

§ 7 Asylgewährung bei Menschenhandelsopfern

I. Die Grundsätze der Asylgewährung

Asyl wird gewährt, wenn die Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist und keine Asylausschlussgründe vorliegen (Art. 49 AsylG). Im Gegensatz zur Flüchtlingseigenschaft, die mit der GFK ein völkerrechtliches Fundament hat, ist die Asylgewährung rein innerstaatlich normiert, wobei die Statusrechte der GFK zu gewährleisten sind.

„Asyl“ bezeichnet die innerstaatliche Rechtsstellung und die damit verbundenen Rechte, die anerkannten Flüchtlingen gewährt werden (Art. 2 Abs. 2 AsylG). Die Rechte von Flüchtlingen ergeben sich in erster Linie aus der GFK. Grundsätzlich dürfen Flüchtlinge nicht schlechter behandelt werden als ausländische Personen im Allgemeinen. Die Rechtsstellung der Flüchtlinge richtet sich auch in der Schweiz folglich nach dem für ausländische Personen geltenden Recht, soweit die GFK oder das Asylgesetz nichts anderes vorsehen (Art. 58 AsylG). Enthalten ist insbesondere das Recht auf Anwesenheit und der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 60 AsylG), der Schutz vor Refoulement (Art. 33 GFK und Art. 5 Abs. 1 AsylG), das Recht auf einen speziellen Reiseausweis für Flüchtlinge (Art. 28 GFK), die Bewilligung der Erwerbstätigkeit (Art. 61 AsylG) und der Zugang zu Medizinalprüfungen (Art. 62 AsylG). In verschiedenen Bereichen geniessen Flüchtlinge Gleichbehandlung mit Inländern (z.B. Religion, geistiges Eigentum, Grundschulbildung, Sozialhilfe, Steuern,¹¹⁴⁴), in anderen eine Gleichbehandlung mit den meistbegünstigten Ausländern (Erwerb von Eigentum, Vereinigungsfreiheit, Erwerbstätigkeit, Zugang zu höherer Bildung, Freizügigkeit¹¹⁴⁵).

Das Asylgesetz enthält in Art. 53 ff. AsylG drei Ausnahmen von dem Grundsatz, dass anerkannte Flüchtlinge Asyl erhalten, sog. Asylausschlussgründe. Diese sind die Asylunwürdigkeit (Art. 53 AsylG), subjektive Nachfluchtgründe (Art. 54 AsylG) sowie Ausnahmesituationen wegen internationaler Spannungen, Krieg oder eines ausserordentlichen Zustroms von Asylsuchenden (Art. 55 AsylG).

1144 Art. 4, Art. 14, Art. 22, Art. 23, Art. 29 GFK.

1145 Art. 13, Art. 15, Art. 17 und 18, Art. 26 GFK.

Wenn ein Asylausschlussgrund vorliegt, wird das Asylgesuch abgelehnt und die Wegweisung verfügt. Die asylsuchenden Personen gelten jedoch – da sie die Flüchtlingseigenschaft erfüllen – als Flüchtlinge im Sinne von Art. 3 AsylG und Art. 1 A Abs. 1 GFK. Damit unterstehen sie dem flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsverbot aus der GFK (Art. 33 GFK) sowie demjenigen des Asylgesetzes und der BV (Art. 5 AsylG, Art. 25 Abs. 2 BV). Sie werden deshalb aufgrund der Unzulässigkeit des Vollzugs der Wegweisung als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen (Art. 83 Abs. 8 AuG) und geniessen in rechtlicher Hinsicht die durch die GFK verbrieften Mindestrechte von Flüchtlingen. In den nicht von der GFK geregelten Bereichen sind sie aber gegenüber asylberechtigten Personen schlechter gestellt.¹¹⁴⁶

Im Folgenden wird auf zwei Problematiken im Zusammenhang mit Menschenhandel eingegangen: Einerseits die Frage, ob Menschenhandelsopfer, die im Zuge ihrer Ausbeutung Straftaten begangen haben, den Ausschlussgrund der Asylunwürdigkeit gemäss Art. 53 AsylG erfüllen. Andererseits ist der Frage nachzugehen, ob durch den Ausstieg aus dem Menschenhandel subjektive Nachfluchtgründe i.S.v. Art. 54 AsylG geschaffen wurden. Der dritte Ausschlussgrund der Ausnahmesituationen wirft keine besonderen Fragen im Zusammenhang mit Menschenhandel auf.

II. Ausschluss wegen Asylunwürdigkeit

Asylunwürdigkeit gemäss Art. 53 AsylG wird angenommen, wenn eine Person, welche die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, wegen verwerflicher Handlungen des Asyls unwürdig ist (lit. a), die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt hat oder gefährdet (lit. b) oder gegen sie eine Landesverweisung ausgesprochen wurde (lit. c). Die Asylunwürdigkeit

1146 So ist z.B. der Aufenthaltsstatus weniger gefestigt: Vorläufig Aufgenommene erhalten einen Ausländerausweis F, der jeweils auf höchstens ein Jahr befristet ist (Art. 20 Abs. 2 VVWA) und können frühestens nach fünf Jahren Aufenthalt ein Gesuch um Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung (Ausländerausweis B) stellen (Art. 84 Abs. 5 AuG). Bei der Familienzusammenführung besteht eine Sperrfrist von drei Jahren ab Erteilung der vorläufigen Aufnahme; erst dann können Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren nachgezogen werden (Art. 85 Abs. 7 AuG sowie Art. 74 ff. VZAE). Bei Flüchtlingen mit Asyl besteht keine solche Einschränkung (Art. 51 Abs. 1 AsylG). Siehe zur Rechtsstellung auch unten, S. 490 ff.

nach Art. 53 AsylG muss abgegrenzt werden von den Ausschlussgründen der Flüchtlingeigenschaft in Art. 1 F GFK: Letztere finden nur Anwendung bei schwerwiegenden Verbrechen (Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, schwere gemeinrechtliche Verbrechen oder Verstösse gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen). Demgegenüber erstrecken sich die Asylunwürdigkeitsgründe auch auf weniger gravierende Taten. Die Abgrenzung ist von Bedeutung, weil sie unterschiedliche Rechtsfolgen beinhaltet: Eine Person, die Gründe nach Art. 1 F GFK erfüllt, wird nicht als Flüchtling anerkannt, während Personen mit Asylunwürdigkeit nach Art. 53 AsylG als Flüchtlinge anerkannt werden, aber kein Asyl erhalten und als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen werden. Die Asylausschlussgründe im Schweizerischen Recht sind völkerrechtlich problematisch, da sie zu einer unterschiedlichen Behandlung von völkerrechtlich gleichgelagerten Sachverhalten führen: Ein Flüchtling wird unterschiedlich behandelt, je nachdem ob er oder sie Asyl erhält oder nicht, was diskriminierungsrechtliche Bedenken aufwirft.¹¹⁴⁷

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf den Asylunwürdigkeitsgrund der „verwerflichen Handlungen“ nach Art. 53 lit. a AsylG.

1. Die Asylunwürdigkeit infolge verwerflicher Handlungen

Als „verwerflich“ im Sinne von Art. 53 AsylG gelten alle von der asylsuchenden Person begangenen Delikte, deren Begehung durch das Schweizerische Strafrecht mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren geahndet wird und somit gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB als „Verbrechen“ gelten.¹¹⁴⁸ Darunter fallen Delikte gegen Leib, Leben und Freiheit (z.B. Tötungsdelikte, Körperverletzung), die meisten Vermögensdelikte (Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betrug), Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre (sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) sowie Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz (insbesondere Drogenhandel). Dabei ist es erforderlich, dass im konkreten Fall eine Anklage erhoben wurde und entweder ein Ge-

1147 Frei, Asylgewährung, S. 231; Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 54 N 4. Die Asylrekurskommission hat die Ungleichbehandlung zwischen Flüchtlingen mit Asyl und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen damit gerechtfertigt, dass kein Staat gehindert sei, bestimmte Flüchtlinge besser zu behandeln, solange die sich aus der GFK ergebenden Rechte gewahrt bleiben, vgl. EMARK 1993/8 E. 6 c.

1148 EMARK 1993/8; 1993/23.

ständnis oder zumindest eine liquide Beweislage vorliegt. Die betroffene Person muss für die Tat individuell verantwortlich sein, sei es durch unmittelbare Täterschaft, Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft nach den strafrechtlichen Kriterien.¹¹⁴⁹

Die Annahme der Asylunwürdigkeit ist mit einer Verhältnismässigkeitsprüfung verbunden: In die Abwägung einbezogen werden die individuellen Umstände wie das Alter zum Zeitpunkt der Tatbegehung, die Motive des Täters oder der Täterin, die verstrichene Zeit seit der Tat, eine allfällige Veränderung der Lebensverhältnisse, die Wahrscheinlichkeit der erneuten Begehung von Straftaten etc.¹¹⁵⁰

2. Asylunwürdigkeit bei Menschenhandelsopfern durch Begehung strafbarer Handlungen?

Opfer von Menschenhandel begehen häufig im Zuge ihrer Ausbeutung Straftaten. Darunter fallen etwa nicht bewilligte Arbeitstätigkeiten in Missachtung der Bewilligungspflicht (Art. 9 AuG), rechtswidrige Einreise (Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG) oder illegaler Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG), Verstösse gegen das Betäubungsmittelstrafrecht, gegen gewerbepolizeiliche Auflagen wie z.B. ein lokales Bettelverbot oder wegen Vermögensdelikten.

Qualifizieren diese Straftaten als Verbrechen gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB, d.h. sind sie mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht, was z.B. bei verschiedenen Vermögensdelikten wie Diebstahl oder bei den meisten Betäubungsmitteldelikten, nicht aber z.B. den ausländerrechtlichen Delikten, der Fall ist, kommt die Annahme von Asylunwürdigkeit in Frage.

Allerdings begehen Menschenhandelsopfer solche Straftaten in der Regel nicht freiwillig, sondern werden von den Tätern und Täterinnen dazu gezwungen oder haben aus anderen Gründen keine echte Handlungsfreiheit. Aus diesen Gründen besteht völkerrechtlich das *Prinzip der Nichtbestrafung von Menschenhandelsopfern*, welches entweder mittels Verzicht

1149 Vgl. etwa BVGer, D-2023-2014 vom 17.10.2014, E. 6.3 bezüglich den Anforderungen an die Bejahung von Mittäterschaft; BVGer, D-4698/2013 vom 23.7.2014, E. 5.2.; BVGer, D-5243/2010 vom 26.8.2011 E. 6.3.4

1150 EMARK 1996/40; 2002/9; vgl. auch BVGer, D-4698/2013 vom 23.7.2014, E. 6.3.

auf eine Strafverfolgung oder mittels Annahme eines Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgrundes umgesetzt werden kann.¹¹⁵¹

Menschenhandelsopfer sollten also schon ganz grundsätzlich nicht strafrechtlich belangt werden für Straftaten wie die oben genannten, wenn sie sie als Folge ihrer Eigenschaft als Opfer von Menschenhandel begangen haben. Konsequenterweise sollte auch eine Asylunwürdigkeit wegen verwerflicher Handlungen nicht zur Anwendung kommen. Alternativ, wenn entgegen des Grundsatzes der Nichtbestrafung von Menschenhandelsopfern dennoch eine Strafverfolgung eröffnet und die Person verurteilt wird, muss die Notlage des Opfers bei der Begehung der Straftaten mindestens bei der gebotenen Verhältnismässigkeitsabwägung im Rahmen der Prüfung der Asylunwürdigkeit berücksichtigt werden. Da die Taten in der Regel nicht freiwillig begangen wurden und wohl zumeist auch nur eine sehr geringe Rückfallgefahr besteht, wird das öffentliche Interesse an einem Asylausschluss in der Regel das Interesse des Opfers an der Asylgewährung nicht überwiegen.

III. Ausschluss wegen subjektiver Nachfluchtgründe

1. Die subjektiven Nachfluchtgründe im Allgemeinen

Als Nachfluchtgründe werden verfolgungsbegründende Umstände genannt, die erst nach oder im Zuge des Verlassens des Heimatstaates eingetreten sind. Im Gegensatz dazu sind Vorfluchtgründe diejenigen Gründe, die zur Ausreise aus dem Heimatstaat geführt haben. Bei den Nachfluchtgründen wird zwischen subjektiven und objektiven Nachfluchtgründen unterschieden. *Objektive Nachfluchtgründe* sind Umstände, die ohne die Einflussnahme der Person eingetreten sind, beispielsweise ein Regimewechsel während eines Auslandsaufenthalts.¹¹⁵² Dies muss aber nicht heissen, dass die Person an den verfolgungsbegründenden Umständen nicht beteiligt war: Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Fall betreffend einen Mann aus Irak, der in der Schweiz durch einen anderen Mann vergewaltigt wurde und deshalb befürchtete, in seinem Heimatland als homosexuell zu

1151 Siehe oben, S. 211 ff.

1152 Siehe z.B. BVGE 2010/44 betreffend einen irakischen Diplomaten, der während dem Sturz von Saddam Hussein im Ausland weilte und sich danach im Falle einer Rückkehr in den Irak in Gefahr wähnte.

gelten und somit in flüchtlingsrelevanter Gefahr zu sein, einen objektiven Nachfluchtgrund erkannt.¹¹⁵³

Demgegenüber werden *subjektive Nachfluchtgründe* durch das Verhalten der dadurch zum Flüchtling werdenden Person selbst geschaffen. Dies kann entweder *durch* das Verlassen des Heimatstaates (z.B. wenn im Heimatstaat das illegale Verlassen des Landes mit Strafe bedroht ist)¹¹⁵⁴ oder durch Handlungen *nach* Verlassen des Heimatstaates entstehen. Darunter fallen etwa exilpolitische Aktivitäten (Teilnahme an Demonstrationen, Auftritte in der Öffentlichkeit etc.),¹¹⁵⁵ oder ein Religionswechsel¹¹⁵⁶. Massgeblich ist, dass dieses Verhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer flüchtlingsrelevanten Verfolgung im Herkunftsstaat führt,¹¹⁵⁷ und dass die begründete Furcht vor Verfolgung erst nach der Ausreise entstanden ist.¹¹⁵⁸

Subjektive Nachfluchtgründe führen gemäss Art. 54 AsylG zum Ausschluss aus der Asylgewährung. Die Sanktionierung subjektiver Nachfluchtgründe durch den Asylausschluss sollte ursprünglich das missbräuchliche Erzwingen des Asylstatus durch bloss vorgeschobene exilpolitische Aktivitäten verhindern. Angesichts möglicher Beweisschwierigkeiten hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, den Asylausschlussgrund auf rechtsmissbräuchlich gesetzte Nachfluchtgründe zu beschränken. Selbst wer also aufgrund echter Überzeugung exilpolitisch tätig ist und deswegen mit Verfolgung rechnen muss, wird vom Asyl ausgeschlossen.¹¹⁵⁹ Da völkerrechtlich die Flüchtlingseigenschaft aber erfüllt ist (die GFK unterscheidet nicht danach, ob die Furcht vor Verfolgung vor, bei

1153 BVGer, D-6445/2009 vom 10.1.2012, E. 4.3.

1154 Bspw. BVGE 2009/29 E. 6.2 betreffend China; BVGer, D-4787/2013 vom 20.11.2014 (Referenzurteil zur illegalen Ausreise aus Eritrea); D-4876/2007 vom 29.9.2010 u.v.m. betreffend Eritrea.

1155 Siehe beispielsweise BVGer, D-1129/2008 vom 14.4.2011. Exilpolitische Aktivitäten stellen zwar bei der sie ausführenden Person einen subjektiven Nachfluchtgrund dar, bei deren Angehörigen, falls die sich auch im Ausland befinden, stellen sie im Falle von Reflexverfolgung einen objektiven Nachfluchtgrund dar.

1156 BVGE 2009/28; 2009/53.

1157 BVGE 2009/29 E. 5.1; 2009/28 E. 7.1; EMARK 2006/1 E. 6.1.

1158 Kälin, Asylverfahren, S. 131; Achermann/Hausammann, S. 112.

1159 Siehe zur Entstehungsgeschichte Frei u. a., La lutte contre les abus, Rz. 14 ff. Dies ist aus völkerrechtlicher Sicht bedenklich, da die schlechtere Rechtsstellung der vorläufigen Aufnahme gerade die für Flüchtlinge angestrebte dauerhafte Lösung im Sinne einer umfassend neuen Lebensperspektive unterläuft, siehe

oder nach der Ausreise entstanden ist¹¹⁶⁰), wird diese anerkannt. Da die Personen die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, werden sie als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen. Zwar bestimmt Art. 3 Abs. 4 AsylG, dass Personen von der Flüchtlingseigenschaft (und nicht nur vom Asyl, wie dies Art. 54 AsylG vorgibt) ausgeschlossen werden, wenn sie Gründe geltend machen, die wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise entstanden sind und die weder Ausdruck noch Fortsetzung einer bereits im Heimat- oder Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung sind. Aufgrund des im gleichen Absatz genannten Vorbehalts der Genfer Flüchtlingskonvention verbleibt für eine völkerrechtskonforme Anwendung dieses Ausschlussgrundes aber kein Raum und die Rechtsfolge ist weiterhin die vorläufige Aufnahme als Flüchtling.¹¹⁶¹

2. Schaffung subjektiver Nachfluchtgründe durch Ausstieg aus dem Menschenhandel?

Bei Asylgesuchen von Menschenhandelsopfern wird teilweise argumentiert, diese seien unverfolgt ausgereist¹¹⁶² und die Furcht vor Verfolgung sei erst durch ihren selbst herbeigeführten Ausstieg aus der Ausbeutungssituation entstanden.¹¹⁶³ In der völkerrechtlichen Doktrin werden Menschenhandelsopfer deshalb manchmal auch als *sur place* Flüchtlinge bezeichnet, ohne zwischen objektivem und subjektivem Nachfluchtgrund zu

Frei, Asylgewährung, S. 231; Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 54 N 4; Amarrelle, N 8 f. zu Art. 54 AsylG.

1160 UNHCR, Handbuch, Ziff. 94 ff.

1161 Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 3 N 28; Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf, N 135 zu Art. 3 AsylG; siehe auch BVGE 2015/3 E. 5.1. ff.

1162 So – allerdings nicht in einem Kontext des Asylausschlusses – Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 165; ebenso UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 25.

1163 Siehe z.B. BVGer, E-6974/2008 vom 2.8.2011, E. 3.2. ff. Vgl. auch Barzé-Loosli, S. 95, welche argumentiert, die Menschenhandelsopfer seien unverfolgt ausgereist und die Furcht vor Verfolgung sei erst durch ihren Ausstieg aus der Ausbeutungssituation entstanden. In BVGer, E-7609/2015 vom 24.2.2016, E. 5.4, bezeichnet das Gericht die Furcht vor Verfolgung durch den ehemaligen ausbeuterischen Arbeitgeber als „Nachfluchtgründe“, ohne diese dann aber als objektiv oder subjektiv zu klassifizieren, da es die Flüchtlingsrelevanz insgesamt verneint.

differenzieren.¹¹⁶⁴ Versteht man den Ausstieg als eigenes Verhalten des Opfers, würde nach Schweizer Recht konsequenterweise, sofern die Flüchtlingseigenschaft anerkannt wird, ein subjektiver Nachfluchtgrund vorliegen, was zum Ausschluss von der Asylgewährung gemäss Art. 54 AsylG führen müsste.

Diese Einschätzung ist rechtlich aus drei Gründen nicht zutreffend: *Erstens* basiert diese auf einem falschen Verständnis der Verfolgungsqualität von Menschenhandel und es liegt kein Nach- sondern ein Vorfluchtgrund vor; *zweitens*, sollte dennoch ein Nachfluchtgrund angenommen werden, muss von einem objektiven und nicht einem subjektiven Nachfluchtgrund ausgegangen werden; *drittens* würde die Rechtsfolge des Asylausschlusses den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zur Identifizierung und zum Schutz von Menschenhandelsopfern widersprechen.

Die Annahme subjektiver Nachfluchtgründe basiert *erstens* auf einem falschen Verständnis der Verfolgungsqualität von Menschenhandel. Menschenhandel ist nicht ein einzelner, einmaliger Akt, sondern ein Prozess, der bereits im Anfangsstadium, d.h. bei der Anwerbung des Opfers, eine schwerwiegende Straftat¹¹⁶⁵ und Menschenrechtsverletzung¹¹⁶⁶ darstellt und somit Verfolgungsqualität aufweist. Das Risiko von *re-trafficking*, Vergeltungsmassnahmen oder Stigmatisierung entsteht also nicht erst im Zeitpunkt des Ausstiegs, sondern bereits im Anwerbungszeitpunkt und besteht seither fort, selbst wenn sich das Opfer dessen nicht bewusst ist oder erst später bewusst wird.¹¹⁶⁷ Hat die Anwerbung im Herkunftsland stattgefunden, liegt also eine Vorverfolgung vor, welche die Annahme eines Nachfluchtgrundes ausschliesst.¹¹⁶⁸

Wird das Opfer nicht schon im Herkunftsland angeworben, sondern erst nach der Ausreise, könnte die durch Menschenhandel entstandene Gefährdung als ein Nachfluchtgrund betrachtet werden. Diese Problematik akzentuiert sich zusätzlich dadurch, dass die meisten Menschenhandelssachverhalte Elemente des Zwangs und solche der (vermeintlichen) Freiwillig-

1164 Pomeroy, S. 464; siehe auch Christensen, S. 4.

1165 Vgl. Art. 3 lit. a Palermo-Protokoll, Art. 182 Abs. 1 StGB; siehe dazu oben, S. 45 ff.

1166 Vgl. EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 307; siehe auch oben, S. 47 ff.

1167 Vgl. Frei, Schutz im Asylsystem, S. 21; Frei, Menschenhandelsopfer im Asylverfahren, S. 56; ähnlich Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 170 f.

1168 So auch Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 54 N 3.

keit und Handlungsmacht des Opfers enthalten. Daraus aber auf einen *subjektiven* Nachfluchtgrund zu schliessen, wäre verfehlt. Wie oben ausgeführt, hat das Bundesverwaltungsgericht bei einer Gefährdung, die dadurch entstand, dass die betroffene Person in der Schweiz Opfer einer Vergewaltigung geworden war, einen objektiven Nachfluchtgrund angenommen.¹¹⁶⁹ Genauso wie das Gericht in diesem Fall zu Recht nicht dem Vergewaltigungsopfer eine Mitschuld an der Vergewaltigung gegeben hat, sollte bei Menschenhandelsopfern ihre allfällige „Mitwirkung“ nicht als Grund für einen subjektiven Nachfluchtgrund herhalten. Es liegt also, wenn überhaupt, ein objektiver Nachfluchtgrund vor.

Da über einen subjektiven Nachfluchtgrund ohnehin nur diskutiert werden könnte, wenn sich die Person selber der Ausbeutung entzogen hat (im Gegensatz etwa zu Personen die bei einer Razzia „gerettet“ wurden) erscheint *drittens* auch die Rechtsfolge bei einer Annahme eines subjektiven Nachfluchtgrundes an sich stossend. Denn mit dem Asylausschluss würden in der Konsequenz Personen mit einer schlechteren Rechtsstellung „bestraft“, die sich aus eigener Kraft aus einem ausbeuterischen Verhältnis gelöst haben. Damit setzt die Schweiz negative Anreize für die Opfer, sich selber zu erkennen zu geben, und missachtet damit die völkerrechtlichen Verpflichtungen, Menschenhandelsopfer zu identifizieren und zu schützen.¹¹⁷⁰

Der Asylausschluss der subjektiven Nachfluchtgründe kann somit bei einer völkerrechtskonformen Beurteilung der Verfolgung und unter Berücksichtigung der Grundsätze des Menschenhandelsbekämpfungsrechts nicht zur Anwendung kommen.

IV. Zwischenfazit zur Asylgewährung

Aus den vorangegangenen Abschnitten ergibt sich, dass sowohl für den Ausschlussgrund der Asylunwürdigkeit wie auch denjenigen der subjektiven Nachfluchtgründe kein Anwendungsbereich besteht, was heisst, dass Menschenhandelsopfer, welche die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, in aller Regel auch Asyl erhalten sollten, wenn sie nicht aus anderen Gründen,

1169 D-6445/2009 vom 10.1.2012, E. 4.3.

1170 So schon Frei, Schutz im Asylsystem, S. 21.

die nichts mit der Strafbarkeit des Menschenhandels oder der Befreiung aus der Ausbeutungssituation zu tun haben, Ausschlussgründe erfüllen.

Der Asylausschlussgrund der Asylunwürdigkeit infolge verwerflicher Handlungen sollte aufgrund des völkerrechtlich verankerten Prinzips der Nichtbestrafung von Menschenhandelsopfern von vornherein nicht zur Anwendung kommen können. Wird ein Opfer in Missachtung dieser Vorgabe dennoch strafrechtlich belangt, läge trotzdem keine Asylunwürdigkeit vor, da diese neben der Begehung der strafbaren Handlung noch ein Verhältnismässigkeitselement enthält. Eine solche Strafbarkeit dürfte im Übrigen auch nicht zu einer Landesverweisung nach Art. 66 a StGB führen, sondern es müsste m.E. aufgrund der Zwangslage der Person ein „schwerer persönlicher Härtefall“ im Sinne von Art. 66 a Abs. 2 StGB angenommen werden.

In Bezug auf die Annahme eines subjektiven Nachfluchtgrundes wurde festgestellt, dass mehrere Gründe gegen einen solchen sprechen: Da Menschenhandel ein Prozess ist, liegt bei Personen, die im Herkunftsland rekrutiert wurden, gar kein Nach-, sondern ein (Vor-)Fluchtgrund vor. Selbst wenn ein Nachfluchtgrund objektiv gegeben wäre, z.B. wenn die Rekrutierung erst nach der Ausreise erfolgt ist, müsste ein objektiver und kein subjektiver Nachfluchtgrund angenommen werden. Zudem wäre auch die Rechtsfolge der Annahme eines Asylausschlussgrundes nicht mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Identifizierung und zum Schutz von Menschenhandelsopfern vereinbar. Hier zeigt sich auch eine der Schwierigkeiten, Menschenhandel asylrechtlich zu beurteilen: Dieser lässt sich in aller Regel nicht in die herkömmliche Dichotomie „Flucht aus dem Herkunftsland – Schutzgewährung im Zielland“ einordnen, sondern beginnt mit der Anwerbung im Herkunftsland, geht aber oft mit der Verbringung in ein anderes Land (oder eine andere Region innerhalb desselben Landes) weiter und findet seinen „Höhepunkt“ in der Ausbeutung der Person am Zielort.

V. Umsetzungsbedarf in der Praxis

Die hier erarbeiteten Ergebnisse zur der Asylgewährung sollten ebenfalls in die oben¹¹⁷¹ vorgeschlagenen *Leitlinien zur Beurteilung der Asylgesu-*

1171 Oben, S. 298 f.

che von Menschenhandelsopfern einfließen. Dies ist auch darum wichtig, weil – wie schon bei der Flüchtlingseigenschaft festgestellt – bei der Asylgewährung die Komplexität von Menschenhandelssachverhalten, die sich nicht in die herkömmliche Dichotomie „Verfolgung im Herkunftsland – Schutzgewährung im Zielland“ einordnen lassen, eine erhöhte Gefahr rechtlich falscher Bewertungen birgt.