondere in Art. 8 AsylG ausdrücklich und eingehend definiert und in Art. 2a und 2b AsylV 1 konkretisiert. Auf dessen Inhalt wird in den nachfolgenden Erwägungen vertieft eingegangen. Neben diesen grundsätzlichen Bestimmungen werden die Asylsuchenden in Art. 26a Abs. 1 AsylG verpflichtet, massgebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen sofort geltend zu machen. Die Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung finden sich insbesondere in Art. 8 AsylG (u.a. formlose Abschreibung in Abs. 3^{bis}), Art. 36 AsylG (keine Anhörung zu den Asylgründen) sowie in Art. 83 AsylG (Einschränkung der Sozialhilfeleistung) und sind somit eingehend kodifiziert.

9.3.2 Untersuchungsmaxime im Asylverfahren

Das Asylgesetz normiert die auch für die Asylbehörden geltende Untersuchungsmaxime nicht explizit,⁶⁷⁸ womit die Untersuchungspflichten der Behörden und der Gerichte im Asylverfahren – mit den nachfolgend besprochenen Ausnahmen – nicht genauer umschrieben werden. Bezeichnenderweise wird sowohl in der Leh-

⁶⁷⁸ Es gilt der allgemeine Verweis nach Art. 6 AsylG.

re⁶⁷⁹ als auch in den Urteilen der vormaligen Asylrekurskommission⁶⁸⁰ und des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁸¹ jeweils darauf hingewiesen, dass die Untersuchungspflicht nicht uneingeschränkt gelte, sondern eng mit der Mitwirkungspflicht korreliere. Im Weiteren wird dann jeweils eingehend auf die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden eingegangen. Wie weit jedoch die Behörden verpflichtet sind, selbständig den Sachverhalt abzuklären, und welche Massnahmen sie zu ergreifen haben, wird nur selten in allgemeiner Weise thematisiert.⁶⁸²

Aus Art. 7 AsylG geht bereits mit einer spezialgesetzlichen, den allgemeinen Grundsatz präzisierenden Regelung hervor, dass die asylsuchenden Personen die Flüchtlingseigenschaft glaubhaft zu machen haben. Ein nicht glaubhaft gemachter Sachverhaltsumstand wird demnach zu Ungunsten der asylsuchenden Person ausgelegt. Der Untersuchungsgrundsatz erfährt mit Art. 40 AsylG eine zusätzliche Abschwächung, indem die Bestimmung vorgibt, dass, wenn aufgrund der Anhörung offenkundig werde, Asylsuchende ihre Flüchtlingseigenschaft weder beweisen noch glaubhaft machen könnten und ihrer Wegweisung keine Gründe entgegenstehen würden, das Asylgesuch *ohne weitere Abklärungen* abgelehnt werde. Zwar wirkt sich diese Bestimmung in erster Linie durch ihren Abs. 2 aus, wonach solche Verfügungen lediglich summarisch zu begründen seien. Indessen zeigt diese Bestimmung auf, wie nicht nur die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden ausgeweitet, sondern auch die Untersuchungspflicht des SEM im Asylgesetz abgeschwächt wird.

Das SEM verweist in seinem Handbuch Asyl und Rückkehr in Bezug auf die Beweislastverteilung auf Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Da die Stellung eines Asylgesuchs Vorteile verschaffe, beschränke sich die Pflicht der Behörden bezüglich der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts auf das, was ihnen zugemutet werden könne.⁶⁸³ Es ist nicht ersichtlich, weshalb das SEM hier

⁶⁷⁹ Vgl. SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 292; EPINEY et al., S. 244; ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 223 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. EMARK 2003 Nr. 13 E. 4c; EMARK 1995 Nr. 23 E. 5a; EMARK 1993 Nr. 7 E. 3d.

⁶⁸¹ Vgl. BVGE 2014/12 E. 5.9 und 6; BVGE 2012/21 E. 5.1.

⁶⁸² MATTHEY nennt diesbezüglich die Abklärung der Situation im Herkunftsland sowie das in Auftrag Geben von Gutachten als Pflicht der Behörde; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 2. Vgl. in diesem Sinne auch HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 1.

⁶⁸³ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B3, S. 5.

auf die privatrechtlichen Bestimmungen verweist, dies würde den für das Verwaltungsverfahren typischen und prägenden Untersuchungsgrundsatz obsolet machen. Mit Art. 7 AsylG wird zwar durchaus unabhängig vom geltenden Untersuchungsgrundsatz die Beweislast den asylsuchenden Personen auferlegt, indem die Asylsuchenden den rechtserheblichen Sachverhalt respektive die Flüchtlingseigenschaft glaubhaft machen müssen. Das SEM darf aber nicht untätig bleiben und auf die Beibringung und Nennung von Beweisen seitens der asylsuchenden Personen vertrauen, sondern muss seinerseits nach Sachverhaltselementen, welche die Flüchtlingseigenschaft bestätigen *oder* verneinen, forschen.⁶⁸⁴ Das SEM kann sich seiner Abklärungspflicht nicht mit blossem Verweis auf die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden entziehen.⁶⁸⁵ Die Folgen der Beweislosigkeit tragen aber die asylsuchenden Personen.⁶⁸⁶

Das Asylgesetz enthält indessen Bestimmungen, welche insbesondere den Ablauf des erstinstanzlichen Verfahrens erläutern und so dem SEM implizit Pflichten zur Abklärung des Sachverhalts auferlegen. Diese Abklärungsmöglichkeiten respektive Abklärungspflichten des SEM finden in den Mitwirkungspflichten der Asylsuchenden meist ein Korrelat.⁶⁸⁷ Dem SEM stehen trotz des Beweisnotstands mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, wie es den Sachverhalt feststellen kann.

9.3.2.1 Befragungen

Befragungen der asylsuchenden Person stellen aufgrund des oftmaligen Fehlens von Urkunden oder anderen Beweismitteln zweifelsohne das wichtigste und umfassendste Abklärungselement zur Feststellung des Sachverhalts im Asylverfahren dar.⁶⁸⁸ Bei den Befragungen werden die asylsuchenden Personen zu den relevanten Sachverhaltselementen befragt.⁶⁸⁹ Zumeist basiert denn auch der Asylentscheid als solcher und insbesondere die Beurteilung der Vorbringen hinsicht-

⁶⁸⁴ ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 223 mit Hinweis auf BGE 105 V 213 E. 2c.

⁶⁸⁵ EPINEY et al., S. 244; UEBERSAX, Einreise, S. 291, Rz. 7.273 f.

⁶⁸⁶ EPINEY et al., S. 244.

⁶⁸⁷ So korrespondiert beispielsweise die Pflicht des SEM, eine Anhörung durchzuführen, mit der Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Person, ihre Asylgründe offenzulegen. Vgl. KLAUSHOFER, S. 158.

⁶⁸⁸ So auch SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 89; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 1, vgl. auch HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 29, Rz. 1.

⁶⁸⁹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 6 ff.; C6.2, S. 16 ff., ausführlich dazu: Kap. 6.2.2 sowie 8.3.1.2.

lich der Glaubhaftmachung der Flüchtlingseigenschaft im Wesentlichen auf diesen während der Anhörung gemachten Aussagen.⁶⁹⁰

9.3.2.2 Weitere Möglichkeiten zur Feststellung des Sachverhalts

Gemäss Art. 40 AsylG *e contrario* können jedoch neben den Befragungen seitens der Asylbehörden noch weitere Abklärungen nötig sein, insbesondere, wenn aufgrund der Vorbringen der asylsuchenden Person und der von ihr eingereichten oder angebotenen Dokumente nach wie vor Zweifel und Unsicherheiten bezüglich des Sachverhalts bestehen, die mit Ermittlungen seitens des SEM oder anderen Behörden ausgeräumt werden könnten.⁶⁹¹ Die zusätzlichen Abklärungen waren vor Inkrafttreten der Asylgesetzrevision vom 1. Februar 2014 mit aArt. 41 AsylG noch explizit im Gesetz genannt. Mit Abschaffung der Nichteintretenstatbestände von aArt. 32–34 AsylG wurde aArt. 41 Asyl «zwecks Vereinfachung der Gesetzgebung»⁶⁹² gestrichen. Weitere Abklärungen sind jedoch zweifelsohne nach wie vor möglich. Unter anderem sind folgende Sachverhaltsabklärungen im Asylgesetz explizit erwähnt:

– Prüfung der eingereichten Dokumente

Gemäss Art. 26 Abs. 2 AsylG kann das SEM (aber grundsätzlich auch das Bundesverwaltungsgericht) eingereichte Dokumente, welche sich für die dargelegten Asylvorbringen als relevant erweisen, überprüfen. Insbesondere können offensichtlich verfälschte oder gefälschte mit dem SEM zur Verfügung stehenden echten Dokumenten oder mit COI verglichen werden. Zudem können solche relevante Dokumente auch von einer Fachstelle für Dokumentenprüfung untersucht werden lassen. Nach Abschluss einer solchen Prüfung, erhält die asylsuchende Person die Gelegenheit, zum Ergebnis Stellung zu nehmen.⁶⁹³

– Fingerabdrücke und Fotos

Gemäss Art. 26 Abs. 2 AsylG muss das SEM in der Vorbereitungsphase die Personalien erheben und die asylsuchende Person erkennungsdienstlich er-

⁶⁹⁰ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2, S. 15; KNEER/SONDEREGGER, Glaubhaftigkeitsprüfung, S. 3.

⁶⁹¹ BVGE 2009/50 E. 10.2.1.

⁶⁹² BBl 2010 4455, 4496.

⁶⁹³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-193/2014 vom 3. Juli 2014 E. 5.3 sowie Bst. H.

fassen.⁶⁹⁴ Diese Feststellung der biometrischen Daten gehört zweifelsohne zum «klassisch kriminalistischen Handwerkszeug»⁶⁹⁵ und dient der Sicherstellung der Identität und der Verhinderung von Mehrfachgesuchen,⁶⁹⁶ wirft jedoch zahlreiche Fragen im Bereich des Datenschutzes auf.⁶⁹⁷

– **Medizinische Abklärungen**

Asylsuchende Personen müssen gemäss Art. 26a Abs. 1 AsylG massgebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen «unmittelbar nach der Gesuchseinreichung, spätestens jedoch bei der Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 36 Abs. 2 AsylG oder der Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 36 Abs. 1 AsylG, geltend machen». Das SEM hat sodann medizinische Fachpersonen für die Abklärung dieser geltend gemachten gesundheitlichen Probleme zu bezeichnen. Es kann aber grundsätzlich immer, also zu jedem Verfahrenszeitpunkt, einen ärztlichen Bericht von einem Dritten einholen. Dieser Bericht hat zum Ziel «Auskünfte zur Anamnese, Diagnose, Prognose sowie zur notwendigen und angemessenen Behandlung der betroffenen Person» und zudem auch Auskunft zur notwendigen Behandlung und deren Möglichkeit im Herkunftsstaat zu geben.⁶⁹⁸ Werden die gesundheitlichen Probleme später vorgebracht, müssen diese nachgewiesen werden. Eine Glaubhaftmachung reicht aus, wenn Gründe für das verspätete Vorbringen vorliegen oder ein Nachweis aus medizinischen Gründen möglich ist.⁶⁹⁹

– **Altersgutachten**

Bestehen Zweifel an einer geltend gemachten Minderjährigkeit einer gesuchstellenden Person, kann das SEM gemäss Art. 26 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG ein Altersgutachten in Auftrag geben lassen, wobei «mit Unterstützung wissenschaftlicher Methoden abgeklärt [wird], ob die Altersangabe der asylsuchenden Person dem tatsächlichen Alter entspricht».⁷⁰⁰ Oft ordnet das SEM dabei ein Gutachten eines unabhängigen Instituts an, welches gestützt auf eine körperliche Untersuchung, eine Handknochen-

⁶⁹⁴ Art. 26 Abs. 2 und 99 AsylG; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C4, S. 5 f.; NGUYEN, S. 522.

⁶⁹⁵ KLAUSHOFER, S. 167.

⁶⁹⁶ KLAUSHOFER, S. 168.

⁶⁹⁷ Dazu eingehender STADELMANN, insb. Rz. 130 ff.

⁶⁹⁸ BFM, Ärztlicher Bericht.

⁶⁹⁹ Art. 26a Abs. 3 AsylG.

⁷⁰⁰ Art. 7 Abs. 1 AsylV 1.

altersanalyse, eine zahnärztliche Untersuchung sowie eine Schlüsselbein- respektive Skelettaltersanalyse erstellen. Die Handknochenröntgenanalyse oder Knochenaltersanalyse, bei welcher eine Fachperson (Ärztin, Radiologe) mit dem Röntgenbild die Wachstumsfugen der Hand beurteilt, woraus unter Berücksichtigung einer grossen Streuung unter Umständen auf das Alter einer Person geschlossen werden kann, gilt als überholt und ungenau, weshalb ihr ein kleiner Beweiswert beigemessen wird.⁷⁰¹ An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich im Zusammenhang mit diesem Beweismittel zahlreiche Fragen bezüglich des Persönlichkeitsschutzes stellen, da insbesondere minderjährige Personen durch den Staat unter Druck gesetzt werden, sich Röntgenstrahlen auszusetzen oder andere Untersuchungsmethoden über sich ergehen zu lassen.⁷⁰²

– **Auskünfte von Nichtregierungsorganisationen, Drittstaaten und internationalen Organisationen**

Das SEM kann ferner zur Aufklärung eines Sachverhalt weitere Gutachten und Auskünfte von Zeugen oder Drittpersonen anfordern. Hier sind insbesondere neben Auskünften von Privaten auch Auskünfte und Gutachten von UNHCR oder von Nichtregierungsorganisationen zu erwähnen.⁷⁰³ Zudem kann der Bundesrat gemäss Art. 29a AsylG «mit Drittstaaten und internationalen Organisationen Vereinbarungen über die Zusammenarbeit bei der Ermittlung des Sachverhalts abschliessen. Er kann insbesondere Vereinbarungen über den gegenseitigen Informationsaustausch zur Abklärung der Fluchtgründe einer asylsuchenden Person im Heimat- oder Herkunftsstaat, ihres Reiseweges und ihres Aufenthalts in einem Drittstaat abschliessen».

Neben diesen im Gesetz erwähnten Möglichkeiten zur Sachverhaltsabklärung, hat die Praxis insbesondere folgende Abklärungsmodalitäten im Asylverfahren entwi-

⁷⁰¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in BVGE 2018 VI/3 insb. E. 4.2.2 eingehend mit den angewendeten Methoden der medizinischen Altersabklärungen auseinandergesetzt. Weiter auch HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 17, Rz. 10; EMARK 2001 Nr. 23 E. 4b; EMARK 2000 Nr. 19 E. 5; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C9, S. 9.

⁷⁰² KLAUSHOFER, S. 164 ff.

⁷⁰³ Art. 113 AsylG; CARONI et al., Migrationsrecht, 3. Aufl., S. 312; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 113, Rz. 1 ff.

ckelt, welche im Sinne einer umfassenden Darstellung der Sachverhaltsabklärung im Asylverfahren ergänzend dargestellt werden:⁷⁰⁴

– **Ergänzende Anhörung (sog. Zweitanhörung)**

Eine ergänzende Anhörung dient zur Aufklärung und zur Vervollständigung von allenfalls noch unklaren Sachverhaltselementen, welche bei der Befragung und der ersten Anhörung nicht oder zu wenig erläutert und/oder thematisiert wurden. Zudem kann eine solche auch bei neu eingereichten Dokumenten oder einer Veränderung der Situation im Herkunftsland angezeigt erscheinen.⁷⁰⁵

– **Country-of-Origin-Information – COI**

Das SEM kann intern mittels Consulting (Recherche in einem spezifischen Sachverhalt) oder mittels Lageanalyse (Berichte zu allgemeineren länder-spezifischen Thematiken) Abklärungen zu Vorbringen einer asylsuchenden Person, aber auch zur allgemeinen Lage im Herkunftsstaat vornehmen. Als Basis dienen dabei öffentlich zugängliche Datenbanken wie die Datenbank des UNHCR und des European Country of Origin Information Networks (ecoi.net), aber auch andere Berichte von internationalen Organisationen, Nichtregierungsorganisationen, Fachzeitschriften, Zeitungen sowie andere Quellen im Internet.⁷⁰⁶

– **Botschaftsabklärung**

Ferner können auch bei den Schweizer Vertretungen im Ausland Erkundigungen bezüglich spezifischer Sachverhalte in einem Asylverfahren eingeholt werden. Dabei ersucht das SEM die jeweilige Schweizer Vertretung schriftlich um Auskunft und listet die gewollten Abklärungen auf. Dies können beispielsweise Auskünfte bezüglich der Personalien, des Bestehens all-fälliger Strafverfahren oder auch der Echtheit von einzelnen eingereichten Dokumenten sein. Die Botschaft übermittelt ihre Abklärungsergebnisse wiederum schriftlich zurück an das SEM. Die asylsuchende Person hat die Möglichkeit – gegebenenfalls unter Abdeckung sensibler Daten oder in zu-

⁷⁰⁴ Vgl. KNEER/SONDEREGGER, Glaubhaftigkeitsprüfung, S. 5.

⁷⁰⁵ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6, S. 4 f.

⁷⁰⁶ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C7, S. 6 f.

sammengefasster Form – zu den Abklärungsergebnissen, aber auch zu der Anfrage des SEM, Stellung zu nehmen.⁷⁰⁷

– **LINGUA-Analysen**

Das SEM kann bei Zweifeln über die geltend gemachte Herkunft der asylsuchenden Person seine interne Fachstelle LINGUA um diesbezügliche Abklärungen ersuchen. Durch LINGUA-Analysen versuchen Sprachexperten in einem Gespräch mit der asylsuchenden Person herauszufinden, in welchem Land respektive welcher Region die Person sozialisiert wurde. Dabei werden insbesondere Fragen zum alltäglichen Leben gestellt. Im Bericht des Sprachexperten respektive der Sprachexpertin, welcher die linguistischen Eigenheiten sowie auch das länderspezifische Wissen der asylsuchenden Person berücksichtigt, wird wenn möglich festgestellt, ob die Person eindeutig, eindeutig nicht, wahrscheinlich oder wahrscheinlich nicht aus der vorgebrachten Herkunftsregion stammt.⁷⁰⁸

In seiner Würdigung der den (österreichischen) Asylbehörden zur Verfügung stehenden Beweismittel stellt sich KLAUSHOFER auf den Standpunkt, dass die Instrumentarien nicht nur klassisch sicherheits- und kriminalpolizeilicher Natur, sondern auch sicherheits- und kriminalpolizeilich motiviert seien und fremdenpolizeiliche Agenden verfolgten.⁷⁰⁹ Auch in der Schweiz kann ausgemacht werden, dass die vorangehend genannten Beweismittel mehr aus strafrechtlichen Verfahren als aus Verwaltungsverfahren bekannt sind. Es ist aber nicht zu vernachlässigen, dass der Rückgriff auf solche Beweismittel durch die nötige Feststellung der Identität und den herrschenden Beweisnotstand adäquat erscheinen, zumal – anders als in Österreich – nicht in einem ersten Schritt aufenthaltsbeendende Massnahmen geprüft werden.⁷¹⁰ Jedoch gelten etliche Fragen bezüglich des Datenschutzes von Asylsuchenden sowie bezüglich Eingriffe in die persönliche Freiheit nach Art. 8 EMRK als ungeklärt.⁷¹¹

⁷⁰⁷ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 295.

⁷⁰⁸ Vgl. eingehend Kap. 8.3.1.3.

⁷⁰⁹ KLAUSHOFER, S. 172.

⁷¹⁰ KLAUSHOFER, S. 172.

⁷¹¹ Weiterführend STADELMANN, Rz. 130 ff. und auch zum Zusammenspiel mit Abklärungen des Nachrichtendienstes des Bundes, BOLZ, Verfahrensrechte Dschihadisten, *passim*.

9.3.2.3 *Untersuchungsgrundsatz im Asylbeschwerdeverfahren*

In Bezug auf den Untersuchungsgrundsatz kann im Asylbeschwerdeverfahren im Wesentlichen auf die allgemeinen Feststellungen zum Untersuchungsgrundsatz im Beschwerdeverfahren verwiesen werden.⁷¹² Das Bundesverwaltungsgericht kann zwar eigenständig Abklärungen tätigen, wobei von Gesetzes wegen dieselben Möglichkeiten zur Sachverhaltsabklärungen wie beim SEM offenstehen. Das Gericht stützt sich aus Gründen der Maxime eines möglichst ökonomischen Beweisverfahrens, welche im Asylbereich noch zusätzlich akzentuiert ist, sowie aufgrund der kurzen Behandlungsfristen jedoch zur Hauptsache und in der Regel auf die Abklärungen im erstinstanzlichen Verfahren.⁷¹³ Faktisch reduziert sich damit die Sachverhaltsfeststellung des Gerichts auf den Urkundenbeweis. Als wesentlicher Unterschied ist auf den vorherrschenden Grundsatz der Schriftlichkeit vor dem Gericht⁷¹⁴ sowie auf die zahlreichen abweichenden Bestimmungen im Asylbeschwerdeverfahren⁷¹⁵ hinzuweisen, welche ebenfalls Gegenstand dieser Arbeit sind.

9.3.2.4 *Verletzung der Untersuchungspflicht*

Dem SEM stehen eine Vielzahl von Möglichkeiten für die Untersuchung des Sachverhalts zur Verfügung, wobei nur wenige im Asylgesetz explizit kodifiziert sind, sondern sich vielmehr aus der Praxis ergeben. Welche Untersuchungsmaßnahme durchgeführt werden muss, hängt vom jeweiligen Sachverhalt ab und kann nicht generell-abstrakt beantwortet werden. Selbst die beiden Befragungen der asylsuchenden Person sind im Sinne von Art. 36 AsylG sowie der Kann-Formulierung von Art. 26 Abs. 2 AsylG nicht in jedem Fall zwingend. Generell kann ACHERMANN/HAUSAMMANN gefolgt werden, welche feststellen, dass «[j]e schwieriger der Nachweis [der Flüchtlingseigenschaft] für die Asylsuchenden zu erbringen ist, umso stärker gilt die Untersuchungspflicht der Behörden».⁷¹⁶

Kommt das Bundesverwaltungsgericht im jeweiligen Einzelfall zum Schluss, dass der rechtserhebliche Sachverhalt unvollständig oder unrichtig abgeklärt wurde,

⁷¹² Vgl. vorangehend Kap. 9.2.2.3.

⁷¹³ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 32.

⁷¹⁴ Vgl. insb. Kap. 8.3.2.1.

⁷¹⁵ Vgl. Kap. 10.

⁷¹⁶ ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 224.

wird die Beschwerde gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung sowie gegebenenfalls mit konkreten Anweisungen zur Feststellung des Sachverhalts ans SEM zurückgewiesen.⁷¹⁷

9.3.3 Mitwirkungspflicht im Asylverfahren

Im Gegensatz zur Pflicht des SEM zur Erstellung des Sachverhalts im Sinne der Untersuchungsmaxime ist die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden respektive die Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung im Asylgesetz mehrmals genau definiert und kodifiziert. Die Mitwirkungspflicht betrifft insbesondere Sachverhaltselemente, welche die Asylbehörden kaum oder nicht ohne sehr grossen Aufwand erheben können, namentlich Identität und persönliche Umstände einer Person, wie Namen, Alter, Herkunft und Nationalität.⁷¹⁸ Indessen sind im Falle einer Asylgesuchstellung nur wenige Tatsachen ersichtlich, welche nicht als persönliche Umstände einer Person zu qualifizieren sind und somit unter die Untersuchungspflicht der Behörde fallen.⁷¹⁹ Art. 7 AsylG trägt dieser faktischen Umkehr der Beweislast in dem Sinne Rechnung, als dass Asylsuchende die Flüchtlingseigenschaft nicht beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen haben und so der Beweisgrad herabgesetzt wird.

9.3.3.1 Umfang der Mitwirkungspflicht im Asylverfahren

In Art. 8 AsylG sind die wesentlichen Mitwirkungspflichten der asylsuchenden Personen im umfangreicher Weise aufgelistet:

– Offenlegung der Identität

Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a AsylG muss eine asylsuchende Person ihre Identität wahrheitsgetreu und vollständig angeben. Art. 1a Bst. a AsylV 1 definiert die Identität als Namen, Vornamen, Staatsangehörigkeiten, Ethnie, Geburtsdatum, Geburtsort und Geschlecht. Die Ethnie gilt hierbei als umstrittenes Element, zumal diese wissenschaftlich nicht festgestellt werden

⁷¹⁷ Zur Veranschaulichung z. B. BVGE 2015/30 E. 8.2.

⁷¹⁸ CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 390.

⁷¹⁹ Vgl. oben Kap. 9.3.2 sowie MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 2.

kann. Ferner wurde auch die Glaubhaftmachung des Alters als Identitätsmerkmal definiert, weshalb auch dieses offengelegt werden muss.⁷²⁰

– Abgabe von Reise- und Identitätspapieren

Asylsuchende müssen gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b AsylG sowie Art. 2 AsylV 1 ihre Reisepapiere und Identitätsausweise respektive alle Dokumente, welche Auskunft oder Rückschlüsse über ihre Identität, Herkunft und Reiseweg geben, unmittelbar nach der Asylgesuchstellung abgeben. Als Reisepapier gilt ein amtliches Dokument, das zur Einreise in den Heimatstaat oder in andere Staaten berechtigt, namentlich ein Pass oder ein Ersatzreisedokument.⁷²¹ Ein Identitätsausweis bzw. Identitätspapier wird in der Asylverordnung 1 als amtliches Dokument mit Fotografie, welches zum Zweck des Nachweises der Identität seiner Inhaberin oder seines Inhabers ausgestellt wurde, definiert.⁷²² Erhält die asylsuchende Person solche Dokumente zu einem späteren Zeitpunkt, ist sie verpflichtet, diese umgehend zu den Akten zu reichen. Werden solche Dokumente zerstört, nicht oder verspätet eingereicht, gilt die Mitwirkungspflicht als verletzt.⁷²³

– Darlegung der Asylgründe

Asylsuchende Personen haben gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. c AsylG in der Anhörung die Gründe anzugeben, weshalb sie um Asyl ersuchen. Diese Bestimmung bezieht sich explizit auf die Anhörung nach Art. 29 AsylG. Als Verletzung der Mitwirkung gilt, wenn eine Person für das Asylverfahren wesentliche Tatsachen wissentlich verheimlicht oder verschweigt⁷²⁴ oder nicht zur Anhörung erscheint.⁷²⁵ Zu differenzieren sind Fälle, in welchen es den Personen aufgrund einer Traumatisierung nicht möglich ist, sofort von Gründen zu berichten, welche sie dazu bewegen haben, das Land zu verlassen.⁷²⁶

⁷²⁰ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 299; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 8; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 3.

⁷²¹ Art. 1a Bst. b AsylV 1.

⁷²² Art. 1a Bst. c AsylV 1.

⁷²³ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 299; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 3 ff.

⁷²⁴ Vgl. EMARK 1995 Nr. 18 E. 3b; EMARK 1995 Nr. 19 E. 4c.

⁷²⁵ Vgl. EMARK 2000 Nr. 8 E. 7a.

⁷²⁶ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 300; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 14 f.; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 4. Auch bereits in EMARK 1996 Nr. 17.

– **Beibringung und Beschaffung von Beweismitteln**

Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d AsylG müssen allfällige Beweismittel, welche für die Asylvorbringen wesentlich erscheinen, vollständig bezeichnet und unverzüglich eingereicht oder, soweit dies zumutbar erscheint, in angemessener Frist beschafft werden. Was zumutbar erscheint, kann nicht in generell-abstrakter Weise, sondern muss im Einzelfall bestimmt werden. Indessen kann die Einreichung von gefälschten oder verfälschten Beweismitteln eine Verletzung der Mitwirkungspflicht darstellen.⁷²⁷

– **Mitwirkung bei der Erhebung der biometrischen Daten**

Art. 8 Abs. 1 Bst. e AsylG bestimmt, dass asylsuchende Personen bei der Erhebung ihrer biometrischen Daten (d.h. Fingerabdrücke⁷²⁸ und Fotografien) mitzuwirken haben. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht ist beispielsweise festzustellen, wenn die gesuchstellende Person die Papillarleisten ihrer Fingerkuppen absichtlich schädigt, so dass die Fingerabdrücke nicht mehr abgenommen werden können.⁷²⁹

– **Medizinische Untersuchung**

Art. 8 Abs. 1 Bst. f AsylG sieht ferner unter expliziter Bezugnahme auf Art. 26a AsylG vor, dass sich Asylsuchende einer vom SEM angeordneten medizinischen Untersuchung unterziehen müssen. Weigert sich eine Person, sich einer solchen medizinischen Untersuchung zu unterziehen, so richtet sich das Verfahren nach Art. 26a Abs. 3 AsylG und es ist im Einzelfall zu klären, ob es sich um eine Mitwirkungspflichtverletzung handelt oder ob diese – beispielsweise aufgrund von Traumatisierung – als entschuldbar erachtet wird.⁷³⁰

– **Übersetzung fremdsprachiger Dokumente**

Von Asylsuchenden kann verlangt werden, dass sie sich um die Übersetzung fremdsprachiger Dokumente in eine Amtssprache zu kümmern haben (Art. 8 Abs. 2 AsylG). Wenn die Person verbeiständet oder bedürftig ist und

⁷²⁷ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 300; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 16 ff.; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 5.

⁷²⁸ Siehe dazu Art. 99 AsylG.

⁷²⁹ Eingehend dazu BVE 2011/27 E. 2 f.

⁷³⁰ BBI 2014 7991, 8060.

ihrer Pflicht nicht nachkommen kann, hat das SEM oder das Gericht die fraglichen Dokumente zu übersetzen oder dies zumindest zu finanzieren.⁷³¹

– **Sich zur Verfügung halten**

Asylsuchende Personen müssen sich während des Asylverfahrens für die Behörden des Bundes sowie der Kantone zur Verfügung halten. Eine Adressänderung müssen sie den Behörden umgehend mitteilen. Die Person muss sich indessen nicht ununterbrochen am bezeichneten Ort aufhalten, sondern muss für die Behörden postalisch zur Verfügung stehen.⁷³² Eine Mitwirkungspflichtsverletzung ist erst dann festzustellen, wenn eine bestimmte, konkret vorgesehene Verfahrenshandlung nicht durchgeführt werden konnte.⁷³³ Das Ziel dieser Bestimmung ist, einem Untertauchen der Asylsuchenden vorzubeugen.⁷³⁴

– **Beschaffung von Reisepapieren nach Wegweisungsentscheid**

Nach Vorliegen eines rechtskräftigen, vollziehbaren Wegweisungsentscheids ist die betroffene Person gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG verpflichtet, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken.⁷³⁵ Diese Pflicht kann den Besuch von Behörden oder das Ausfüllen von entsprechenden Formularen beinhalten.⁷³⁶

Neben diesen in Art. 8 AsylG genannten Verpflichtungen finden sich im Asylgesetz noch weitere (implizite) Mitwirkungspflichten für asylsuchende Personen während des Asylverfahrens. So haben Asylsuchende im Sinne von Art. 26a AsylG massgebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen unmittelbar nach der Gesuchseinreichung, spätestens jedoch bei der Anhörung zu den Asylgründen im Sinne von Art. 29 AsylG oder der Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 36 Abs. 1 AsylG geltend machen. Weiter wird im Asylgesetz auch auf Mitwirkungspflichtsverletzungen «auf andere Weise»⁷³⁷ verwiesen, womit neue Qualifikatio-

⁷³¹ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 300 f.; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 22; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 7; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B3, S. 8.

⁷³² SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 301; MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 23 f.; NUFER, S. 4.

⁷³³ EMARK 2003 Nr. 21 E. 3, bestätigt in Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6034/2016 vom 20. Februar 2017 E. 5.

⁷³⁴ EPINEY et al., S. 246.

⁷³⁵ BVGE 2011/28 E. 3.4.

⁷³⁶ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 301; HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 11 f.

⁷³⁷ Art. 36 Abs. 1 Bst. c AsylG.

nen neben Art. 8 AsylG als Mitwirkungspflichtsverletzung möglich bleiben. Eine Mitwirkungspflichtsverletzung kann durch blosser Fahrlässigkeit, Gleichgültigkeit oder Unachtsamkeit begründet sein und muss nicht im strafrechtlichen Sinne als schuldhaft eingestuft werden können.⁷³⁸

Nach diesem Überblick über die wesentlichsten gesetzlich kodifizierten Mitwirkungspflichtsverletzungen im Asylverfahren lässt sich feststellen, dass die Mitwirkung der Asylsuchenden umfassend und in jedem Stadium des Verfahrens greift. Sei es ganz zu Beginn des Verfahrens, in welchem die Asylsuchenden verpflichtet sind, diverse Sachverhaltselemente umgehend vorzubringen, über das zur Verfügung Halten während oftmals mehreren Jahren bis nach Erlass der Wegweisungsverfügung, wobei sie sich um Reisepapiere bemühen müssen; die Mitwirkungspflicht ist im Asylgesetz im Gegensatz zum Verwaltungsverfahrensgesetz äusserst detailliert normiert. Festzustellen ist auch, dass mehrere Mitwirkungspflichten erst in den letzten Asylgesetzrevisionen hinzugefügt wurden.⁷³⁹

9.3.3.2 Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung

Wird die Mitwirkungspflicht verletzt, kann dies schwerwiegende Konsequenzen für die Beurteilung des Asylgesuchs nach sich ziehen, wobei verschiedene Stufen der Mitwirkungspflichtsverletzung zu beachten und verschiedene Konsequenzen auf verschiedenen Stufen des Verfahrens materieller sowie auch formeller Natur möglich sind.

Ganz grundsätzlich kann festgestellt werden, dass das Einreichen von verfälschten oder gefälschten Beweismitteln, das verspätete Einreichen von Beweismitteln, das Geltendmachen von wesentlichen Asylvorbringen zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt oder die (aktive) Verschleierung der Identität sich negativ auf die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Asylvorbringen sowie auf die Glaubwürdigkeit der Person auswirken und so wesentliche Konsequenzen für die materielle Beurteilung des Asylgesuchs haben können. Diese Konsequenz ist zwar – mit Ausnahme von der Einreichung von verfälschten oder gefälschten Beweismitteln⁷⁴⁰ – nicht

⁷³⁸ STÖCKLI, Asyl, Rz. 11.122.

⁷³⁹ Z. B. Art. 26a AsylG gilt seit dem 1. Februar 2014 (AS 2013 4375, 5357; BBl 2010 4455; BBl 2011 7325) oder Art. 8 Abs. 1 Bst. e AsylG seit dem 1. Januar 2008 (AS 2006 4745, AS 2007 5573; BBl 2002 6845).

⁷⁴⁰ Art. 7 Abs. 3 AsylG.

explizit im Gesetz kodifiziert, ist jedoch langjährige und unbestrittene Praxis im Asylverfahren und kann zum Umfang von Art. 7 AsylG gezählt werden.⁷⁴¹

Am 1. Februar 2014 wurden die sogenannten materiellen Nichteintretensgründe (wegen Nicht-Abgabe von Identitätspapieren, feststehender Identitätstäuschung, Abstützen des Gesuchs auf gefälschte Beweismittel oder wegen anderer schuldhafter und grober Mitwirkungspflichtsverletzung) abgeschafft.⁷⁴² An ihre Stelle ist Art. 36 AsylG getreten, welcher bestimmt, dass bei Personen, welche die Behörden über ihre Identität täuschen und diese Täuschung feststeht (Bst. a), welche ihr Asylgesuch massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abstützen (Bst. b) oder ihre Mitwirkungspflicht schuldhaft auf andere Weise grob verletzen (Bst. c), auf eine Anhörung im Sinne von Art. 29 AsylG verzichtet werden kann und ihnen stattdessen nur noch schriftlich das rechtliche Gehör gewährt werden muss. Im Gegensatz zu den alten Bestimmungen, nach welchen das SEM auf diese Mitwirkungspflichtsverletzungen einen Nichteintretensentscheid erlassen konnte, wird nun das Asylgesuch nach wie vor materiell abschliessend behandelt und die Verfügung kann nicht mehr summarisch begründet werden.⁷⁴³ Die Folge einer Mitwirkungspflichtsverletzung nach Art. 36 AsylG ist demnach dahingehend auszumachen, dass der asylsuchenden Person die Möglichkeit entzogen wird, ihre Asylvorbringen in einer Anhörung mündlich geltend zu machen. Es liegt auf der Hand, dass die aus dem Untersuchungsgrundsatz fliessende Verpflichtung des SEM, bei Hinweisen auf Verfolgungsmassnahmen nachzufragen, bei einer mündlichen Anhörung tiefer gehen als bei einer schriftlichen Stellungnahme. In diesem Sinne kann Art. 36 AsylG wiederum als eine Abschwächung der Untersuchungsmaxime verstanden werden. Im Gegensatz zum nachfolgend besprochenen Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG kann Art. 36 Abs. 1 Bst. c AsylG nur angewendet werden, wenn es sich um einen schwerwiegenden Verstoss handelt («schuldhaft auf andere Weise grob»)⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ So auch MATTHEY, in: Code annoté LAsi, Art. 8, Rz. 3; SFH, Handbuch, 1. Aufl., S. 158 mit Verweis auf EMARK 1995 Nr. 18; ACHERMANN/HAUSAMMANN, S. 228.

⁷⁴² Das Ziel war unter anderem eine Vereinfachung des komplizierten und unübersichtlichen Nichteintretensverfahrens. Vgl. BBl 2010 4455, 4456; AS 2013 4375.

⁷⁴³ Die Möglichkeit einer summarischen Begründung des SEM nach Art. 37a AsylG bezieht sich nur auf Nichteintretensentscheide.

⁷⁴⁴ NUFER, S. 6

Ferner wurden die Konsequenzen einer groben Mitwirkungspflichtsverletzung in einer der letzten Revisionen des Asylgesetzes nochmals verschärft, indem in Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG festgestellt wurde, dass das Asylgesuch bei einer Mitwirkungspflichtverletzung ohne triftigen Grund oder wenn eine Person den Behörden über 20 Tage nicht zur Verfügung steht, – unter Vorbehalt der Flüchtlingskonvention – formlos abgeschrieben wird.⁷⁴⁵ So genügt eine Verletzung «ohne triftigen Grund» (im Gegensatz zu schuldhaft, grob im Sinne von Art. 36 Abs. 1 Bst. c AsylG), um ein Asylgesuch ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs, ohne Prüfung von Wegweisungsvollzugshindernissen und ohne materiellen Entscheid abzuschreiben.⁷⁴⁶ Diese Bestimmung wurde erst in der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats eingeführt und erstmals im Nationalrat im Jahr 2012⁷⁴⁷ diskutiert. In der Botschaft des Bundesrates⁷⁴⁸ und in der Zusatzbotschaft⁷⁴⁹ war diese Bestimmung nicht vorgesehen. Das SEM bezweckt mit dieser Bestimmung eine «Bestrafung von Asylsuchenden, die mit der Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsfeststellung zu erkennen geben, dass sie an einer Fortsetzung des Verfahrens nicht interessiert sind und keines Schutzes in der Schweiz bedürfen»,⁷⁵⁰ womit es der Bestimmung klar pönalen Charakter zuspricht. Das Konstrukt der formlosen Abschreibung war vor der Einführung ins Asylgesetz in der Schweizer Rechtsordnung noch unbekannt und wurde neben der materiellen Entscheidung sowie dem Nichteintreten als dritte Form der Erledigung eingeführt.⁷⁵¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat die formlose Abschreibung – im Zusammenhang mit Mehrfachgesuchen, bei welchen die formlose Abschreibung ebenfalls mit der Asylgesetzrevision im Jahr 2014 eingeführt wurde – als prozessuale Feststellungsverfügung des Inhalts qualifiziert, dass das Verfahren nicht fortgesetzt, sondern als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird; der Abschreibungsentscheid selbst ist nicht anfechtbar.⁷⁵² Fraglich bleibt indessen, wie eine asylsuchende Person, deren Asylgesuch auf Basis von Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG formlos abgeschrieben wur-

⁷⁴⁵ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, zu Art. 8, Rz. 8 ff.; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 932.

⁷⁴⁶ NUFER, S. 6, welche im Vergleich zu Art. 36 AsylG die Diskrepanz in der Gesetzessystematik hervorhebt.

⁷⁴⁷ Vgl. AB 2012 N 1073 ff.

⁷⁴⁸ BBl 2010 4455.

⁷⁴⁹ BBl 2011 7325.

⁷⁵⁰ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B3, S. 9.

⁷⁵¹ BVGE 2015/28 E. 2.1 f.

⁷⁵² BVGE 2016/17 E. 4; BVGE 2015/28 E. 3.3.

de, die Einhaltung der Flüchtlingskonvention einfordern kann. Diese Frage wurde von der Rechtsprechung in Bezug auf diese Bestimmung noch nicht gelöst. Denkbar scheint jedoch ein Vorgehen analog zu Art. 111c AsylG (Mehrfachgesuche), wonach eine Rechtsverweigerungsbeschwerde bei offensichtlich unrichtiger Anwendung zulässig ist.⁷⁵³ Die praktische Relevanz von Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG ist bislang eher marginal, da das SEM bei Mitwirkungspflichtsverletzungen in erster Linie auf Art. 36 AsylG zurückgreift, welcher zwar eine schwerwiegendere Mitwirkungspflichtverletzung erfordert, jedoch mit dem Verzicht auf eine Anhörung weniger drastische Konsequenzen nach sich zieht.⁷⁵⁴

Auch nach Abschluss des Asylverfahrens gibt das Asylgesetz den Behörden Mittel und Möglichkeit, sich auf die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden zu berufen. Da sich die vorliegende Arbeit auf den Zeitraum des eigentlichen Asylverfahrens konzentriert, werden diese Möglichkeiten nachfolgend lediglich kurz angesprochen.

– Entzug des rechtlichen Status

Das SEM kann das Asyl, die Flüchtlingseigenschaft, den vorübergehenden Schutz oder die vorläufige Aufnahme entziehen, wenn die betreffende Person den rechtlichen Status durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat.⁷⁵⁵ Die verschwiegenen Tatsachen müssen indessen kausal für die Schutzgewährung gewesen sein. Andere verschwiegene Tatsachen können nicht zur Aberkennung des Schutzstatus führen. Zudem ist eine Täuschungsabsicht der Person erforderlich.⁷⁵⁶

– Ausschaffungshaft

Als weitere Folge einer Mitwirkungspflichtverletzung im Asylbereich ist die Möglichkeit zu nennen, eine Person in Ausschaffungshaft zu nehmen, wenn sie im Sinne von Art. 8 Abs. 4 AsylG nach einem vollziehbaren Wegweisungsentscheid bei der Beschaffung gültiger Reisepapier nicht mitwirkt.⁷⁵⁷

⁷⁵³ BVGE 2016/17 E. 6.

⁷⁵⁴ NUFER, S. 6.

⁷⁵⁵ Vgl. Art. 63 Abs. 1 Bst. a AsylG (Asyl und Flüchtlingseigenschaft); Art. 78 Abs. 1 Bst. a AsylG (vorübergehender Schutz); Art. 62 Bst. a AIG (ausländerrechtliche Bewilligungen).

⁷⁵⁶ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 63, Rz. 2; SPESCHA, Kommentar AIG, Art. 62, Rz. 3 f.; STÖCKLI, Asyl, Rz. 11.26.

⁷⁵⁷ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 8, Rz. 11 f. m.H.a. BGE 130 II 488 E. 3.

– **Einschränkung Sozialhilfe**

Gemäss Art. 83 Abs. 1 Bst. j AsylG können Sozialhilfeleistungen oder reduzierte Leistungen nach Art. 82 Abs. 3 AsylG ganz oder teilweise abgelehnt, gekürzt oder entzogen werden, wenn die Mitwirkungspflicht schuldhaft oder grob verletzt wurde, und insbesondere wenn die Identität nicht preisgegeben wird. Wie Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG fand sich diese Bestimmung nicht in der Botschaft des Bundesrates, sondern wurde erst in der parlamentarischen Debatte – ohne eingehende Diskussion über die einzelnen Punkte – ins Gesetz aufgenommen.⁷⁵⁸ Diese Bestimmung gilt für alle Personen aus dem Asylbereich und somit sowohl für sich noch im Asylverfahren befindliche Personen als auch für anerkannte Flüchtlinge.⁷⁵⁹ Als Grenze ist hierbei jedoch das Existenzminimum in Sinne von Art. 12 BV in jedem Fall beachtlich.⁷⁶⁰

9.4 Diskrepanzen zwischen Asylgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz

Nach der vorangehenden Darstellung wird ersichtlich, dass das Asylverfahren hinsichtlich der Aufgabenteilung zwischen Behörde und Partei in der Sachverhaltsabklärung von den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und somit vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren abweicht respektive dieses eingehender regelt.

Im Asylgesetz finden sich zur Untersuchungspflicht der Behörden im Gegensatz zur Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden keine spezialgesetzlichen Bestimmungen im Sinne von Art. 12 VwVG, sondern lediglich einzelne Bestimmungen zu möglichen Untersuchungsmassnahmen insbesondere für das erstinstanzliche Verfahren. Diesbezüglich ist festzustellen, dass das Asylverfahren sich gesetzlich hauptsächlich auf die Auskünfte der Parteien sowie auf Urkunden stützt, in der Praxis jedoch die Befragungen der asylsuchenden Personen die wichtigste Quelle zur Erstellung des Sachverhalts sind, zumal ausländischen Urkunden oft ein geringer Beweiswert zugesprochen wird. Daneben sind auch Auskünfte

⁷⁵⁸ NGUYEN, in: Code annoté LAsi, Art. 83, Rz. 18.

⁷⁵⁹ Bei Flüchtlingen ist jedoch das Gleichbehandlungsprinzip nach der Flüchtlingskonvention beachtlich, weshalb ihnen gegenüber diese Bestimmung kaum Wirkung zeigen dürfte. Vgl. HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 83, Rz. 1.

⁷⁶⁰ Vgl. dazu eingehend WINZENT, S. 7; GORDZIELIK, insb. Kap. 4.

von Drittpersonen (ärztliche Berichte, LINGUA-Analysen) für die Erhebung des Sachverhalts in gewissen Konstellationen von grossem Belang. Auch die erkenntnisdienlichen Massnahmen sind im Asylverfahren systematisch vorgesehen und von grosser Bedeutung. Augenscheine werden im Asylverfahren aufgrund der Natur der Sache nie durchgeführt. Die im Asylverfahren durchgeführten Untersuchungsmassnahmen ähneln somit eher einer strafrechtlichen Untersuchung als einem Verwaltungsverfahren.⁷⁶¹ Das Verwaltungsverfahrensgesetz verzichtet als allgemeines Verfahrensgesetz aus der Natur der Sache heraus auf die Normierung des Verfahrensablaufs. Das Asylgesetz als Spezialgesetz nimmt diesbezüglich seine Aufgabe wahr und enthält teilweise äusserst umfassende und detaillierte Bestimmungen zu den Untersuchungsmassnahmen der Behörde.⁷⁶²

Das Asylgesetz minimiert im Vergleich zu der allgemeinen Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Tendenz die Untersuchungspflicht der Behörden. So sind Art. 40 AsylG, welcher ausdrücklich beschreibt, wann keine zusätzlichen Abklärungen getätigt werden müssen, und Art. 36 Abs. 1 AsylG, welcher durch den Verzicht auf eine Anhörung ebenfalls die Untersuchungsmassnahmen beschränkt, zu nennen. Zudem ist auch auf Art. 7 AsylG hinzuweisen, welcher den Asylsuchenden die Pflicht auferlegt, die Flüchtlingseigenschaft glaubhaft zu machen, wobei die Folgen der Beweislosigkeit respektive der fehlenden Glaubhaftmachung von den Asylsuchenden zu tragen sind.⁷⁶³ In dieser Minimierung der Untersuchungspflicht ist denn auch die eigentliche Abweichung zum Verwaltungsverfahrensgesetz zu sehen. Die eingehenderen Regelungen des Asylgesetzes zum erstinstanzlichen Verfahren sind demgegenüber als Konkretisierungen der allgemein gehaltenen oder fehlenden Bestimmungen der Untersuchungspflicht der Behörden zu qualifizieren.

Wesentliche Unterschiede zwischen dem Allgemeinen Verwaltungsverfahren und dem Asylverfahren sind die definierten Mitwirkungspflichten der Parteien respektive der asylsuchenden Personen. Während die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahrensgesetz lediglich in allgemeiner Weise und abstrakt umschrieben wird, werden die Pflichten der asylsuchenden Personen im Asylgesetz sowie auch in der Asylverordnung 1 detailliert und darüber hinaus nicht abschliessend aufge-

⁷⁶¹ KLAUSHOFER, S. 172.

⁷⁶² Zu denken ist an Art. 26 AsylG, welcher den Ablauf der Vorbereitungsphase detailliert regelt.

⁷⁶³ AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 13, Rz. 15 f.

listet. Die Mitwirkungspflicht umfasst dabei sowohl das Verhalten bezüglich der Vorbringen (z. B. Offenlegung der Identität und Darlegung der Asylgründe) als auch das Verhalten der Person im Verfahren selber (z. B. Mitwirkung bei der Erhebung der biometrischen Daten und zur Verfügung Halten). Zudem kann eine Mitwirkungspflichtsverletzung bereits durch blosser Fahrlässigkeit, Gleichgültigkeit oder Unachtsamkeit begründet werden.

Weiter fällt auf, dass das Asylgesetz unterschiedliche und drastische Folgen als Reaktion für Mitwirkungspflichtsverletzungen vorsieht. So darf nach Verwaltungsverfahrensgesetz lediglich als *Ultima Ratio* und unter restriktiven Voraussetzungen ein Nichteintretensentscheid erlassen werden. Dabei muss unter anderem auch darauf geachtet werden, dass nicht ein öffentliches Interesse einen materiellen Entscheid erfordert. Die Folgen einer Mitwirkungspflichtsverletzung können zwar auch gemäss Art. 13 VwVG mit einem solchen Nichteintretensentscheid drastisch sein, sind jedoch im Vergleich zu den strikten und umfassenden Konsequenzen einer Mitwirkungspflichtsverletzung nach dem Asylgesetz dennoch als moderat zu bezeichnen. Im Asylverfahren wurde zwar die spezialrechtliche Regelung, aufgrund einer Mitwirkungspflichtsverletzung einen Nichteintretensentscheid zu erlassen, im Jahr 2014 aufgehoben. Indessen hat das SEM nun die Möglichkeit, ein Verfahren aufgrund einer Mitwirkungspflichtsverletzung formlos abzuschreiben oder – aufgrund einer fehlenden Gesetzssystematik wohl wahlweise – auf eine Anhörung im Sinne von Art. 29 AsylG zu verzichten und lediglich schriftlich das rechtliche Gehör zu gewähren. Natürlich können die Asylbehörden auch auf die im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Konsequenzen zurückgreifen, womit ihnen die Möglichkeit, einen Nichteintretensentscheid zu erlassen, nach wie vor offen steht.

Zusammenfassend ist die Mitwirkungspflicht im Asylverfahren somit wesentlich konkreter und in weiten Teilen spezialgesetzlich detaillierter geregelt, als dies in der Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes der Fall ist. Insgesamt ist festzustellen, dass das im Allgemeinen Verwaltungsverfahren beschriebene Zusammenspiel zwischen Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht im Asylverfahren stark hin zur Mitwirkungspflicht verschoben wird und die Konsequenzen einer Mitwirkungspflichtsverletzung sich deutlich verschärft darstellen.

9.5 Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften

Die vorangehend beschriebenen Unterschiede in der Sachverhaltsabklärung zwischen Asylverfahren und Allgemeinem Verwaltungsverfahren können zu einem grossen Teil durch den Umstand erklärt werden, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt eines Asylverfahrens im Ausland zuträgt. Den Asylbehörden ist es deshalb nur in äusserst beschränktem Mass möglich, den Sachverhalt vor Ort selber abzuklären, sei dies aus Gründen der aktuellen Situation im Herkunftsstaat der asylsuchenden Person, aus diplomatischen Gründen oder weil vertrauenswürdige Informationen kaum erlangt werden können. So gilt auch im Allgemeinen Verwaltungsverfahren, dass Tatsachen, welche durch die Behörden kaum oder nur mit einem grossen Aufwand erhoben werden können und die Partei diese besser kennt als die Behörde, im Sinne der Mitwirkungspflicht von den Parteien dargelegt werden müssen.⁷⁶⁴ Spezialrechtliche Regelungen, welche eine gewisse Abschwächung des Untersuchungsgrundsatzes zu Lasten einer erhöhten Mitwirkungspflicht bezwecken, können in diesem Sinne durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens als legitim respektive unerlässlich für die Zielerreichung erachtet werden.

Indessen ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass auch Asylsuchende unter dem Beweisnotstand zu leiden haben. Auch für sie kann sich die Beibringung von Beweisen – sei es durch die Beschaffung von Urkunden oder die Schilderung ihrer (in gewissen Fällen im Sinne eines unerträglichen psychischen Drucks lediglich befürchteten) ernsthaften Nachteile – mit einem hohen Beweiswert schwierig bis unmöglich darstellen. Diesem Umstand wurde im Gesetz dadurch Rechnung getragen, dass die Flüchtlingseigenschaft nicht zwingend bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden muss (Art. 7 Abs. 1 AsylG). Die Folgen der Beweislosigkeit tragen jedoch die Asylsuchenden. Der Umstand, dass es sich bei den Asylsuchenden um Schutz suchende, fremdsprachige und rechtsunkundige Personen handelt, welche zudem nicht selten als vulnerabel bezeichnet werden müssen, würde für eine Abschwächung der Mitwirkungspflicht zu Lasten der Untersuchungspflicht der Behörde sprechen. Durch die klar definierte und mit drastischen Folgen ausgestaltete Mitwirkungspflicht im Asylgesetz kann zumindest im Bezug auf die Beibringung von Beweismitteln zur Glaubhaftmachung der Flüchtlings-

⁷⁶⁴ Vgl. vorangehend Kap. 9.3.2.2.

eigenschaft darauf geschlossen werden, dass dieser spezifischen Eigenschaft des Asylverfahrens in der Ausgestaltung der Pflichten in der Sachverhaltsabklärung kaum Rechnung getragen wurde.

Die Verschiebung der Abklärungspflicht des Sachverhalts von Seiten der Behörde zu Lasten der Asylsuchenden kann weiter durch den Umstand erklärt werden, dass es sich beim Asylverfahren um ein Massenverfahren handelt. Ohne den gesetzlich normierten Einbezug der asylsuchenden Personen in die Verfahrensführung wäre davon auszugehen, dass die Behörden einem wesentlich grösseren Aufwand pro Asylgesuch gegenüberstehen würden, was zu einem Kollaps des gesamten Systems führen könnte. So wäre es durchaus denkbar, dass sich die Behörden für wenige Fälle ohne zeitlichen Druck durchaus Informationen aus den Herkunftsländern beschaffen könnten oder eingehendere Beweisverfahren durchgeführt werden könnten. Bei mehreren tausend Fällen muss dies im Sinne eines funktionierenden Asylverfahrens als faktisch unmöglich qualifiziert werden.

Die Inkohärenzen⁷⁶⁵ und die im Vergleich zum anderen Verwaltungsverfahren beispiellosen Konsequenzen bei einer Mitwirkungspflichtsverletzung sind illustrative Beispiele für die Reaktion des Gesetzgebers auf die Emotionalisierung des Asylverfahrens. So wurden – um das Beispiel von Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG aufzugreifen – Bestimmungen mit einem pönalen Charakter erst im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess eingeführt, ohne dass die betroffenen Organisationen und Behörden vorgängig in der Vernehmlassung Stellung nehmen konnten.⁷⁶⁶

Die Hochwertigkeit der Rechtsgüter im Asylverfahren spielt in Bezug auf die Sachverhaltsabklärung kaum eine Rolle.

Zusammenfassend wird aus der Analyse der Abweichungen der Bestimmungen im Asylverfahren im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren in Bezug auf die Sachverhaltsabklärung ersichtlich, dass die Abweichungen in erster Linie auf den herrschenden Beweisnotstand respektive durch den Umstand, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland zugetragen hat, zurückzuführen sind. Dazu kommt der Erledigungsdruck durch die grosse Anzahl gestellter Gesuche. Die verstärkten Mitwirkungspflichten der Asylsuchenden können denn bis zu einem

⁷⁶⁵ Vgl. vorangehende Ausführungen zu Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG im Vergleich zu Art. 36 Abs. 1 AsylG, Kap. 9.3.3.2.

⁷⁶⁶ Eingehend NUFER, insb. S. 6 f.

gewissen Grad als Reaktion auf die Schwierigkeiten in der Sachverhaltsermittlung gesehen werden.⁷⁶⁷ Die spezialgesetzlichen Bestimmungen – mit Ausnahme des tiefer gesetzten Beweisgrades – kommen in erster Linie den Asylbehörden zugute, obschon auch die asylsuchenden Personen Nachteile aus dem Beweisnotstand erfahren. Die Abweichungen sind durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens grösstenteils als gerechtfertigt zu qualifizieren. Indessen gilt dies nicht für Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG. Diese Abweichung kann aufgrund der fehlenden Gesetzssystematik und stark beschränkter Anwendbarkeit in der Praxis nicht auf die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens zurückgeführt werden. Ob indessen der Umfang der restlichen, a priori gerechtfertigten Abweichung in diesem Bereich nach wie vor aufgrund der Eigenschaften des Asylverfahrens als gerechtfertigt respektive notwendig zur Zielerreichung angesehen werden kann, ist insbesondere im Hinblick auf die Eigenschaften der asylsuchenden Personen zumindest fraglich.

⁷⁶⁷ KLAUSHOFER, S. 158.

Kapitel 10 Beschwerdeverfahren

10.1 Übersicht

Gemäss Art. 29a BV hat jede Person im Sinne der Rechtsweggarantie bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf die Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Diese Bestimmung garantiert nicht nur den blossen Zugang zu einem Gericht, sondern verlangt auch, dass der Zugang nicht anderweitig in unzumutbarer Weise (wie z. B. durch übertriebene Formvorschriften oder Kosten) erschwert wird, und soll so effektiven Rechtsschutz garantieren.⁷⁶⁸

Die vierte Kategorie, in welcher die Abweichungen des Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren besprochen werden, ist der Rechtsschutz, wobei hier der Fokus im Wesentlichen auf das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gelegt wird.

Sowohl das Verwaltungsverfahrensgesetz als auch das Asylgesetz widmen sich in einem ganzen Abschnitt dem Beschwerdeverfahren,⁷⁶⁹ was bereits dessen Gewicht im Gesetz sowie auch die offensichtlichen Abweichungen des Asylgesetzes zum Verwaltungsverfahrensgesetz deutlich macht. Die spezialgesetzlichen Abweichungen betreffen sowohl den Verfahrensablauf des Beschwerdeverfahrens als auch den Prüfungsumfang und die Beschwerde-, Verfahrens- und Behandlungsfristen. Auch im Bereich der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung sind grosse Unterschiede festzustellen. Diese Reduktion des Rechtsschutzes insbesondere durch Kürzung der Fristen, eine eingeschränkte Kognition sowie die Verkleinerung des Spruchkörpers auf das rechtsstaatliche Minimum ist so im Verwaltungsverfahren einzigartig.⁷⁷⁰

Im Folgenden werden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes respektive des Verwaltungsgerichtsgesetzes den spezialgesetzlichen Bestimmungen im Asylgesetz gegenübergestellt und die Diskrepanzen aufgezeigt, bevor der Sinn und Zweck der Abweichungen besprochen wird.

⁷⁶⁸ KUHN, S. 4; MÜLLER/SCHEFER, S. 907, insb. 914 ff.

⁷⁶⁹ Vgl. Art. 44 ff. VwVG; Art. 104 ff. AsylG zum Beschwerdeverfahren auf Bundesebene, wobei darauf hinzuweisen ist, dass insbesondere bereits in Art. 102f ff. AsylG Bestimmungen zum Rechtsschutz in den Zentren des Bundes enthalten sind.

⁷⁷⁰ Vgl. SCHINDLER, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Rz. 21.

10.2 Fristen

10.2.1 Beschwerdefristen

10.2.1.1 *Verwaltungsverfahrensgesetz*

Art. 50 Abs. 1 VwVG sieht in genereller Weise vor, dass eine Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen ist, wobei für die Berechnung der Frist Art. 20 VwVG beachtlich ist. Diese Frist von 30 Tagen kann nicht erstreckt werden.⁷⁷¹ Lläuft die Frist unbenutzt ab, erwächst die Verfügung in formelle Rechtskraft und ist vollstreckbar. Auf eine verspätete Beschwerde ist entsprechend nicht einzutreten.⁷⁷² Die 30-tägige Beschwerdefrist gilt im Sinne von Art. 50 Abs. 1 VwVG auch für die Anfechtung von Zwischenverfügungen.⁷⁷³

Zu beachten ist ferner, dass im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 22a VwVG die Fristen vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar stillstehen.

10.2.1.2 *Asylgesetz*

Im Asylgesetz regelt Art. 108 die Beschwerdefristen, wobei die allgemeine Regelung von einer 30-tägigen Beschwerdefrist noch besteht, diese aber von zahlreichen Ausnahmen relativiert wird. So ist bei anfechtbaren Zwischenverfügungen innerhalb von zehn Tagen seit Eröffnung Beschwerde einzureichen. Bei Nichteintretensentscheiden sowie bei Entscheiden nach Art. 23 Abs. 1 (sog. Flughafenbeschwerden) und Art. 40 in Verbindung mit Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG (bei Ablehnung ohne weitere Abklärungen bei Personen aus einem sog. Safe Country) fünf Arbeitstage. Neben den unterschiedlichen Fristen ist auch auf die Unterscheidung zwischen Arbeits- und Kalendertagen hinzuweisen, wobei das Verwaltungsverfahrensgesetz keine Arbeitstage zur Fristberechnung kennt.⁷⁷⁴ Nicht als Arbeitstage gelten nach Art. 1c AsylV 1 Samstage, Sonntage, Feiertage des Bundes sowie anerkannte Feiertage nach kantonalem Recht am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder

⁷⁷¹ Art. 22 Abs. 1 VwVG; ZIBUNG, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 50, Rz. 12; VOGEL, in: Kommentar VwVG, Art. 50, Rz. 5.

⁷⁷² ZIBUNG, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 50, Rz. 16.

⁷⁷³ VOGEL, in: Kommentar VwVG, Art. 50, Rz. 3.

⁷⁷⁴ ANTONIONI LUFTENSTEINER, in: Code annoté LAsi, Art. 108, Rz. 45.

ihrer Vertretung.⁷⁷⁵ Als gesetzliche Fristen können auch die Beschwerdefristen im Asylgesetz im Sinne von Art. 22 Abs. 1 VwVG nicht erstreckt werden.⁷⁷⁶

Neben diesen beiden Beschwerdefristen von 30 Tagen respektive fünf Arbeitstagen bestimmt Art. 108 Abs. 4 und 5 AsylG weiter, dass die Verweigerung der Einreise nach Art. 22 Abs. 2 AsylG bis zum Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung in der Sache angefochten werden kann. Auch die Überprüfung der Rechtmässigkeit und der Angemessenheit der Zuweisung eines Aufenthaltsorts am Flughafen oder an einem anderen geeigneten Ort nach Art. 22 Abs. 3 und 4 AsylG kann jederzeit mittels Beschwerde beantragt werden.

Im Asylverfahren kann die Beschwerdefrist momentan auch noch mittels Eingabe über den Telefax gewahrt und die Beschwerde – unter Voraussetzung der Nachreichung des unterschriebenen Originals nach den Regeln von Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG – rechtsgültig eingereicht werden. Dies im Gegensatz zu Art. 21 Abs. 1 VwVG, wonach eine Frist nur gewahrt werden kann, wenn die schriftliche Eingabe bei der Behörde eingereicht oder zu Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wurde.

Der Fristenstillstand findet im Asylverfahren gemäss Art. 17 Abs. 1 AsylG keine Anwendung, da dieser zu massiven Verfahrensverzögerungen geführt habe.⁷⁷⁷

10.2.2 Verfahrensfristen

Mit Verfahrensfristen sind – im Gegensatz zu den Behandlungsfristen für die Behörden und das Gericht – Fristen gemeint, in welchen eine beschwerdeführende Person gewisse Verfahrenshandlungen rechtsgültig vornehmen kann.⁷⁷⁸ Das Verwaltungsverfahrensgesetz kennt lediglich wenige Verfahrensfristen und legt keine gesetzlichen Fristen fest. Im Wesentlichen sind Art. 52 Abs. 2 VwVG zur Verbesserung und Art. 53 VwVG zur Möglichkeit der Beschwerdeergänzung zu nennen.

⁷⁷⁵ Eingehend zur Fristberechnung von Arbeitstagen vgl. BVGE 2009/55.

⁷⁷⁶ SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 336.

⁷⁷⁷ BBl 1996 II 1, 25 und 50, sowie HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 17, Rz. 1 m.w.H.

⁷⁷⁸ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 110, Rz. 1.

10.2.2.1 Verwaltungsverfahrensgesetz

Art. 52 Abs. 2 VwVG sieht vor, dass die Beschwerdeinstanz bei einer Beschwerde, welche den Anforderungen bezüglich Inhalt und Form nach Art. 52 Abs. 1 VwVG nicht genügt und nicht als offensichtlich unzulässig zu qualifizierten ist, eine kurze Nachfrist zur Verbesserung einzuräumen hat. Dabei handelt es sich nicht um eine Möglichkeit der Beschwerdeinstanz, sondern um einen Anspruch der beschwerdeführenden Person, womit einem überspitzten Formalismus entgegengewirkt werden soll. Indessen muss zumindest erkennbar sein, dass eine konkrete Person den Willen hat, Beschwerde zu führen und eine durch eine bestimmte, die Person betreffende Verfügung geschaffene Rechtslage zu ändern.⁷⁷⁹ Bei der Aufforderung zur Verbesserung wird die beschwerdeführende Person auf den Mangel in der Beschwerdeschrift hingewiesen. Bei absichtlichen, bewussten oder geplanten Mängeln wird aufgrund des rechtsmissbräuchlichen und somit nicht schutzbedürftigen Vorgehens keine Nachfrist angesetzt. Die Dauer der Nachfrist ist je nach Einzelfall unterschiedlich und liegt nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz im Ermessen der Rechtsmittelinstanz. Bei der Bemessung ist zu berücksichtigen, dass der Mangel effektiv verbessert werden kann, gleichzeitig jedoch die Beschwerdefrist nicht ungebührlich verlängert wird. Eine Nachfrist von drei respektive fünf Tagen wird in der Praxis als ausreichend erachtet, wobei es auch möglich ist, die Frist zu erstrecken.⁷⁸⁰ Die Aufforderung zur Verbesserung ist mit der Androhung zu verbinden, nach unbenutztem Fristablauf auf Grund der Akten zu entscheiden, oder, wenn Begehren, Begründung oder Unterschrift fehlen, auf die Beschwerde nicht einzutreten (Art. 52 Abs. 3 VwVG). Es können nur ausdrücklich angedrohte Folgen bei Säumnis angeordnet werden.⁷⁸¹

Art. 53 VwVG sieht weiter vor, dass bei einem aussergewöhnlichen Umfang oder bei besonderer Schwierigkeit der Beschwerdesache eine angemessene Nachfrist zur Beschwerdeergänzung angesetzt werden kann. Art. 53 VwVG unterscheidet sich somit von Art. 52 VwVG, indem die eingereichte Beschwerde grundsätzlich ordnungsgemäss eingereicht wurde, jedoch einer Ergänzung bedarf. Zu beachten ist, dass zwar die Begründung ergänzt und vertieft werden kann, nicht aber die

⁷⁷⁹ MOSER, in: Kommentar VwVG, Art. 52, Rz. 15.

⁷⁸⁰ SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 52, Rz. 112; MOSER, in: Kommentar VwVG, Art. 52, Rz. 2 ff.

⁷⁸¹ SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 52, Rz. 114 ff.; MOSER, in: Kommentar VwVG, Art. 52, Rz. 24 ff.

Rechtsbegehren. Die beschwerdeführende Person hat in der Beschwerdeschrift einen Antrag auf Beschwerdeergänzung zu stellen und diesen zu begründen. Es handelt sich somit im Gegensatz zu Art. 52 VwVG nicht um einen Anspruch der beschwerdeführenden Person. Wann der beschwerdeführenden Person die Möglichkeit zur Beschwerdeergänzung gewährt wird, liegt aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe («aussergewöhnlicher Umfang» und «besondere Schwierigkeit») im Ermessen der Beschwerdeinstanz. Ferner kann auch eine Frist zur Beschwerdeergänzung angesetzt werden, wenn es der Person aufgrund tatsächlicher, unverschuldeter Umstände nicht möglich war, eine sorgfältige Beschwerdebegründung zu verfassen.⁷⁸²

Die Dauer der Nachfrist bestimmt sich nach dem jeweiligen Einzelfall, darf jedoch die Beschwerdefrist nicht überschreiten. Wird trotz Gewährung der Ergänzungsfrist keine Eingabe eingereicht, ist das Verfahren auf Basis der Beschwerdeschrift an die Hand zu nehmen. Wird das Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Beschwerdeergänzung abgelehnt, wird das Beschwerdeverfahren weitergeführt, die beschwerdeführende Person hat jedoch nach dem Schriftenwechsel oder auf Basis von Art. 32 Abs. 2 VwVG – wobei nur die ausschlaggebenden Vorbringen berücksichtigt werden müssen⁷⁸³ – die Möglichkeit, ihre Eingabe zu ergänzen.⁷⁸⁴

10.2.2.2 Asylgesetz

Im Asylgesetz regelt Art. 110 AsylG die Verfahrensfristen im Beschwerdeverfahren abweichend vom Verwaltungsverfahrensgesetz. In seinem Abs. 1 werden im Gegensatz zu Art. 52 Abs. 2 VwVG gesetzliche und somit grundsätzlich nicht erstreckbare Fristen für eine allfällige Beschwerdeverbesserung implementiert (sieben Tage, respektive drei Tage bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, Entscheide nach Art. 23 Abs. 1 [Flughafenverfahren], Abweisungen ohne weitere Abklärungen bei Personen aus einem sog. Safe Country [Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG]⁷⁸⁵ sowie Verfügungen nach Art. 111b AsylG [Wiedererwägung]). Bei den Fristen handelt es sich um Kalender- und nicht um Arbeitstage.

⁷⁸² SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 53, Rz. 11 ff.

⁷⁸³ Dazu WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32, Rz. 12 ff.

⁷⁸⁴ SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 53, Rz. 20 ff.

⁷⁸⁵ Bis am 1. März 2019 waren diese Verfahren in der Aufzählung nicht enthalten, weshalb die Verbesserungsfrist mit sieben Tagen länger war als die Beschwerdefrist. Dieser systematische Fehler wurde erst nach mehreren Jahren nun behoben (AS 2016 3101; AS 2018 2855; BBl 2014 7991).

Ferner bestimmt Art. 110 Abs. 2 AsylG die Fristen für die Beibringung von Beweisen (sieben Tage für Beweise aus dem Inland, 30 Tage für Beweise aus dem Ausland). Gutachten sind binnen 30 Tagen beizubringen. Im Verwaltungsverfahrensgesetz findet sich keine entsprechende Bestimmung respektive Frist.

Art. 110 Abs. 3 AsylG sieht wiederum eine Ausnahme zum Grundsatz der nicht Erstreckbarkeit dieser eben beschriebenen Fristen vor, wobei vorgesehen ist, dass die Frist verlängert werden kann, wenn die beschwerdeführende Person beziehungsweise ihre Vertreterin oder ihr Vertreter namentlich wegen Krankheit oder Unfall verhindert ist, innerhalb dieser Frist zu handeln. Abs. 3 bezieht sich sowohl auf die Frist zur Beschwerdeergänzung als auch auf die Ansetzung einer Frist zur Beibringung von Beweismitteln.

Bei Verfahren betreffend die Verweigerung der Einreise in die Schweiz und die Zuweisung eines Aufenthaltsorts am Flughafen nach Art. 22 Abs. 2–4 AsylG werden mit Art. 110 Abs. 4 AsylG die vorangehend festgelegten Fristen abermals auf höchstens zwei Arbeitstage verkürzt.

Bei Art. 110 AsylG handelt sich mit der Festlegung der Fristen sowohl um eine Konkretisierung von Art. 52 f. VwVG, als auch um eine Verkürzung der im Verwaltungsverfahrensgesetz praxisgemäss vorgesehenen dreitägigen Fristen. Zudem handelt es sich durch Art. 110 AsylG um gesetzliche Fristen, welche – mit Ausnahme von Art. 110 Abs. 3 AsylG – nicht erstreckbar sind.

10.2.3 Behandlungsfristen

Im Gegensatz zum Verwaltungsverfahrensgesetz, in welchem sich keine expliziten Behandlungsfristen finden, ist das Beschwerdeverfahren auf dem Gebiet des Asyls von gesetzlichen Behandlungsfristen geprägt, welche im Jahr 2008 vom Gesetzgeber flächendeckend im Asylgesetz eingeführt und im Jahr 2012 nochmals verkürzt wurden. Es handelt sich dabei jedoch um Ordnungsfristen, weshalb kein Anspruch auf Einhaltung besteht.⁷⁸⁶ Die Fristen variieren je nach Art des Entscheids zwischen «unverzüglich»,⁷⁸⁷ fünf Arbeitstagen⁷⁸⁸ sowie 20⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ Art. 109 AsylG; SFH, Handbuch, 2. Aufl., S. 340; ANTONIONI LUFTENSTEINER, in: Code annoté LAsi, Art. 109, Rz. 1 ff.; STÖCKLI, Asyl, Rz. 11.194.

⁷⁸⁷ Unter anderem für Flughafenbeschwerden.

⁷⁸⁸ Z. B. sog. Dublin-Entscheide und Safe Country nach Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG.

⁷⁸⁹ Für Beschwerden gegen Verfügungen im beschleunigten Verfahren.

respektive 30⁷⁹⁰ Tagen. Die Frist beginnt prinzipiell ab Eingang der Beschwerde zu laufen.⁷⁹¹ Im Hinblick darauf, dass beispielsweise für das Einholen von Beweismitteln aus dem Ausland eine Frist von 30 Tagen⁷⁹² und für das Einholen einer Vernehmlassung und einer Replik eine Frist von je 15 Tage gewährt wird, erscheinen die Behandlungsfristen bereits bei einem einfachen Instruktionsverfahren ambitioniert. Auch wenn diese Fristen erst ab dem Zeitpunkt der Entscheidreife⁷⁹³ und somit nach Abschluss des Instruktionsverfahrens zu laufen beginnen würden, wäre deren Einhaltung nicht in jedem Fall möglich. Insbesondere, wenn im Rahmen des Entscheidungsprozesses weitere Schritte wie eine zweite Zirkulation oder eine mündliche Beratung nötig werden oder sich gar eine zu koordinierende Rechtsfrage stellt, erscheint die Einhaltung dieser Fristen unmöglich.⁷⁹⁴

10.2.4 Zwischenfazit

Bei einem Vergleich der gesetzlich vorgesehenen Fristen im Beschwerdeverfahren wird ersichtlich, dass im Asylgesetz im Vergleich zum Verwaltungsverfahrensgesetz kürzere, viele unterschiedliche sowie mehr festgelegte Fristen vorgesehen sind. Zudem wird im Asylverfahren stark zwischen den verschiedenen Verfahrensarten differenziert. Indessen handelt es sich in Bezug auf die Verfahrensfristen und die Behandlungsfristen bei den Spezialbestimmungen im Asylgesetz eher um Konkretisierungen als um Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren. Eine klare Abweichung ist indessen im Bezug auf die verkürzten Beschwerdefristen festzustellen.⁷⁹⁵

Erklärt werden diese verkürzten und konkretisieren Fristen jeweils mit dem Beschleunigungswillen und somit durch den Umstand, dass es sich bei Asylverfahren um Massenverfahren handelt.⁷⁹⁶ Indessen ist fraglich, inwieweit verkürzte Fristen

⁷⁹⁰ Für Beschwerden gegen Verfügungen im erweiterten Verfahren.

⁷⁹¹ Art. 109 AsylG, EJPD, Erläuternder Bericht, S. 49.

⁷⁹² Vgl. Art. 110 Abs. 2 AsylG.

⁷⁹³ Wann ein Verfahren als entscheidreif beziehungsweise spruchreif angesehen wird, hängt vom Einzelfall ab. Sind keine Instruktionsmassnahmen nötig, kann die Entscheidreife bereits ab Eingang der vorinstanzlichen Akten bestehen.

⁷⁹⁴ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 8.

⁷⁹⁵ Vgl. dazu bereits: BBl 1990 II 573, 588: «Zur Beschleunigung des Verfahrens und zur Straffung von Umfang und Form der Entscheide sind die Begründungspflicht und die Fristen auf das zulässige Minimum zu reduzieren (...).»

⁷⁹⁶ Vgl. BBl 2014 7991, 8039.

dabei behilflich sind, die Verfahren innert nützlicher Frist zu behandeln. So können Behandlungsfristen sogar die gegenteilige Wirkung entfalten, da insbesondere auch Anreize für ein Unterschreiten der Fristen fehlen. Verkürzte Beschwerdefristen können dazu führen, dass Beschwerdefristen weniger sorgfältig redigiert werden und Beweismittel fehlen, was wiederum den Instruktionsaufwand für das Gericht erhöht.⁷⁹⁷ Am Umstand, dass sich die Fristen in den letzten Jahren mehrmals und zum Teil in inkohärenter Weise angepasst haben, ist auch der politische und gesellschaftliche Diskurs zu erkennen, in welchem das Asylverfahren steht. Indessen wird dem Umstand, dass es sich bei den asylsuchenden Personen um rechtliche Laien handelt und hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, mit Blick auf die Fristen kaum Rechnung getragen.⁷⁹⁸

10.3 Spruchkörper

10.3.1 Verwaltungsgerichtsgesetz

In Bezug auf die Besetzung des Spruchkörpers kann nicht auf die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zurückgegriffen werden, da dieses keine Regelungen zur Organisation der Beschwerdeinstanz, hier namentlich des Bundesverwaltungsgerichts, enthält. In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu berücksichtigen.

Art. 21 Abs. 1 VGG bestimmt, dass die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen entscheiden. In einem Spruchkörper mit fünf Richterinnen und Richtern wird entschieden, wenn das Abteilungspräsidium dies im Interesse der Rechtsfortbildung oder der Einheit der Rechtsprechung anordnet (Art. 21 Abs. 2 VGG). Art. 25 VGG bestimmt weiter, dass für eine Rechtsfrage, welche mehrere Abteilungen betrifft, die Zustimmung der Vereinigung aller betroffenen Abteilungen eingeholt werden muss, sofern dies für die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung angezeigt ist. Das Plenum (sowie auch die gesamte Abteilung oder Kammer) ist jedoch nie Spruchkörper. Zudem befindet das Plenum auch nur in abstrakter Wei-

⁷⁹⁷ Zum Ganzen eingehend: SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 16 insb. m.H.a. BBl 1998 2591, 2606 (Plangenehmigungsverfahren), wobei ausgeführt wird, dass Fristen dazu führen können, dass sich die entscheidende Behörde die notwendigen Entscheidungsgrundlagen nicht mehr verschaffen kann.

⁷⁹⁸ SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 16; KUHN, S. 5.

se über die Rechtsfrage, welche dann vom Spruchkörper im Einzelfall umgesetzt wird.⁷⁹⁹

Die Abschreibung von gegenstandslos gewordenen Verfahren sowie das Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Rechtsmittel wird in einem einzelrichterlichen Verfahren entschieden (Art. 23 Abs. 1 VGG). Um ein nicht «offensichtlich» unzulässiges Rechtsmittel handelt es sich, wenn beispielsweise nicht klar ist, ob die Beschwerdefrist tatsächlich verpasst wurde. Solche Beschwerden sind demnach trotzdem in einem Dreier- oder sogar in einem Fünferspruchkörper zu fällen.⁸⁰⁰

Der Dreierspruchkörper ist somit der ordentliche Spruchkörper, Einzelrichterentscheide sowie Entscheide im Fünferspruchgremium sind dagegen – gemäss den gesetzlichen Bestimmungen – die Ausnahme. Dies entspricht auch dem Normalfall beim Bundesgericht⁸⁰¹ sowie in den Kantonen.⁸⁰²

10.3.2 Asylgesetz

Auch im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren gelten die eben beschriebenen Regelungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes, wonach ein Urteil in der Regel in Dreierbesetzung erlassen wird. Indessen bestimmt Art. 111 AsylG im Sinne einer *lex specialis*, dass bei Abschreibung von Beschwerden infolge Gegenstandslosigkeit (Bst. a), Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Beschwerden (Bst. b) sowie bei Entscheiden über die vorläufige Verweigerung der Einreise am Flughafen und Zuweisung eines Aufenthaltsorts am Flughafen (Bst. c) ein Einzelrichter respektive eine Einzelrichterin über die Beschwerde entscheidet. Die Konstellationen nach Bst. a bis b entsprechen den Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes⁸⁰³ und sind dementsprechend als Klarstellungen zu qualifizieren. Bst. c ist als Spezialfall mit materiellem Bezug auf das Asylverfahren zu erachten.

Weiter bestimmt Art. 111 Abs. 1 Bst. e AsylG, dass offensichtlich begründete oder unbegründete Beschwerden mit Zustimmung eines zweiten Richters respektive

⁷⁹⁹ MONNET, S. 85 ff.; KNEUBÜHLER, Verfahren, S. 296 f.; BAECHLER, S. 272 f., 275 f.

⁸⁰⁰ KNEUBÜHLER, Verfahren, S. 294 f.

⁸⁰¹ Art. 20 Abs. 1 BGG.

⁸⁰² Z. B. § 38a Abs. 2 VRG/ZH; Art. 45 Abs. 1 GSOG/BE; Art. 19 Abs. 1 GOG/GL.

⁸⁰³ Vgl. Art. 23 VGG, wobei die Konstellation von Bst. c explizit in Art. 23 Abs. 2 VGG vorgesehen ist.

einer zweiten Richterin entschieden werden, was im Vergleich zum übrigen Verwaltungsverfahren eine Einzigartigkeit des asylrechtlichen Beschwerdeverfahrens darstellt. Diese Bestimmung wurde in erster Linie vor dem Hintergrund des Asylverfahrens als Massenverfahren sowie aufgrund des besonders ausgeprägten politischen Willens der Verfahrensbeschleunigung eingeführt.⁸⁰⁴ Indessen wurde der unbestimmte Rechtsbegriff «offensichtlich» im Sinne von Art. 111 Bst. e AsylG trotz seines grossen Interpretationsbedarfs weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eingehender beschrieben oder genauere Kriterien dafür definiert.⁸⁰⁵ In der Praxis kann sicherlich ein Zusammenhang mit der Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege aufgrund Aussichtslosigkeit – wenn der verlangte Kostenvorschuss trotz der bestehenden Bedürftigkeit bezahlt wurde – und der Behandlung der Beschwerde in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines Zweitrichters respektive einer Zweitrichterin festgestellt werden.⁸⁰⁶ Zudem ist auch die Notwendigkeit von weiteren Instruktionsmassnahmen als weiteres Indiz gegen eine offensichtliche Begründet- oder Unbegründetheit zu sehen.⁸⁰⁷ Die Zustimmung des Zweitrichters oder der Zweitrichterin beschränkt sich sodann im Prinzip auf die Offensichtlichkeit der Beschwerde. Wird die Zustimmung nicht erteilt, ist zumindest die Begründung des Urteils anzupassen, da das Urteil nun nicht mehr nur summarisch im Sinne von Art. 111a Abs. 2 AsylG zu begründen ist. Gegebenenfalls können auch zusätzliche Instruktionsmassnahmen vorgenommen werden, bevor das Beschwerdeverfahren zumindest in einem Dreierspruchkörper entschieden wird, wobei der/die zustimmungsverweigernde Richter respektive Richterin als Zweitrichter/Zweitrichterin im Spruchkörper bleibt.⁸⁰⁸

Das Bundesverwaltungsgericht macht von dieser Möglichkeit des Zweierspruchkörpers rege Gebrauch. Dies obschon diese Möglichkeit ursprünglich eingeführt wurde, um die Fünftagesfrist für die bereits wieder abgeschafften materiellen

⁸⁰⁴ BBl 1997 III 697, 706; BBl 1990 II 573, 663; SONDEREGGER/KNEER, S. 20, Rz. 40; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE, Rz. 927. Indessen wurde sogar die Möglichkeit eines summarischen Verfahrens ohne Zustimmung eines Zweitrichters diskutiert und schliesslich aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen verworfen, BBl 1997 III 697, 708 f.

⁸⁰⁵ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 41.

⁸⁰⁶ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 41.

⁸⁰⁷ In diesem Sinne ANTONIONI LUFTENSTEINER, in: Code annoté LAsi, Art. 111, Rz. 9; kritisch: SONDEREGGER/KNEER, Rz. 41.

⁸⁰⁸ SONDEREGGER/KNEER, Rz. 43.

Nichteintretenstatbestände einhalten zu können. Art. 111 Bst. e AsylG wurde im Laufe der Zeit weitreichender interpretiert, so dass aktuell ein Grossteil aller Beschwerden in einzelrichterlichen Verfahren mit oder ohne Zustimmung eines Zweitrichters respektive einer Zweitrichterin erledigt werden.⁸⁰⁹

10.4 Schriftenwechsel

Gemäss Art. 111a Abs. 1 AsylG ist es im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren möglich, auf den Schriftenwechsel zu verzichten und einen sogenannten Direktentscheid zu erlassen. Die Möglichkeit des Verzichts auf einen Schriftenwechsel war im Jahr 2005 als Beschleunigungsmassnahme für alle einzelrichterlichen Verfahren vorgesehen, bevor diese Möglichkeit auf alle Beschwerdeverfahren ausgeweitet wurde.⁸¹⁰

Art. 57 VwVG sieht indessen vor, dass die Beschwerdeinstanz eine nicht zum vornherein unzulässige oder unbegründete Beschwerde ohne Verzug der Vorinstanz und allfälligen Gegenparteien der beschwerdeführenden Person oder anderen Beteiligten zur Kenntnis bringt, ihnen eine Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung ansetzt und gleichzeitig die Vorinstanz zur Vorlage ihrer Akten aufgefordert wird. Ein weiterer Schriftenwechsel ist auf jeder Stufe des Verfahrens möglich. Somit unterscheidet sich das Verwaltungsverfahrensgesetz von der Spezialbestimmung des Asylgesetzes, indem es jede Beschwerde, welche den Ansprüchen nach Art. 52 VwVG genügt und die Beschwerdeinstanz zuständig ist, in die Vernehmlassung zu geben hat. Somit soll das rechtliche Gehör der Verfahrensparteien gewahrt werden. Von vornherein unbegründet ist eine Beschwerde nur in Ausnahmefällen zu qualifizieren, nämlich dann, wenn die Anträge und die Begründung in keiner Weise geeignet sind, die vorinstanzliche Verfügung umzustossen.⁸¹¹

⁸⁰⁹ ANTONIONI LUFTENSTEINER, in: Code annoté LAsi, Art. 111, Rz. 9; BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 67, gemäss welchem 1652 Verfahren und somit über 21% aller Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts (alle Abteilungen) in einzelrichterlichem Verfahren mit Zustimmung eines Zweitrichters/einer Zweitrichterin entschieden wurden. Dazu kommen noch die Verfahren in den Asylabteilungen in einzelrichterlicher Zuständigkeit.

⁸¹⁰ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 111a, Rz. 1; anders: ANTONIONI LUFTENSTEINER, in: Code annoté LAsi, Art. 111a, Rz. 3, welche nach wie vor den Hauptfokus dieser Bestimmung auf Verfahren nach Art. 111 AsylG legt.

⁸¹¹ SEETHALER/PLÜSS, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 57, Rz. 1, 27.

Daraus wird ersichtlich, dass Art. 111a Abs. 1 AsylG eine Ausweitung der bereits existierenden Ausnahmeregelungen von Art. 57 VwVG darstellt. Im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren ist das Vorliegen einer zum vornherein unzulässigen oder unbegründeten Beschwerde nicht mehr nötig, so dass grundsätzlich unabhängig von der Erfolgsaussicht der Beschwerde auf den Schriftenwechsel verzichtet werden kann.

10.5 Amtliche Rechtsverbeiständung

10.5.1 Verwaltungsverfahrensgesetz

Art. 65 Abs. 2 VwVG regelt die amtliche Rechtsverbeiständung vor dem Bundesverwaltungsgericht in allgemeiner Weise. Damit ein Gesuch um Beordnung eines amtlichen Rechtsbeistands gutgeheissen wird, ist – neben den Voraussetzungen der Nichtaussichtslosigkeit und der Mittellosigkeit nach Art. 65 Abs. 1 VwVG – ausschlaggebend, ob die bedürftige Person eines Rechtsbeistands bedarf, um ihre Rechte im Beschwerdeverfahren wirksam wahrnehmen zu können und somit, ob die professionelle juristische Hilfe notwendig ist.

Dabei ist zwischen besonders schweren Eingriffen und relativ schweren Eingriffen des Verfahrensgegenstands zu unterscheiden. Bei besonders schweren Eingriffen erscheint die Bestellung einer Rechtsvertretung grundsätzlich geboten. Bei relativ schweren Eingriffen wird zusätzlich verlangt, dass sich im Verfahren in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht komplexe Fragen stellen, welche die Mitwirkung einer professionellen Vertretung als sachlich geboten erscheinen lassen.⁸¹² In diesem Zusammenhang sind auch die Fähigkeiten und die Situation der antragsstellenden Person zu berücksichtigen, etwa deren Fähigkeit, sich im Verfahren zu rechtzufinden, und ob die Gegenpartei sich anwaltlich vertreten lässt.⁸¹³

Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG können grundsätzlich nur Anwältinnen und Anwälte eingesetzt werden,

⁸¹² BGE 130 I 180 E. 2.2; KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 10; KAYSER/ALTMANN, in: Kommentar VwVG, Art. 65, Rz. 59 ff.; MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 65, Rz. 38; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 4.119 f.

⁸¹³ MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 65, Rz. 39; KAYSER/ALTMANN, in: Kommentar VwVG, Art. 65, Rz. 64 f.

welche die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen nach Art. 7 und 8 BGFA erfüllen. Sie müssen jedoch nicht im Anwaltsregister eingetragen sein.⁸¹⁴

10.5.2 Asylgesetz

Seit der Neustrukturierung des Asylverfahrens erhalten asylsuchende Personen bereits im erstinstanzlichen Verfahren, im beschleunigten sowie im Dublin-Verfahren eine Rechtsvertretung zugewiesen. Dieses Mandat umfasst auch die Redaktion einer Beschwerdeschrift und somit die Vertretung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht.⁸¹⁵

Bereits seit dem 1. Februar 2014 erhalten asylsuchende Personen, welche im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit wurden, in den meisten Beschwerdeverfahren auf Antrag eine amtliche Rechtsbeiständin oder einen amtlichen Rechtsbeistand.⁸¹⁶ Diese Praxis gilt nun auch für die erweiterten Verfahren, in welchen die asylsuchenden Personen dem Kanton zugeteilt wurden und von einer kantonalen Rechtsberatungsstelle vertreten werden.⁸¹⁷ Vor Einführung dieser Bestimmung wurde die unentgeltliche Rechtsverbeiständung trotz der hochwertigen Rechtsgüter, welche auf dem Spiel stehen, nur in sehr restriktiver Weise gewährt. Die ARK qualifizierte asylrechtliche Streitigkeiten zwar in aller Regel als relativ schwere Eingriffe, weshalb es am Kriterium der «erheblichen Tragweite» in aller Regel nicht fehle, da es im Normalfall vom Ausgang des Asylverfahrens abhänge, ob sich eine asylsuchende Person weiterhin rechtmässig in der Schweiz aufhalten könne.⁸¹⁸ Es könne unter Umständen auch ein relativ schwerer Eingriff selbst dann vorliegen, wenn die Person – weil in der Schweiz ohnehin aufenthaltsberechtigt – diese bei negativem Ausgang des Asylverfahrens nicht zu verlassen hätte.⁸¹⁹ Es fehle aber – unter Hinweis auf den Ablauf der Befragungen und die Anwesenheit der Hilfswerksvertretung – am Er-

⁸¹⁴ Vgl. MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 65, Rz. 41; KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 16.

⁸¹⁵ Art. 102k Abs. 1 Bst. d AsylG.

⁸¹⁶ Art. 102m Abs. 1 AsylG.

⁸¹⁷ Art. 102l AsylG.

⁸¹⁸ EMARK 2001 Nr. 11 E. 6.b.aa.

⁸¹⁹ EMARK 2000 Nr. 6 E. 10.

fordernis des «Anstehens komplexer Sach- oder Rechtsfragen», welche eine professionelle Rechtsvertretung erforderlich machen würden.⁸²⁰

Im nun geltenden Art. 102*m* AsylG wird auf die Prüfung des Erfordernisses der Notwendigkeit einer Rechtsvertretung verzichtet und diese ohne individuelle Prüfung bejaht. Die Beiordnung einer Rechtsvertretung setzt demnach nur die Befreiung von der Bezahlung der Verfahrenskosten nach Art. 65 Abs. 1 VwVG und somit die Mittellosigkeit der beschwerdeführenden Person sowie die Nicht-Aussichtslosigkeit der Beschwerde voraus. Damit wird gemäss der Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes des Bundesrates die Notwendigkeit nun «aufgrund der im Regelfall mangelnden Sprach- und Rechtskenntnisse der Betroffenen» gesetzlich geregelt und somit rechtlich vermutet.⁸²¹

Die Beiordnung der amtlichen Rechtsverteidigung muss nach wie vor ausdrücklich beantragt werden. Ein Gesuch um Erlass der Kostenvorschusspflicht und/oder um unentgeltliche Rechtspflege reicht nicht aus. Bei Laienbeschwerden können indessen auch sinngemässe Anträge genügen.⁸²²

Art. 102*m* AsylG findet jedoch nicht auf alle asylrechtlichen Beschwerdeverfahren Anwendung. Explizit aufgezählt werden Nichteintretensentscheide, ablehnende Asyl- sowie Wegweisungsentscheide nach Art. 31*a* und 44 AsylG (Bst. a), Entscheide über den Widerruf und das Erlöschen des Asyls nach Art. 63 und 64 AsylG (Bst. b); die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme bei Personen aus dem Asylbereich nach Art. 84 Abs. 2 und 3 AIG (Bst. c) sowie Entscheide im Rahmen der Gewährung des vorübergehenden Schutzes. Weiter nimmt Art. 102*m* AsylG explizit Beschwerden gegen Verfügungen eines Wiedererwägungsverfahrens oder von Mehrfachgesuchen sowie Revisionsverfahren von dessen Anwendung aus. In diesen Verfahren kommt nach wie vor Art. 65 Abs. 2 VwVG zur Anwendung (Abs. 2). Ob eine Beiordnung einer amtlichen Rechtsvertretung nach Art. 102*m* AsylG in Verfahren möglich ist, welche weder explizit aufgelistet noch ausgeschlossen sind,

⁸²⁰ EMARK 2000 Nr. 6 E. 10; EMARK 2001 Nr. 11 E.6.b.bb (für das erstinstanzliche Verfahren); EMARK 1998 Nr. 13 E.4.b.dd (für Minderjährige).

⁸²¹ BBI 2014 7991, 8024.

⁸²² KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 14.

entscheidet das Bundesverwaltungsgericht, weshalb gewisse Unklarheiten bestehen.⁸²³

Im Unterschied zu Art. 65 Abs. 2 VwVG können nach Art. 102*m* AsylG i.V.m. Art. 53 Bst. c AsylV 1 neben Anwältinnen und Anwälten auch Personen mit einem universitären juristischen Hochschulabschluss⁸²⁴ beigeordnet werden, die beruflich mit der Beratung und Vertretung von Asylsuchenden befasst sind,⁸²⁵ aber nicht über ein Anwaltspatent verfügen. Zudem müssen die beizuordnenden Personen ebenfalls handlungsfähig sein und es dürften keine Verlustscheine bestehen sowie keine strafrechtlichen Verurteilungen vorliegen, die mit der amtlichen Verbeiständung nicht vereinbar sind.⁸²⁶ Diese Voraussetzungen sind in Anlehnung an die persönlichen Voraussetzungen für den Registereintrag für Anwälte und Anwältinnen gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a–c BGFA zu verstehen. Zudem muss die Person über die Niederlassungsbewilligung (C) verfügen.⁸²⁷ Dieser Verzicht auf das Anwaltsmonopol gilt gemäss dem Wortlaut von Art. 102*m* Abs. 3 AsylG unabhängig davon, ob die Beordnung nach den Kriterien von Art. 102*m* AsylG oder nach Art. 65 Abs. 2 VwVG erfolgt.

Die Einführung von Art. 102*m* AsylG,⁸²⁸ aber auch insgesamt bezüglich der Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Verfahren, kann demnach durchaus als Paradigmenwechsel von Seiten des Gesetzgebers zur strengen Praxis der Judikative bezeichnet werden. Bezweckt wird insbesondere auch eine qualitative Verbesse-

⁸²³ Es wurde bereits entschieden, dass der gleichlautende vormalige aArt. 110*a* AsylG bei Beschwerden gegen ablehnende Asylgesuche aus dem Ausland im Sinne von aArt. 20 AsylG, bei Beschwerden gegen ablehnende Entscheide über Gesuche um Einreisebewilligung und Familienasyl (Art. 51 AsylG), sowie bei Beschwerden gegen das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme nach Art. 84 Abs. 4 AIG nicht zur Anwendung gelangt. Vgl. KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 14.

⁸²⁴ Als universitärer juristischer Hochschulabschluss gilt ein Lizentiat in Rechtswissenschaft (lic. iur.) respektive ein Master of Law (MLaw), vgl. KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 14.

⁸²⁵ Die berufliche Befassung wird bei Rechtsvertretungen aus Rechtsberatungsstellen (mit Trägerschaft eines anerkannten Hilfswerks) sowie solchen aus Anwaltskanzleien grundsätzlich vermutet. Ansonsten muss die Person die Tätigkeit seit mindestens einem Jahr, zumindest in einem 50%-Pensum und in einer für die Öffentlichkeit erkennbaren Weise ausüben, vgl. Art. 53 AsylV 1; KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 15.

⁸²⁶ Art. 53 AsylV 1.

⁸²⁷ KNEER/SONDEREGGER, Unentgeltliche Rechtspflege, S. 15.

⁸²⁸ Vormals aArt. 110*a* AsylG.

nung der im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens eingereichten Rechtsschriften, womit das Beschwerdeverfahren insgesamt entlastet werden sollte.⁸²⁹

10.6 Ermessenskontrolle

10.6.1 Verwaltungsverfahrensgesetz

In Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 49 VwVG sind die Beschwerdegründe vor dem Bundesverwaltungsgericht normiert. Daraus ergibt sich als prozessuales Spiegelbild die Kognition, mit welcher das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung zu überprüfen hat.⁸³⁰ Gemäss Art. 49 VwVG kommt dem Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Kognition zu – es überprüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) und die Angemessenheit (Bst. c). Das Bundesverwaltungsgericht kann somit die Verfügungen der Vorinstanzen hinsichtlich des Inhalts und des Zustandekommens umfassend kontrollieren.⁸³¹

Mit dieser vollen Kognition hat der Gesetzgeber bei der Revision der Bundesrechtspflege mit dem Bundesverwaltungsgericht einen neuen Weg eingeschlagen, wobei in der Botschaft dargelegt wurde, dass die Angemessenheit einer Verfügung wenigstens einmal überprüft werden können sollte, da ansonsten der Rechtsschutz verkürzt werde. Diese Überlegungen überwogen die dogmatischen Bedenken der mehrheitlich kritischen Lehre,⁸³² wonach Gerichte von ihrer Funktion her darauf beschränkt sein sollten, die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung (Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung, Ermessensmissbrauch) zu kontrollieren.⁸³³ Daneben scheint beachtlich, dass – entgegen kantonalen In-

⁸²⁹ BBI 2011 7325, 7338 f.

⁸³⁰ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.149.

⁸³¹ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 191 ff.; ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49, Rz. 1.

⁸³² KNEUBÜHLER, Verfahren, S. 305 mit Hinweis auf WIRTHLIN, S. 386 ff. («kritisch») sowie SCHINDLER, Zum richterlichen Ermessen, S. 146 f. («irritiert»). Demgegenüber äusserten sich die Akteure des neuen Bundesverwaltungsgerichts von Beginn weg positiv, zumal sie überwiegend bereits in den dem Bundesverwaltungsgericht vorangehenden Rekurskommissionen, welche ebenfalls über volle Kognition verfügten, mitgewirkt haben, vgl. BANDLI, S. 218; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.151.

⁸³³ BBI 2001 4202, 4256.

stanzenzügen – aufgrund der Beseitigung der verwaltungsinternen Rechtspflege das Bundesverwaltungsgericht zwischen der Verfügung des Amts und dem letztinstanzlich und nur über Rechtsfragen befindenden Bundesgericht die einzige Instanz darstellt, welche volle Kognition besitzt. Ein Verzicht auf diese volle Überprüfung erachtet unter anderem KNEUBÜHLER im Sinne des Rechtsschutzes als bedenklich.⁸³⁴

Durch die Rüge der Unangemessenheit kann in Frage gestellt werden, ob die verfügende Behörde «nicht nur rechtlich, sondern auch sachlich richtig entschieden hat».⁸³⁵ Als unangemessen gilt die Entscheidung, wenn diese zwar innerhalb des Entscheidungsspielraums bleibt und somit keine Rechtsverletzung begangen wurde, jedoch die Entscheidung den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und somit unzweckmässig ist.⁸³⁶

Das Bundesverwaltungsgericht ist zwar grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen. Das Gericht muss unter Umständen seine Kognition aber gemäss dem Bundesgericht einschränken, wenn es die Natur der Streitsache gebietet. Dies will heissen, wenn die Streitfrage technische respektive fachliche Fragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft und davon auszugehen ist, dass die verfügende Behörde aufgrund des Spezialwissens die Sache besser zu beurteilen vermag, hat das Gericht die Ausübung der Ermessenskontrolle entsprechend einzuschränken.⁸³⁷ Unangemessene Entscheidungen sind diesbezüglich zu korrigieren, die Wahl der besten Lösung ist jedoch der Behörde zu überlassen. Angesichts dieses Spezialwissens, über welches viele Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts verfügen, übt das Gericht daher eine gewisse Zurückhaltung in der Ermessensüberprüfung aus.⁸³⁸ Gemäss SCHINDLER lässt sich beim Bundesverwaltungsgericht insbesondere in den Entscheiden, in welchen fachtechnisches Wissen vorausgesetzt wird (Verkehrstechnik, Naturwissenschaften, Landwirtschaft, Bankwesen oder Kulturförderung), über finanzielle Beiträge, bei Ex-

⁸³⁴ KNEUBÜHLER, Verfahren, S. 314 m.H.a. KÖLZ/HÄNER, Rz. 634.

⁸³⁵ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.192.

⁸³⁶ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 189 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.192; ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49, Rz. 42

⁸³⁷ Eingehend zur Problematik: SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 230 ff.; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Art. 49, Rz. 3 ff.

⁸³⁸ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.153 f., 2.194; ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49, Rz. 49. Kritisch: SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 232, 267 ff.

amensleistungen, bei komplexen Interessenabwägungen, bei Entscheidungen, die von einer kollegial zusammengesetzten Fachbehörde ausgehen oder welche verwaltungsorganisatorische und innerbetriebliche Fragen betreffen, bei Entscheiden mit einem augenfälligen politischen Charakter und bei Annäherungseinschätzungen in Steuersachen und im Sozialversicherungsrecht eine reduzierte Prüfungsdichte feststellen.⁸³⁹ Wird das Ermessen aus sonstigen, einzelfallbedingten Gründen nicht überprüft, stellt dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs respektive eine formelle Rechtsverweigerung dar.⁸⁴⁰

10.6.2 Asylgesetz

Der bis am 31. Januar 2014 geltende aArt. 106 Abs. 1 Bst. a–c AsylG⁸⁴¹ stimmte mit Art. 49 VwVG inhaltlich überein und sprach so dem Bundesverwaltungsgericht auch in Sachen Asyl eine umfassende Kognition zu. Die Rüge der Unangemessenheit (aArt. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG) wurde indessen mit Wirkung auf den 1. Februar 2014 gestrichen.⁸⁴² Die Streichung dieser Norm hatte zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht im Gegensatz zur allgemeinen Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren die Ermessensausübung durch die Vorinstanz nicht mehr uneingeschränkt überprüfen kann, sondern nur noch auf qualifizierte Fehler wie den Missbrauch und Überschreitung des Ermessens. Die Rüge der Unangemessenheit ist somit auf dem Gebiet des Asyls *a priori* unzulässig.⁸⁴³ Diese Änderung ist insbesondere von Relevanz, als das Bundesverwaltungsgericht mit den Abteilungen IV und V als Fachgericht zu bezeichnen ist, weshalb es sich keiner Einschränkung der Angemessenheitskontrolle unterstellte.⁸⁴⁴

Diese Aufhebung von Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG war weder in der Botschaft vom 26. Mai 2010 zur Änderung des Asylgesetzes noch in der Zusatzbotschaft

⁸³⁹ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Art. 49, Rz. 8 ff.

⁸⁴⁰ SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Art. 49, Rz. 22; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.153 f., 2.194, auch: SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 232.

⁸⁴¹ Die ARK war indessen sogar noch gemäss aArt. 106 Abs. 2 AsylG und Art. 2 Satz 2 VOARK an die Richtlinien und besonderen Weisungen des Bundesrates gebunden. Mit der Eingliederung der ARK in das Bundesverwaltungsgericht wurde diese Regelung aufgehoben. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 193.

⁸⁴² AS 2013 4375, 4383.

⁸⁴³ ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49, Rz. 42.

⁸⁴⁴ HRUSCHKA, Kommentar AsylG, Art. 106, Rz. 1.

vom 23. September 2011 zur Änderung des Asylgesetzes (Kurzfristige Massnahmen) vorgesehen, sondern erfolgte erst auf Vorschlag der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats.⁸⁴⁵ Durch die Streichung der Angemessenheitskontrolle erhoffte sich der Gesetzgeber in erster Linie eine Verfahrensbeschleunigung.⁸⁴⁶ Auch wenn der Bundesrat darauf aufmerksam machte, dass die Kognitionsbeschränkung nicht zu einer grundlegenden Entlastung des Bundesverwaltungsgerichts führen und es sich mehr um eine Bestimmung mit Symbolcharakter handeln dürfte, schloss er sich der Mehrheit der Kommission an.⁸⁴⁷

Die Kognitionsbeschränkung bezieht sich indessen nur auf Regelungen im Asylgesetz.⁸⁴⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat demzufolge vorinstanzliche Verfügungen, die in Anwendung des Ausländergesetzes ergehen, – beispielsweise Verfügungen im Zusammenhang mit der Anordnung und der Beendigung der vorläufigen Aufnahme (Art. 83 und 84 AIG) – weiterhin gestützt auf Art. 112 AIG in Verbindung mit Art. 49 VwVG mit voller Kognition zu überprüfen.⁸⁴⁹ Beim Flüchtlingsbegriff handelt es sich nicht um eine Ermessensfrage, sondern um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Von einem unbestimmten Rechtsbegriff wird gesprochen, wenn eine Rechtsnorm die Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtsfolgen in offener Weise umschreibt. Genau wie bei Normen, welche ein Ermessen einräumen, handelt es sich bei unbestimmten Rechtsbegriffen um offene Formulierungen. Während Ermessensbestimmungen der Verwaltung Handlungsspielräume verschaffen, bei deren sachgerechter Handhabung sie Opportunitätsgesichtspunkte berücksichtigen kann, liegt es bei unbestimmten Rechtsbegriffen allerdings gerade nicht im Ermessen der Verwaltung, zu bestimmen, wie diese Begriffe zu verstehen sind. Vielmehr erfolgt deren Konkretisierung mittels Auslegung und ist daher Rechtsfrage.⁸⁵⁰ Bei der Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft handelt es sich

⁸⁴⁵ BBI 2010 4455; BBI 2011 7325.

⁸⁴⁶ NR Fluri, AB 2012 N 1173.

⁸⁴⁷ AB 2012 S 707. Zum Ganzen: BVGE 2014/26 E. 5.4.

⁸⁴⁸ Vgl. Art. 1 AsylG, welcher den Gegenstand des Asylgesetzes regelt.

⁸⁴⁹ Vgl. BVGE 2014/28. Dabei wurde gleichzeitig präzisiert, dass es sich beim Begriff der Unzumutbarkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, weshalb dem SEM in Bezug auf Art. 83 Abs. 4 AIG von vornherein kein Anlass für eine Überprüfung der Angemessenheit zukommt, sondern es sich um eine Rechtsfrage handelt. Vgl. zudem BVGE 2015/5 zu den humanitären Visa.

⁸⁵⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 421 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 221 f.

somit nicht um eine Ermessensfrage, sondern um eine Rechtsfrage, welche vom Bundesverwaltungsgericht vollumfänglich zu prüfen ist.⁸⁵¹

Die Streichung der Angemessenheitskontrolle führt in der Praxis namentlich dazu, dass Gehörsverletzungen in Bezug auf Ermessensfragen im Asylgesetz nicht mehr geheilt werden können, da dies nur möglich ist, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die Beschwerdeführenden dazu Stellung nehmen können, die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist, die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis zukommt. Diese letzte Voraussetzung war aufgrund der Streichung der Ermessenskontrolle nicht (mehr) erfüllt.⁸⁵²

Auswirkungen hatte die Streichung der Angemessenheitskontrolle weiter auf das Beschwerdeverfahren gegen Nichteintretensentscheide im Sinne von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (Dublin-Verfahren). In diesen Verfahren verfügt das SEM bei der Anwendung der Souveränitätsklausel aus humanitären Gründen im Sinne von Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 über einen Ermessensspielraum. Somit hat die Kognitionsbeschränkung zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht den dem SEM zustehenden Handlungsspielraum respektieren muss. Berufet sich die asylsuchende Person auf humanitäre Gründe, um sich gegen eine Überstellung in den in Frage stehenden Dublin-Staat zu wehren, überprüft das Bundesverwaltungsgericht nur, ob das SEM sein Ermessen gesetzeskonform ausgeübt hat. Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts wurde somit in diesem Punkt eingeschränkt.⁸⁵³

10.7 Instanzenzug

Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts kann in der Regel beim Bundesgericht «Beschwerde in Zivilsachen» (Art. 72 ff. BGG) oder Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) geführt werden. Art. 75 Abs. 1 sowie Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG nennen das Bundesverwaltungsgericht auch ausdrücklich als Vorinstanz des Bundesgerichts. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nur gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen zulässig, soweit

⁸⁵¹ BVGE 2015/2.

⁸⁵² Vgl. Kap. 7.2.4. Anwendungsfall: BVGE 2014/22.

⁸⁵³ BVGE 2015/9.

keine Beschwerdeart zulässig ist (Art. 113 BGG). Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts stehen somit der subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht offen.⁸⁵⁴ Handelt es sich aber nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, muss eine Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– (bei materiell zivilrechtlichen Streitigkeiten) respektive Fr. 15 000.– für öffentliche-rechtliche Arbeitsverhältnisse erreicht werden, damit die Beschwerde beim Bundesgericht zulässig ist.⁸⁵⁵

Art. 83 BGG sieht jedoch die Ausnahmen zu dieser grundsätzlichen Regelung vor, indem es in einem umfassenden Ausnahmekatalog bestimmt, in welchen Fällen die Beschwerde an das Bundesgericht nicht zulässig ist. Der Ausschluss von Sachgebieten wird als wirksames Element zur Entlastung des Bundesgerichts erachtet, zumal dadurch auch die Anfechtbarkeit von Teil- oder Zwischenentscheiden ausgeschlossen wird.⁸⁵⁶

Art. 83 Bst. d BGG bestimmt, dass Entscheide auf dem Gebiet des Asyls, die vom Bundesverwaltungsgericht getroffen worden sind, ausser sie betreffen Personen, gegen die ein Auslieferungsersuchen des Staates vorliegt, vor welchem sie Schutz suchen (Ziff. 1), sowie die von einer kantonalen Vorinstanz getroffen worden sind und eine Bewilligung betreffen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt (Ziff. 2), nicht vor dem Bundesgericht angefochten werden können. Das Bundesgerichtsgesetz schliesst somit seine Zuständigkeit in Sachen Asyl explizit aus. Da in Fällen, bei welchen ein Auslieferungsverfahren vom Staat gestellt wurde, vor welchem die gesuchstellende Person Schutz sucht, sich Doppelspurigkeiten respektive widersprüchliche Entscheide ergaben, indem sowohl das Bundesstrafgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht das Non-Refoulement beurteilten, wurden mit dem Bundesgesetz vom 1. Oktober 2010 über die Koordination des Asyl- und des Auslieferungsverfahrens⁸⁵⁷ die Beschwerde an das Bundesgericht im Sinne einer Gegenausnahme zugelassen. Wird die Beschwerde als zulässig qualifiziert, gilt dies nicht nur für die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und die Gewährung von Asyl, sondern auch für das Vorliegen von Wegweisungsvollzugshindernissen.⁸⁵⁸

⁸⁵⁴ WEISSENBERGER, S. 1515; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 1.41.

⁸⁵⁵ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 1.43.

⁸⁵⁶ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 1.47.

⁸⁵⁷ AS 2011 925, in Kraft seit 1. April 2011.

⁸⁵⁸ BGE 138 II 513 E. 8.2; SEILER, in: Handkommentar BGG, Art. 83, Rz. 47.

Auch in anderen, insbesondere auch in quantitativer Hinsicht wesentlichen Rechtsgebieten entscheidet das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich. Aus dem Geschäftsbericht des Bundesverwaltungsgerichts 2018 geht hervor, dass 75% (5713 Verfahren) aller im Jahr 2018 entschiedenen Verfahren nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden konnten und somit vom Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich entschieden wurden. Neben den Beschwerden in Sachen Asyl erliess das Bundesverwaltungsgericht in 1241 Verfahren letztinstanzliche Entscheide. Daraus ergibt sich, dass auch knapp 40% aller Entscheide der Abteilungen I–III und VI des Bundesverwaltungsgerichts letztinstanzlich ergehen.⁸⁵⁹ Neben dem Asylrecht sind auch eine Vielzahl von Beschwerden ans Bundesgericht in Sachen Ausländerrecht ausgeschlossen (Art. 83 Bst. c BGG). Diese Ausnahme ist ebenfalls in quantitativer Hinsicht für das Bundesverwaltungsgericht beachtlich. Daneben gibt es zahlreiche weitere Ausnahmen, welche Verfahren des Bundesverwaltungsgericht betreffen, unter anderem die Ausnahmen im öffentlichen Beschaffungswesen (Art. 83 Bst. f BGG), Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe, mit Ausnahme der Amtshilfe in Steuersachen (Art. 83 Bst. h BGG), im Bereich des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post (Art. 83 Bst. p BGG) oder auf dem Gebiet des Militär-, Zivil- und Zivilschutzdienstes (Art. 83 Bst. i BGG). Indessen ist diesbezüglich beachtlich, dass in diesen Rechtsgebieten oftmals eine dem Bundesverwaltungsgericht vorgelagerte (verwaltungsinterne) Beschwerdemöglichkeit besteht.

10.8 Rechtfertigung durch spezifische Eigenschaften

Nach dem Voranstehenden lässt sich feststellen, dass das asylrechtliche Beschwerdeverfahren vom allgemeinen verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren durch verschiedene Punkte in nicht unerheblichem Masse und in unterschiedlicher Weise abweicht.

Die Verkürzung sowie die gesetzliche Kodifizierung der Fristen – sowohl zur Einreichung einer Beschwerde als auch während eines laufenden Beschwerdeverfahrens

⁸⁵⁹ Im Jahr 2018 wurden 3131 Verfahren in den Abteilungen I–III und VI entschieden. Dabei konnten 1241 nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden. Vgl. BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 62. Nicht berücksichtigt wurden bei dieser Berechnung Verfahren aus den Abteilungen IV und V, welche im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG ans Bundesgericht weitergezogen werden können, sowie Dublin-Verfahren der Abteilung VI, welche als Asylverfahren ebenfalls unter die Beschränkung nach Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG fallen.

rens – ist in diesem Masse in anderen Verwaltungsverfahren unbekannt. Dies gilt auch für die festgelegten Behandlungsfristen, welche zwar lediglich eine Ordnungsfrist ohne Anspruch auf Einhaltung darstellen, jedoch trotzdem ein starkes Signal auszusenden vermögen. Die Verkürzung und das Setzen von Fristen gilt denn auch als das einfachste und naheliegendste Mittel für den Gesetzgeber zur Beschleunigung von Verfahren.⁸⁶⁰ Die entsprechenden, eben dargestellten Abweichungen sind damit durch den Umstand zu erklären, dass es sich beim Asylverfahren um ein Massenverfahren handelt, wobei die vielen Anpassungen der Fristen auch dem gegenwärtigen politischen und gesellschaftlichen Diskurs der Materie geschuldet sind. Die Kürzung der Beschwerdefristen – was auch für die Kürzung des Instanzenzugs gilt – ist zudem oftmals mit dem politischen Willen zum Abbau des Rechtsschutzes verknüpft. Die beabsichtigte Beschleunigung des Verfahrens ist indessen äusserst fraglich.⁸⁶¹

Diese Überlegungen und Rechtfertigungen der Abweichungen durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens können tel quel auch für die Abweichungen beim Schriftenwechsel sowie bezüglich der Spruchkörperbildung im Beschwerdeverfahren übernommen werden. Auch diese Abweichungen bezwecken die Beschleunigung respektive die Straffung des Beschwerdeverfahrens und zielen so auf den Umstand des Massenverfahrens in Kombination mit dem politischen und gesellschaftlichen Allgegenwärtigkeit dieses Rechtsgebiets ab, was die Schnelllebigkeit der Bestimmungen erklärt.

Die Vereinfachung in der Gewährung der amtlichen Rechtsverbeiständung nach Art. 102m AsylG soll diesen Verfahrensstraffungen und Kürzungen der Fristen entgegenwirken, indem die asylsuchenden Personen im Beschwerdeverfahren besser respektive überhaupt vertreten werden und so ihre ihnen zustehenden Rechte auch besser wahrnehmen können. So wird den beiden Umständen, dass im Asylverfahren hochstehende Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und dass es sich bei den Person der Asylsuchenden um oftmals rechtsunkundige, fremdsprachige, rechtliche Laien handelt, Rechnung getragen.

Anders stellt es sich indessen bei der Beschränkung der Ermessenskontrolle dar. Zwar wurde die Kognitionsbeschränkung mit dem Ziel der Verfahrensbeschleu-

⁸⁶⁰ SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 16 f.; KHAZADEH-LEILER, Verfahrensbeschleunigung, S. 182.

⁸⁶¹ SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 16 f.

nigung auf Beschwerdeebene eingeführt. Jedoch war bereits zu diesem Zeitpunkt klar, dass die Wirksamkeit dieser Massnahme klein sein dürfte und es sich um eine Massnahme mit Symbolcharakter handelt. Diese Prognosen haben sich denn auch bei der Umsetzung in der Praxis bestätigt. Die Änderung hat zu mehreren Grundsatzurteilen geführt, womit jeweils eine gewisse Verfahrensverzögerung einhergeht.⁸⁶² Die Abweichung ist somit kaum durch ein Merkmal des Asylverfahrens zu erklären respektive zu rechtfertigen und kann nicht als unerlässlich zur Zielerreichung qualifiziert werden.

Zusammenfassend wird aus der Analyse der Abweichungen der Bestimmungen im Asylverfahren im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren im Hinblick auf den Rechtsschutz ersichtlich, dass die Abweichungen oft auf die Beschleunigung des asylrechtlichen Beschwerdeverfahrens abzielen. Wie im Kapitel «Spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens» aber ausgeführt, ist die Beschleunigung keine spezifische Eigenschaft des Asylverfahrens, welche Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren rechtfertigen könnte. So ist dieser Beschleunigungswille allenfalls in den Eigenschaften des Asylverfahrens als Massenverfahren sowie in der politischen und gesellschaftlichen Omnipräsenz des Themas zu sehen. Als Gegengewicht dieser beschleunigenden Massnahmen wurde aber auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vereinfacht und so dem Umstand, dass es sich bei Asylsuchenden um rechtliche und fremdsprachige Laien handelt, sowie den hochwertigen Rechtsgütern Rechnung getragen. Kaum von Bedeutung erscheint im Bereich des Rechtsschutzes der Umstand, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland ereignete.

⁸⁶² Grundsatzurteile im Zusammenhang mit der Streichung von Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG: BVGE 2014/22; BVGE 2014/28; BVGE 2015/2; BVGE 2015/5; BVGE 2015/9.

Teil IV

Ergebnis und Ausblick

Kapitel 11 Schlussfolgerungen

11.1 Rechtfertigungsgebot von Abweichungen

In den vorangehenden Kapiteln wurden in den Bereichen «Gehörsanspruch»,⁸⁶³ «Mündlichkeit»,⁸⁶⁴ «Sachverhaltsabklärung»⁸⁶⁵ und «Beschwerdeverfahren»⁸⁶⁶ jeweils abweichende respektive auch präzisierende Verfahrensbestimmungen im Asylgesetz im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren analysiert. Dabei wurde jeweils die Frage aufgeworfen, ob die getroffenen Regelungen im Asylgesetz als gerechtfertigt erscheinen.

Abweichende Sonderbestimmungen eines Rechtsgebiets müssen durch dessen spezifische Eigenschaften gerechtfertigt respektive notwendig sein. Sei dies im Sinne des Konzepts von SCHMIDT-ASSMANN, gemäss welchem zur Disziplinierung von Sonderinteressen in der Rechtssetzung vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren abweichenden Bestimmungen ein Rechtfertigungsgebot entgegengesetzt werden muss,⁸⁶⁷ oder dem verfassungsmässigen Rechtsgleichheitsgebot, gemäss welchem auf die Vergleichbarkeit des Sachverhalts sowie das Bestehen eines sachlichen Grunds der Differenzierung abgestellt wird,⁸⁶⁸ oder dem österreichischen Konzept der Erforderlichkeit der Abweichung als Verfassungsgrundsatz, wobei auf die Unerlässlichkeit der abweichenden Bestimmung zur Zielerreichung des jeweiligen Gesetzes abgestellt wird.⁸⁶⁹

Erscheinen Abweichungen nicht durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens gerechtfertigt respektive sind sie nicht als unerlässlich für die Zielerreichung zu qualifizieren, sind diese einem Aktivismus der Gesetzgebung zuzurechnen und wären entsprechend *de lege ferenda* für die Sicherstellung der Einheitlichkeit und Kohärenz des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens zu vermeiden.⁸⁷⁰

⁸⁶³ Kap. 7.

⁸⁶⁴ Kap. 8.

⁸⁶⁵ Kap. 9.

⁸⁶⁶ Kap. 10.

⁸⁶⁷ Vgl. Kap. 2.3.1; SCHMIDT-ASSMANN, S. 5 ff.

⁸⁶⁸ Vgl. Kap. 2.3.2.

⁸⁶⁹ Vgl. Kap. 2.3.3.

⁸⁷⁰ Vgl. SCHMIDT-ASSMANN, S. 5; SCHINDLER, Parlament.

11.1.1 Gerechtfertigte Abweichungen

11.1.1.1 Gehörsanspruch

Die untersuchten Abweichungen in Sachen Gehörsanspruch⁸⁷¹ liessen sich auf verschiedene spezifische Eigenschaften des Asylverfahrens zurückführen, insbesondere auf den Umstand, dass es sich beim Asylverfahren um ein Massenverfahren handelt, sich unterschiedliche Verfahrensparteien gegenüberstehen und sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland ereignete. Die im Asylbereich inhärenten Spannungsverhältnisse werden in den verschiedenen Spezialbestimmungen des rechtlichen Gehörs besonders deutlich. So legitimiert die Anzahl der Verfahren die Möglichkeit von summarischen Begründungen. Der Umstand, dass hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, würde indessen für eingehende Begründungen sprechen. Exemplarisch zeigt auch die im Asylverfahren getroffene Sprachenregelung – indem die Wahlmöglichkeit der Sprache sowohl für das SEM als auch für die asylsuchenden Personen eingeschränkt wurden – die Ambiguität dieser Sonderregelungen auf. In jedem Fall erscheinen die Abweichungen im Hinblick auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten der Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren als legitim und weitgehend für die Zielerreichung notwendig.⁸⁷²

11.1.1.2 Mündlichkeit

Anders stellt sich die Situation mit Blick auf die Mündlichkeit im Asylverfahren dar. Dabei kommt insbesondere dem erstinstanzlichen Asylverfahren mit dem Fokus auf mündliche Untersuchungsmassnahmen, wie unter anderem die beiden gesetzlich normierten Befragungen, die in der Praxis verbreiteten Herkunftsabklärungen, die Möglichkeit der mündlichen Gesuchsstellung sowie die mündliche Eröffnung von Verfügungen, im sonst hauptsächlich schriftlich geführten Allgemeinen Verwaltungsverfahren eine deutliche Sonderstellung zu. Diese Art der Verfahrensführung ist zum einen damit begründet, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland zugetragen hat und somit ein Beweisnotstand vorliegt, weshalb sie auch als unerlässlich für die Zielerreichung qualifiziert werden kann.

⁸⁷¹ Kap. 7.

⁸⁷² Als Ausnahme kann die Möglichkeit der mündlichen Eröffnung genannt werden, welche keinen Vorteil für das Verfahren bringt und somit nicht als erforderlich im Sinne von Kap. 2.3.3 qualifiziert werden kann.

Zum anderen ermöglicht diese direktere und unmittelbare Verfahrensführung, dass auch rechtsunkundige Personen sich im Verfahren zurechtfinden und dieses zügig vorangetrieben werden kann. Dabei ist aber eine gute Orientierung und Information über das Verfahren von Seiten der Behörden sowie die Anwesenheit von Dolmetschern respektive Dolmetscherinnen unerlässlich.

Im Gegensatz dazu steht das weitestgehend schriftlich durchgeführte Beschwerdeverfahren. Dabei fällt es unter Berücksichtigung des mündlichen, erstinstanzlichen Verfahrens schwer, Erklärungen für diesen Umstand respektive diese Abweichung des im erstinstanzlichen Verfahren gewählten Prinzips in der Verfahrensführung zu finden, zumal es sich hierbei auch europaweit in dieser Form um eine Einzigartigkeit der Schweiz handelt. Diese Verschriftlichung des Verfahrens steht aber im Einklang mit den allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrens, weshalb hier nicht von einer spezialgesetzlichen Abweichung des asylrechtlichen Beschwerdeverfahrens gesprochen werden kann, weshalb es diesbezüglich in Anwendung der vorangehend dargestellten Konzepte keiner Rechtfertigung bedarf.

11.1.1.3 Sachverhaltsabklärungen

Im Kapitel der Sachverhaltsabklärungen⁸⁷³ konnte aufgezeigt werden, dass die Unterscheidungen des Asylgesetzes im Vergleich zum Verwaltungsverfahrensgesetz im Wesentlichen durch den Umstand erklärt werden können, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt im Ausland ereignet hat. Dabei fällt indessen auf, dass die Untersuchungspflicht der Behörde zu Lasten einer stark erhöhten Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Personen abgeschwächt wird. Dies ist zum einen daraus erkennbar, dass im Asylgesetz kaum Regelungen zur Ausgestaltung und keine Regelungen zu den Konsequenzen einer Untersuchungspflichtsverletzung zu finden sind, weshalb auf die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zurückgegriffen wird. Die (z.T. drastischen) Konsequenzen und die Ausgestaltung der Mitwirkungspflichtsverletzungen auf Seiten der Asylsuchenden sind im Gegenteil dazu jedoch einlässlich kodifiziert. Der umfassenden Mitwirkungspflicht sowie der Schwierigkeit bezüglich der Beibringung von Beweismitteln wird aber mit dem gesenkten Beweismass der Glaubhaftmachung nach Art. 7 AsylG Rechnung getragen. Die abweichenden Regelungen berücksichtigen indessen kaum den Umstand, wonach im Asylverfahren hochwertige Rechtsgüter auf

⁸⁷³ Kap. 9.

dem Spiel stehen und schutzsuchende, fremdsprachige und rechtsunkundige Personen Verfahrenspartei sind. Alles in allem lässt sich darüber hinaus feststellen, dass die untersuchten Abweichungen in einer signifikanten Mehrzahl auf die beiden Eigenschaften «Sachverhalt im Ausland» und «Massenverfahren» zurückzuführen und gerechtfertigt respektive zur Zielerreichung notwendig sind.

11.1.1.4 Beschwerdeverfahren

Schliesslich wurden auch die Abweichungen im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren analysiert. Dabei wurde im Wesentlichen festgestellt, dass die Fristen im Asylgesetz zum einen verkürzt als auch weiter ausdifferenziert wurden. Zudem kann nach den Regelungen des Asylgesetzes auf den Schriftenwechsel verzichtet werden und offensichtlich unbegründete respektive begründete Verfahren können in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung einer Zweitrichterin respektive eines Zweitrichters entschieden werden. Diese Abweichungen bezwecken insgesamt eine Beschleunigung und Effizienzgewinnung im Rechtsmittelverfahren und können in erster Linie durch die Qualifikation des Asylverfahrens als Massenverfahren erklärt werden, ohne dass aber dem Umstand Rechnung getragen wird, dass hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Die Wirksamkeit dieser Massnahmen ist indessen fraglich.⁸⁷⁴

Speziell erwähnt werden muss die Vereinfachung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung nach Art. 102m AsylG. Dabei handelt es sich um eine der wenigen Abweichungen im Asylgesetz, welche direkt dem Umstand geschuldet wird, dass es sich bei Asylsuchenden um schutzsuchende, fremdsprachige und rechtsunkundige Personen handelt und hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Die Einführung dieser Bestimmung bezweckte denn auch, ein Gegengewicht zu den verkürzten Verfahrens- und Beschwerdefristen zu setzen.

11.1.2 Ungerechtfertigte Abweichungen

In den vorangehenden Analysen konnten einige augenfällige Abweichungen vom Verwaltungsverfahrensgesetz aufgezeigt werden, welche in der finalen Umsetzung durch keine Eigenschaften des Asylverfahrens erklärt werden können. Indessen kann durchaus auch bei anderen Abweichungen deren Rechtfertigung durch die

⁸⁷⁴ Eingehend: SCHINDLER, Beschleunigungspotentiale, S. 16 m.w.H.

spezifischen Eigenschaften – insbesondere auch im Hinblick auf die Handhabung in der Praxis – fraglich erscheinen, wobei aber der Sinn und Zweck der Abweichung durch eine spezifische Eigenschaft grundsätzlich erklärt werden kann. Dies ist insbesondere bei den beiden nachfolgend genauer dargestellten Abweichungen nicht der Fall. An dieser Stelle ist anzumerken, dass sowohl die nachfolgend besprochene Kognitionsbeschränkung als auch das Konzept der formellen Abschreibung erst in der parlamentarischen Debatte vorgeschlagen und nicht bereits durch die vorbereitenden Kommissionen im Gesetz Eingang gefunden haben. Nicht weiter besprochen werden die Abweichungen, welche durch eine Eigenschaft zwar erklärt werden können, eine andere Eigenschaft jedoch unberücksichtigt lassen.⁸⁷⁵

11.1.2.1 Kognitionsbeschränkung im Beschwerdeverfahren

Wie ausgeführt verfügt das Bundesverwaltungsgericht im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren seit Streichung der Unangemessenheitskontrolle in Art. 106 AsylG im Gegensatz zur allgemeinen Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur noch über eine eingeschränkte Kognition. Da sich die Kognitionsbeschränkung aber nur auf die Regelungen des Asylgesetzes beschränkt und das Asylgesetz von unbestimmten Rechtsbegriffen und nicht vom Ermessen der Behörden geprägt ist, kommt dieser Änderung nur beschränkte Wirksamkeit zu, weshalb diese auch nicht als notwendig für die Zielerreichung qualifiziert werden kann. Entgegen der angestrebten Beschleunigung führte die Kognitionsbeschränkung aufgrund der geschaffenen Unklarheiten sowie durch die fehlende Heilungsmöglichkeit zu Verzögerungen, weshalb sie durch die Eigenschaft «Massenverfahren» nicht erklärt werden kann. Diese Abweichung dient zudem kaum dem Umstand, dass es sich bei den Asylsuchenden um schutzsuchende, fremdsprachige und rechtsunkundige Personen handelt und hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Auch der erschwerten Sachverhaltsabklärung oder der Emotionalisierung ist diese Abweichung nicht geschuldet, zumal es sich um eine Abweichung handelt, welche keinen Eingang in tiefergehende Diskussionen in der Bevölkerung oder in der Gesetzgebung gefunden hat.

⁸⁷⁵ Z.B. die Verkürzung der Beschwerdefristen kann durch den Umstand, dass es sich um ein Massenverfahren handelt, erklärt werden, lässt aber die Umstände, dass es sich um rechtsunkundige Personen handelt sowie hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, unbeachtet.

11.1.2.2 Formlose Abschreibung bei Mitwirkungspflichtsverletzung

Als weitere nicht gerechtfertigte Abweichung ist Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG zu nennen, wonach ein Asylgesuch bei einer Mitwirkungspflichtsverletzung ohne triftigen Grund oder wenn eine Person den Behörden über 20 Tage nicht zur Verfügung steht, formlos abgeschrieben werden kann – unter Vorbehalt der Flüchtlingskonvention. Diese gesetzlich vorgesehene Konsequenz bei einer Mitwirkungspflichtsverletzung weicht durch ihre Strenge und Konsequenz von der allgemeinen Bestimmung nach Art. 13 VwVG ab. Zum einen ist die Problematik dieser Bestimmung auf die Einführung der bislang in der übrigen Rechtsordnung unbekanntem Terminologie der «formlosen Abschreibung» zurückzuführen. Diese neue Entscheidform findet sich überdies auch in Art. 26 Abs. 3 AsylG beim Rückzug eines nicht hinreichend begründbaren Asylgesuchs im Rahmen der Vorbereitungsphase sowie in den Bestimmungen zu den Wiedererwägungs- respektive Mehrfachgesuchen (Art. 111b und 111c AsylG).⁸⁷⁶ Die formlose Abschreibung wurde in der Zwischenzeit durch die Rechtsprechung genauer als prozessuale Feststellungsverfügung des Inhalts, dass das Verfahren nicht fortgesetzt, sondern als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird, definiert.⁸⁷⁷ Zum anderen erscheint auch die systematische Einordnung von Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG im Zusammenhang mit Art. 36 AsylG problematisch, da Art. 36 AsylG bei einer groben und somit schwerwiegenderen Verletzung der Mitwirkungspflicht mit dem Verzicht auf eine Anhörung nach Art. 29 AsylG eine weniger drastische Massnahme vorsieht. Eine Rechtfertigung durch die spezifischen Eigenschaften dieser Bestimmung respektive Abweichung von den Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens ist nicht ersichtlich. Die hochwertigen Rechtsgüter sowie die Eigenschaften der asylsuchenden Personen würden dieser Bestimmung klar entgegenstehen. Sie bringt auch keinen Nutzen für die Sachverhaltsabklärung sowie die Bewältigung des Massenverfahrens, zumal die praktische Relevanz der Bestimmung marginal ist, und kann auch nicht durch den politischen und gesellschaftlichen Diskurs des Themas gewachsen und dadurch als solche gerechtfertigt sein. Schliesslich ist auch eine Notwendigkeit zur Zielerreichung nicht ersichtlich.

⁸⁷⁶ BVGE 2015/28 E. 2.

⁸⁷⁷ BVGE 2015/28 E. 3.3.

11.1.2.3 Inkohärenzen

Neben diesen beiden Abweichungen finden sich mehrere Inkohärenzen des Asylgesetzes im Vergleich zum Verwaltungsverfahrensgesetz. Das heisst, dass es sich dabei um Bestimmungen handelt, bei welchen sich aufgrund der Abweichungen Unklarheiten oder unlogische Resultate ergeben, ohne dass diese vom Gesetzgeber so gewollt zu sein scheinen. Exemplarisch ist zum einen auf Art. 102m AsylG zu verweisen, welcher in einer Vielzahl Verfahren bestimmt, wann die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt werden kann und in welchen Verfahren nicht. Unklar bleibt, ob bei den nicht genannten Verfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung nach Art. 102m AsylG zu gewähren ist oder ob hier Rückgriff auf Art. 65 Abs. 2 VwVG zu nehmen ist.

Weiter kann in Bezug auf Inkohärenzen im Asylverfahren auf die Fristen im Beschwerdeverfahren verwiesen werden. So ist beispielsweise eine Beschwerde im beschleunigten Verfahren im Sinne von Art. 108 Abs. 1 AsylG innerhalb von sieben Arbeitstagen einzureichen. Die Nachfrist für eine allfällige Verbesserung beträgt sieben Tage. Eine gleich lange Verbesserungsfrist der Beschwerde wie die Beschwerdefrist selber, erscheint kaum adäquat. Die genannten Fristen sind denn insbesondere auch im Hinblick auf die Behandlungsfristen als inkohärent zu bezeichnen. So hat das Bundesverwaltungsgericht innerhalb von 20 Tagen über ein beschleunigtes Verfahren zu befinden. Gleichzeitig bestimmt Art. 110 Abs. 2 AsylG, dass die Frist für die Beibringung von Beweismitteln im Ausland 30 Tage betrage. Diese Widersprüche der Fristen in der Kodifizierung des Beschwerdeverfahrens verdeutlichen die Inkohärenzen in der Gesetzgebung exemplarisch.

11.1.3 Zwischenfazit

Gemäss Art. 6 AsylG richtet sich das Asylverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, dem Verwaltungsgerichtsgesetz und dem Bundesgerichtsgesetz, soweit das Asylgesetz nichts anderes bestimmt. Wie gesehen macht das Asylgesetz von dieser Möglichkeit der abweichenden Bestimmungen rege Gebrauch. In letzter Konsequenz wird durch die zahlreichen Abweichungen weitestgehend ein spezifisches und eigenständiges und vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren unabhängiges Verfahren für die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung geschaffen.

Eine Mehrheit der Abweichungen des Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren findet eine Rechtfertigung in den spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens. Dabei fällt auf, dass die Abweichungen oft durch den Umstand des Asylverfahrens als Massenverfahren gerechtfertigt wird. So bezwecken die Spezialbestimmungen oft, den Behörden eine vereinfachte, schnellere und «schlankere» Vorgehensweise zu ermöglichen. Diese Abweichungen gehen in letzter Konsequenz zu Lasten der Asylsuchenden, welche sich mit kürzeren Fristen, erhöhten Mitwirkungspflichten und abgekürzten Verfahren konfrontiert sehen. Dieser Tendenz stehen sowohl die Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren als auch die Vereinfachung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung gegenüber, von welchen auch die asylsuchenden Personen profitieren.

11.2 Alternativen zum jetzigen System

Es erscheint naheliegend, diesen aktuellen Status quo zu hinterfragen und Alternativen aufzuzeigen. Obschon die vorangehend dargestellten Abweichungen des Asylverfahrens im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren dabei weitgehend durch die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahren erklärt werden können, erscheint eine Übernahme dieser Spezialbestimmungen ins Verwaltungsverfahrensgesetz und somit ins Allgemeine Verwaltungsverfahren aber weder sinnvoll, noch für andere Verwaltungsverfahren aufgrund der Ausrichtung der Abweichungen auf die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens, weder zweckmässig noch vom Gesetzgeber gewollt. So ist beispielsweise die Erhöhung der Mitwirkungspflicht aufgrund des Beweisnotstands klar auf das Asylverfahren ausgerichtet. In anderen Verwaltungsverfahren besteht kein derartiger Beweisnotstand, so dass solche Regelungen für diese nicht adäquat wären und die Regelungen nicht in genereller Weise im Verwaltungsverfahren zu übernehmen sind. Dies gilt ebenso für die Definition der Behandlungsfristen, die Verkürzung der Beschwerdefristen oder die systematische Durchführung der Befragungen. Es stellt sich somit die Frage, ob – zur Verbesserung der Systematik und Vermeidung von Inkohärenzen – nicht der umgekehrte Prozess angestrebt werden sollte, indem explizit ein eigenes Asylverfahrensgesetz geschaffen würde. So wurde bereits in der Botschaft des Verwaltungsverfahrensgesetzes präzisiert, dass ebendieses sich auf die Kodifikation eines *normalen* Verwaltungsverfahrens beschränken soll. Wo dieses nicht passe, könne das Verwaltungsverfahrensgesetz keine Anwendung

finden, und wo es nicht genüge, könne es nicht alleine Anwendung finden.⁸⁷⁸ Daneben ist aber auch zu prüfen, worin die Vorteile des aktuellen Systems bestehen, und somit, ob und wie der Status quo aufrecht erhalten respektive dieser aktuelle Zustand verbessert werden sollte oder könnte.

Nachfolgend werden verschiedene Alternativen anhand bestehender Systeme im Verwaltungsverfahrenrecht im Hinblick auf die Tauglichkeit einer Loslösung eines Spezialgesetzes vom Verwaltungsverfahrensgesetz evaluiert. Zunächst werden zwei Spezialverfahren analysiert, welche gemäss Art. 2 und 3 VwVG keine respektive nur eine teilweise Anwendbarkeit auf das Verwaltungsverfahrensgesetz finden. Dazu gehören zum einen die Verfahren in Sozialversicherungssachen, in welchen der Allgemeine Teil des Sozialversicherungsgesetzes (ATSG) gilt. Als weiteres Verfahren, welches teilweise von der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgenommen wurde, wird das Zollveranlagungsverfahren analysiert. Da auch das Zollveranlagungsverfahren als Massenverfahren zu qualifizieren ist, erscheinen Parallelen des Verhältnisses zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren möglich. Weiter wird auch das Verfahren der Anerkennung der Staatenlosigkeit analysiert, bei welchem zum jetzigen Zeitpunkt kein eigenes Gesetz besteht und sich das Verfahren insgesamt nur nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtete. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, was die Vor- und Nachteile einer Abschaffung aller Spezialbestimmungen im Asylverfahren wären. Schliesslich werden die Vor- und Nachteile des Status quo auf Grundlage der vorangehenden Erkenntnisse analysiert.

11.2.1 Unanwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes

In Art. 2 und 3 VwVG werden Verfahren teilweise (Art. 2 VwVG) oder ganz (Art. 3 VwVG) von der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgeschlossen.⁸⁷⁹ Dieser Ausschluss wird im Wesentlichen damit gerechtfertigt, dass diese Verfahren bereits einer spezialgesetzlichen Regelung unterliegen oder sich die

⁸⁷⁸ BBl 1965 II 1348, 1353.

⁸⁷⁹ Zu präzisieren ist jedoch, dass es sich zum Teil in den unter Art. 3 VwVG aufgeführten Verfahren um teilweise kleinere Teile von Verfahrensarten handelt (z. B. Zollveranlagungsverfahren, Art. 3 Bst. e VwVG). Dies im Gegensatz zu Verfahren, welche zwar unter Art. 2 VwVG aufgeführt sind, aber einen Grossteil des Verfahrens von der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausnehmen (z. B. Verfahren der Schätzungskommissionen, Art. 2 und 3 VwVG). Die Differenzierung zwischen Art. 2 und 3 VwVG ist demnach von wenig Gewicht.

Ausnahmeregelung aufgrund des besonderen Inhalts des Verfahrens aufdrängt.⁸⁸⁰ TSCHANNEN kategorisiert die Ausnahmebestimmungen nach Art. 2 und 3 VwVG in vier (zum Teil überlappende) Gruppen: Verfahren, welche Sonderordnungen kennen,⁸⁸¹ Verfahren, welche einfach abzuwickeln sind,⁸⁸² Verfahren, bei welchen den Behörden erhebliches Ermessen zukommt,⁸⁸³ und Verfahren, die unverzüglich vollstreckt werden müssen.⁸⁸⁴ Indessen können nicht bei allen ausgenommenen Verfahrensarten die Gründe für ihre Ausnahme vom Verwaltungsverfahrensgesetz erklärt werden.⁸⁸⁵ Die Konsequenzen und die Ausgestaltung dieser Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind sehr unterschiedlich.

11.2.1.1 Spezialverfahrensgesetz: ATSG

Gemäss Art. 2 Bst. d^{bis} VwVG findet das Verwaltungsverfahrensgesetz auf Verfahren in Sozialversicherungssachen keine Anwendung, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2007 über das ATSG anwendbar ist. Mit dem ATSG wurde für das Sozialversicherungsrecht in der Schweiz ein in dieser Art und Weise einzigartiges Spezialverfahrensgesetz geschaffen. Das ATSG kann somit als Beispiel eines für ein spezifisches Spezialgebiet erschaffenes Verfahrensgesetzes angeführt werden, welches wichtige Erkenntnisse für allfällige Vor- und Nachteile eines eigenen Asylverfahrensgesetzes geben kann.

Das Sozialversicherungsrecht in der Schweiz ist in diverse einzelne Sozialversicherungszweige, wie unter anderem die AHV, die berufliche Vorsorge, die Unfallversicherung oder auch Familienzulagen gegliedert, welche die verschiedenen Sozialversicherungen regeln.⁸⁸⁶ Die Sozialversicherungen in der Schweiz sind sowohl bezüglich der profitierenden Personenkreise, der Finanzierung sowie der Versicherungsleistung sehr vielfältig und uneinheitlich gewachsen.⁸⁸⁷ Es handelt sich nicht um ein einziges, einheitliches Versicherungssystem, sondern um ein Zusam-

⁸⁸⁰ MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 3, Rz. 2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 382.

⁸⁸¹ Art. 2 Abs. 1, 3 und 4, Art. 3 Bst. c, d, e und d^{bis} VwVG.

⁸⁸² Art. 3 Bst. e VwVG.

⁸⁸³ Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Bst. b VwVG.

⁸⁸⁴ Art. 3 Bst. f VwVG.

⁸⁸⁵ TSCHANNEN, in: Kommentar VwVG, Art. 2, Rz. 3 mit Verweis auf Art. 3 Bst. a VwVG, welcher keine Anwendungsfälle finde.

⁸⁸⁶ KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen, Rz. 13 ff.

⁸⁸⁷ NÜSCHELER, S. 85; ARBEITSGRUPPE DER SGVR, S. 9.

menspiel verschiedener Sozialversicherungszweige. Als Konsequenz dieses vor der Inkraftsetzung des ATSG grundsätzlich nicht koordinierten Systems resultierten etwa Inkohärenzen bezüglich verschiedener Begrifflichkeiten, Rechtsinstituten, Verfahrensregeln sowie eine fehlende Koordination zwischen den Sozialversicherungsleistungen, was zu Überversicherungen oder Lücken führte.⁸⁸⁸

Bereits in den Fünfzigerjahren verfassten verschiedene Bundesbehörden erste Berichte, wobei Forderungen der Lehre nach einem Allgemeinen Teil im Sozialversicherungsrecht laut wurden. Im Jahr 1984 hat eine Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht einen umfassenden Bericht vorgelegt, welcher einen ersten Entwurf eines Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts enthielt. Damit sollte aufgezeigt werden, dass ein solcher Allgemeiner Teil «sachlich sinnvoll und gesetzestechnisch möglich wäre».⁸⁸⁹ Die Gruppe kam denn auch einhellig zum Schluss, dass durch einen allgemeinen Teil das Sozialversicherungsrecht an Klarheit und Kohärenz gewinnen würde.⁸⁹⁰ Bis das ATSG, vom Parlament am 6. Oktober 2000 verabschiedet, am 1. Januar 2003 in Kraft trat, bedurfte es indessen noch zahlreicher Postulate, parlamentarischer Initiativen und Berichte von verschiedenster Seite.⁸⁹¹

Seit nun über 15 Jahren ist das Sozialversicherungsverfahren im ATSG als Spezialgesetz geregelt. Diese Vereinheitlichung des Verfahrens war neben der materiellen Harmonisierung verschiedener Begrifflichkeiten und Bezügen von Leistungen sowie Bezahlung von Abgaben das Hauptziel des ATSG.⁸⁹² Das ATSG gilt heute für alle Sozialversicherungsverfahren mit Ausnahme des Gesetzes über die berufliche Vorsorge (BVG),⁸⁹³ womit die Verfahren im Sozialversicherungsrecht weitgehend harmonisiert werden konnten.⁸⁹⁴ Indessen beinhaltet Art. 55 Abs. 1 ATSG – trotz der Unanwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG – nach wie vor einen direkten Rückgriff auf das Verwaltungsverfahrensgesetz.⁸⁹⁵ Zudem kennen einzelne Sozialversicherungsgesetze

⁸⁸⁸ NÜSCHELER, S. 85 f.; ARBEITSGRUPPE DER SGVR, S. 25.

⁸⁸⁹ ARBEITSGRUPPE DER SGVR, S. 7

⁸⁹⁰ ARBEITSGRUPPE DER SGVR, S. 19.

⁸⁹¹ Für eine Zusammenstellung vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen, Rz. 29 ff.

⁸⁹² GERBER, S. 1307.

⁸⁹³ Das BVG bezieht sich lediglich punktuell auf das ATSG, so z. B. in Art. 34a BVG.

⁸⁹⁴ Die verfahrensrechtlichen Regelungen des ATSG finden sich nun in den Art. 27–62 ATSG.

⁸⁹⁵ Vgl. eingehend dazu: GERBER, S. 1310 ff.

zusätzlich eigene Spezialverfahrensvorschriften, welche dem ATSG vorgehen und auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verweisen oder wiederum eigene Regelungen vorsehen.⁸⁹⁶ Beachtlich ist, dass bei der Einführung des ATSG auf eine Harmonisierung der Einzelgesetze verzichtet wurde. Weiter wurde in den Einzelgesetzen seit Einführung des ATSG auch ohne Rücksicht auf die allgemeinen Bestimmungen des ATSG Spezialregelungen eingeführt, was die «Bedeutung des ATSG erheblich und zunehmend eingeschränkt».⁸⁹⁷

Die Einführung des ATSG stellt für die versicherten Personen sowie diejenigen, welche sich mit den verschiedenen Sozialversicherungen juristisch zu beschäftigen haben, eine Vereinfachung dar. Zudem konnte auch die Regelungsdichte in den einzelnen Bereichen erhöht werden, was zu mehr Rechtssicherheit führte. Die Verfahren können mit dem ATSG spezialisierter, harmonisierter und somit insgesamt gerechter gestaltet werden.⁸⁹⁸ Darüber hinaus ist aber festzustellen, dass trotz der Einführung des Spezialgesetzes und dem Ausschluss der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach wie vor zahlreiche Berührungspunkte zu letzterem bestehen.⁸⁹⁹ Eine komplette Abkopplung des Sozialversicherungsrechts vom Verwaltungsverfahrensgesetz ist auch mit der Einführung des ATSG nicht geschehen.

Das ATSG weist einige grosse Unterschiede zu einem allfälligen Asylverfahrensgesetz auf. So bezweckte es in erster Linie die Harmonisierung des Gesamtsystems der Sozialversicherungen und den entsprechenden Gesetzen. Ein Asylverfahrensgesetz würde lediglich die Beseitigung von Diskrepanzen und Inkohärenzen eines einzelnen Verfahrens bezwecken, wobei das Gesetz in sich respektive das Zusammenspiel mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz harmonisiert würde. Damit würde das Asylverfahren gerade aus der bestehenden Struktur zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsverfahren herausgenommen und gänzlich auf die Spezialität fokussiert. Die definierten spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens las-

⁸⁹⁶ Z. B. Art. 97 AHVG mit einem direkten Verweis auf das Verwaltungsverfahrensgesetz; Art. 57a IVG mit einer Spezialregelung.

⁸⁹⁷ KIESER, Art. 2, Rz. 8, welcher die Gesetzgebung kritisiert und auf konkrete Beispiele verweist.

⁸⁹⁸ GERBER, S. 1315.

⁸⁹⁹ GERBER, S. 1314, wobei er unter anderem auf die Definition des Verfügungsbegriffs nach Art. 5 VwVG verweist.

sen sich denn auch nicht auf das Migrationsrecht⁹⁰⁰ insgesamt ausweiten, zumal im Migrationsrecht in der Regel nicht Leib und Leben auf dem Spiel stehen, der in Frage stehende Sachverhalt weitestgehend abgeklärt werden kann und mit den verschiedenen Behörden in den Kantonen nicht eine derart spezialisierte Behörde wie das SEM und die Asylabteilungen des Bundesverwaltungsgerichts den ausländischen, oft gebildeten und in einem gewissen Rahmen rechtskundigen Parteien gegenüberstehen. Gleich wie ein hier angedachtes Asylverfahrensrecht bezweckte das ATSG nicht, die Struktur oder die Rechtsform des Sozialversicherungssystems zu vereinheitlichen. So sollten lediglich die vielen gleichen oder ähnlichen Verfahrensprinzipien «vor die Klammer gezogen» und so unterschiedliche, nicht erklärbare Diversitäten und Inkohärenzen beseitigt werden.⁹⁰¹

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der *prima vista* naheliegende Vergleich eines spezialisierten Asylverfahrensgesetzes mit dem ATSG aufgrund der eben aufgezählten sich unterscheidenden Faktoren hinkt. Gleichzeitig wird mit dieser Darstellung zum ATSG ersichtlich, dass eine vollständige Loslösung vom Verwaltungsverfahrensgesetz sowie eine nachhaltige Vereinheitlichung der Spezialgesetze auch im Falle einer Kodifikation eines eigenständigen Verfahrensgesetzes im Bereich des Sozialversicherungsrechts nicht gelang.

11.2.1.2 Teilweise Unanwendbarkeit: Zollveranlagungsverfahren

Gemäss Art. 3 Bst. e VwVG findet das Verwaltungsverfahrensgesetz keine Anwendung auf das Verfahren der Zollveranlagung. Diese Ausnahme war bereits im Entwurf zum Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehen und besteht somit seit dessen Inkraftsetzung.⁹⁰² Das Zollveranlagungsverfahren wurde unter Verweis auf dessen besondere Natur vom Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrens ausgenommen, «*dans le but de faciliter la procédure de dédouanement, à laquelle la procédure administrative normale n'est guère appropriée*».⁹⁰³ Das Zollveranlagungsverfahren sollte dadurch rascher und unkomplizierter durchgeführt werden

⁹⁰⁰ Zu denken ist hierbei insbesondere an das Ausländerrecht und das Bürgerrecht, CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., S. 3 f.

⁹⁰¹ BBl 1999 IV 4523, 4529.

⁹⁰² BBl 1965 II 1348, 1360.

⁹⁰³ VPB 61 (1997) Nr. 18 E. 3a.

können.⁹⁰⁴ In der Auflistung von Art. 3 VwVG ist dieses Verfahren des Zollgesetzes dann auch das einzige, welches in dieser allgemeinen und ganzheitlichen Weise vom Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgenommen ist.

Das Zollveranlagungsverfahren beinhaltet im Wesentlichen die Erfassung und die Kontrolle des Warenverkehrs, die zollrechtliche Bestimmung der Waren sowie die Durchführung der spezifischen Abfertigungs- und Überführungsvorschriften bis zum Abschluss des ordentlichen Zollverfahrens.⁹⁰⁵ Dabei gelten die Spezialbestimmungen des Zollgesetzes und der entsprechenden Verordnungen und nicht das Verwaltungsverfahrensgesetz.⁹⁰⁶ Dieser Ausschluss des Verwaltungsverfahrensgesetzes hat namentlich Auswirkungen auf die Eröffnung und Begründung der Verfügung, welche mündlich und summarisch erfolgen kann. Aus den Beschauregeln nach Art. 37 ZG, wonach nur ein Teil der Waren beschaut werden müssen, wenn dies die anmeldepflichtige Person nicht anders verlangt, kann eine Änderung im Untersuchungsgrundsatz gesehen werden. Auch eine Rechtsmittelbelehrung ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht notwendig.⁹⁰⁷ Dies erlaubt es unter anderem, auf die völkerrechtlich bindenden Bestimmungen für die Schweiz im Bereich des Zollwesens⁹⁰⁸ sowie die aktuellen technischen Möglichkeiten, welche sich stetig verändern und insbesondere im Bereich der Zollanmeldungen neue Möglichkeiten bieten,⁹⁰⁹ schnell und unabhängig vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren zu reagieren, ohne dass bezüglich des Verhältnisses zwischen Verwaltungsverfahrensgesetz und Spezialgesetzgebung im Zollgesetz Rechtsunsicherheiten entstehen. Indessen bleiben aber gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens anwendbar.⁹¹⁰ Gemäss aktueller Rechtsprechung wird aber bereits das strittige Verwaltungsverfahren nicht dem Zollveranlagungsverfahren angerechnet, weshalb das Verwaltungsverfahrensgesetz für das Verfahren vor der Zollrekurskommission sowie vor

⁹⁰⁴ ARPAGAU, S. 253; MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 3, Rz. 31, insb. Fn. 39, m.H.a. Entscheid der ZRK vom 13.2.1995, in VPB 61 (1997) Nr. 18 E. 3a.

⁹⁰⁵ Vgl. eingehend ARPAGAU, S. 386 f.

⁹⁰⁶ ARPAGAU, S. 252 f.; MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 3, Rz. 31.

⁹⁰⁷ BGE 100 Ib 8 E. 2a.

⁹⁰⁸ Dazu eingehend ARPAGAU, S. 69 ff.

⁹⁰⁹ Z. B. die elektronische Zollanmeldung nach Art. 28 Abs. 1 Bst. a ZG, vgl. ARPAGAU, S. 400 ff.

⁹¹⁰ ARPAGAU, S. 253 m.H.a. BGE 101 Ib 99 E. 2a.

dem Bundesverwaltungsgericht wieder Anwendung findet.⁹¹¹ Der ganzheitliche Ausschluss des Zollveranlagungsverfahrens beschränkt sich dadurch schliesslich wieder auf einen klar definierten und beschränkten Bereich des gesamten Zollrechts.

Das Zollveranlagungsverfahren weist damit überraschend viele Parallelen zum Asylverfahren auf. So handelt es sich beim Zollveranlagungsverfahren ebenfalls um ein Massenverfahren,⁹¹² weshalb ein rasches und unkompliziertes Verfahren nötig ist, um die Funktion sicherzustellen. Dieser Beschleunigungswille des Verfahrens ist auch im Asylbereich allgegenwärtig. Die Begründung, weshalb das Verwaltungsverfahrensgesetz für das Zollveranlagungsverfahren nicht anwendbar ist, stützt sich denn auch auf die besondere Natur des Verfahrens. Wie aus den vorangehenden Kapiteln ersichtlich, kann auch im Asylverfahren mit der besonderen Natur des Verfahrens argumentiert werden. Die Abweichungen des Zollveranlagungsverfahrens vom Verwaltungsverfahrensgesetz ähneln den Spezialbestimmungen im erstinstanzlichen Asylverfahren, wie beispielsweise die Möglichkeit der mündlichen und summarischen Verfügungen. Interessant ist ferner, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens anwendbar bleiben und so eine gewisse Kontinuität gewährleistet sowie ein vollständiger Ablösungsprozess vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren vermieden wird. Für das Beschwerdeverfahren gilt im Zollveranlagungsverfahren jedoch wieder das Verwaltungsverfahrensgesetz, was darauf hindeutet, dass in diesem Stadium weniger oder keine Spezialbestimmungen mehr greifen. Das Asylverfahren kennt im Gegensatz dazu bereits im heutigen Status quo eine Vielzahl von Spezialbestimmungen im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren.

Im Unterschied zum Asylverfahren besteht das Bewusstsein für die Andersartigkeit des Zollveranlagungsverfahrens bereits seit vor der Inkraftsetzung des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Dadurch wurde das Verfahren bereits von Anfang an von der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrens ausgeschlossen. Diese zeitliche Komponente stellt einen grossen Unterschied zum Asylverfahren dar, welches mit dem Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 in der Schweiz erstmalig kodifiziert wur-

⁹¹¹ ARPAGAU, S. 254 und neben vielen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2017 A-4988/2016 E. 1.2 m.w.H.

⁹¹² Pro Jahr handelt die Zollverwaltung über 20 Millionen Veranlagungsverfügungen ab, ARPAGAU, S. 385.

de. Ein Ausschluss des Asylverfahrens hätte demnach eine Änderung von Art. 2 oder 3 VwVG bewirkt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein (teilweiser) Ausschluss des Asylverfahrens vom Verwaltungsverfahrensgesetz nach dem Modell des Zollveranlagungsverfahren – gegebenenfalls ebenfalls nur für das erstinstanzliche Verfahren – einen gangbaren Weg darstellen könnte. Dadurch könnten unter Berücksichtigung der hohen Anzahl an zu erlassenden Verfügungen in angemessener Zeit Rechtsunsicherheiten sowie Inkohärenzen vermieden und ein transparenteres Verfahren mit Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensgesetzes geschaffen werden.

11.2.2 Verfahren ohne spezialgesetzliche Bestimmungen: Staatenlosigkeit

Angesichts der Stabilität sowie der recht umfassenden Verfahrensbestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes stellt sich ergänzend die Frage, was die Vorrespektive die Nachteile eines Verfahrens ohne Spezialbestimmungen wären. Dazu kann das Verfahren betreffend der Anerkennung der Staatenlosigkeit analysiert werden. Mangels spezifischen Gesetzes richtet sich dieses Verfahren ausschliesslich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und eignet sich daher aus wissenschaftlicher Perspektive gut, um die Konsequenzen eines Verfahrens ohne Spezialbestimmungen zu analysieren.

Die Schweiz ist seit dem Jahr 1972 Mitgliedstaat des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen (nachfolgend: Staatenlosenübereinkommen).⁹¹³ Indessen bestehen einzig beim Aufenthaltsstatus sowie bei Massnahmen zur Verhinderung der Entstehung von staatenlosen Personen Bestimmungen auf Gesetzesstufe.⁹¹⁴ Gemäss Art. 14 Abs. 3 OV-EJPD ist das SEM zuständig für die Anerkennung von Staatenlosen. Weitere Bestimmungen zum Verfahren gibt es indessen nicht. Da das Staatenlosenübereinkommen keine Regelungen zur Ausgestaltung und zur Durchführung eines Anerkennungsverfahrens enthält, stützt sich das jeweilige Verfahren auf das Allgemeine Verwaltungsverfahren, namentlich das Ver-

⁹¹³ Abgeschlossen in New York am 28. September 1954, SR 0.142.40.

⁹¹⁴ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, F5, S. 1.

waltungsverfahrens-gesetz sowie die entstandene Rechtsprechung in diesem Bereich.⁹¹⁵

UNHCR identifizierte in seinem Bericht «Staatenlosigkeit in der Schweiz» diverse Schwierigkeiten, welche aus den fehlenden Spezialbestimmungen resultieren. So haben die Behörden (insbesondere die Asylbehörden) keine Möglichkeit, ein Verfahren um Anerkennung der Staatenlosigkeit von Amtes wegen einzuleiten, auch wenn sich dies nach den Befragungen im Asylverfahren aufdrängen und den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entsprechen würde. Weiter besteht von Gesetzes wegen kein Recht auf eine mündliche Anhörung. Solche werden nur durchgeführt, wenn die notwendigen Informationen gemäss der Ansicht des SEM nicht anders festgestellt werden können. Die Gesuchstellenden haben indessen keinen Anspruch, ihre Vorbringen mündlich darlegen zu können.⁹¹⁶ Aufgrund der speziellen Eigenschaften der Gesuchstellenden würden sich auch Spezialbestimmungen hinsichtlich der Bereitstellung von Unterstützung durch Übersetzungs- und Dolmetscherdienste sowie im Bereich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung aufdrängen.⁹¹⁷ Weiter fehlen auch spezialgesetzliche Bestimmungen zu den Eintretensvoraussetzungen auf ein Gesuch sowie Regelungen zum Beweismassstab, wobei im Gegensatz zum Asylverfahren die Glaubhaftigkeit der Vorbringen grundsätzlich nicht genügen dürfte. Auch nähere Bestimmungen zur Aufgabenteilung zwischen Behörde und gesuchstellender Person fehlen.⁹¹⁸

Im Jahr 2017 überprüfte der UNO-Menschenrechtsrat zum dritten Mal im Rahmen des Universal Periodic Review die Menschenrechtslage in der Schweiz, wobei auch die Situation von Staatenlosen in der Schweiz analysiert wurde. Im dabei verfassten Bericht der Arbeitsgruppe des Menschenrechtsrats nahm die Schweiz die Empfehlung an, ein formelles, faires, effektives und für alle zugängliches Anerkennungsverfahren für staatenlose Personen einzuführen, unabhängig von deren Rechtsstatus in der Schweiz. Ein formelles Verfahren bezüglich der Anerkennung

⁹¹⁵ VON RÜTTE, S. 3 f.; ARNAIZ, S. 95; UNHCR, Staatenlosigkeit in der Schweiz, Rz. 68; 72; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, F5, S. 1. Siehe auch: HUMANRIGHTS.CH, Staatenlose in der Schweiz.

⁹¹⁶ UNHCR, Staatenlosigkeit in der Schweiz, Rz. 88; VON RÜTTE, S. 5.

⁹¹⁷ UNHCR, Staatenlosigkeit in der Schweiz, Rz. 85 f., 93.

⁹¹⁸ VON RÜTTE, S. 5; BRUNNER, S. 67, 72; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, F4, S. 9; HUMANRIGHTS.CH, Staatenlose in der Schweiz.

der Staatenlosigkeit dürfte demnach in näherer Zukunft den Gesetzgebungsprozess durchlaufen.⁹¹⁹

Im Gegensatz zum Verfahren betreffend der Anerkennung der Staatenlosigkeit ist das Asylverfahren selber, aber auch die Rückgriffe auf das Verwaltungsverfahren, genau gesetzlich kodifiziert oder durch die Rechtsprechung weitestgehend geklärt. Bei der Betrachtung des Verfahrens zur Anerkennung der Staatenlosigkeit fällt auf, dass durch die Aufgabe aller Spezialbestimmungen die spezifischen Eigenschaften eines Verfahrens – sowohl bezüglich des festzustellenden Sachverhalts als auch der Bedürfnisse der Verfahrensparteien – mit einem Verfahren, welches sich nur nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet, in keiner Weise mehr berücksichtigt werden können. Trotz der aufgrund der fehlenden Kodifikation des Verfahrens eigentlich klaren Situation, gemäss welcher lediglich das Verwaltungsverfahrensgesetz in prozessualer Hinsicht zur Anwendung kommt, entstehen durch die fehlende Berücksichtigung der spezifischen Eigenschaften des Verfahrens sowie der lediglich allgemein gehaltenen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Rechtsunsicherheiten und gerade im Vergleich zum Asylverfahren auch Ungerechtigkeiten.⁹²⁰ Eine solche Situation kann für das Asylverfahren kaum angestrebt werden. Die Möglichkeit der Abschaffung aller Spezialbestimmungen im Asylgesetz ist daher an dieser Stelle zu verwerfen.

11.2.3 Fazit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich das ATSG nicht als Vorbild für einen allfälligen Systemwechsel im Asylverfahren eignet, da dieses verschiedene ähnliche Verfahrensarten vereinheitlichte und allgemeine Verfahrensregelungen in einem allgemeinen Gesetz regelte. Dies ist das Gegenteil eines angedachten Asylverfahrensgesetzes, welches die spezifischen Regelungen aus dem Allgemeinen herauslösen würde. Auch das Verfahren zur Anerkennung der Staatenlosigkeit ohne irgendwelche Spezialbestimmungen ist aufgrund der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheiten und für das jeweilige Rechtsgebiet unbefriedigenden Lösungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens als Vorbild für ein eigenes Asylverfahrensgesetz abzulehnen.

⁹¹⁹ HRC, WORKING GROUP ON THE UPR, Ziff. 146.121.

⁹²⁰ In diesem Sinne auch VON RÜTTE, S. 6.

Indessen bietet der Ansatz des Zollveranlagungsverfahrens interessante überlappende Aspekte zum Asylverfahren. Ohne vollständig vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren losgelöst zu sein, kann im Spezialgesetz rascher, einfacher und spezifischer auf die Bedürfnisse des Verfahrens oder auch die grosse Anzahl von Verfügungen reagiert werden, wo die Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens, sprich des Verwaltungsverfahrensgesetzes, nicht zu passen scheinen. Bei Regelungslücken kann nach wie vor auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden. Im Gegensatz zum bestehenden System im Asylverfahren könnten so die durch die spezifischen Eigenschaften bestehenden Bedürfnisse besser berücksichtigt werden, ohne dass sich Widersprüche zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren ergeben. Die Angleichung an ein System wie im Zollveranlagungsverfahren würde denn im Asylverfahren auch keinen grundlegenden Systemwechsel bedeuten, sondern wäre im Endeffekt lediglich die Kodifikation der heute bereits faktisch bestehenden Situation.

Kapitel 12 Empfehlungen an den Gesetzgeber

12.1 Handlungsbedarf

Aus dem Gesagten lässt sich der Schluss ziehen, dass der aktuelle Status quo bezüglich der Verbindung des Asylgesetzes mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz seine Vorteile bietet. Mit der Verknüpfung über Art. 6 AsylG können die spezifischen Eigenschaften des Asylverfahrens mittels Spezialbestimmungen berücksichtigt werden. Dennoch gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz in seinen Grundsätzen, ohne dass dies von der Rechtsprechung festgestellt werden musste. Indessen ergeben sich aus dieser Situation Unklarheiten sowohl aus faktischen Abweichungen, welche von der Praxis im Laufe der Jahre definiert wurden,⁹²¹ als auch aus grundlegenden Änderungen im Asylverfahren im Vergleich zum Allgemeinen Verwaltungsverfahren.⁹²² Ferner wirkt das Asylverfahren durch die grosse Anzahl an Abweichungen insgesamt unübersichtlich, was in der Praxis zu Fehlern führen kann.⁹²³ Ein Handlungsbedarf kann demnach ohne Weiteres festgestellt werden.

Indessen ist eine komplette Loslösung vom Verwaltungsverfahrensgesetz mit Blick auf das Zollveranlagungsverfahren weder wünschenswert noch praktikabel. So sind sowohl das Zollveranlagungsverfahren als auch der Sozialversicherungsbereich – trotz der ausdrücklichen Ausnahmebestimmung nach Art. 3 VwVG – noch sehr stark an das Allgemeine Verwaltungsverfahren, namentlich das Verwaltungsverfahrensgesetz gebunden. Dennoch schafft die Ausnahmebestimmung Klarheit für den Rechtsanwender beziehungsweise die Rechtsanwenderin, indem klargestellt wird, dass sich das Verfahren grundsätzlich nach seinen Spezialbestimmungen bestimmt. Im Vergleich zum Zollveranlagungsverfahren ist denn in Bezug auf die Abhängigkeit des Asylverfahrens zum Verwaltungsverfahrensgesetz kein wesentlicher Unterschied ersichtlich. So ist beim Asylverfahren vielmehr von einem umgekehrten Ansatz zu sprechen, indem das Asylverfahren Spezialregelun-

⁹²¹ Z. B. zur Akteneinsicht, vgl. Kap. 7.3.4.2.

⁹²² Zu denken ist beispielsweise an die Abweichungen im Asylverfahren zur Mitwirkungspflicht (vgl. Kap. 9.3.3) oder bei den Beschwerdefristen (Kap. 10.2.1).

⁹²³ Fatal ist beispielsweise die Unkenntnis über Art. 17 Abs. 1 AsylG, wonach die Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes über den Fristenstillstand keine Anwendung auf das Asylverfahren findet.

gen aufweist, ohne sich vom Verwaltungsverfahrensgesetz und seinen allgemeinen Regelungen gebunden zu fühlen.

12.2 Anpassung von Art. 6 AsylG

Diese Realität, wonach sich das Asylverfahren in der Regel zunächst nach den Regelungen des Asylgesetzes richtet, bevor auf das Allgemeine Verwaltungsverfahren zurückgegriffen wird, ist auch gesetzlich zu kodifizieren. Diese formelle Loslösung des Asylgesetzes vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren bedingt zumindest eine Anpassung von Art. 6 AsylG. Eine mögliche Formulierung dieser Bestimmung könnte sodann lauten:

«Das Verfahren richtet sich nach dem vorliegenden Gesetz. Die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) finden ergänzend Anwendung.

Das Beschwerdeverfahren auf Bundesebene nach den Artikeln 104–111a^{bis} bestimmt sich nach dem vorliegenden Gesetz sowie ergänzend nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005.»

Art. 3 VwVG müsste konsequenterweise ebenfalls angepasst und das Asylverfahren von der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgenommen werden.⁹²⁴ Auf den Verweis auf das Bundesgerichtsgesetz ist aufgrund der diesbezüglich bestehenden Rechtsunsicherheit ganz zu verzichten.⁹²⁵

Durch diese formelle Loslösung des Asylverfahrens vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren würde die aktuell bereits bestehende und nach der erfolgten Untersuchung weitgehend als legitim erscheinende Situation auch im Gesetz kodifiziert und – sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Rechtsanwendenden – klar ersichtlich werden. Faktisch würde sich an der bestehenden Situation durch die Vielzahl von Abweichungen kaum etwas ändern. Wären einzelne Verfahrensfragen im erstinstanzlichen Asylverfahren doch nicht im Asylgesetz geregelt, verwies der neue Art. 6 AsylG klar auf das Verwaltungsverfahrensgesetz und nur auf das Ver-

⁹²⁴ So könnte ein Art. 3 Bst. d^{ter} lauten: «...das Verfahren in Asylsachen, soweit das Asylgesetz vom 26. Juni 1998 anwendbar ist».

⁹²⁵ Vgl. Ausführungen in Kap. 4.4.

waltungsverfahrensgesetz, sodass auch mit diesem klaren Verweis Rechtssicherheit geschaffen würde.

In Bezug auf das Rechtsmittelverfahren wäre insbesondere aufgrund der organisatorischen Bestimmungen im Verwaltungsgerichtsgesetz zur Integration der Asylabteilungen im Bundesverwaltungsgericht sowie in den grundsätzlichen Bestimmungen zur Funktionsweise dieser Asylabteilungen in einem neuen Art. 6 AsylG speziell auf das Verwaltungsgerichtsgesetz aufmerksam zu machen und dieses subsidiär zum Asylgesetz als anwendbares Gesetz im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren zu bestimmen. Eine Übernahme aller allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes wäre aufgrund des Zusammenspiels mit den anderen Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts weder möglich noch dienlich. Durch Art. 37 VGG, welcher auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verweist, käme auch im Rechtsmittelverfahren das Verwaltungsverfahrensgesetz ergänzend zur Anwendung. Die Hierarchiestufen wären aber indessen im Gegensatz zur aktuellen Situation klar.

Wie auch im Zollveranlagungsverfahren würden auch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens weiterhin Anwendung finden, so dass eine vollständige Loslösung vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren, welche die Gefahr einer Haltlosigkeit des Asylverfahrens ohne Struktur und Rahmgebung bergen könnte, vermieden würde. Die genaue Definition dieser allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens sowie die Abgrenzung zu den aus der Verfassung abgeleiteten Verfahrensrechten wäre weiterhin Sache der Rechtsprechung, namentlich des Bundesgerichts respektive des Bundesverwaltungsgerichts.

12.3 Gesetzesrevision zur Bereinigung

Die formelle Anpassung des Asylgesetzes an diese Realität – analog zum Zollveranlagungsverfahren – ist somit wünschenswert und möglich, ohne dass dabei ein grundlegender Systemwechsel vollzogen würde. Dabei ist auch ein Appell für eine Gesetzesrevision zur Bereinigung und zur besseren Systematisierung des Gesetzes angezeigt, um die Inkohärenzen und rechtlichen Unsicherheiten aus dem Gesetz zu entfernen. Mit einer solchen Harmonisierung von Verfahrensvorschriften kann be-

reits eine Vereinfachung derselben bewirkt und Transparenz geschaffen werden, wobei die Harmonisierung zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beiträgt.⁹²⁶

Insgesamt würde sich anbieten, das Asylgesetz nach einer ersten Evaluation der erst am 1. März 2019 in Kraft getretenen Neustrukturierung des Asylbereichs in besonderem Bewusstsein und unter Berücksichtigung seiner spezifischen Eigenschaften zu revidieren, wobei das Verfahren mit den bestehenden Spezialbestimmungen und den von der Rechtsprechung definierten Praxen a priori ohne Änderungsabsichten des bestehenden Verfahrens⁹²⁷ in nüchterner Weise zu kodifizieren wäre.

Dabei könnten weitere, lediglich von der Rechtsprechung oder bereits vom Asylgesetz definierte Besonderheiten explizit im Asylgesetz kodifiziert und ergänzt werden. Als gutes Beispiel dienen dabei die Regelungen zum Akteneinsichtsrecht im Asylverfahren, welche sich aufgrund des befürchteten Lerneffekts vom Allgemeinen Verwaltungsverfahren unterscheiden.⁹²⁸ Weiter könnte eine eigene asylrechtliche Bestimmung zum Verhältnis der Mitwirkungspflicht und dem Untersuchungsgrundsatz Klarheit bringen. Im Sinne einer Bereinigung des Gesetzes könnten die im Gesetz verstreuten Mitwirkungspflichten zusammengefasst und den Untersuchungspflichten der Behörden gegenübergestellt werden. Gegebenenfalls könnte es sich auch lohnen, im Asylgesetz eine eigene, ausdrückliche Regelung zum Fristenlauf im Sinne von Art. 20 f. VwVG einzuführen, da das Asylverfahren unter anderem auch Arbeitstage und mit der Aushändigung in den Zentren des Bundes andere Eröffnungsmöglichkeiten kennt, welche Auswirkungen auf den Fristenlauf haben können.

Aufgrund der bereits weitgehenden Spezialbestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege im Asylverfahren mit Art. 102f ff. AsylG wäre auch eine komplette Abkopplung von Art. 65 VwVG in Betracht zu ziehen, wobei auch die Regelungen von Art. 11 VwVG zur Vertretung und Verbeiständung integriert werden könnten. Angesichts der Tatsache, dass sich Asylsuchende aufgrund der Höchstpersönlich-

⁹²⁶ HÖSLI, S. 102. Ferner auch zur Totalrevision der Bundesverfassung, in welcher auch eine Nachführung bezweckt wurde; BIAGGINI, BV Kommentar, Einleitung, Rz. 4: «Gerade die zahlreichen Änderungen hatten indes die Verfassungsurkunde zu einem Flickwerk werden lassen und erhebliche Einbussen hinsichtlich Klarheit und Kohärenz nach sich gezogen.»

⁹²⁷ Es versteht sich von selbst, dass aus einer Evaluation der Neustrukturierung sich ergebende Schwachpunkte des Verfahrens anzupassen wären.

⁹²⁸ Vgl. Kap. 7.3.4.2.

keit des Rechts auf Asyl in vielen Teilen des Asylverfahrens nicht vertreten lassen können, würde sich auch hier eine Kodifikation der Praxis anbieten.⁹²⁹

In Bezug auf das Beschwerdeverfahren ist festzustellen, dass sich dieses bereits weitgehend auf das Asylgesetz stützt (z. B. Beschwerdegründe oder -fristen, aufschiebende Wirkung). Es würde sich indessen anbieten, eine Spezialbestimmung analog zu Art. 52 VwVG im Asylgesetz zu formulieren, in welcher beispielsweise die durch die Rechtsprechung definierten Spezialregelungen für das Asylverfahren berücksichtigt werden könnten.⁹³⁰ In Anbetracht der vielen Hilfswerke, welche Asylsuchende vertreten, würden sich gegebenenfalls auch lohnen, spezialgesetzliche Regelungen zur Parteientschädigung und zu den Kosten eines Rechtsmittelverfahrens zu kodifizieren.⁹³¹ Auf organisationsrechtliche Bestimmungen zum Beschwerdeverfahren könnte durch den vorgeschlagenen Art. 6 Abs. 2 AsylG verzichtet werden, da die diesbezüglichen Bestimmungen nach wie vor anwendbar blieben.⁹³²

Ferner könnte es sich lohnen, asylspezifische Bestimmungen zur Revision neben den bereits bestehenden Bestimmungen zu den Mehrfachgesuchen und den Wiedererwägungsgesuchen zu kodifizieren, zumal dieses im restlichen Verwaltungsverfahren eher unbedeutendere Rechtsinstitut im Asylverfahren doch relativ oft angerufen wird.⁹³³ Dabei könnten neben möglichen Revisionsgründen auch die Zuständigkeitsfrage zwischen dem SEM und dem Bundesverwaltungsgericht sowie die Überweisung (Art. 8 VwVG) eingehend geregelt werden.

Das Ziel dieser Kodifikation der heute bestehenden Praxis würde darin bestehen, dass ein Rückgriff auf das Verwaltungsverfahrensgesetz lediglich für neue Fragestellungen sowie für die allgemeinen Rechtsgrundsätze⁹³⁴ nötig ist.

⁹²⁹ Vgl. Kap. 6.2.1.

⁹³⁰ Z. B. können auch englische Rechtsmittelschriften als zulässig qualifiziert werden, vgl. neben vielen: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2344/2018 vom 17. Mai 2018 E. 1.3.

⁹³¹ AArt. 110a AsylG wurde bereits unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Qualifikation der Rechtsberaterinnen und Rechtsberater verfasst, vgl. BBl 2017 7991, 8091.

⁹³² Zu denken ist dabei z. B. an Regelungen zum Ausstand (Art. 38 VGG i.V.m. Art. 34 BGG) oder auch zum Ablauf des Entscheidungsprozesses, Art. 23 ff. VGG.

⁹³³ Vgl. dazu BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2018, S. 68, wonach bei den Abteilungen IV und V 96 respektive 99 Revisionsgesuche eingingen, bei den anderen vier Abteilungen lediglich zwischen 5 und 15 Revisionsgesuche. Exemplarisch zur Problematik: BVGE 2013/22.

⁹³⁴ Z. B. Verfügungsbegriff nach Art. 5 VwVG. Dazu: MÜLLER, in: Kommentar VwVG, Art. 5, Rz. 2 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 852.

12.4 Fazit

Art. 6 AsylG wurde bislang von der Lehre und Praxis keine Beachtung geschenkt. Aufgrund dessen fundamentalen Charakters für das Wesen des gesamten Asylverfahrens lohnt es sich aber, diese Bestimmung im nächsten Gesetzgebungsprozess des Asylgesetzes näher zu beleuchten und einer Änderung zuzuführen. Damit und mit einer Kodifikation der langjährig bestehenden, ungeschriebenen Praxis kann die bereits bestehende Realität der Spezialbestimmungen im Asylverfahren besser, klarer und verständlicher abgebildet werden, was der Transparenz und der Rechtssicherheit dient. Nur mit einem transparenten und gut strukturierten Verfahren können auch die materiellen Bestimmungen des Asylgesetzes griffig und effizient umgesetzt werden.

Stichwortverzeichnis

- Abweichungen, 18
 - Gerechtfertigte, 222
 - Konzepte, 18
 - Prüfverfahren, 26
 - Rechtfertigungsgebot, 221
 - Spezifische Eigenschaften, 26
 - Ungerechtfertigte, 224
- Äusserung und Mitwirkung, 136
 - Einschränkung, 137
 - Verfahren auf Gesuch, 137
- Akteneinsichtsrecht, 109, 130
- Allgemeines Verwaltungsrecht, 12
 - Definition, 12
 - Entstehung, 16
 - Funktionen, 12
 - Rechtfertigungsgebot, 18
 - Referenzgebiet, 16
 - Sonderinteressen, 18
 - System, 12
- Allgemeines Verwaltungs-
verfahrensrecht, 17
 - Abweichungen, 18
- Alternativen Status Quo, 228
 - Keine Spezialbestimmungen, 236
 - Unanwendbarkeit VwVG, 229
- Altersgutachten, 175
- Amtliche Rechtsverbeiständung, 206
 - Antrag, 208
 - Anwendungsbereich, 208
 - Automatismus, 207
 - Personenkreis, 209
- Amtssprache, 111, *siehe* Verfahrenssprache
- Anhörung, 88, 143
 - Ablauf, 89
 - Bedeutung, 90
 - Dublin-Gespräch, 87
 - Erst- resp. Dublin-Gespräch, 87
 - Teilnehmende, 88
 - Zweitanhörung, 177
- Anwendbarkeit VwVG, 35
- Asylgesetz, 41
 - Anfänge, 41
 - Entwicklung, 43
 - Kodifikation, 42
 - Neustrukturierung 2019, 47
 - Revisionen, 43
- Asylgesuch, 84
 - Formvorschriften, 84
 - Höchstpersönlichkeit, 84
 - Inhalt, 84
 - Mündlichkeit, 143
 - Ort, 84
 - Zuständige Behörde, 84
- Asylregionen, 85
- Asylverfahren, 83
 - Anfänge, 41
 - Beschleunigtes Verfahren, 88
 - Beschleunigungswille, 78
 - Beschwerdeverfahren, 94, *siehe* Beschwerdeverfahren
 - Beweislastverteilung, 172
 - Dublin-Assoziierung, 45
 - Emotionalisierung, 77
 - Erinstanzliches Verfahren, 83
 - Erweitertes Verfahren, 92
 - Inkohärenzen, 227
 - Massenverfahren, 76
 - Missbrauchsbekämpfung, 80
 - Mitwirkungspflicht, 180
 - Neustrukturierung 2019, 47
 - Rechtsgut, 71
 - Sachverhalt im Ausland, 73
 - Untersuchungsgrundsatz, 171
 - Verfahrensbeteiligte, 74

- Verfahrenssprache, 113
- Vorbereitungsphase, 85
- ATSG, 230
 - Entstehung, 231
 - Gegenstand, 230
 - Vergleich Asyl, 232
- Auflösung Arbeitsverhältnis, 68
 - Diskurs, 71
 - Rechtsgut, 70
 - Verfahrensablauf, 69
 - Verfahrenszahl, 70
 - Verfahrensbeteiligte, 70
- Auskünfte NGO, 176
- Begründungspflicht, 108
 - AsylG, 119
 - Mündliche Eröffnung, 147
 - Offensichtlich unbegründet, 120
 - Summarisch, 118, 119
 - Textbausteine, 119
 - VwVG, 118
- Beschleunigtes Verfahren, 88
- Beschleunigungswille, 78
 - Österreich, 24
- Beschwerde, 96
 - Aufschiebende Wirkung, 97
 - Ergänzung, 198
 - Form, 96
 - Frist, 96
 - Instanzenzug, 214
 - Verbesserung, 198
- Beschwerdeverfahren, 94, 195
 - Amtliche Rechtsverbeiständung, 206, *siehe* Amtliche Rechtsverbeiständung
 - Ausland, 149
 - Behandlungsfristen, 95
 - Beratungen, 141
 - Beschwerdeergänzung, 198
 - Beschwerdeverbesserung, 198
 - Devolutiveffekt, 97
 - Ermessen, 210, *siehe* Ermessenskontrolle
 - Fristen, 196, *siehe* Fristen
 - Gerechtfertigte Abweichungen, 224
 - Instanzenzug, 214
 - Instruktion, 97
 - Kognition, 210, *siehe* Ermessenskontrolle
 - Mündlichkeit, 148
 - Rechtskraft, 98
 - Schriftenwechsel, 205
 - Schriftlichkeit, 148
 - Spruchkörper, 202
 - Untersuchungsmaxime, 164, 179
 - Urteilsfindung, 97
 - Verhandlungen, 140
- Beweismittel, 139
 - Asyl, 173
 - Auswahl, 164
 - Gutachten, 163
 - Mitwirkungspflicht, 181
 - VwVG, 161
- Beweisnotstand, 73
- Botschaftsablklärung, 177
- Bundesverwaltungsgericht, 94
 - Ermessenskontrolle, 210
 - Verfahren, 97
- Country-of-Origin-Information (COI), 177
- Daktyloskopie, 86
- dass-Form/dass-Urteil, 120
- Devolutiveffekt, 97
- Diskurs, 60
 - Asylverfahren, 77
 - Auflösung Arbeitsverhältnis, 71
 - Einreiseverbot, 64

- Öffentliches Beschaffungswesen, 68
- Dublin-Verfahren, 87
- Eingereichte Dokumente, 174
- Einreiseverbot, 62
 - Diskurs, 64
 - Rechtsgut, 64
 - Verfahrensablauf, 63
 - Verfahrenszahl, 62
 - Verfahrensbeteiligte, 64
- Entscheidungswurf, 91
- Entwicklung
 - Asylgesetz, 41
 - Verwaltungsgerichtsbarkeit, 31
 - Verwaltungsverfahrensgesetz, 30
- Ermessenskontrolle, 210
 - AsylG, 212
 - Konsequenzen Einschränkung, 214
 - Technisches Ermessen, 211
 - Ungerechtfertigte Abweichung, 225
 - VwVG, 210
- Eröffnung, 123
 - AsylG, 125
 - Mündlichkeit, 124, 147
 - Nichtigkeit, 123
 - per Fax, 125
 - VwVG, 123
 - Zustellfiktion, 126
- Erweitertes Verfahren, 92
 - Abklärungen, 93
 - Rechtsschutz, 93
 - Zuweisung, 93
- Fingerabdrücke, 174
- Formlose Abschreibung, 185
 - Ungerechtfertigte Abweichung, 226
- Fristen, 196
 - Behandlungsfristen, 200
 - Beschwerdeergänzung, 199
 - Beschwerdefristen AsylG, 196
 - Beschwerdefristen VwVG, 196
 - Beschwerdeverbesserung, 198
 - Fristenstillstand, 196, 197
 - Verfahrensfristen AsylG, 199
 - Verfahrensfristen VwVG, 198
- Gerechtfertigte Abweichungen, 221
- Gesuchstellung, 84, *siehe* Asylgesuch
- Glaubhaftmachung, 172
- Gleichbehandlungsgebot, 20, *siehe* Rechtsgleichheitsgebot
- Handlungsbedarf Gesetzgeber, 241
 - AsylG, 242
 - Bereinigung, 243
 - VwVG, 242
- Herkunftsabklärungen, 146, *siehe* LINGUA
- Instanzenzug, 214
- Kognition, 210, *siehe* Ermessenskontrolle
- Kollisionsregel
 - lex prior, 19
 - lex specialis, 19
- Korrelation, 35
 - Handlungsbedarf, 241
 - VwVG und BGG, 36
 - VwVG und VGG, 35
- Laien, 74
- LINGUA, 178
 - Ablauf, 146
 - Evaluation Alltagswissens, 146

- Massenverfahren, 76
- Medizinische Abklärungen, 175
- Missbrauchsbekämpfung, 80
- Mitwirkungspflicht, 166, 180
 - AsylG, 180
 - Auf andere Weise, 183
 - Diskrepanzen, 188
 - Umfang im Asylverfahren, 180
 - Umfang VwVG, 166
 - Verletzung Asyl, 184
 - Verletzung VwVG, 169
 - VwVG, 166
- Mündlichkeit, 135
 - Akteneinsicht, 140
 - Anhörung Asyl, 143
 - AsylG, 143
 - Asylgesuch, 143
 - Beschwerdeverfahren, 140
 - Eröffnung, 147, *siehe* Eröffnung
 - Gerechtfertigte Abweichungen, 222
 - LINGUA, 146, *siehe* LINGUA
 - Verhandlung, 139
 - VwVG, 139
- Neustrukturierung Asylverfahren, 47
 - Taktung, 47
- Öffentliches Beschaffungswesen, 65
 - Diskurs, 68
 - Rechtsgut, 67
 - Verfahrensablauf, 66
 - Verfahrenszahl, 65
 - Verfahrensbeteiligte, 67
- Österreichisches Rechtssystem, 23
 - Adhäsionskompetenz, 22
 - Asylbeschwerdeverfahren, 150
 - Erforderlichkeit, 22
 - Verfassungskonformität, 24
- Rechtfertigungsgebot, 18
- Rechtlich anzuerkennenden Besonderheiten, 19, *siehe* Spezifische Eigenschaften
- Rechtliches Gehör, 101
 - Definition, 101, 104
 - Einschränkungen, 110
 - Formelle Natur, 111
 - Funktion, 104
 - Gerechtfertigte Abweichungen, 222
 - Heilung, 111
 - Mittel zur Sachaufklärung, 105
 - Persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht, 104
 - Rechtsgrundlagen, 102
 - Stellungnahme zum Beweisverfahren, 128
 - Teilgehalte, 107
 - Verzicht, 110
- Rechtsgleichheitsgebot, 20
 - Asylverfahren, 21
 - Prüfung, 21
 - Rechtfertigung, 21
 - tertium comparationis, 21
- Rechtsgut, 59
 - Asylverfahren, 71
 - Auflösung Arbeitsverhältnis, 70
 - Einreiseverbot, 64
 - Hochwertigkeit, 73
 - Öffentliches Beschaffungswesen, 67
 - Recht auf Freiheit, 72
 - Recht auf Leben, 72
- Rechtsweggarantie, 195
- Referenzgebiete, 16
- Sachverhaltsabklärung, 157, *siehe auch* Untersuchungsmaxime
 - AsylG, 171
 - Befragungen, 173

- Beweisführungspflicht, 160
- Beweismittel, 161
- Diskrepanzen, 188
- Gerechtfertigte Abweichungen, 223
- Untersuchungsmaxime, 159, *siehe auch* Untersuchungsmaxime
- VwVG, 158
- Schriftenwechsel, 205
- Schriftlichkeit, 136, 148
 - Asylbeschwerdeverfahren, 148
 - Beschwerde, 138
 - Beweismittel, 139
 - Verfügung, 138
 - VwVG, 137
- Spezialisierte Behörde, 75
- Spezifische Eigenschaften, 19
 - Asylverfahren, 71
 - Auflösung Arbeitsverhältnis, 68
 - Bez. Beschwerdeverfahren, 216
 - Bez. Mündlichkeit, 153
 - Bez. rechtliches Gehör, 131
 - Bez. Sachverhaltsabklärung, 191
 - Diskurs, 60
 - Einreiseverbot, 62
 - Keine spezifischen Eigenschaften Asyl, 78
 - Merkmale, 58
 - Öffentliches Beschaffungswesen, 65
 - Rechtsgut, 59
 - Regelungsgegenstand, 58
 - Sachverhaltsermittlung, 58
 - Verfahrensablauf, 58
 - Verfahrenszahl, 60
 - Verfahrensbeteiligte, 59
- Sprache, 111, *siehe* Verfahrenssprache
- Staatenlosigkeit, 236
 - Gegenstand, 236
 - Vergleich Asyl, 238
- Streitgegenstand, 165
- Summarische Begründung, 118, *siehe* Begründungspflicht
- Textbausteine, 119
- Übersetzung, 112
 - Mitwirkungspflicht, 182
- Ungerechtfertigte Abweichungen, 224
- Untersuchungsmaxime
 - Abklärungspflicht, 160
 - Asylbeschwerdeverfahren, 179
 - AsylG, 171
 - Beschwerdeverfahren, 164
 - Beweisführungspflicht, 160
 - Beweislastverteilung Asyl, 172
 - Bindungswirkung, 159
 - Diskrepanzen, 188
 - Streitgegenstand, 165
 - Verletzung, 165, 179
 - VwVG, 159
- Verfahrensanzahl, 60
 - Asylverfahren, 76
 - Auflösung Arbeitsverhältnis, 70
 - Einreiseverbot, 62
 - Öffentliches Beschaffungswesen, 65
- Verfahrensbeteiligte, 59
 - Asylverfahren, 74
 - Auflösung Arbeitsverhältnis, 70
 - Einreiseverbot, 64
 - Laien, 74
 - Öffentliches Beschaffungswesen, 67
 - Spezialisiertheit, 75
 - Vulnerabilität, 74
- Verfahrensprägende Merkmale, 58, *siehe* Spezifische Eigenschaften

- Verfahrenssprache, 111
 - AsylG, 113
 - Rechtsprechung, 115
 - Territorialitätsprinzip, 113
 - VwVG, 111
- Vergaberecht, 65, *siehe* Öffentliches Beschaffungswesen
- Verwaltungsverfahrensgesetz
 - Anfänge, 30
 - Entwicklung, 34
 - Geltungsbereich, 35
 - Minimal kodifikation, 35, 37
 - Mitwirkungspflicht, 166
- Schriftlichkeit, 137, *siehe auch* Schriftlichkeit
- Untersuchungsmaxime, 159
- Vorrang, 19, *siehe* Kollisionsregel
- Vulnerabilität, 74
- Zollveranlagungsverfahren
 - Gegenstand, 234
 - Ursprung, 233
 - Vergleich Asyl, 235
- Zustellfiktion, 126
- Zweierspruchkörpers, 203
- Zweitanhörung, 177

Lebenslauf

Persönliche Angaben

Name: Anne Kneer
Geburtsdatum: 11. Juni 1988

Ausbildung

2017–2020 Doktoratsstudium an der Universität St. Gallen,
Law School
2010–2012 Master of Law, Universität Bern
2007–2010 Bachelor of Arts in International Relations, Université
de Genève
2003–2007 Matur, Gymnasium Interlaken (BE)

Berufserfahrung

Seit Mai 2020 Juristin, Migrationsamt St. Gallen
Mai 2019–Apr. 2020 Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Universität St. Gallen,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Prof. Dr. Benjamin
Schindler
Mai 2013–Apr. 2019 Gerichtsschreiberin, Bundesverwaltungsgericht,
Abt. IV
Nov. 2012–Apr. 2013 Praktikum Gerichtsschreiberin, Bundesverwaltungs-
gericht, Abt. IV