

§ 8 Wegweisungsvollzugshindernisse und vorläufige Aufnahme

I. Übersicht

Wird kein Asyl gewährt, sei es weil das Asylgesuch infolge Nichterfüllens der Flüchtlingseigenschaft oder Vorliegen eines Asylausschlussgrundes abgewiesen wird, sei es weil darauf nicht eingetreten wurde, verfügt das SEM in der Regel die Wegweisung und ordnet deren Vollzug an (Art. 44 Abs. 1 AsylG). Neben den bereits erwähnten¹¹⁷² Fällen, in denen die Flüchtlingseigenschaft anerkannt wird, aber wegen des Vorliegens von Asylausschlussgründen das Asylgesuch abgelehnt wird, liegt eine weitere Ausnahme vor, wenn der Vollzug entweder *unzulässig*, *unzumutbar* oder *unmöglich* ist (Art. 83 Abs. 1 AuG). In diesem Fall wird zwar die Wegweisung angeordnet, aber zugunsten einer Ersatzmassnahme, der vorläufigen Aufnahme, aufgeschoben. Ob die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme noch gegeben sind, wird periodisch überprüft (Art. 84 Abs. 1 AuG).

Unzulässig ist der Wegweisungsvollzug, wenn völkerrechtliche Hindernisse einer Weiterreise der betroffenen Person in ihren Heimatstaat oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG). *Unzumutbar* ist er, wenn die ausländische Person bei einer Reise in den Heimatstaat konkret gefährdet ist. *Unmöglich* ist der Wegweisungsvollzug, wenn die Person weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht („ausgeschafft“) werden kann (Art. 83 Abs. 2 AuG).

Im Folgenden wird zuerst geprüft, unter welchen Voraussetzungen der Vollzug der Wegweisung von Menschenhandelsopfern unzulässig ist (II.), danach wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen der Wegweisungsvollzug unzumutbar sein kann (III.). Auf Ausführungen zur Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs wird verzichtet, da es sich dabei vor allem um technische Hindernisse handelt, die in Bezug auf Menschenhandel keine spezifischen Fragen aufwerfen.¹¹⁷³

1172 Siehe oben, S. 312 f.

1173 Vgl. dazu Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 280.

Wie schon bei der Flüchtlingseigenschaft hat auch bei der Beurteilung des Wegweisungsvollzugs die Tatsache, dass eine Person Opfer von Menschenhandel im Sinne der Definition von Art. 4 lit. 3 EKM ist, keine direkten Auswirkungen.¹¹⁷⁴ Trotzdem stellt die Definition von „Menschenhandel“ eine hilfreiche analytische Kategorie dar; zudem ist das Refoulement-Verbot auch in Art. 40 Abs. 4 EKM ausdrücklich verankert und somit Teil des Menschenhandelsbekämpfungsrechts.¹¹⁷⁵ Letzteres kann auch, wie noch gezeigt werden wird, insbesondere Auswirkungen auf die Beurteilung der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs haben.

II. Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs

Der Vollzug der Wegweisung ist unzulässig, wenn er gegen völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verstößt (Art. 83 Abs. 3 AuG). Dazu gehören insbesondere die flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Refoulement-Verbote. Das flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot¹¹⁷⁶ ist nur anwendbar auf Personen, welche den materiellen Flüchtlingsbegriff erfüllen, während sich auf die menschenrechtlichen Rückschiebungsverbote, die auch in Art. 25 Abs. 3 BV eine verfassungsrechtliche Basis gefunden haben,¹¹⁷⁷ alle Personen berufen können. Als menschenrechtliche Rückschiebungshindernisse anerkannt sind drohende Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung (Art. 3 EMRK, Art. 7 UNOPakt II und Art. 3 FoK¹¹⁷⁸).¹¹⁷⁹ Eine drohende Verletzung von Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) führt ebenfalls zur Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs. Auch weitere Menschenrechte können, sofern eine schwere Verletzung droht, ein völkerrechtliches Refoulement-Verbot begründen, so

1174 Siehe oben, S. 220.

1175 GRETA, *Urgent Report Italy (2017)*, Ziff. 69.

1176 Art. 33 GFK, Art. 5 AsylG und Art. 25 Abs. 2 BV.

1177 Siehe dazu oben, S. 147.

1178 Art. 3 FoK verbietet allerdings nur die Rückschiebung an Orte wo Folter droht, nicht jedoch unmenschliche oder erniedrigende Behandlung.

1179 Stöckli, Asyl, Rz. 11.67; Kälin, Asylverfahren, S. 202; Achermann/Hausammann, S. 174; Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 244 ff.

insbesondere Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren¹¹⁸⁰) und Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens).¹¹⁸¹

Im Folgenden wird auf die möglichen Rückschiebungshindernisse eingegangen, die sich aus einer Verletzung des Verbots der Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung (Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 1 UN-Antifolterkonvention) ergeben, da Menschenhandel in den Anwendungsbereich dieses Verbots fallen kann (1.). Danach wird auf das Refoulement-Verbot eingegangen, das sich aus dem menschenrechtlichen Sklavereiverbot, worunter auch das Verbot des Menschenhandels fällt (Art. 4 EMRK, Art. 8 UNO-Pakt II), ergibt (2.). Abschliessend wird auf das Verhältnis zwischen diesen beiden Refoulement-Verboten eingegangen (3.).

1. Das Folterverbot als Vollzugshindernis

1.1. Allgemeine Voraussetzungen

Aus dem Verbot der Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung fliesst gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR¹¹⁸² und des MRA¹¹⁸³ das Verbot, eine Person an einen Ort zurückzuweisen, an dem ein reales Risiko besteht, dass sie einer solchen Behandlung ausgesetzt wäre.¹¹⁸⁴ Begründet wird dies mit der absoluten Geltung dieser Norm sowie ihrer fundamentalen Bedeutung. Der ausweisende Staat verletzt also seine aus Art. 3 EMRK resp. Art. 7 UNO-Pakt II fliessende Unterlassungspflicht, wenn er wissens oder zumindest ohne die Prüfung einer möglichen Gefahr ein zentrales Element in der Kette von Ereignissen setzt, welche zu

1180 Siehe Wouters, S. 348; Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 258; aus der Rechtsprechung insbesondere EGMR, *Othman (Abu Qatada) v. UK*, Ziff. 263 ff.; EGMR, *Soering v. UK*, Ziff. 113; BVGE 2014/28 E. 11.5.

1181 Ausführlich Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 259, Caroni u. a., S. 330; siehe auch Wouters, S. 351 ff.; Stoyanova, Complementary Protection, S. 809 ff.

1182 EGMR, *Soering v. UK*, Ziff. 91.

1183 MRA, *General Comment No. 20: Article 7*, Ziff. 9.

1184 Die Antifolterkonvention enthält ein eigenes Refoulementverbot in Art. 3 FoK, welches sich allerdings nur auf Folter bezieht.

Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung führen.¹¹⁸⁵

Art. 3 EMRK ist ein absolut geltendes und selbst im Notstandsfall unerogierbares Menschenrecht, und so ist auch das daraus fliessende Refoulementverbot ohne Schranken auf alle Menschen anwendbar, die aus einem Mitgliedstaat der EMRK weggewiesen werden.¹¹⁸⁶

Damit eine Behandlung in den Schutzbereich von Art. 3 EMRK fällt, muss sie ein Mindestmass an Schwere erreichen. Die Unterscheidung zwischen Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung spielt dabei lediglich eine Rolle für die moralische Verwerflichkeit der Behandlung. Rechtlich stellen alle drei Varianten eine Verletzung von Art. 3 EMRK dar und sind somit absolut verboten.¹¹⁸⁷ Gemäss der Zwecktheorie¹¹⁸⁸ unterscheiden sich die drei Eingriffsformen primär durch ihre Zielrichtung: *Folter* ist demnach eine schwere Form physischer oder psychischer Misshandlung, welche vorsätzlich und mit der Absicht zugefügt wird, die Willensfreiheit einer Person zu brechen, beispielsweise um das Opfer zu einer Aussage zu zwingen, es zu bestrafen oder zu diskriminieren.¹¹⁸⁹ *Erniedrigende Behandlung* oder Strafe liegt vor, wenn das Opfer mit dem Eingriff, unabhängig von einem Vorsatz des Täters, erniedrigt oder gedemütigt wird und das Leiden des Opfers primär in dieser Herabsetzung liegt.¹¹⁹⁰ *Ummenschliche Behandlung* oder Bestrafung verbleibt damit als Auffangtatbestand für Fälle, in welchen intensives psychisches oder physisches Leiden in ungerechtfertigter Weise durch eine bestimmte Situation verursacht wird, sich aus einer in ihrer Art oder Ausgestaltung illegitimen Strafe ergibt oder zwar vorsätzlich und zweckgerichtet zuge-

1185 Kälin/Künzli, Rz. 1454; siehe bereits oben, S. 143 f.

1186 Das heisst, das Folterverbot gilt selbst für Straftäter (vgl. EGMR, *Soering v. UK*; EGMR, *H.L.R. v. France*) oder Terroristen (EGMR, *Chahal v. UK*; EGMR [GC], *Saadi v. Italy*; EGMR, *Othman (Abu Qatada) v. UK*).

1187 Einige Ausnahme ist die FoK, bei der zahlreiche materielle Bestimmungen nur bei Folter Anwendung finden (insb. Art. 2-15 FoK).

1188 Kälin/Künzli, Rz. 940; siehe aus der Rechtsprechung etwa EGMR [GC], *Selmouni v. France*, Ziff. 97. Der EGMR stellt in jüngerer Zeit vermehrt auf den Zweck ab, ergänzend zum sog. Schweregradkonzept, welches die Unterscheidung zwischen Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung graduell nach der Schwere der Verletzung vornimmt. Zum Schweregradkonzept grundlegend EGMR, *Ireland v. UK*, Ziff. 167.

1189 Kälin/Künzli, Rz. 940; Nowak/McArthur, S. 75 f.; Meyer-Ladewig, N 22 zu Art. 3 EMRK; Wouters, S. 222.

1190 Kälin/Künzli, Rz. 940; Nowak/McArthur, S. 558.

fügt wird, aber die für eine Einstufung als Folter erforderliche Eingriffsintensität nicht erreicht.¹¹⁹¹ Die Beurteilung hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere der Art der Behandlung, dem Zusammenhang, in dem sie erfolgt, der zeitlichen Dauer, der physischen und psychischen Wirkungen sowie dem Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Opfers.¹¹⁹²

Dabei sind, mit Ausnahme der Definition der Folterkonvention, sowohl Gefahren, die von staatlichen Organen ausgehen, wie auch solche die von privaten Akteuren verübt werden, von dem Rückschiebungsverbot erfasst.¹¹⁹³ Bei von Privaten ausgehenden Gefährdungen muss allerdings erstellt sein, dass die Behörden des Heimatstaates nicht schutzfähig sind, dieses Risiko also nicht durch die Gewährung adäquaten Schutzes verhindern können.¹¹⁹⁴

Der Beurteilungsmassstab, den der EGMR in Refoulementfällen seit dem Urteil *Soering gegen das Vereinigte Königreich* anlegt, lautet „where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country“.¹¹⁹⁵ Es müssen also ernsthafte Gründe bestehen, um anzunehmen dass für die betroffene Person ein reales Risiko einer Art. 3 EMRK-widrigen Behandlung besteht. Das Risiko muss konkret und individuell sein.¹¹⁹⁶ Der Beurteilungszeitpunkt ist der letztmögliche Zeitpunkt vor dem Vollzug der Ausschaffung.¹¹⁹⁷

Für die Beurteilung, ob ein Verstoss gegen Art. 7 Pakt II vorliegt, gelten dieselbe Definition und derselbe Massstab. In seiner Rechtsprechung nimmt der Menschenrechtsausschuss den Massstab des EGMR auf und

1191 Kälin/Künzli, Rz. 940; siehe auch Meyer-Ladewig, N 22 zu Art. 3 EMRK.

1192 EGMR, *Hilal v. UK*, Ziff. 60; EGMR, *Vilvarajah and Others v. UK*, Ziff. 107 sowie EGMR, *Ireland v. UK*, Ziff. 162; siehe auch Wouters, S. 227.

1193 Vgl. EGMR, *H.L.R. v. France*, Ziff. 40; EGMR, *Ahmed v. Austria*, Ziff. 44.

1194 Vgl. EGMR, *Ahmed v. Austria*, Ziff. 44; EGMR, *H.L.R. v. France*, Ziff. 40. Zum adäquaten Schutz siehe unten, S. 337 f.

1195 EGMR, *Soering v. UK*, Ziff. 91. Siehe dazu auch De Weck, Non-refoulement, S. 243 ff.

1196 EGMR, *Salah Sheek v. The Netherlands*, Ziff. 146 ff.

1197 EGMR, *Chahal v. UK*, Ziff. 85.

verlangt ebenfalls „substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the person“.¹¹⁹⁸

1.2. Anwendung auf Menschenhandel

Menschenhandel fällt in den Anwendungsbereich des Verbots der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.¹¹⁹⁹ Der Antifolterausschuss betrachtet Menschenhandel als eine Form der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung (Art. 16 FoK), in einigen Fällen hat er Menschenhandel auch unter Art. 2 FoK, d.h. unter Folter, subsumiert.¹²⁰⁰ Der Menschenrechtsausschuss hat in einem jüngeren Individualbeschwerdeverfahren eine Verletzung von Art. 7 UNO-Pakt II bejaht für den Fall, dass ein Menschenhandelsopfer in seinen Heimatstaat zurückgewiesen würde, weil die betroffene Frau dort aufgrund ihrer Aussagen im Strafverfahren in Gefahr gewesen wäre, misshandelt oder getötet zu werden.¹²⁰¹ Der Ausschuss hat damit ausdrücklich die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die den Menschenhandelsopfern typischerweise drohenden Gefährdungen bestätigt.¹²⁰²

Auch aus der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich nichts anderes: Im Urteil *M. und andere gegen Italien und Bulgarien* hielt der Gerichtshof fest, dass die Behandlung der Beschwerdeführerin durch Private (Drohungen, Zwang zur Teilnahme an Diebstählen und an sexuellen Aktivitäten) unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellte.¹²⁰³ Zu einer ähnlichen Schlussfolgerung kam er im Fall *Rantsev gegen Zypern und*

1198 Siehe MRA, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, Ziff. 12; siehe dazu auch ausführlich De Weck, *Non-refoulement*, S. 243 ff.

1199 Siehe oben, S. 100 ff. Aus der Literatur siehe Planitzer, S. 54; Stoyanova, *Complementary Protection*, S. 791; OSZE, *Trafficking as Torture*, S. 26 f., 31; Jayasinghe/Baglay, S. 509 ff.; Piotrowicz, *Trafficking and International Protection*, S. 177; Seaman, S. 316; Chandran/Finch, S. 266.

1200 Siehe die Nachweise oben, S. 100 ff.

1201 MRA, *Osayi Omo-Amenaghawon v. Denmark*, Ziff. 7.5 ff.

1202 Siehe auch CAT, *CO Sweden (2014)*, Ziff. 17, wo der Antifolterausschuss dazu aufrief sicherzustellen, dass kein Menschenhandelsopfer an einen Ort zurückgeschickt wird, wo er oder sie in Gefahr wäre, gefoltert oder misshandelt zu werden.

1203 EGMR, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, Ziff. 106. Der EGMR hat auch im Fall EGMR, *Mohammed Lemine Ould Barar v. Sweden*, angedeutet, dass dro-

Russland, wo er feststellte, dass die Anwendung von Gewalt und die Misshandlungen von Menschenhandelsopfern auch unter Art. 3 EMRK fallen.¹²⁰⁴

Im Folgenden werden vier Konstellationen unterschieden, die im Zusammenhang mit Menschenhandel in den Anwendungsbereich des Verbots der Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung fallen können. Dabei handelt es sich um die bereits im Kapitel zur Flüchtlingseigenschaft untersuchten Konstellationen von re-trafficking, Einschüchterungs- oder Vergeltungsmassnahmen sowie Stigmatisierung, Diskriminierung und soziale Ausgrenzung. Zusätzlich werden auch die aus gesundheitlichen Problemen entstehenden Fragen untersucht.

1.2.1. Re-trafficking

Wie bereits erwähnt, ist es umstritten, dass Menschenhandel in den Anwendungsbereich des Verbots der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung fällt.¹²⁰⁵ Gemäss der oben dargelegten Zwecktheorie liegt Folter bei Menschenhandel dann vor, wenn der Täter oder die Täterin beim Opfer schweres körperliches oder psychisches Leiden verursacht mit der Absicht, dieses einzuschüchtern, zu einer bestimmten Handlung (z.B. Arbeit) oder einem Unterlassen (z.B. keine Flucht) zu zwingen oder zu bestrafen sowie wenn der Heimatstaat keinen Schutz vor dieser Behandlung bietet.¹²⁰⁶ Wenn das Absichtselement nicht erfüllt ist oder nicht nachgewiesen werden kann, kann eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung vorliegen, sofern dem Opfer durch den Menschenhandel schwere physische oder psychische Leiden zugefügt werden.¹²⁰⁷ Wenn das Opfer sich in einer besonders verletzlichen Lage befindet, sinkt der Schwellenwert für die Annahme einer Verletzung von Art. 3 EMRK.¹²⁰⁸ Die konkrete Einordnung spielt aber ohnehin für die Annahme einer

hende Sklaverei ein Rückschiebungshindernis gemäss Art. 3 EMRK darstellen könnte.

1204 EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 252. Der EGMR erachtete es dann aber für unnötig, diese Rügen unter Art. 3 EMRK weiter zu prüfen da sie bereits unter Art. 4 EMRK geprüft worden seien.

1205 Siehe Fn. 1199.

1206 OSZE, Trafficking as Torture, S. 26 f.

1207 Ibid., S. 26 f.

1208 Köhler, S. 158.

Rechtsverletzung keine Rolle, sondern lediglich für den Unrechtsgehalt dieser Verletzung.

Es muss ein reales Risiko bestehen, dass die betroffene Person im Falle einer Rückkehr Opfer von Folter, erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung wird. Dies muss im Einzelfall geprüft werden. Faktoren, die dazu herangezogen werden können, sind beispielsweise, ob das Opfer aus einem bestimmten Grund nach wie vor von den Tätern gesucht wird, etwa weil es noch nicht alle „Schulden“ abbezahlt hat oder weil es kompromittierende Informationen über die Täterinnen oder Täter besitzt.¹²⁰⁹ Zudem sollte untersucht werden, ob das Opfer bestimmte Eigenschaften aufweist, welche eine Person anfälliger für re-trafficking machen. Dies wären beispielsweise Zugehörigkeit zu einer bestimmten Altersgruppe oder einer bestimmten Ethnie, ein niedriger Bildungsstand oder Herkunft aus einer bestimmten Region im betreffenden Heimatland.

Geht die Gefahr von Privaten aus, ist für eine Schutzverpflichtung weitere Voraussetzung, dass kein effektiver staatlicher Schutz dagegen besteht. Der EGMR hat bei einer auf Art. 3 EMRK gestützten Beschwerde eines Menschenhandelsopfers gegen seine Ausweisung aus Frankreich die gleichen Kriterien für die Beurteilung angewendet wie bei Art. 4 EMRK.¹²¹⁰ Es wird deshalb für die Beurteilung des staatlichen Schutzes auf die Ausführungen im Kapitel zum Sklavereiverbot als Unzulässigkeitsgrund verwiesen.¹²¹¹

1.2.2. Einschüchterungs- oder Vergeltungsmassnahmen

Handelt es sich bei der befürchteten Gefahr um Einschüchterungs- oder Vergeltungsmassnahmen, kann in der Regel von Folter gesprochen werden;¹²¹² dies jedenfalls, wenn der Täter oder die Täterin das Opfer mit der Absicht behelligt, es einzuschüchtern, zu einer bestimmten Handlung oder einem Unterlassen zu zwingen oder zu bestrafen und wenn die Massnahmen beim Opfer intensives physisches oder psychisches Leiden bewirken. Auch hier muss der Wahrscheinlichkeitsmaßstab des realen Risikos er-

1209 Siehe Stoyanova, Complementary Protection, S. 792;

1210 EGMR, *L.O. v. France*, Ziff. 35.

1211 Unten, S. 337 f.

1212 Siehe Stoyanova, Complementary Protection, S. 792 f.; Chandran/Finch, S. 266.

füllt sein und es muss feststehen, dass der Heimatstaat keinen adäquaten Schutz vor dieser Gefährdung bietet.

Im Fall *Osayi Omo-Amenaghawon gegen Dänemark* hat der Menschenrechtsausschuss diese Ansicht bestätigt. Dabei handelte es sich um eine Frau aus Nigeria, die nach Dänemark gehandelt worden war, sich dort der (sexuellen) Ausbeutung entzogen hatte und im daraufhin eröffneten Strafverfahren gegen die Täter ausgesagt hatte. Aufgrund von Drohungen und Belästigungen durch Angehörige der Täter fürchtete sie, im Falle einer Rückkehr nach Nigeria von den Menschenhändlern getötet oder gefoltert zu werden. Der Menschenrechtsausschuss kam zum Schluss, dass die dänischen Behörden lediglich in genereller Weise auf die Bemühungen Nigers zur Bekämpfung des Menschenhandels eingegangen waren, ohne die besondere Vulnerabilität der Beschwerdeführerin als Opfer von Menschenhandel und als Zeugin in einem Gerichtsprozess zu berücksichtigen. Zudem hätten die dänischen Behörden es versäumt zu prüfen, inwiefern die nigerianischen Behörden im konkreten Fall fähig wären, der Beschwerdeführerin Schutz zu gewähren. Eine Wegweisung der Beschwerdeführerin nach Nigeria hätte nach Ansicht des Menschenrechtsausschusses deshalb eine Verletzung von Art. 6 und von Art. 7 UNO-Pakt II dargestellt.¹²¹³

1.2.3. Stigmatisierung, Diskriminierung, soziale Ausgrenzung

Befürchtet das Opfer bei einer Rückkehr ins Heimatland Stigmatisierung, gesellschaftlichen Ausschluss oder schwere Diskriminierung, kann der Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK ebenfalls eröffnet sein.¹²¹⁴ In Frage kommt dann insbesondere eine drohende unmenschliche oder erniedrigende Behandlung.¹²¹⁵ Diese liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn die Stigmatisierung oder der gesellschaftliche Ausschluss zu einer existenzbedrohenden Situation führen und die Person keine Unterstützung vom Staat zur Verbesserung ihrer Lage erfährt.¹²¹⁶ Insgesamt werden hohe Anforderungen an die erniedrigende Behandlung durch Diskriminierung

1213 MRA, *Osayi Omo-Amenaghawon v. Denmark*, Ziff. 7.3.

1214 Schefer/Smid, S. 10; Stoyanova, Complementary Protection, S. 793; Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 177 f.; Köhler, S. 162.

1215 Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 177 f.

1216 EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Ziff. 367.

gestellt. Die Diskriminierung muss die Person in der Ausübung ihrer grundlegenden Rechte beeinträchtigen.¹²¹⁷

In der schweizerischen Praxis werden solche Konstellationen in der Regel unter dem Punkt der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs behandelt, das heisst sie werden nicht als Verletzung eines menschenrechtlichen Refoulement-Verbots angesehen.¹²¹⁸ Sofern die Wiedereingliederungsschwierigkeiten der betroffenen Person jedoch intensives physisches oder psychisches Leiden hervorrufen, liegt m.E. eine Verletzung des Verbots unmenschlicher Behandlung und damit ein Unzulässigkeitsgrund vor. Zudem ist zu beachten, dass ein diskriminierender Ausschluss aus der Gesellschaft oder eine aus diskriminierenden Gründen mangelnde staatliche Unterstützung eine flüchtlingsrelevante Verfolgung darstellen können und somit unter diesem Punkt und nicht demjenigen des Wegweisungsvollzugs geprüft werden müssten. Würde beispielsweise eine alleinstehende Frau ohne Unterstützung des Familienverbandes aufgrund ihrer existentiellen Notlage Gefahr laufen, dem Menschenhandel zum Opfer zu fallen, stellt dies eine geschlechtsspezifische Verletzung des Rechts auf Leben oder des Verbots unmenschlicher Behandlung und damit Verfolgung im Sinne der Flüchtlingsdefinition dar, die bei der Flüchtlingseigenschaft und nicht beim Wegweisungsvollzug zu prüfen ist.¹²¹⁹

1.2.4. Gesundheitliche Probleme

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR gewährt die EMRK grundsätzlich keinen Schutz vor dem Wegweisungsvollzug im Fall von Erkrankungen oder ernsthaften gesundheitlichen Beeinträchtigungen, da das Leiden nicht durch menschliche Einwirkung verursacht wird. Bisher wurde vom EGMR erst in einem Fall ein Rückschiebungsverbot angenommen und zwar im Fall *D. gegen das Vereinigte Königreich*, in welchem ein an AIDS erkrankter Mann im letzten Stadium seiner Krankheit in seinem Heimatstaat keine familiäre, soziale, medizinische oder sonstige Unterstützung erfahren hätte. In diesem aussergewöhnlichen Fall befand der Gerichtshof, dass der Beschwerdeführer im Falle einer Rückkehr in sein Heimatland dazu verurteilt wäre, unter erbärmlichen Umständen zu sterben, was eine

1217 Köhler, S. 163 m.w.N.

1218 Siehe auch oben, S. 247 f.

1219 Janetzek/Lindner, S. 192.

unmenschliche Behandlung dargestellt hätte.¹²²⁰ Zudem hat er präzisiert, dass der Schutzbereich von Art. 3 EMRK auch eröffnet sein kann, wenn das Risiko einer Verschlimmerung eines bereits bestehenden psychischen Leidens mit der Folge selbstgefährdender Handlungen der betroffenen Person bestehen würde.¹²²¹ In sämtlichen ähnlich gelagerten Folgefällen hat der EGMR die Beschwerden abgelehnt,¹²²² ist jedoch im jüngsten Urteil *Paposhvili gegen Belgien* von seiner strengen Linie etwas abgerückt und hat klargestellt, dass Art. 3 EMRK nicht bloss dann eine Abschiebung verbietet, wenn eine schwerkranke Person vor dem Risiko eines baldigen Todes steht, sondern auch dann, wenn für eine Person im Fall der Rückschiebung die konkrete Gefahr besteht, dass sie aufgrund fehlender angemessener Behandlungsmöglichkeiten oder fehlenden Zugangs zu Behandlungen einer ernsthaften, rapiden und irreversiblen Verschlechterung des Gesundheitszustands ausgesetzt würde, die intensives Leiden oder eine wesentliche Verringerung der Lebenserwartung nach sich ziehen würde.¹²²³

Menschenhandelsopfer erleiden durch die Ausbeutung häufig gesundheitliche Schäden physischer und/oder psychischer Art. Zu denken ist etwa an posttraumatische Belastungsstörungen oder suizidale Tendenzen. In gravierenden Fällen ist deshalb auch ein Rückschiebungsverbot unter Art. 3 EMRK zu prüfen.¹²²⁴ Die Anforderungen daran sind aber sowohl in der erwähnten Rechtsprechung des EGMR wie auch derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts weiterhin sehr hoch und es ist mitunter eine irreversible oder gar lebensgefährliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder die Entstehung einer Suizidgefahr erforderlich,¹²²⁵ andernfalls werden solche Fälle unter der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs geprüft. Aufgrund der schlechteren rechtlichen Stellung einer vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit¹²²⁶ sollten solche Fälle aber immer zuerst daraufhin überprüft werden, ob Art. 3 EMRK verletzt würde.

1220 EGMR, *D. v. UK*, Ziff. 53 f.

1221 EGMR, *Bensaïd v. UK*, Ziff. 37.

1222 EGMR, *Bensaïd v. UK*, Ziff. 41; EGMR, *N. v. UK*, Ziff. 51. Kritisch dazu: De Weck, Rückschiebungsverbot aus medizinischen Gründen, Rz. 31 ff.

1223 EGMR, *Paposhvili v. Belgium*, Ziff. 183.

1224 Siehe auch Stoyanova, Complementary Protection, S. 798 ff.

1225 Köhler, S. 165 ff.; siehe auch BVGE 2011/9 E. 7.1; BVGE 2009/2 E. 9.1.

1226 Dazu unten, S. 339 f.

2. Das Verbot der Sklaverei als Unzulässigkeitsgrund

In der jüngsten Rechtsprechung des EGMR ist zu beobachten, dass dieser begonnen hat, auch aus Art. 4 EMRK, dem Verbot der Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangarbeit, unter welches er auch Menschenhandel subsumiert,¹²²⁷ ein Refoulement-Verbot abzuleiten. Bislang handelt es sich dabei erst um Zulässigkeitsentscheide und es sind noch keine Entscheide in der Sache selbst ergangen. Die Stossrichtung ist aber klar erkennbar.

Im Zulässigkeitsentscheid *V.F. gegen Frankreich* hat sich der EGMR erstmals explizit zum Bestehen eines Abschiebungsverbotes unter Art. 4 EMRK geäussert. In diesem Verfahren beschwerte sich eine Frau aus Nigeria, die gemäss eigener Angabe nach Frankreich gehandelt wurde um dort sexuell ausgebeutet zu werden, gegen ihre Abschiebung nach der Abweisung ihres Asylgesuchs. Der EGMR hielt zuerst fest, dass aufgrund des underogierbaren und absoluten Charakters von Art. 4 EMRK die Pflicht existieren könne, eine erneute Rekrutierung in ein Prostitutionsnetzwerk in Nigeria zu verhindern. Diese Pflicht entstehe allerdings nur, wenn die Behörden auch wissen oder wissen müssten dass das unmittelbare Risiko („un risque imminent“) einer erneuten Rekrutierung oder von Vergeltungsmassnahmen besteht.¹²²⁸ Da die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall kein unmittelbares Risiko geltend gemacht hatte und insbesondere von keinen Drohungen oder Vergeltungsmassnahmen in Frankreich berichtet hatte, befand der EGMR, dass keine „greifbaren Elemente“ („éléments tangibles“) vorlagen, welche eine Verletzung von Art. 4 EMRK befürchten liessen. Zudem habe Nigeria grosse Fortschritte im Kampf gegen den Menschenhandel und zum Schutz seiner Opfer unternommen.¹²²⁹ Aus diesen Gründen wurde die Beschwerde für offensichtlich unbegründet und damit unzulässig gemäss Art. 35 Abs. 3 lit. a EMRK erklärt.¹²³⁰ Im Zulässigkeitsentscheid *Idemugia gegen Frankreich*, bei dem ein ähnlicher Sachverhalt zu beurteilen war, stützte sich der EGMR für seinen Entscheid auf ähnliche Gesichtspunkte wie im Fall *V.F. gegen Frankreich* und befand ebenfalls, dass nicht genug Anhaltspunkte für das

1227 Zur Subsumtion von Menschenhandel unter Art. 4 EMRK oben, S. 47 ff.

1228 EGMR, *V.F. v. France*, Ziff. 1(ii).

1229 Ibid., Ziff. 1.

1230 Ibid., Ziff. 2.

Risiko einer Misshandlung der Beschwerdeführerin im Falle einer Rückkehr vorlagen.¹²³¹

In einer Reihe weiterer Beschwerdeverfahren hat der EGMR jeweils als vorläufige Massnahme den Vollzug der Ausweisung suspendiert.¹²³² Auch dies deutet darauf hin, dass der EGMR von einer potentiellen Verletzung der EMRK im Falle von Ausweisungen in Menschenhandelsfällen ausgeht.¹²³³

Aus der bisherigen Rechtsprechung lässt sich somit schliessen, dass aus einer drohenden Verletzung von Art. 4 EMRK ein Refoulement-Verbot entstehen kann.¹²³⁴ Diese Schlussfolgerung ist als Resultat einer systematischen Auslegung auch nur folgerichtig, da der EGMR bereits mehrfach betont hat, dass Art. 4 EMRK neben Art. 2 und 3 einen der Grundwerte der den Europarat konstituierenden demokratischen Gesellschaften bildet¹²³⁵ und diese drei Normen damit auf einer gleichen Bedeutungsebene sieht. Auch in einem zustimmenden Sondervotum zum Urteil *Hirsi Jamaa et al. gegen Italien* wurde Menschenhandel ausdrücklich als eine der Rechtsgutverletzungen genannt, bei deren drohendem Eintritt ein Refoulement-Verbot entsteht.¹²³⁶

Auch der CEDAW-Ausschuss weist darauf hin, dass eine Rückschiebung einer Frau an einen Ort, an dem sie der Gefahr einer realen, individuellen und absehbaren, schweren geschlechtsspezifischen Diskriminierung

1231 EGMR, *Idemugia v. France*, S. 6.

1232 EGMR, *M. v. UK*; EGMR, *B.L. v. France*; EGMR, *L.R. v. UK*; EGMR, *XD v. France*; EGMR, *F.A. v. UK*. Das einzige Verfahren, in welchem die Beschwerdeführerin nicht zur Prostitution, sondern zu Hausarbeit gezwungen wurde, ist EGMR, *O.G.O. v. UK*.

1233 Viele dieser Verfahren wurden schlussendlich aber aus dem Register gestrichen, da die Beschwerdeführerinnen eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund von subsidiärem Schutz oder Flüchtlingsschutz erhalten hatten: EGMR, *M. v. UK*; EGMR, *B.L. v. France*; EGMR, *L.R. v. UK*; und EGMR, *O.G.O. v. UK*.

1234 Siehe auch Chaudary, S. 95; Ritter, S. 418. Harris u. a., S. 286, erklären lapidar die *Soering*-Prinzipien für auf Art. 4 EMRK anwendbar. Siehe auch (in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta) Rengeling/Szczekalla, Rz. 629 und Calliess/Ruffert, Art. 5 Rz. 5. Anderer Ansicht Karpenstein/Mayer S. 85 Rz. 11, die aus der bisherigen Rechtsprechung noch keinen Abschiebungsschutz erkennen wollen.

1235 EGMR, *Siliadin v. France*, Ziff. 82.

1236 EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

(worunter auch Frauenhandel fällt) ausgesetzt wäre, verboten ist.¹²³⁷ Diese Verpflichtung ergibt sich aus Art. 2 lit. d CEDAW, wonach die Staaten alle Handlungen oder Praktiken unterlassen müssen, welche die Frau diskriminieren, und dafür zu sorgen haben, dass alle staatlichen Behörden und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln. Mangels weiterer Spruchpraxis zu dieser Bestimmung¹²³⁸ wird im Folgenden lediglich Art. 4 EMRK als Wegweisungsvollzugshindernis näher behandelt.

Da die bisherige Rechtsprechung des EGMR noch nicht sehr weit entwickelt ist, bleibt auf die Konkretisierung verschiedener Fragen noch zu warten. Unklar ist insbesondere, ob der Prüfungsmassstab derselbe ist wie bei Fällen drohender Verletzung von Art. 3 EMRK („ernsthafte Gründe für die Annahme, dass ein reales Risiko einer Misshandlung besteht“¹²³⁹) oder ob der EGMR bei Art. 4 EMRK einen eigenen Massstab entwickelt. Bislang hat der EGMR eine andere Terminologie gewählt, nämlich „greifbare Elemente“ („éléments tangibles“) dafür, dass ein „imminentes Risiko“ („un risque imminent“) einer Verletzung von Art. 4 EMRK besteht.¹²⁴⁰

Wie erwähnt, ist für die Annahme eines Refoulement-Verbotes aber jedenfalls erforderlich, dass der rückschiebende Staat Kenntnis von einer unmittelbaren Gefahr hat oder haben müsste. Dabei meint Kenntnis auch Situationen, in denen der Staat eine rechtliche Verpflichtung hat, diese zu haben: Der prozedurale Gehalt von Art. 4 EMRK verpflichtet die Staaten, bei Verdacht auf Menschenhandel Ermittlungen aufzunehmen.¹²⁴¹ Diese menschenrechtliche Ermittlungspflicht wird durch die Identifizierungspflicht von Art. 10 Abs. 1 EKM verstärkt: Sobald konkrete Anhaltspunkte auf Menschenhandel vorliegen, ist der Staat verpflichtet, diesen Verdacht zu verifizieren. Somit ergibt sich eine umfassende Prüfungspflicht (und

1237 CEDAW, *General Recommendation No. 32: Gender-related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women*, Ziff. 22 f.; CEDAW, *A. v. Denmark*, Ziff. 9.8.

1238 Der CEDAW-Ausschuss hat diese Vorgabe soweit ersichtlich überhaupt erst in einem Individualbeschwerdeverfahren angewendet: CEDAW, *A. v. Denmark*, Ziff. 9.8; dabei lag aber kein Menschenhandelssachverhalt vor.

1239 EGMR, *Soering v. UK*, Ziff. 91.

1240 EGMR, *V.F. v. France*, Ziff. 1.c.ii.

1241 EGMR, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, Ziff. 156; EGMR, *C.N. v. UK*, Ziff. 69; EGMR, *C.N. and V. v. France*, Ziff. 109 und EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 288. Siehe zum Ganzen auch oben, S. 168 ff. sowie für die Anwendung auf das Asylverfahren unten, S. 508 ff.

Kenntnisnahme) der möglicherweise drohenden Gefahr. Eine solche Gefahr wird, sofern die Gefährdung von privaten Akteuren ausgeht, nur angenommen, wenn der Herkunftsstaat keinen effektiven Schutz im Einzelfall bietet.

Daneben muss die Asylbehörde auch das Vorliegen und die Qualität des staatlichen Schutzes im Heimatstaat beurteilen. Der EGMR hat bislang erst in rudimentärer Weise eine solche Prüfung des staatlichen Schutzes durchgeführt. In zwei Entscheiden, in welchen die Rückschiebung nigerianischer Menschenhandelsopfer angefochtenen worden waren, hat er jeweils eine genügende Schutzhfähigkeit der nigerianischen Behörden festgestellt.¹²⁴² Dabei stützte er sich auf das Vorhandensein von Gesetzgebung gegen Menschenhandel, auf Bemühungen des Staates zur Sensibilisierung und zur Durchführung von Strafverfahren sowie auf die Existenz einer Behörde, die den Opfern Unterstützung gewährt.¹²⁴³ Da es sich lediglich um einen Zulässigkeitsentscheid, nicht um eine materielle Beurteilung der Rügen handelte, ist diese Prüfung aber jeweils sehr oberflächlich ausgefallen und kann nicht als gefestigte Rechtsprechung bezeichnet werden. Der Menschenrechtsausschuss hingegen hat in seinem Entscheid zur Wegweisung eines Menschenhandelsopfers darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung unter Art. 7 UNO-Pakt II nicht lediglich auf die allgemeinen Bemühungen des Heimatstaates zur Bekämpfung des Menschenhandels abgestellt werden darf, sondern die Fähigkeit des Staates geprüft werden muss, der betroffenen Person im konkreten Fall Schutz zu gewähren.¹²⁴⁴

Meines Erachtens ist es sinnvoll, für die Prüfung des staatlichen Schutzes analoge Kriterien wie sie bereits bei der Flüchtlingseigenschaft genannt wurden, heranzuziehen.¹²⁴⁵ Diese Kriterien wurden bereits in § 4 erarbeitet und fliessen sowohl aus der Rechtsprechung des EGMR und der Spruchpraxis der UNO-Menschenrechtsorgane wie auch aus den entsprechenden Bestimmungen im Palermo-Protokoll und der Europaratskonvention.¹²⁴⁶ Genügender staatlicher Schutz besteht demnach, wenn folgende Schutzmechanismen im Herkunftsland vorhanden und zugänglich sind:

1242 EGMR, *V.F. v. France* und EGMR, *L.O. v. France*.

1243 EGMR, *V.F. v. France*, Ziff. I c (ii).

1244 Siehe oben, S. 330.

1245 Siehe oben, S. 258 ff. Siehe auch Stoyanova, Complementary Protection, S. 794 f.

1246 Siehe oben, S. 155 ff.

§ 8 Wegweisungsvollzugshindernisse und vorläufige Aufnahme

- Die Unterstrafstellung von Menschenhandel sowie eine wirksame Strafverfolgung;
- ein formalisierter Mechanismus zur Erkennung und Identifizierung von Opfern;
- Massnahmen zum Schutz der Opfer vor weiteren menschenrechtswidrigen Beeinträchtigungen und insbesondere das Gewährleisten der physischen Sicherheit der Opfer;
- die Unterstützung der Opfer in medizinischer, sozialer und psychologischer Hinsicht;
- die Sicherstellung des Lebensunterhalts der Opfer, u.a. mittels einer angemessenen und sicheren Unterkunft;
- Massnahmen, u.a. Repatriierungsprogramme zur Wiedereingliederung in das Bildungssystem und den Arbeitsmarkt, um zu verhindern, dass ein Opfer erneut viktimisiert wird.

Sofern also das Menschenhandelsopfer konkrete Anhaltspunkte darlegen kann, dass ein imminentes Risiko einer erneuten Rekrutierung oder von Vergeltungsmassnahmen besteht, die unter den Schutzbereich von Art. 4 EMRK fallen, und anhand der oben aufgelisteten Kriterien festgestellt wurde, dass kein staatlicher Schutz im Herkunftsland besteht, würde die Rückschiebung, d.h. der Vollzug der Wegweisung, eine Verletzung von Art. 4 EMRK durch die Schweiz darstellen. Ist eine Schutzinfrastruktur vorhanden, besteht ein individuelles Rückschiebungsverbot dann, wenn die Person individuell keinen Zugang zu dieser hat.

3. Das Verhältnis zwischen Folter- und Sklavereiverbot

Noch nicht restlos geklärt ist das Verhältnis der Schutzbereiche von Art. 3 und Art. 4 EMRK in Wegweisungsfällen. Zwar geht Art. 4 EMRK gemäss der jüngeren Rechtsprechung des EGMR als *lex specialis* vor,¹²⁴⁷ jedoch haben sowohl der EGMR wie auch der Menschenrechtsausschuss in Fällen der Wegweisung von Menschenhandelsopfern auch schon Art. 3

1247 So etwa im Urteil des EGMR, *V.F. v. France*, Ziff. 2; siehe auch EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 252. Im älteren Zulässigkeitsentscheid EGMR, *Mohammed Lemine Ould Barar v. Sweden* von 1999 hatte der Gerichtshof (ohne in der Sache selber zu entscheiden) darauf hingewiesen, dass eine Ausweisung in ein Land, in dem ein offiziell anerkanntes System der Sklaverei herrscht, Artikel 3 (und nicht 4) EMRK verletzen könnte.

EMRK resp. Art. 7 UNO-Pakt II angewendet. Meines Erachtens enthält Art. 4 EMRK verstärkte Pflichten gegenüber Menschenhandelsopfern, die u.a. Identifizierung, Ermittlungspflichten, Schutzgewährung und Unterstützung umfassen. Diese erweiterten Pflichten ergeben sich aus einer systematischen Auslegung von Art. 4 EMRK unter Einbezug der Europaratskonvention und können, beispielsweise bezüglich der Abklärung des Sachverhalts, dazu führen, dass Art. 4 EMRK einen weitergehenden und früher greifenden Schutz für Menschenhandelsopfer als Art. 3 EMRK aufstellt.¹²⁴⁸ Solange aber nicht geklärt ist, ob Art. 4 EMRK tatsächlich einen anderen Prüfungsmassstab vorgibt als Art. 3 EMRK, kann die Frage nicht abschliessend beantwortet werden.

III. Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs

Der Wegweisungsvollzug kann unzumutbar sein, wenn die betroffene Person in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet ist (Art. 83 Abs. 4 AuG). Ausschlaggebend ist das Element der „konkreten Gefährdung“. Nebst Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage sind von der Rechtsprechung weitere Gründe anerkannt worden, die eine konkrete Gefährdung darstellen können. Diese sind insbesondere eine drohende Beeinträchtigung des Kindeswohls und eine Kombination verschiedener Faktoren.¹²⁴⁹ „Unzumutbarkeit“ gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG ist ein offener Rechtsbegriff.¹²⁵⁰ Zur Feststellung, ob eine konkrete Gefährdung vorliegt, besteht deshalb ein gewisser behördlicher Beurteilungsspielraum, jedoch – entgegen der „kann-Formulierung“

1248 Anders hingegen Planitzer, S. 112, welche nur Art. 3 EMRK als einschlägig ansieht in Wegweisungsfällen (Art. 4 EMRK jedoch gar nicht prüft) oder Stoyanova, Complementary Protection, S. 805. McAdam, Complementary Protection, S. 150, vertritt die Ansicht, dass der breiter gefasste Art. 3 EMRK besser geeignet ist, Gefahren wie Einschüchterungs- und Vergeltungsmassnahmen sowie schwere Stigmatisierung und Diskriminierung abzudecken. Janetzek/Lindner, S. 191, sprechen von einem „kombinierten Schutzmassstab von Art. 3 und Art. 4 EMRK“.

1249 Caroni u. a., S. 331; Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 268; Stöckli, Asyl, Rz. 11.68.

1250 BVGE 2014/26 E. 7.4.

– kein echtes Ermessen.¹²⁵¹ Wird eine konkrete Gefährdung angenommen, ist die Rechtsfolge zwingend die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme.¹²⁵²

In der schweizerischen Praxis werden mehr Menschenhandelsopfer wegen Unzumutbarkeit denn wegen Unzulässigkeit vorläufig aufgenommen.¹²⁵³ Die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit ist aber aus verschiedenen Gründen gegenüber derjenigen wegen Unzulässigkeit nachteilig: Personen, die wegen Unzumutbarkeit vorläufig aufgenommen worden sind, können von der vorläufigen Aufnahme wieder ausgeschlossen werden, wenn Gründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG vorliegen (Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe, Verstoss gegen oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz).¹²⁵⁴ Zudem ist nur bei Vorliegen der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs das für den Aufschub des Vollzug einer Landesverweisung nach Art. 66a, 66a^{bis} StGB oder Art. 49a, 49a^{bis} MStG notwendige Entgegenstehen „anderer zwingender Bestimmungen des Völkerrechts“ gemäss Art. 66d StGB gegeben.¹²⁵⁵ Auch für die Beurteilung, ob ein schwerer persönlicher Härtefall, der das Absehen von einer Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB bzw. Art. 49a Abs. 2

1251 Ibid., E. 7.9.6; siehe bereits Achermann/Hausamann, S. 189.

1252 Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 267; Caroni u. a., S. 330.

1253 Jedenfalls soweit sich aus den analysierten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ergibt. Das SEM hat seit 2014 in 42 Fällen potentiellen Menschenhandels eine vorläufige Aufnahme angeordnet, das sind 43% aller im nationalen Verfahren entschiedenen Fälle (siehe oben, S. 60 ff.); die Gründe dafür sind aus den Statistiken allerdings nicht ersichtlich. In den analysierten Falldossiers Nr. 4 (Familie aus Afghanistan), 8 (Frau aus Nepal) und 9 (Frau aus Côte d’Ivoire) wurde eine vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs angeordnet, siehe dazu oben, S. 67 ff.

1254 Bei einer Aufhebung der vorläufigen Aufnahme wird zwar von Amtes wegen geprüft, ob weitere Wegweisungsvollzugshindernisse vorliegen, womit dann allenfalls eine vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit angeordnet werden kann, vgl. BVGE 2009/51 E. 5.4; EMARK 2006/6 E. 4.2. Dies bedeutet aber immer noch einen administrativen Mehraufwand gegenüber einer ursprünglichen Annahme der Unzulässigkeit.

1255 Nach der Botschaft des Bundesrats kann auch die Unzumutbarkeit ein zulässiger Aufschiebungsgrund sein, dies wird aber aus dem verabschiedeten Gesetzestext nicht deutlich und kann somit in der Praxis zu Unklarheiten führen. Ähnliches gilt für die Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs, die rechtliche und praktische Auslegung ist aber noch weitgehend unklar, siehe De Weck, Kommentar nStGB Landesverweisung, Art. 66 d N 4 f.

MStG rechtfertigt, dürfte die Frage, ob der Wegweisungsvollzug unzulässig oder unzumutbar ist, eine Rolle spielen. Der Grund der vorläufigen Aufnahme hat zudem Auswirkungen auf die Dublin-Zuständigkeitsbestimmung bei Familienangehörigen: Art. 9 der Dublin-III-Verordnung, ein in der Rangfolge weit vorne stehendes Zuständigkeitskriterium, bestimmt denjenigen Staat als zuständig, in welchem sich Familienangehörige aufzuhalten, die Begünstigte internationalen Schutzes sind.¹²⁵⁶ „Begünstigte internationalen Schutzes“ wird nach der Qualifikationsrichtlinie bestimmt (Art. 2 lit. f Dublin-III-Verordnung). Nebst der Flüchtlingseigenschaft umfasst der internationale Schutz auch den sogenannten „subsidiären Schutz“ nach Art. 15 QRL. Dieser wird gewährt, wenn der betreffenden Person ein „ernsthafter Schaden“ droht. „Ernsthafter Schaden“ ist nach dem Wortlaut von Art. 15 der Richtlinie definiert als die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe (lit. a), Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung (lit. b) oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts (lit. c). Teile der von der Unzumutbarkeit umfassten Behandlungen, insbesondere Krieg, Bürgerkrieg und allgemeine Gewalt, fallen demnach auch unter das Konzept des subsidiären Schutzes; die anderen Gründe, insbesondere eine medizinische Notlage, eine Kombination von Faktoren oder eine Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl allerdings nicht.¹²⁵⁷

Angesichts dieser Konsequenzen besteht ein Vorrang der Unzulässigkeitsprüfung.¹²⁵⁸ Es rechtfertigt sich, im Einzelfall genau zu prüfen, ob ein vermeintlicher Unzumutbarkeitsgrund nicht eigentlich ein Unzulässigkeitsgrund darstellt.¹²⁵⁹

Bei Menschenhandelsopfern kommen als Unzumutbarkeitsgründe insbesondere die Gründe der „medizinischen Notlage“ sowie die Kombination verschiedener Faktoren in Betracht. Bei gehandelten Kindern ist zudem

1256 Zu den Dublin-Kriterien siehe oben, S. 151 f.

1257 Vgl. BVGE 2015/18 E. 3.

1258 Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 267.

1259 A.A. allerdings das Bundesverwaltungsgericht: Gemäß konstanter Rechtsprechung sind die Wegweisungsvollzugshindernisse alternativer Natur (vgl. BVGE 2009/51 E. 5.4). Daraus zieht das Gericht den Schluss, dass kein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung besteht, aus welchen Gründen das SEM den Vollzug aufgeschoben hat, siehe BVGer, E-1049/2014 vom 7.6.2016, E. 9.

zu prüfen, ob die Wegweisung mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Diese Unzumutbarkeitsgründe werden im Folgenden dargestellt.

1. Medizinische Notlagen

1.1. Allgemeine Voraussetzungen

Medizinische Gründe können gemäss Schweizer Doktrin und Praxis den Vollzug der Wegweisung insbesondere dann hemmen, wenn infolge unzureichender Behandlung eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes unausweichlich wird und zu einer lebensbedrohenden Situation führt.¹²⁶⁰ Wie erwähnt sollten aber – auch aufgrund des Vorrangs der Unzulässigkeitsprüfung¹²⁶¹ – solche gravierenden Fälle, insbesondere wenn das Risiko einer lebensbedrohenden Situation besteht, zuerst unter Art. 2 oder Art. 3 EMRK geprüft werden.¹²⁶²

Faktoren, die auf die Entwicklung des Gesundheitszustandes einen Einfluss haben und deshalb berücksichtigt werden sollten, sind nebst der ärztlichen Diagnose selber u.a. das Alter, das soziale Beziehungsnetz der betroffenen Person, ihre finanziellen Ressourcen und ihr voraussichtlicher Wohnort im Heimatland. Die benötigte medizinische Behandlung muss sowohl örtlich wie finanziell für die betroffene Person erhältlich sein.¹²⁶³ Der Wegweisungsvollzug ist allerdings nicht schon dann unzumutbar, wenn im Heimatstaat keine dem Schweizerischen Standard entsprechende medizinische Behandlung erhältlich ist.¹²⁶⁴

1.2. Anwendung auf Opfer von Menschenhandel

Menschenhandel beschlägt die physische und psychische Gesundheit der Opfer in vielerlei Hinsicht. So sind z.B. viele Opfer von sexueller Ausbeu-

1260 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, E3 Die Wegweisung und der Vollzug der Wegweisung, Ziff. 2.2.2.2.1.

1261 Siehe oben, S. 323.

1262 Siehe Illes, S. 43; Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 275; Caroni u. a., S. 332. Zum Ganzen auch oben, S. 331 f.

1263 Siehe die Hinweise bei Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 276; Caroni u. a., S. 332.

1264 Vgl. BVGE 2009/2 E. 9.3.2; BVGE 2011/50 E. 8.3.

tung aufgrund ihrer Tätigkeit mit Geschlechtskrankheiten wie HIV infiziert. Psychische Krankheiten wie posttraumatische Belastungsstörungen, Depressionen, Angstzustände oder Suizidalität sind aufgrund der traumatisierenden Erlebnisse oder Dauerzustände bei Menschenhandelsopfern ebenso häufig und in der Literatur gut dokumentiert.¹²⁶⁵ Die fehlende Behandlungsmöglichkeit dieser Krankheiten im Herkunftsland bewirkt die Unzumutbarkeit, sofern sie eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach sich zieht.¹²⁶⁶ Es ist dabei eine umfassende Einzelfallprüfung erforderlich, die die individuellen Lebensumstände und die Folgen unter diesem Gesichtspunkt in den Blick nimmt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat bei einer Frau aus Russland, welche in Tschechien Opfer sexueller Ausbeutung geworden war, den Wegweisungsvollzug als unzumutbar erachtet, da sie an gravierenden psychischen Problemen litt, welche grösstenteils auf die traumatische Erfahrung der sexuellen Ausbeutung zurückzuführen waren bzw. dadurch verstärkt wurden. Die Diagnose lautete u.a. auf andauernde Persönlichkeitsveränderung aufgrund Extrembelastung, schwere Depression, Suizidalität mit drei Suizidversuchen, ängstlich-vermeidende Persönlichkeitsstörung mit schizoiden Zügen, Alkohol- und Medikamentenmissbrauch. Da die von ihr benötigte engmaschige psychotherapeutische Begleitung in Russland nicht verfügbar war, wurde eine medizinische Notlage und damit eine konkrete Gefährdung anerkannt.¹²⁶⁷

2. Die Kombination von Faktoren

2.1. Allgemeine Voraussetzungen

Eine Kombination von Faktoren, die eine konkrete Gefährdung bewirkt, ergibt sich aus den individuellen Lebensumständen der Person im Falle einer Rückkehr, ihrem Alter, ihrem persönlichen Umfeld, ihrer beruflichen Qualifikation, den Sprachkenntnissen, dem Vorhandensein eines sozialen Beziehungsnetzes am Ort der Rückkehr, ihrem Gesundheitszustand und auch der allgemeinen Sicherheitslage. Es geht darum einzuschätzen, ob

1265 Siehe anstatt vieler: Zimmermann u. a.; siehe auch OSZE, Trafficking as Torture, S. 74 ff. Vgl. auch BVGer, E-3826/2006 vom 25.1.2010 E. 6.6 und 6.7.

1266 EMARK 2004/7 E. 5 c) cc).

1267 BVGer, E-3826/2006 vom 25.1.2010, E. 6.6 und 6.7.

die Person im Falle einer Rückkehr in der Lage sein wird, ihr Existenzminimum zu sichern.¹²⁶⁸ Der Wegweisungsvollzug ist dann unzumutbar, wenn die Kombination von Faktoren in ihrer Gesamtschau einen erhöhten Härtegrad erreicht.¹²⁶⁹

2.2. Anwendung auf Opfer von Menschenhandel

Der in der Praxis wohl am häufigsten angenommene Unzumutbarkeitsgrund in Menschenhandelsfällen ist die Kombination von Faktoren. So hat das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Fällen von Menschenhandel den Wegweisungsvollzug für unzumutbar befunden, in denen es sich um alleinstehende Frauen ohne tragfähiges soziales Netz im Herkunftsland handelte.¹²⁷⁰ Im Fallbeispiel Nr. 8¹²⁷¹ wurde die Gesuchstellerin, die als Nepalesin in Indien sexuell ausgebeutet worden war, vorläufig aufgenommen, weil bei einer Rückkehr nach Nepal aufgrund des Mangels an einem Beziehungsnetz oder anderen existenzsichernden Lebensgrundlagen die Gefahr einer Rückkehr in die (unfreiwillige) Prostitution bestand.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat anerkannt, dass es in einigen Ländern für Opfer von „Zwangsprostitution“ aufgrund ihrer Vergangenheit kaum möglich ist, ihre Existenz neu aufzubauen.¹²⁷² In diesen Fällen wurde aber die Flüchtlingseigenschaft nicht vollständig geprüft. „Alleinstehende Frauen“ oder „ehemalige Opfer von Zwangsprostitution“, aber auch die vom SEM im Handbuch bezeichneten „vulnerablen Gruppen“ stellen in der Regel nämlich bestimmte soziale Gruppen im Sinne der Flüchtlingsdefinition dar. Sofern die Eingliederungsschwierigkeiten im Heimatstaat Verfolgungsintensität aufweisen, liegt eine flüchtlingsrelevante Gefährdung vor, die zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft führen muss, sofern kein staatlicher Schutz besteht.¹²⁷³

1268 Illes, S. 44.

1269 Vgl. Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 277; aus der Rechtsprechung etwa BVGE 2009/51 E. 5.7.2 (Kombination von Faktoren bejaht bezüglich Ashkali in Serbien).

1270 So etwa die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-7643/2006 vom 21.12.2009 E. 7.4; D-553/2007 vom 31.10.2011 E. 5.4 und E-1955/2008 vom 11.12.2008 E. 5.5.

1271 Siehe oben, S. 72 f.

1272 BVGer, D-553/2007 vom 31.10.2011, E. 5.4.

1273 Siehe bereits oben, S. 331.

3. Das Kindeswohl

3.1. Allgemeine Voraussetzungen

Ist der Wegweisungsvollzug von Minderjährigen, seien sie begleitet oder unbegleitet, zu beurteilen, muss, wie bei jeder anderen staatlichen Massnahme gegenüber Kindern, zusätzlich auch der Vorrang des Kindeswohls, wie er in Art. 3 Abs. 1 KRK festgehalten ist, beachtet werden. Für die individuelle Beurteilung des Kindeswohls sind namentlich die Faktoren Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art der Beziehungen (in der Schweiz oder im Herkunftsland), Unterstützungsbereitschaft und –fähigkeit der Bezugspersonen, Stand der Ausbildung und Prognose bezüglich ihrer Entwicklung sowie der Grad der Integration in der Schweiz zu berücksichtigen.¹²⁷⁴

Bei unbegleiteten Minderjährigen muss die Asylbehörde darüber hinaus auch vertieft abklären, welche Situation sich für das Kind im Fall einer Heimkehr realistischerweise ergeben könnte. Dazu gehört auch die Frage, ob die minderjährige Person zu ihren Eltern oder anderen Angehörigen zurückgehen kann und ob diese in der Lage wären, die altersgemässen Bedürfnisse der minderjährigen Person abzudecken. Ist dies nicht der Fall, kann die minderjährige Person allenfalls in einer geeigneten Anstalt oder bei Drittpersonen untergebracht werden, was allerdings ebenfalls einer sorgfältigen und realistischen Prüfung bedarf.¹²⁷⁵ Da dies auch im AuG (Art. 69 Abs. 4) so vorgesehen ist, muss, wenn dessen Voraussetzungen nicht vorliegen, wohl auch von der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs ausgegangen werden, da der Wegweisung dann völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz aus der Rückführungsrichtlinie entgegen stehen: Art. 10 Abs. 2 Rückführungsrichtlinie enthält die Verpflichtung des ausschaffenden Staates, sich vor dem Vollzug der Wegweisung unbegleiter minderjähriger Personen zu vergewissern „dass die Minderjährigen einem Mitglied ihrer Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung im Rückkehrstaat übergeben werden.“ Ist dies nicht der Fall, darf die Rückführung nicht durchgeführt werden und es

1274 BVGE 2009/28 E. 9.3.2; Gordzielik, Wegweisungsvollzugshindernisse, S. 279; Caroni u. a., S. 333.

1275 BVGer, E-1279/2014 vom 7.9.2015, E. 5.1.6; BVGer, E-6621/2012 vom 28.01.2013, E. 4.3.3 mit Verweis auf EMARK 2006/24, EMARK 2003/5 sowie EMARK 1998/13 sowie BVGer, E-4429/2008 vom 1.9.2008 und E-5663/2006 vom 5.7.2007.

liegt eine rechtliche Unmöglichkeit der Rückführung vor, die eine vorläufige Aufnahme nach sich ziehen müsste.

3.2. Anwendung auf minderjährige Opfer von Menschenhandel

Art. 15 Abs. 7 EKM übernimmt den Grundsatz des Vorrangs des Kindeswohls für den Kontext der Rückführung von minderjährigen Menschenhandelsopfern: Minderjährige Opfer dürfen nicht rückgeführt werden, wenn es Hinweise gibt, dass eine Rückführung gegen das Kindeswohl verstossen würde. Aufgrund ihrer klaren Formulierung ist diese Bestimmung meines Erachtens self-executing und bedarf keiner Umsetzung ins nationale Recht. Ein Kind kann sich vor den nationalen Behörden also direkt darauf berufen.¹²⁷⁶

Das bei einer Rückführung zu beachtende Kindeswohl ist im Einklang mit Art. 3 KRK auszulegen und umfasst neben den jeweils individuell zu bestimmenden Kindesinteressen auch deren Sicherheit, Würde und Schutz.¹²⁷⁷ Da bei Kindern häufig Familienangehörige in die Ausbeutung oder den „Verkauf“ des Kindes involviert waren und deshalb eine Rückkehr zur Familie im Heimatland mit grossen Risiken verbunden sein kann, muss nach Ansicht von GRETA die Gefahr von re-trafficking bei Kindern besonders sorgfältig abgeklärt werden.¹²⁷⁸ Auch der Kinderrechtsausschuss betont, in Übereinstimmung mit den OHCHR Principles and Guidelines¹²⁷⁹, dass eine Rückführung von minderjährigen Opfern nur stattfinden sollte, wenn dies mit dem Kindesinteresse vereinbar ist und dass andernfalls geeignete Arrangements für das Kind gefunden werden müssen.¹²⁸⁰

Die Schweizer Praxis sieht Art. 3 KRK nicht als self-executing an, weshalb die Vereinbarkeit einer Wegweisung nicht unter dem Punkt der Unzulässigkeit geprüft wird, sondern im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 83 Abs. 4 AuG, also der Unzumutbarkeit, mitberück-

1276 Siehe bereits oben, Fn. 163.

1277 Europarat, Explanatory Report, Ziff. 207.

1278 GRETA, *Report France (2013)*, Appendix I Ziff. 26; GRETA, *Report Belgium (2013)*, Appendix I Ziff. 22.

1279 OHCHR, Recommended Principles and Guidelines, Nr. 8 Ziff. 5.

1280 CRC, *CO Denmark (2011)*, Ziff. 62(g); CRC, *CO USA (OPSC, 2013)*, Ziff. 47.

Siehe auch UNICEF, Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking, S. 28 f.

sichtigt wird.¹²⁸¹ Angesichts der Nachteile der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit ist diese Praxis allerdings problematisch.¹²⁸² Nebst grundsätzlichen Zweifeln an der Einstufung von Art. 3 KRK als nicht self-executing¹²⁸³ erscheint diese Praxis bei minderjährigen Menschenhandelsopfern zudem auch aus dem Grund fehlerhaft, dass sich hier eine Verpflichtung zur Wahrung des Kindeswohls auch ausdrücklich und in direkt anwendbarer Weise aus der Europaratkonvention ergibt. Aus diesem Grund müsste korrekterweise die Vereinbarkeit der Wegweisung eines minderjährigen Menschenhandelsopfers mit dem Kindeswohl unter dem Punkt der Unzulässigkeit geprüft werden. Zudem ist auch hier darauf hinzuweisen, dass eine Gefährdung wie z.B. re-trafficking eines Kindes im Herkunftsland grundsätzlich die Flüchtlingseigenschaft begründet, sofern sie auf der vergangenen Erfahrung als Menschenhandelsopfer gründet.¹²⁸⁴

IV. Zwischenfazit zu den Wegweisungsvollzugshindernissen

Im vorangegangenen Kapitel wurde untersucht, wann der Wegweisungsvollzug bei Menschenhandelsopfern unzulässig oder unzumutbar ist.

Die *Unzulässigkeit* kann sich entweder wegen einer drohenden Verletzung des Verbots der Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder aber wegen einer drohenden Verletzung des Verbots der Sklaverie, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit ergeben. Menschenhandel wird praktisch und dogmatisch unterschiedlich eingeordnet, und wahlweise unter eine oder beide Normen subsumiert. In der Praxis hat sich noch keine klare Vorrangregel herausgebildet. Die Rechtsprechung des EGMR

1281 BVGE 2009/28 E. 9.3.2; siehe auch Caroni u. a., S. 333.

1282 Vgl. Gordzielik, *Wegweisungsvollzugshindernisse*, S. 278; dazu auch oben, S. 339 f.

1283 Die Ansicht, dass Art. 3 KRK nicht self-executing ist, kann im Lichte der neuen Entwicklungen in Rechtsprechung und Völkerrecht nur noch schwerlich aufrechterhalten werden. So hat der EGMR die Beachtung des Kindeswohls im Rahmen von Art. 3 EMRK als Grund angesehen, um bei Wegweisungen einen höheren Schutz für Kinder als für Erwachsene zu fordern (vgl. EGMR [GC], *Tarakhel v. Switzerland*, Ziff. 122). Mit dem neu geschaffenen Beschwerdemechanismus zur KRK nach dem 3. Fakultativprotokoll, welchem auch die Schweiz beigetreten ist (SR 0.107.3), wird dem Prinzip des Kindeswohls nun auch international eine gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeit verschafft.

1284 Dazu oben, S. 276 ff.

scheint aber – meines Erachtens überzeugend – davon auszugehen, dass das Sklavereiverbot *lex specialis* zum Folterverbot ist.

- Das *Verbot der Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung* ist bei drohendem re-trafficking grundsätzlich verletzt. Auch drohende Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen stellen in der Regel eine solche Gefahr dar. Bei drohender Stigmatisierung, Diskriminierung oder sozialer Ausgrenzung ist, wie bereits oben¹²⁸⁵ bei der Flüchtlingseigenschaft diskutiert wurde, die Intensität der drohenden Beeinträchtigungen massgeblich. Sofern potentiell eine lebensbedrohende Situation entsteht, muss von einer drohenden Verletzung des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und/oder des Rechts auf Leben ausgegangen werden. Stehen gesundheitliche Probleme im Vordergrund, kann ebenfalls die Gefahr einer Verletzung von Art. 2 oder Art. 3 EMRK vorliegen, jedoch nur, wenn es sich um einen extrem gravierenden Fall handelt.
- Das *Verbot der Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangarbeit* kann ebenfalls die Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs bewirken. Die diesbezügliche Praxis des EGMR ist allerdings noch nicht gefestigt. Für die Beurteilung der Frage, ob staatlicher Schutz vor dieser Gefahr vorhanden ist, hat der EGMR bisher nur oberflächliche Kriterien herangezogen, die kaum verallgemeinerbar sind. Meines Erachtens müssten für die Prüfung der drohenden Verletzung des Sklavereiverbots gleiche Kriterien verwendet werden wie für die Prüfung des staatlichen Schutzes bei der Flüchtlingseigenschaft.

In der Praxis der Schweiz ist soweit ersichtlich noch kein Menschenhandelsopfer alleine basierend auf seiner Opfereigenschaft wegen *Unzulässigkeit* des Wegweisungsvollzuges vorläufig aufgenommen worden. Hingegen wird die *Unzumutbarkeit* des Wegweisungsvollzugs in Menschenhandelsfällen häufiger angenommen, insbesondere aufgrund medizinischer Notlagen oder einer Kombination von Faktoren. Da die Rechtsstellung einer vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit schlechter ist als diejenige wegen Unzulässigkeit, sollte grundsätzlich, wie oben ausgeführt, die Unzulässigkeit prioritär geprüft werden. Ebenfalls denkbar ist, dass sich ein Wegweisungsvollzugshindernis aus dem Prinzip der vorrangigen Beachtung des Kindeswohl ergibt. Dieses wird in der Schweiz als Unzumutbarkeitsgrund geprüft wird, es sollte aber aufgrund seiner im Völker-

1285 Oben, S. 247 ff.

recht verankerten Wirkung als Wegweisungsverbot (bei Vorliegen der Voraussetzungen) korrekterweise ein Unzulässigkeitsgrund sein.

V. Umsetzungsbedarf in der Praxis

Die hier erarbeiteten Ergebnisse bezüglich des Vorliegens von Wegweisungsvollzugshindernissen sollten ebenfalls in die oben¹²⁸⁶ vorgeschlagenen *Leitlinien zur Beurteilung der Asylgesuche von Menschenhandelsopfern* einfließen. Die Leitlinien sollten auch der Tatsache Rechnung tragen, dass die diskutierten Unzulässigkeitsgründe auch Verfolgung unter der Flüchtlingsdefinition darstellen können und somit u.U. die Flüchtlingseigenschaft anzuerkennen ist.

Zudem sollten die *Weisungen des SEM zum Ausländerbereich*, welche ebenfalls einen Abschnitt zur Beantragung der vorläufigen Aufnahme von Menschenhandelsopfern durch die Kantone enthalten,¹²⁸⁷ mit diesen Leitlinien harmonisiert werden, denn die Beurteilungsmassstäbe sind in diesem Bereich weitgehend durch das Völkerrecht geprägt und somit für die Kantone wie für das SEM dieselben.

1286 Oben, S. 298 f.

1287 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.7. Siehe dazu näher unten, S. 490 ff.

