

§ 13 Auswirkungen der formellen Identifizierung

Nach der formellen Identifizierung als Opfer treten weitergehende Gewährleistungspflichten ein. Insbesondere sollen die Staaten für identifizierte Opfer die Möglichkeit zur Ausstellung eines Aufenthaltstitels vorsehen (I.). Die verschiedenen in der Schweiz vorhandenen Aufenthaltsoptionen für Menschenhandelsopfer werden deshalb nachfolgend dargestellt und verglichen. Entsprechend des Fokus dieser Arbeit werden die Folgen des Identifizierungsentscheids auf das Asylverfahren näher besprochen (II.). Weitere Gewährleistungspflichten im Anschluss an den Identifizierungsentscheid sind die erweiterte Unterstützung, insbesondere der Zugang zu medizinischer Versorgung und zum Arbeitsmarkt (III.) sowie – sofern das Opfer die Schweiz verlassen muss – die Beachtung der Garantien hinsichtlich einer Rückkehr in Sicherheit und Würde (IV.).

I. Regularisierung des Aufenthalts

Art. 14 Abs. 1 EKM verpflichtet die Staaten dazu, den Aufenthalt identifizierter Opfer unter bestimmten Voraussetzungen zu regularisieren, wenn diese nicht ohnehin ein Aufenthaltsrecht haben. Diese Verpflichtung ergibt sich, wenn die Erteilung eines (verlängerbaren) Aufenthaltstitels entweder aufgrund ihrer persönlichen Situation oder um ihre Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen, erforderlich ist.¹⁷³⁴ GRE-TA ruft in seinen Staatenberichten unter Berufung auf den Wortlaut der Bestimmung regelmässig dazu auf, beide Möglichkeiten vorzusehen und die vulnerable Situation von Menschenhandelsopfern zu berücksichtigen.¹⁷³⁵ Art. 14 Abs. 1 EKM ist m.E. eine direkt anwendbare Bestimmung.¹⁷³⁶

Auch der CEDAW-Ausschuss hat die Schweiz in seinen Abschliessenden Bemerkungen 2016 dazu aufgefordert, allen Menschenhandelsopfern,

1734 Siehe oben, S. 208 ff.

1735 Siehe die Nachweise oben, S. 209 f.

1736 Siehe oben, S. 209.

die Schutz und Erholung benötigen, einen Aufenthaltstitel zu gewähren, unabhängig von ihrer Bereitschaft, im Strafverfahren mitzuwirken.¹⁷³⁷

Im Folgenden werden die Möglichkeiten dargestellt und verglichen, die ein Opfer von Menschenhandel in der Schweiz hat, seinen Aufenthalt zu regularisieren. Wie oben erwähnt, ist einer der Zwecke der Erholungs- und Bedenkzeit, dass das potentielle Opfer sich zusammen mit seiner Rechtsvertretung oder -beratung entscheidet, ob das Asylverfahren weiterverfolgt werden soll oder ob eine andere Aufenthaltsoption seiner Situation und Bedürfnissen besser entspricht.¹⁷³⁸ Spätestens nach dem Abschluss des Identifizierungsverfahrens sollte dieser Entscheid umgesetzt werden. Dabei wird auf den folgenden Seiten sowohl von dem – hier zentralen – Fall ausgegangen, dass sich eine Person im Asylverfahren befindet. Es wird aber der Vollständigkeit halber auch der Fall berücksichtigt, dass sich eine Person ausserhalb des Asylverfahrens befindet und sich überlegen muss, ob eine Asylgesuchstellung als Option in Frage kommt.

1. Aufenthaltsoptionen für Menschenhandelsopfer in der Schweiz

Die einzige ausdrückliche gesetzliche Regelung des Aufenthalts von Menschenhandelsopfern findet sich in der Schweiz in Art. 31 Abs. 1 lit. 3 AuG bei den Bestimmungen über die Ausnahmen von den Zulassungsvoraussetzungen für Drittstaatsangehörige.¹⁷³⁹ Demnach kann von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden, um den Aufenthalt von Opfern und Zeuginnen und Zeugen von Menschenhandel zu regeln. Art. 36 VZAE präzisiert, dass eine Kurzaufenthaltsbewilligung ausgestellt werden

1737 CEDAW, *CO Switzerland* (2016), Ziff. 29 (d).

1738 Oben, S. 393 f.

1739 Die ordentlichen Zulassungsvoraussetzungen für ausländische Personen in der Schweiz finden sich in den Art. 18 ff. AuG und umfassen für den Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit das Vorliegen eines Gesuchs des Arbeitgebers (Art. 18 lit. b), die Erfüllung des gesamtwirtschaftlichen Interesses (Art. 18 lit. a), das Nichtausschöpfen der Höchstzahlen (Art. 20), die Beachtung des Inländervorrangs (Art. 21), die Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22), das Vorhandensein einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24) und das Erfüllen der persönlichen Voraussetzungen (Art. 23). Personen ohne Erwerbstätigkeit können nur zugelassen werden zum Zweck einer Aus- oder Weiterbildung (Art. 27), der Niederlassung als Rentnerin oder Rentner (Art. 28) oder für eine medizinische Behandlung (Art. 29).

kann, wenn die Anwesenheit des Opfers für die Durchführung eines Strafverfahrens erforderlich ist.

Ausdrücklich geregelt hat die Schweiz damit lediglich die zweite Variante des völkerrechtlich vorgegebenen Aufenthaltsrechts, nämlich diejenige zum Zweck der Kooperation des Opfers im Strafverfahren (Art. 14 Abs. 1 lit. b EKM). Die erste Variante (Art. 14 Abs. 1 lit. a EKM), wonach die zuständige Behörde dem Opfer einen verlängerbaren Aufenthaltstitel ausstellt, wenn sie der Auffassung ist, dass der Aufenthalt des Opfers aufgrund seiner persönlichen Situation erforderlich ist, wurde legislativ nicht gesondert geregelt, sondern wird mittels der allgemeinen Bestimmungen über den schwerwiegenden persönlichen Härtefall (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG) sowie über die vorläufige Aufnahme (Art. 83 AuG) gehandhabt.¹⁷⁴⁰ Forderungen nach einem eigenen Aufenthaltsrecht für Opfer von Menschenhandel wurden vom Gesetzgeber (wohl aufgrund von Bedenken bezüglich eines Pull-Effekts oder Missbrauchsmöglichkeiten) mehrmals abgelehnt.¹⁷⁴¹

Die erwähnten Aufenthaltsoptionen sind in systematischer Hinsicht im Ausländerrecht zu verorten, welches durch die Kantone vollzogen wird. Das vom Bund durchgeführte Asylverfahren wird in den relevanten Dokumenten und auch in den Fachdiskussionen nirgends als möglicher Weg zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts für Menschenhandelsopfer genannt.¹⁷⁴² Dadurch wird meines Erachtens der Asylbereich zu Unrecht ausgeklammert, denn es steht grundsätzlich jeder Person frei, ein Asylgesuch zu stellen, und es ist, wie in Teil II gezeigt, möglich, dass die mit Menschenhandel einhergehenden Gefährdungen eine asylrelevante Verfolgung darstellen. Insofern könnte eine Schutzgewährung im Asylverfahren in die erste

1740 Vgl. Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, S. 28. Die Tatsache dass lediglich die Aufenthaltsbewilligung zwecks Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden spezifisch geregelt wurde, wird gelegentlich kritisiert, vgl. FiZ, Alternativer Bericht, S. 15; Heim, S. 115.

1741 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 6.5.2009 zur Motion der Kommission für Rechtsfragen „Verstärkter Schutz für die Opfer von Frauenhandel“ (09.3011) sowie die Diskussionen dazu im Nationalrat, welcher die Motion schliesslich ablehnte, AB 2009 N 926 ff.; siehe auch die Antwort des Bundesrates vom 24.5.2000 auf die Motion Vermot, „Frauenhandel, Schutzprogramme für Betroffene (00.3055). Siehe ebenso Bundesrat, Botschaft AuG, S. 3787 f. sowie Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, S. 29.

1742 Vgl. Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, 28 f.; siehe auch GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 154 ff.; FiZ, Alternativer Bericht, S. 14 ff.

Variante (Aufenthaltstitel aufgrund der persönlichen Situation des Opfers) fallen. Die Europaratskonvention sieht den Asylbereich hingegen als eine „dritte“ Aufenthaltsoption, denn sie verlangt von den Staaten in Art. 14 Abs. 5, sicherzustellen, dass das Recht, Asyl zu beantragen und zu genießen, auch bei Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Art. 14 Abs. 1 EKM unberührt bleibt.

Aus Opfersicht, aber auch für die Rechtsvertretung oder für Opferberatungsstellen, stellt sich deshalb die Frage, wie sich die in der Schweiz bestehenden Aufenthaltsoptionen zueinander verhalten: Welcher Personenkreis ist von welchem Aufenthaltsrecht erfasst? Welche Voraussetzungen müssen für die Gewährung des Aufenthaltsrechts erfüllt sein? Welche Rechtsstellung bieten die verschiedenen Optionen? Wie dauerhaft ist das Aufenthaltsrecht? Können gleichzeitig mehrere Anträge für verschiedene Aufenthaltsoptionen gestellt werden und/oder ist es möglich, von einer Aufenthaltsoption in eine andere zu wechseln wenn sich herausstellt, dass die beantragte Option keine nachhaltige Lösung bietet, wahrscheinlich abgelehnt wird oder aus anderen Gründen nicht den Bedürfnissen des Opfers entspricht?

Nachfolgend werden deshalb die Aufenthaltsoptionen für Opfer von Menschenhandel in der Schweiz dargestellt und verglichen. Betrachtet werden insbesondere die Voraussetzungen, die Art und Dauer sowie die Möglichkeit der Beendigung. Dargestellt wird auch die Rechtsstellung unter der jeweiligen Aufenthaltsoption, dabei werden insbesondere die Möglichkeit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit, des Familiennachzugs, die Fürsorgeleistungen sowie die interkantonale und internationale Mobilität berücksichtigt. Verglichen werden die folgenden für Menschenhandelsopfer zur Verfügung stehenden Optionen: die Kurzaufenthaltsbewilligung für die Dauer des Strafverfahrens (1.1.), die Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (1.2.), der Status nach Asylgesuchstellung (1.3.), die Asylgewährung (1.4.) sowie die vorläufige Aufnahme (1.5.). Obwohl der Status nach Asylgesuchstellung lediglich ein prozessualer Aufenthalt bis zum Entscheid ist, wird dieser hier separat untersucht, da er je nach Dauer des Asylverfahrens mehrere Monate oder gar Jahre andauern kann¹⁷⁴³ und somit für Menschenhandelsopfer zu einem wichtigen Faktor werden kann.

1743 So dauerte beispielsweise im Jahr 2011 das erstinstanzliche Verfahren vor dem damaligen BFM durchschnittlich 232 Tage und das Beschwerdeverfahren vor

1.1. Kurzaufenthaltsbewilligung für die Dauer des Strafverfahrens

Die Kurzaufenthaltsbewilligung ist die einzige genuin menschenhandels-spezifische Aufenthaltsoption in der Schweiz. Gemäss Art. 36 Abs. 2 VZAE wird für Opfer oder Zeuginnen und Zeugen von Menschenhandel für die voraussichtliche Dauer der polizeilichen Ermittlung oder des Gerichtsverfahrens eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, sofern eine Anwesenheit dieser Person für das Verfahren erforderlich ist. Der persönliche Anwendungsbereich dieser Bestimmung beschränkt sich auf Opfer oder Zeuginnen und Zeugen von Menschenhandel, gegen deren Täter Strafermittlungen eingeleitet wurden und deren Anwesenheit von den Strafverfolgungsbehörden als für das Verfahren erforderlich erachtet wird.

Voraussetzungen: Die Kurzaufenthaltsbewilligung dient ausschliesslich der Durchführung eines Strafverfahrens.¹⁷⁴⁴ Persönliche (humanitäre) Gründe des Opfers spielen für die Erteilung keine Rolle und entsprechend ist diese Bewilligung m.E. auch kein echtes Instrument des aufenthaltsrechtlichen Schutzes. Vielmehr handelt es sich dabei um eine strafprozessuale Massnahme der Beweissicherung,¹⁷⁴⁵ denn die Opfer- oder Zeugen-aussagen sind bei Strafverfahren im Zusammenhang mit Menschenhandel häufig die einzigen verfügbaren Beweismittel und die Anwesenheit dieser Personen ist deshalb mitunter für die Beweisführung im Strafverfahren erforderlich. Eine Schutzfunktion kann diese Aufenthaltsoption höchstens insofern einnehmen, als dass in der Praxis eine anschliessende Aufenthaltsregelung (z.B. mittels Härtefallbewilligung oder vorläufiger Aufnahme) häufig leichter erhältlich ist, wenn vorgängig bereits eine Kurzaufenthaltsbewilligung für das Strafverfahren ausgestellt worden ist.

Dauer und Beendigung: Die Kurzaufenthaltsbewilligung wird in der Regel für sechs Monate¹⁷⁴⁶ erteilt und ist verlängerbar. Die Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung durch die kantonale Behörde muss – anders als die Gewährung der Erholungs- und Bedenkzeit – dem SEM zur Zu-

dem Bundesverwaltungsgericht durchschnittlich 524 Tage: EJPD, Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, S. 31.

1744 Siehe dazu auch Bundesrat, Botschaft AuG, S. 3787 f. sowie SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.4.

1745 Stoyanova, *Complementary Protection*, S. 784, bezeichnet solche Aufenthaltsbewilligungen den auch als „witness protection“ anstatt „victim protection“.

1746 So die Beschreibung der Praxis bei FiZ, *Alternativer Bericht*, S. 15.

stimmung vorgelegt werden.¹⁷⁴⁷ Eine Verlängerung ist möglich, wenn die Anwesenheit im Rahmen des Verfahrens weiterhin erforderlich ist;¹⁷⁴⁸ das heisst die Bewilligung dauert nur so lange, wie eine Notwendigkeit der Anwesenheit des Opfers für das Strafverfahren besteht. Die Bewilligung kann vorzeitig widerrufen werden, wenn das Opfer seine Zusammenarbeit mit den Behörden beendet, freiwillig den Kontakt mit den verdächtigen Tätern wiederaufnimmt, gemäss neuen Erkenntnissen kein Opfer oder keine Zeugin oder Zeuge von Menschenhandel ist oder in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstösst.¹⁷⁴⁹ Nach Ablauf der Kurzaufenthaltsbewilligung muss die Person grundsätzlich die Schweiz verlassen.¹⁷⁵⁰ Ein weiterer Aufenthalt kann aus humanitären Gründen bewilligt werden. Explizit in der Verordnung als Anschlusslösung genannt sind die Aufenthaltsbewilligung im Falle eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sowie die Möglichkeit der Anordnung einer vorläufigen Aufnahme.¹⁷⁵¹

Erwerbstätigkeit: Während der Dauer der Bewilligung kann eine Erwerbstätigkeit erleichtert bewilligt werden.¹⁷⁵² Erforderlich ist lediglich, dass das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt, die Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden und die gesuchstellende Person über eine bedarfsgerechte Wohnung verfügt. Die kurze Dauer der Bewilligung erschwert es den Opfern in der Praxis aber, eine Anstellung zu finden. Das Erfordernis des Vorliegens eines Gesuchs durch den Arbeitgeber macht es zudem notwendig, dass die Opfer zunächst ohne Arbeitsbewilligung eine Arbeit suchen.¹⁷⁵³

Familiennachzug: Der Nachzug von Angehörigen der Kernfamilie, d.h. der Ehegatten und minderjährigen Kinder, ist grundsätzlich möglich, sofern die Opfer mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist.¹⁷⁵⁴ Es handelt sich um eine Ermessensbestimmung. Die Voraussetzun-

1747 Art. 5 lit. g Verordnung des EJPD vom 13.8.2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide, SR 142.201.1.

1748 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.4.

1749 Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 VZAE.

1750 Art. 36 Abs. 5 VZAE.

1751 Art. 36 Abs. 6 VZAE.

1752 Art. 36 Abs. 4 VZAE.

1753 FiZ, Alternativer Bericht, S. 13.

1754 Art. 45 AuG.

gen der bedarfsgerechten Wohnung und der Unabhängigkeit von der Sozialhilfe sind bei Menschenhandelsopfern nur sehr selten erfüllt, womit ein Familiennachzug in aller Regel in den Bereich des Theoretischen gerät.

Fürsorge: Personen mit einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung haben Zugang zur Sozialhilfe. Für die Ausrichtung ist der Wohnkanton zuständig.¹⁷⁵⁵ In der Praxis werden die Opfer zumindest für die ersten sechs Monate von der Opferhilfe unterstützt. Der Übergang der Fürsorgeleistungen von der Opfer- auf die Sozialhilfe ist in den meisten Kantonen weitgehend ungeklärt.

Mobilität: Ein Kantonswechsel setzt eine entsprechende Bewilligung des neuen Kantons voraus.¹⁷⁵⁶ Da es zum Schutz von Menschenhandelsopfern notwendig sein kann, diese in einem anderen Kanton als dem Tatkanton zu platzieren, sieht Art. 68 Abs. 2 VZAE eine Erleichterung vor. In diesen Fällen gilt ein Aufenthalt ausserhalb des Bewilligungskantons nicht als Kantonswechsel. Eine Platzierung in einem anderen Kanton kann in Absprache mit den betroffenen Migrations- und Sozialbehörden vorgenommen werden. Der Bewilligungskanton bleibt zuständig für die Aufenthaltsregelung.¹⁷⁵⁷

Pro Jahr werden rund 50 Kurzaufenthaltsbewilligungen für Menschenhandelsopfer ausgestellt.¹⁷⁵⁸ Allerdings variiert die Praxis unter den Kantonen beträchtlich. Die Tatsache, dass Menschenhandelsopfer dadurch faktisch nicht in jedem Kanton das gleiche Recht geniessen, eine Bewilligung zu erlangen, wurde 2015 von GRETA bemängelt,¹⁷⁵⁹ ebenso wie 2009 bereits die kantonale unterschiedliche Handhabung vom CEDAW-Ausschuss gerügt¹⁷⁶⁰ und auch von zivilgesellschaftlicher Seite kritisiert¹⁷⁶¹ wurde. Um die kantonale Praxis zu harmonisieren, hat das SEM 2015 die Weisungen bezüglich der Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen für Men-

1755 Art. 20 Abs. 1 ZUG.

1756 Art. 37 Abs. 1 AuG.

1757 Siehe auch SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.4.

1758 Statistiken des SEM, Sektion Aufenthalt (der Autorin vorliegend). Siehe auch die Angaben zur Anzahl gewährter Kurzaufenthaltsbewilligungen im U.S. Secretary of State, TIP Report 2017, S. 380, sowie die TIP Berichte der früheren Jahre 2016, 2015, 2014, 2013 und 2012, alle online unter <https://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2017/index.htm> (zuletzt besucht am 3.12.2017).

1759 Siehe GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 158 ff.

1760 CEDAW, *CO Switzerland (2009)*, Ziff. 29.

1761 FiZ, Alternativer Bericht, S. 15; siehe auch NGO-Koordination post Beijing Schweiz/Amnesty International Schweiz, Ziff. 6.1.

schenhandelsopfer überarbeitet und konkretisiert und hat zudem mehrere Weiterbildungen für die kantonalen Migrationsbehörden durchgeführt.¹⁷⁶²

1.2. Härtefallbewilligung

Die Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG stellt eine Bewilligung in Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen von Art. 18 ff. AuG dar. Härtefallbewilligungen werden in ganz unterschiedlichen Konstellationen basierend auf einer Einzelfallbeurteilung erteilt. Laut Art. 31 Abs. 1 VZAE sind bei der Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, insbesondere die Integration, die Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse, die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die bisherige Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheitszustand sowie die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat zu berücksichtigen.

Die Härtefallbewilligung ist in Art. 36 VZAE ausdrücklich als Möglichkeit der Aufenthaltsregelung für Menschenhandelsopfer nach Ablauf der Kurzaufenthaltsbewilligung erwähnt. Sie kann aber auch in jeder anderen Situation beantragt werden. Für die Erteilung einer Härtefallbewilligung ist denn auch grundsätzlich keine Beteiligung des Opfers am Strafverfahren notwendig.¹⁷⁶³

Voraussetzungen: Art. 36 Abs. 6 VZAE schreibt vor, dass die besondere Situation von Menschenhandelsopfern bei der Gewichtung der Härtefallgründe zu berücksichtigen ist. Diese Präzisierung ist wichtig, weil die allgemeinen Kriterien für die Annahme eines Härtefalls wie etwa die Integration, die finanziellen Verhältnisse oder die Dauer der Anwesenheit von Menschenhandelsopfern kaum je erfüllt werden können.¹⁷⁶⁴ Die Weisungen des SEM präzisieren deshalb, dass die individuelle Härte im Kontext von Menschenhandel u.a. darin bestehen kann, dass eine Rückkehr in das

1762 Siehe die Hinweise in GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 159.

1763 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.5.

1764 FiZ, Alternativer Bericht, S. 17; siehe auch GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 155. Siehe auch das Votum Schmid-Federer im Nationalrat anlässlich der Motion 09.3011 „Verstärkter Schutz für die Opfer von Frauenhandel“, AB 2009 N 926 f.

Heimatland wegen der Gefahr einer Reviktimisierung, wegen fehlenden Aussichten auf eine gesellschaftliche Eingliederung oder wegen fehlender Möglichkeit einer ausreichenden Behandlung einer Gesundheitsbeeinträchtigung nicht zumutbar ist. Ergibt die Gewichtung der relevanten Härtefallgründe, dass eine Rückkehr nicht zumutbar ist, so kann das Gesuch trotz ungenügender Integration bewilligt werden. Bei minderjährigen Opfern ist gemäss den Weisungen den erhöhten Schutz- und Fürsorgebedürfnissen besonders Rechnung zu tragen. Nicht zuletzt ist auch eine Gefährdung zu berücksichtigen, die durch die Mitwirkung in einem Strafverfahren als Zeugin oder Zeuge entsteht.¹⁷⁶⁵ Die Härtefallbewilligung muss dem SEM zur Zustimmung vorgelegt werden.¹⁷⁶⁶

Dauer und Beendigung: Eine Härtefallbewilligung wird in Form einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 33 AuG erteilt. Diese ist befristet, kann aber verlängert werden, sofern keine Widerrufsgründe vorliegen. Die erstmalige Erteilung erfolgt auf ein Jahr, danach kann sie um jeweils zwei Jahre verlängert werden.¹⁷⁶⁷ Eine Nichtverlängerung oder ein Widerruf der Bewilligung können erfolgen, wenn die betroffene Person im Bewilligungsverfahren falschen Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat, zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme angeordnet wurde, erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet, eine mit der Bewilligung verbundene Bedingung nicht einhält oder selber oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.¹⁷⁶⁸

Nebst diesen für die Ausländerbehörden geltenden Widerrufsgründen besteht zudem auch die Möglichkeit, dass ein Strafgericht eine obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB oder Art. 49a MStG ausspricht, womit die Bewilligung automatisch erlischt.¹⁷⁶⁹ Bei einer fakultativen Landesverweisung gemäss Art. 66a^{bis} StGB oder Art. 49a^{bis} MStG

1765 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.5.

1766 Art. 5 lit. d Verordnung des EJPD vom 13.8.2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide, SR 142.201.1.

1767 Art. 58 Abs. 1 VZAE. Praxisgemäss erfolgt die Verlängerung meistens lediglich für ein weiteres Jahr, siehe Spescha u. a., Handbuch Migrationsrecht, S. 138.

1768 Art. 62 Abs. 1 AuG.

1769 Art. 61 Abs. 1 lit. e und f AuG.

erlischt eine allfällige Bewilligung erst mit dem Vollzug der Landesverweisung.

Erwerbstätigkeit: Die Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit kann unter den gleichen Voraussetzungen wie bei einer Kurzaufenthaltsbewilligung bewilligt werden.¹⁷⁷⁰ Notwendig ist das Gesuch eines Arbeitgebers, das Einhalten der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie eine bedarfsgerechte Wohnung.¹⁷⁷¹

Familiennachzug: Der Nachzug von Familienangehörigen der Kernfamilie ist unter den gleichen Voraussetzungen wie mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung möglich.¹⁷⁷² Art. 44 AuG verschafft keinen Anspruch auf eine Bewilligung; ein solcher kann sich aber aus dem Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK ergeben.

Fürsorge: Der Zugang zu Sozialhilfe ist gegeben. Allerdings kann die Sozialhilfeabhängigkeit, wie oben genannt, zum Widerruf der Bewilligung führen.¹⁷⁷³

Mobilität: Für einen Kantonswechsel ist grundsätzlich eine Bewilligung des neuen Kantons notwendig. Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung haben einen Anspruch auf Kantonswechsel, wenn sie nicht arbeitslos sind und keine Widerrufsgründe nach Artikel 62 AuG vorliegen.¹⁷⁷⁴ Die oben erwähnte Ausnahmeregelung aus Art. 68 Abs. 2 VZAE ist hier mangels ausdrücklicher Erwähnung nicht mehr anwendbar.

Insgesamt werden schweizweit pro Jahr weniger als zwei Dutzend Härtefallbewilligungen für Menschenhandelsopfer nach Abschluss des Gerichtsverfahrens ausgestellt.¹⁷⁷⁵ Ob respektive wie oft auch in Fällen *ohne* Beteiligung am Strafverfahren eine Bewilligung erteilt wurde, lässt sich nicht eruieren. Die kantonale Praxis ist auch in Bereich der Härtefallbewilligungen für Menschenhandelsopfer sehr divers. Von zivilgesellschaftlicher Seite wird kritisiert, dass in einigen Kantonen nur bei Vorliegen eines Gerichtsurteils eine Härtefallbewilligung ausgestellt wird, und dass in anderen eine befürwortende Empfehlung der Polizei eine faktische Voraus-

1770 Siehe oben, S. 480.

1771 Art. 31 Abs. 3 VZAE.

1772 Art. 44 AuG; siehe dazu oben, S. 480.

1773 Art. 62 Abs. 1 lit. e AuG.

1774 Art. 37 Abs. 1 und 2 AuG.

1775 Im Jahr 2012 wurden 2 Härtefallbewilligungen ausgestellt; 2013 waren es 12; 2014 waren es 19 und 2015 waren es 15 Bewilligungen. Quelle: Statistiken des SEM, Sektion Aufenthalt (der Autorin vorliegend).

setzung für die Erteilung einer Bewilligung darstellt.¹⁷⁷⁶ Solche Praktiken sind meines Erachtens zu streng, denn sie knüpfen die Härtefallbewilligung, trotz anderslautender Zielsetzung, an die Durchführung eines Strafverfahrens.¹⁷⁷⁷ Die geringe Zahl ausgestellter Härtefallbewilligungen im Vergleich mit den jährlichen Hellfeld-Statistiken lässt auf eine nur geringe Chance der Opfer zum Erhalt einer solchen Bewilligung schliessen.¹⁷⁷⁸

1.3. Status während des Asylverfahrens

Dauer und Beendigung: Asylsuchende sind bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Schweiz anwesenheitsberechtigt.¹⁷⁷⁹ Sie sind verpflichtet, alle Dokumente abzugeben, die Auskunft über ihre Identität, ihre Herkunft und ihren Reiseweg geben. Ihnen wird ein auf höchstens 6 Monate befristeter, verlängerbarer Ausweis N ausgestellt.¹⁷⁸⁰ Der Ausweis verliert seine Gültigkeit nach Ablauf der Dauer oder aber mit rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens.¹⁷⁸¹

Erwerbstätigkeit: Asylsuchende unterliegen in der Schweiz während der ersten drei Monate nach Einreichung des Asylgesuchs einem generellen Arbeitsverbot, welches für weitere drei Monate verlängert werden kann, wenn eine negative Entscheidung ergangen ist.¹⁷⁸² Danach kann

1776 FiZ, Alternativer Bericht, S. 10.

1777 Siehe zudem oben, S. 367, betreffend die dadurch vorgenommene informelle Identifizierung.

1778 In den einschlägigen Datenbanken sind keine Urteile kantonaler oder nationaler Gerichte ersichtlich, in denen die Verweigerung einer Härtefallbewilligung für Menschenhandelsopfer angefochten worden ist.

1779 Art. 42 AsylG. Auch während des Beschwerdeverfahrens besteht ein Anwesenheitsrecht, dieses ergibt sich aus Art. 55 Abs. 1 VwVG, wonach Beschwerden grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben. Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide im Dublin-Verfahren haben keine aufschiebende Wirkung (Art. 107 a AsylG). Diese kann vom BVGer jedoch wiederhergestellt werden. Auch während ausserordentlichen Verfahren (Wiedererwägungs- und Revisionsgesuchen) besteht grundsätzlich kein Aufenthaltsrecht. Die zuständigen Behörden können jedoch für die Dauer des Verfahrens den Vollzug der Wegweisung aussetzen (Art. 111 b Abs. 3 AsylG und Art. 56 VwVG).

1780 Art. 30 AsylV 1.

1781 Spescha u. a., Handbuch Migrationsrecht, S. 400; Romer, Rechtsstellung, S. 369.

1782 Art. 43 Abs. 1 AsylG; siehe dazu auch oben, S. 518 f.

Asylsuchenden nach Ablauf des Arbeitsverbots eine vorübergehende Erwerbstätigkeit bewilligt werden, wenn es die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage erlaubt, das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt sowie die Lohn- und Arbeitsbedingungen nach Art. 22 AuG und der Vorrang nach Art. 21 AuG eingehalten werden. Die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erlischt nach Ablauf der mit dem rechtskräftigen negativen Ausgang des Asylverfahrens festgesetzten Ausreisefrist, selbst wenn ein ausserordentliches Rechtsmittelverfahren eingeleitet und der Vollzug der Wegweisung ausgesetzt wurde.¹⁷⁸³ Seit Anfang 2018 unterliegen arbeitstätige Asylsuchende nicht mehr der Sonderabgabepflicht auf Erwerbseinkommen.¹⁷⁸⁴

Familiennachzug: Asylsuchende können ihre Familienangehörigen während des Verfahrens nicht nachziehen. Reisen Familienangehörige der Kernfamilie aber in die Schweiz nach und stellen hier ein eigenes Asylgesuch, darf die Familie in der Regel aufgrund des Rechts auf Familienleben (Art. 8 EMRK) nicht mehr getrennt werden.¹⁷⁸⁵

Fürsorge: Asylsuchenden, die ihren Unterhalt nicht aus eigenen Mitteln bestreiten können, gewährt der Zuweisungskanton Sozialhilfe.¹⁷⁸⁶ Solange sich die Personen in einem Bundeszentrum aufhalten, leistet der Bund die Asylsozialhilfe.¹⁷⁸⁷ Die Unterstützung ist gemäss Art. 82 Abs. 3 AsylG nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen auszurichten, wobei der Ansatz für die Unterstützung von Gesetzes wegen unter dem Ansatz für die einheimische Bevölkerung liegen soll. In der Praxis liegt der Ansatz bis zu 40 Prozent unter den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien¹⁷⁸⁸).¹⁷⁸⁹ Zu den Fürsorgeleistungen im Rahmen der Asylsozialhilfe gehört auch die Bereitstellung einer Unterkunft sowie die obligatorische Krankenversicherung.¹⁷⁹⁰

Während der Dauer eines ausserordentlichen Rechtsmittelverfahrens oder eines erneuten Asylgesuches nach Art. 111 c AsylG (Mehrfachgesuch) erhalten Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid,

1783 Art. 43 Abs. 3 AsylG.

1784 Wobei allerdings die Sonderabgabepflicht auf Vermögenswerte weiter bestehen bleibt: Art. 86 nAsylG in der Fassung der Änderung vom 16.12.2016, BBl 2016 8899.

1785 Siehe Spescha u. a., Handbuch Migrationsrecht, S. 401.

1786 Art. 80a AsylG.

1787 Art. 80 Abs. 1 AsylG.

1788 Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, SKOS Richtlinien, *passim*.

1789 Romer, Rechtsstellung, S. 375.

1790 Zur Asylsozialhilfe siehe oben, S. 414 ff.

denen eine Ausreisefrist gesetzt worden ist, nach deren Ablauf auf Gesuch hin nur Nothilfe¹⁷⁹¹ und es wird ihnen keine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit mehr erteilt.¹⁷⁹²

Mobilität: Ein Kantonswechsel wird vom SEM gemäss Art. 22 Abs. 2 AsylV1 nur bei Zustimmung beider Kantone, bei Anspruch auf Einheit der Familie oder bei schwerwiegender Gefährdung der asylsuchenden Person verfügt.¹⁷⁹³ Zudem dürfen das SEM und die Kantone den Asylsuchenden einen Aufenthaltsort zuweisen.¹⁷⁹⁴ Reisen ins Ausland sind während des Asylverfahrens grundsätzlich nicht möglich; der Ausweis N berechtigt nicht zum Grenzübertritt. Ein Reisedokument oder ein Rückreisevisum kann aus schwerwiegenden humanitären oder familiären Gründen erteilt werden.¹⁷⁹⁵

1.4. Asylgewährung

„Asyl“ bezeichnet die innerstaatliche Rechtsstellung und die damit verbundenen Rechte, die anerkannten Flüchtlingen gewährt werden.¹⁷⁹⁶ Flüchtlinge geniessen die in der Flüchtlingskonvention garantierten Rechte und haben zusätzlich weitere Rechte gemäss Asylgesetz.¹⁷⁹⁷ Grundsätzlich dürfen anerkannte 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.¹⁷⁹⁸ Da Flüchtlinge mit Asyl eine Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 33 AuG erhalten, richtet sich ihre Rechtsstellung im Übrigen, soweit keine besonderen Bestimmungen der GFK oder des Asylgesetzes

1791 Art. 82 Abs. 2 AsylG.

1792 Art. 43 Abs. 4 AsylG.

1793 Zum Kantonswechsel bei Menschenhandelsopfern näher oben, S. 417 ff.

1794 Art. 28 Abs. 1 AsylG.

1795 Art. 9 RDV.

1796 Art. 2 Abs. 2 AsylG.

1797 Enthalten ist insbesondere das Recht auf Anwesenheit und der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 60 AsylG), die Bewilligung der Erwerbstätigkeit (Art. 61 AsylG) und der Zugang zu Medizinalprüfungen (Art. 62 AsylG). Siehe dazu oben, S. 312 f.

1798 Art. 58 AsylG.

bestehen, nach derjenigen für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung.¹⁷⁹⁹

Voraussetzungen: Asyl wird gewährt, wenn eine Person die Flüchtlingseigenschaft erfüllt und keine Asylausschlussgründe vorliegen.¹⁸⁰⁰ Wie in Teil II gezeigt, können die mit Menschenhandel einhergehenden Gefährdungen im Heimatland in vielen Fällen die Flüchtlingseigenschaft begründen.¹⁸⁰¹ Vorausgesetzt ist aber, dass das Opfer begründete Furcht vor Verfolgung in seinem Herkunftsland hat.

Dauer und Beendigung: Flüchtlinge mit Asyl haben einen Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung in ihrem Aufenthaltskanton.¹⁸⁰² Sie unterliegen dem Schutz des Refoulement-Verbotes von Art. 33 GFK, Art. 25 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 1 AsylG, weshalb das Asyl nur beendet werden kann, wenn ein völkerrechtlicher Beendigungsgrund gemäss Art. 1 C Ziff. 1-6 GFK vorliegt¹⁸⁰³ und die Person deshalb nicht mehr unter den Schutz der GFK fällt oder wenn ein Flüchtling die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt, gefährdet oder besonders verwerfliche strafbare Handlungen begeht¹⁸⁰⁴ sowie wenn die Person das Asyl oder die Flüchtlingseigenschaft durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat.¹⁸⁰⁵ Zudem erlischt das Asyl (nicht aber die Flüchtlingseigenschaft), wenn eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a^{bis} StGB rechtskräftig geworden ist. Nach der Beendigung des Asyls ist der weitere Aufenthalt nach dem AuG zu regeln, d.h. es erfolgt kein automatischer Verlust der Aufenthaltsbewilligung. Zudem darf das Refoulementverbot weiterhin nicht verletzt werden; unter Umständen ist deshalb eine vorläufige Aufnahme anzuordnen.

1799 Dazu oben, S. 482 ff.

1800 Zur Asylgewährung und zu den Asylausschlussgründen siehe oben, S. 312 ff.

1801 Oben, S. 220 ff.

1802 Art. 60 Abs. 1 AsylG.

1803 Diese sind die freiwillige Unterschutzstellung, der freiwillige Wiedererwerb der verlorenen Staatsangehörigkeit, der Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit, die freiwillige Rückkehr und Niederlassung im Herkunftsstaat oder der Wegfall der fluchtbegründenden Umstände, sofern nicht triftige, auf frühere Verfolgung zurückgehende Gründe bestehen, den Schutz des Herkunftsstaates weiterhin abzulehnen (Art. 1 C Ziff. 1-6 GFK).

1804 Art. 63 Abs. 2 AsylG.

1805 Art. 63 Abs. 1 lit. a AsylG.

Erwerbstätigkeit: Flüchtlinge mit Asyl haben Anspruch auf Bewilligung einer Erwerbstätigkeit.¹⁸⁰⁶ Voraussetzung ist lediglich die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen.¹⁸⁰⁷ Die Sonderabgabepflicht endet mit der Asylgewährung; Personen mit Asyl müssen also keine solche mehr leisten.¹⁸⁰⁸ Für Personen mit Asyl wurde ab Januar 2018 (im Zuge der Umsetzung der „Masseneinwanderungsinitiative“) die Bewilligungspflicht einer Erwerbstätigkeit durch eine blosser Meldepflicht der Arbeitgebenden ersetzt.¹⁸⁰⁹

Familiennachzug: Gestützt auf Art. 51 Abs. 1 werden die Angehörigen der Kernfamilie, sofern sie keine unabhängigen Fluchtgründe aufweisen, in die Flüchtlingseigenschaft der originär verfolgten Person mit einbezogen und erhalten ebenfalls Asyl. Befinden sich die Familienangehörigen noch im Ausland, so ist ihre Einreise in die Schweiz auf Gesuch hin zu bewilligen, sofern die Familie bereits vor der Flucht bestanden hat.¹⁸¹⁰ Flüchtlinge, die erst nach der Flucht geheiratet haben, müssen ihre Familienangehörigen gestützt auf die allgemeinen ausländerrechtlichen Bestimmungen zum Familiennachzug von Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung und Art. 8 EMRK nachziehen.¹⁸¹¹

Fürsorge: Fürsorgerechtlich sind Flüchtlinge gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. b GFK, welcher self-executing ist¹⁸¹², Schweizer Staatsangehörigen gleichgestellt. Folglich darf die Sozialhilfe für Flüchtlinge nicht, wie bei Asylsuchenden und vorläufig Aufgenommenen, gegenüber den Sozialhilfefansätzen für Schweizer Staatsangehörige herabgesetzt sein. Der Aufenthaltskanton gewährt für sie Sozialhilfe, wenn sie ihren Unterhalt nicht aus eigenen Mitteln bestreiten können,¹⁸¹³ gemäss den Richtlinien der SKOS¹⁸¹⁴. Der besonderen Lage von Flüchtlingen ist bei der Fürsorge

1806 Art. 61 AsylG.

1807 Art. 65 VZAE.

1808 Art. 10 Abs. 2 lit. d AsylV 2.

1809 Art. 61 Abs. 2 nAsylG in der Fassung der Änderung vom 16.12.2016, BBl 2016 8899.

1810 Art. 51 Abs. 4 AsylG.

1811 Vgl. Caroni u. a., S. 361. Zu den Voraussetzungen des Familiennachzugs siehe oben, S. 484.

1812 BGE 139 II 1 E. 4.1.

1813 Art. 80a AsylG.

1814 Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, SKOS Richtlinien.

Rechnung zu tragen, insbesondere soll ihre berufliche, soziale und kulturelle Integration gefördert werden.¹⁸¹⁵

Mobilität: Flüchtlinge mit Asyl haben Anspruch auf einen Kantonswechsel, sofern sie nicht arbeitslos sind und keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen.¹⁸¹⁶ Dies ergibt sich aus Art. 26 GFK, welcher self-executing ist¹⁸¹⁷ und den Flüchtlingen einen Anspruch auf Freizügigkeit unter den gleichen Voraussetzungen wie die bestgestellten Ausländer, (in der Schweiz also Niederlassungsberechtigte), verschafft. Flüchtlinge haben zudem Anspruch auf einen speziellen Reiseausweis für Flüchtlinge gemäss Art. 28 GFK. Dieser Reiseausweis ermöglicht Auslandsreisen, mit Ausnahme von Reisen ins Heimatland.¹⁸¹⁸

1.5. Vorläufige Aufnahme

Die vorläufige Aufnahme stellt genau genommen keine Aufenthaltsbewilligung dar, sondern ist eine Ersatzmassnahme für den unmöglichen, unzumutbaren oder unzulässigen Vollzug der Wegweisung. Im Menschenhandelskontext hat sie eine doppelte Bedeutung: Einerseits kann sie nach Abweisung eines Asylgesuchs angeordnet werden, wenn Wegweisungsvollzugshindernisse bestehen.¹⁸¹⁹ Andererseits ist sie auch eine der explizit in Art. 36 Abs. 6 VZAE vorgesehenen Möglichkeiten einer humanitären Aufenthaltsgenehmigung für Menschenhandelsopfer. Im ersteren Fall geht die Initiative vom Bund aus, im zweiten von den Kantonen. Verfügt werden kann die vorläufige Aufnahme aber nur durch das SEM; die Kantone können eine solche nur beantragen.¹⁸²⁰

Voraussetzungen: Eine vorläufige Aufnahme wird im Falle des Vorliegens von Wegweisungsvollzugshindernissen verfügt. Diese sind die Unmöglichkeit, Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit des Vollzugs einer Wegweisungsverfügung nach Art. 83 AuG. Die Weisungen des SEM im Ausländerbereich, die sich vordergründig lediglich auf die Beantragung der vorläufigen Aufnahme durch die Kantone beziehen, präzisieren in Bezug

1815 Art. 82 Abs. 5 AsylG.

1816 Art. 37 Abs. 2 AuG.

1817 BVGE 2012/12 E. 5.2.

1818 Art. 59 Abs. 2 lit. a AuG i.V.m. Art. 3 RDV.

1819 Art. 44 AsylG. Zu den Voraussetzungen dafür ausführlich oben, S. 323 ff.

1820 Art. 83 Abs. 6 AuG.

auf Menschenhandel, dass eine Wegweisung ins Herkunftsland beispielsweise dann unzumutbar sein kann, wenn eine Gefährdung durch die Täterschaft im Herkunftsland besteht.¹⁸²¹ Wie oben erarbeitet, sind die Konstellationen, die zum Vorliegen von Wegweisungsvollzugshindernissen bei Menschenhandelsopfern führen können, aber weit diverser als die auf Weisungsstufe lediglich genannte Gefährdung durch die Täterschaft im Herkunftsland und umfassen auch Stigmatisierung, gesundheitliche Gründe und medizinische Notlagen, eine Kombination von Gefährdungsfaktoren sowie Verletzungen des Kindeswohls.¹⁸²²

Dauer und Beendigung: Wie erwähnt handelt es sich nicht um eine Aufenthaltsbewilligung, sondern um eine Ersatzmassnahme. Der bei einer vorläufigen Aufnahme vom Kanton ausgestellte Ausweis F ist auf zwölf Monate befristet und kann danach um jeweils ein weiteres Jahr verlängert werden.¹⁸²³ Das SEM prüft nach der gesetzlichen Lage periodisch, ob die Voraussetzungen einer vorläufigen Aufnahme noch gegeben sind, d.h. ob weiterhin Wegweisungsvollzugshindernisse bestehen.¹⁸²⁴ Sind diese nicht mehr gegeben, hebt das SEM die vorläufige Aufnahme auf und ordnet den Vollzug der Wegweisung an.¹⁸²⁵ Die Kantone sind verpflichtet, das SEM jederzeit auf Umstände hinzuweisen, die geeignet sind, die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme herbeizuführen.¹⁸²⁶ Es besteht also relativ wenig Aufenthaltssicherheit, wenngleich in der Praxis ein Grossteil der vorläufig Aufgenommenen über lange Zeit in der Schweiz bleibt.¹⁸²⁷ Nach einem Aufenthalt von fünf Jahren mit einer vorläufigen Aufnahme kann der Kanton mit der Zustimmung des SEM eine Härtefallbewilligung ausstellen.¹⁸²⁸ Ein Gesuch um eine solche Härtefallbewilligung wird unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft geprüft und unterliegt somit weniger hohen Anforderungen als die oben dargestellte Härtefallbewilligung nach Art. 31 VZAE.¹⁸²⁹

1821 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.7.

1822 Siehe oben, S. 323 ff.

1823 Art. 85 Abs. 1 AuG.

1824 Art. 84 Abs. 1 AuG.

1825 Art. 84 Abs. 2 AuG.

1826 Art. 26 ABS. 1 VVWA.

1827 Siehe etwa Bundesrat, Bericht vorläufige Aufnahme, S. 26.

1828 Art. 84 Abs. 5 AuG.

1829 Zur Härtefallbewilligung siehe oben, S. 482 ff.

Die Rechtsstellung von vorläufig Aufgenommenen unterscheidet sich in Abhängigkeit davon, ob es sich um vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer handelt oder um vorläufig aufgenommene Flüchtlinge. Letztere sind Personen, die die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1A Abs. 2 GFK und Art. 3 AsylG erfüllen, aber aufgrund eines Asylausschlussgrundes gemäss Art. 53-55 AsylG kein Asyl erhalten. Sie werden wegen der Geltung des flüchtlingsrechtlichen Refoulementverbots¹⁸³⁰, das den Wegweisungsvollzug unzulässig macht, als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen und geniessen jedenfalls nach dem Wortlaut die völkerrechtlich garantierten Statusrechte der Flüchtlingskonvention.¹⁸³¹

Erwerbstätigkeit: Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer haben Zugang zum Arbeitsmarkt. Die kantonalen Behörden können ihnen unabhängig von der Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erteilen.¹⁸³² Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge haben, anders als vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer, einen Anspruch auf Bewilligung.¹⁸³³ Im Rahmen der Revision des Ausländergesetzes und der Umsetzung von Art. 121 a BV („Masseneinwanderungsinitiative“, Stichwort „Ausschöpfung des inländischen Arbeitskräftepotenzials“) wurde die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch vorläufig Aufgenommene erleichtert. Die Bewilligungspflicht der Erwerbstätigkeit von vorläufig Aufgenommenen wurde durch eine blosser Meldepflicht der Arbeitgebenden ersetzt.¹⁸³⁴ Voraussetzung ist weiterhin die Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit muss vom Arbeitgeber jedoch nur noch an die kantonalen Behörden gemeldet werden. Auch die Sonderabgabe auf Arbeitseinkommen wurde – wie bei Asylsuchenden – abgeschafft.¹⁸³⁵

Familiennachzug: Ein Gesuch um Familiennachzug kann frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme gestellt werden. Vorausgesetzt ist, dass die Familienangehörigen (Ehegatten und minder-

1830 Art. 33 GFK, Art. 25 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 1 AsylG.

1831 Art. 18 VVWA. Siehe dazu sowie zur Kritik an der Ungleichbehandlung verschiedener „Kategorien“ von Flüchtlingen auch oben, S. 314.

1832 Art. 85 Abs. 6 AuG.

1833 Art. 61 AsylG.

1834 Art. 85 a Abs. 2 nAIG in der Fassung der Änderung vom 16.12.2016, BBl 2016 8899.

1835 Art. 88 nAIG (vgl. vorherige Fussnote).

jährige Kinder) mit der hier anwesenden Person zusammenwohnen, dass eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und dass die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist.¹⁸³⁶ Die gleiche Regelung gilt für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, wobei der besonderen Situation vorläufig aufgenommener Flüchtlinge Rechnung zu tragen ist;¹⁸³⁷ zudem werden die Ehegatten und minderjährigen Kinder in die Flüchtlingseigenschaft einbezogen.¹⁸³⁸

Fürsorge: Nach Art. 86 Abs. 1 AuG regeln die Kantone die Festsetzung und die Ausrichtung der Sozialhilfe und der Nothilfe für vorläufig aufgenommene Personen. Die Unterstützung ist nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen auszurichten und der Ansatz für die Unterstützung liegt unter dem Ansatz für die einheimische Bevölkerung. Damit sind vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer fürsorgerechtlich im Wesentlichen den Asylsuchenden gleichgestellt.¹⁸³⁹ Hingegen sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge gemäss Art. 86 Abs. 1 AuG bezüglich Sozialhilfestandards den Flüchtlingen mit Asyl gleichgestellt.¹⁸⁴⁰ Sie erhalten somit, sofern sie bedürftig sind, vom Aufenthaltskanton Sozialhilfe. Dabei gilt der Grundsatz der Inländergleichbehandlung gemäss Art. 23 GFK.

Mobilität: Für einen Kantonswechsel ist ein Gesuch beim SEM notwendig. Es besteht kein Anspruch auf Gutheissung und ein ablehnender Entscheid kann nur bei Verletzung des Rechts auf Familieneinheit angefochten werden.¹⁸⁴¹ Beziehen die Personen Sozialhilfe, können ihnen die kantonalen Behörden zudem einen Wohnort oder eine Unterkunft zuweisen.¹⁸⁴² Anders verhält es sich bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen: Diese haben gestützt auf Art. 26 GFK ein Recht auf innerstaatliche Freizügigkeit und haben somit einen völkerrechtlichen Anspruch auf Kantonswechsel. Auch die internationale Mobilität von vorläufig aufgenommenen Ausländern ist eingeschränkt, denn der Ausweis F berechtigt nicht zum Grenzübertritt. Ein Reisepapier inklusive Rückreisevisum wird nur

1836 Art. 85 Abs. 7 AuG.

1837 Art. 74 Abs. 5 VZAE.

1838 Art. 37 AsylV1. Diese Regelung wird als nicht EMRK-konform bezeichnet, da damit eine Ungleichbehandlung gegenüber Flüchtlingen mit Asyl besteht, welche selber keine Wartefrist für den Familiennachzug haben: Caroni u. a., S. 289 f.

1839 Dazu oben, S. 486.

1840 Dazu oben, S. 489.

1841 Art. 85 Abs. 4 AuG.

1842 Art. 85 Abs. 5 AuG.

aus humanitären oder familiären Gründen ausgestellt.¹⁸⁴³ Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge hingegen erhalten wie Flüchtlinge mit Asyl einen internationalen Flüchtlingspass, der ihnen Auslandsreisen (mit Ausnahme von Reisen ins Heimatland) erlaubt.¹⁸⁴⁴ Bezüglich nationaler und internationaler Mobilität sind also vorläufig aufgenommene Ausländer weitgehend den Asylsuchenden gleichgestellt, während vorläufig aufgenommene Flüchtlinge die gleichen Mobilitätsrechte wie Flüchtlinge mit Asyl genießen.

Das Rechtsinstitut der vorläufigen Aufnahme wird häufig kritisiert, da damit Personen über Jahre hinweg in einem prekären Status gehalten werden, was sich u.a. in einer sehr hohen Sozialhilfequote (rund 80% aller vorläufig Aufgenommenen beziehen Sozialhilfe) und einer sehr niedrigen Erwerbsquote (rund 20%) niederschlägt.¹⁸⁴⁵ Auch der Bundesrat kam in seinem Bericht vom Oktober 2016 zum Schluss, bei der vorläufigen Aufnahme handle es sich um einen „oft als unbefriedigend empfundenen Kompromiss“ und schlug verschiedene Verbesserungsmöglichkeiten vor. Er sprach sich dabei insbesondere für den Ersatz der vorläufigen Aufnahme durch einen neuen Schutzstatus aus, welcher eine bessere Rechtsstellung verleiht.¹⁸⁴⁶

2. Bewertung

2.1. Vergleich der Aufenthaltsoptionen

Die nachfolgende Tabelle stellt die verschiedenen Optionen für Menschenhandelsopfer vergleichend dar, bevor sie nachfolgend gegeneinander abgewogen werden.

1843 Art. 9 Abs. 1 und 4 RDV; nach drei Jahren Aufenthalt mit einer vorläufigen Aufnahme kann ein Rückreisevisum auch „aus anderen Gründen“ ausgestellt werden: Art. 9 ABs. 4 lit. b RDV.

1844 Art. 59 Abs. 2 lit. a AuG i.V.m. Art. 3 RDV.

1845 Siehe Bundesrat, Bericht vorläufige Aufnahme, S. 28.

1846 Bundesrat, Bericht vorläufige Aufnahme, S. 57.

	Voraussetzungen	Tatort des Menschenhandels	Ort der Gefährdung	Dauer	Beendigung
Kurzaufenthaltsbewilligung (L)	Anwesenheit des Opfers notwendig für das Strafverfahren	Schweiz (faktisch)	(unerheblich)	6 Monate, verlängerbare bis 2 Jahre	Mangelnde Kooperation des Opfers, freiwillige Wiederaufnahme des Kontakts zu den Tätern, Person ist gemäss neuen Erkenntnissen kein Opfer, Opfer verstösst in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung.
Härtefallbewilligung (B)	Schwerwiegender persönlicher Härtefall unter Berücksichtigung der besonderen Situation von MHO	(unerheblich)	(unerheblich)	1 Jahr, verlängerbare	falsche Angaben im Bewilligungsverfahren, längerfristige Freiheitsstrafe oder strafrechtliche Massnahme, Landesverweisung, Verstoß gegen oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder der inneren/äusseren Sicherheit, Nichteinhalten einer Bedingung oder Sozialhilfebhängigkeit.
Status nach Asylgesuchstellung (N)	Stellung eines Asylgesuchs	(unerheblich)	(unerheblich)	6 Monate, verlängerbare	Rechtskräftiger Abschluss des Asylverfahrens.
Vorläufige Aufnahme (F)	Unzumutbarkeit, Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs	(unerheblich)	Heimatstaat	1 Jahr, verlängerbare	Wegfall des Wegweisungsvollzugshindernisses.
Asylgewährung (B)	Flüchtlingseigenschaft und Fehlen von Asylausschlussgründen	(unerheblich)	Heimatstaat	1 Jahr, verlängerbare	Flüchtlingsrechtliches Refoulement-Verbot. Widerruf nur bei Beendigungsgrund gemäss Art. 1 C Ziff. 1-6 GFK oder bei Gefährdung/Verletzung innerer/äusserer Sicherheit oder besonders verwerfliche strafbare Handlungen, Landesverweisung, Erschließen des Asyls oder der Flüchtlingseigenschaft.

	Erwerbstätigkeit	Familiennachzug	Mobilität	Fürsorge
Kurzaufenthaltsbewilligung (L)	Gesuch eines Arbeitgebers, Einhalten der Lohn- und Arbeitsbedingungen und bedarfsgerechte Wohnung.	Zusammenwohnen, bedarfsgerechte Wohnung und keine Sozialhilfe.	Kantonswechsel setzt Bewilligung des neuen Kantons voraus (ermessen). Erleichterte ausserkantonale Unterbringung bei Gefährdung.	Sozialhilfe
Härtefallbewilligung (B)	Gesuch eines Arbeitgebers, Einhalten der Lohn- und Arbeitsbedingungen und bedarfsgerechte Wohnung.	Zusammenwohnen, bedarfsgerechte Wohnung und keine Sozialhilfe.	Anspruch auf Kantonswechsel, wenn nicht arbeitslos und keine Widerrufgründe nach Artikel 62 AuG.	Sozialhilfe
Status nach Asylgesuchstellung (N)	Dreimonatiges Arbeitsverbot, danach Bewilligung sofern Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage günstig, Gesuch eines Arbeitgebers, Einhalten der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie Beachten des Vorrangs; Sonderabgabe.	(gesetzlich nicht vorgesehen)	Kantonswechsel nur bei Zustimmung beider Kantone, bei Anspruch auf Einheit der Familie oder bei schwerwiegender Gefährdung der asylsuchenden Person. Anfechtung nur bei Verletzung Familieneinheit. Keine internationale Mobilität.	Abgesenkte Sozialhilfe, z.T. Nothilfe
Vorläufige Aufnahme (F)	Meldepflicht	VA Ausländer: 3 Jahre nach Anordnung. Zusammenwohnen, bedarfsgerechte Wohnung, keine Sozialhilfe. VA Flüchtlinge: Einbezug in Flüchtlingseigenschaft	VA Ausländer: Wie Asylsuchende VA Flüchtlinge: Wie Flüchtlinge mit Asyl.	VA Ausländer: Abgesenkte Sozialhilfe. VA Flüchtlinge: wie Asyl
Asylgewährung (B)	Meldepflicht	Einbezug der Kernfamilie in Flüchtlingseigenschaft. Wenn Familie durch Flucht getrennt: erleichterter Familiennachzug. Ansonsten: Zusammenwohnen, bedarfsgerechte Wohnung und keine Sozialhilfe.	Interkantonale Freizügigkeit gewährleistet; international: Flüchtlingstreuepass.	Sozialhilfe

Aus der Tabelle wird ersichtlich, dass erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Aufenthaltsoptionen bestehen, sowohl was die Rechtsstellung betrifft, als auch bezüglich des Anwendungsbereichs und damit des Potenzials der einzelnen Optionen, Opfer in unterschiedlichen Gefährdungslagen zu schützen.

Die *Kurzaufenthaltsbewilligung* nach Art. 36 VZAE ist in erster Linie kein Instrument des Opferschutzes, sondern dient der Beweissicherung im Strafverfahren. Entsprechend wird sie nur für Opfer ausgestellt, deren Anwesenheit als für das Strafverfahren wichtig erachtet wird. Personen, die nicht in der Schweiz ausgebeutet wurden, fallen faktisch nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Die Kurzaufenthaltsbewilligung ist zudem nur auf einen vorübergehenden Aufenthalt ausgelegt. Die Rechtsstellung ist theoretisch vergleichbar mit derjenigen einer Härtefallbewilligung, allerdings erschwert es die kurze Dauer der Bewilligung den Opfern in der Praxis, die ihnen grundsätzlich zustehenden Rechte (z.B. Familiennachzug oder Erwerbstätigkeit) wahrzunehmen.

Die Rechtsstellung mit einer *Härtefallbewilligung* „B“ geht mit einer starken Aufenthaltssicherheit einher und ist auch sonst einigermaßen komfortabel. Sofern keine Widerrufsgründe gesetzt werden, kann die Bewilligung unbegrenzt verlängert werden und nach 10 Jahren Aufenthalt – bei guter Integration nach fünf Jahren – kann eine Niederlassungsbewilligung „C“ erteilt werden.¹⁸⁴⁷ Voraussetzung für die Erteilung einer Härtefallbewilligung ist lediglich, dass eine persönliche Härte einer Rückkehr entgegensteht. Weder ist eine Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden noch eine Gefährdung im Heimatland verlangt. Durch diese Voraussetzungs-Offenheit kann die Härtefallbewilligung potentiell sehr viele unterschiedliche Konstellationen erfassen, in denen ein Menschenhandelsopfer nicht in sein Heimatland zurückkehren kann oder will. Allerdings handelt es sich um eine Ermessensbewilligung, die in den meisten Kantonen äusserst zurückhaltend erteilt wird und faktisch an sehr hohe Voraussetzungen geknüpft wird. Jährlich vergeben die Kantone denn auch nur eine Hand voll Härtefallbewilligungen an Menschenhandelsopfer.¹⁸⁴⁸ In der Praxis scheint zudem häufig eine Empfehlung der Strafverfolgungsbehörden vorausgesetzt zu werden, womit faktisch eben doch ein Zusammenhang mit dem Strafverfahren hergestellt wird und Opfer, bei denen kein

1847 Art. 34 Abs. 2 und 4 AuG.

1848 Siehe oben, Fn. 1775.

Strafverfahren eröffnet wurde oder die nicht in der Schweiz ausgebeutet wurden, schlechte bis gar keine Chancen auf die Erteilung einer Härtefallbewilligung haben. Da die Härtefallbewilligung zudem sehr stark einzel-fallabhängig ist, können kaum allgemeine Aussagen über die Voraussetzungen ihrer Erteilung in Menschenhandelsfällen gemacht werden. Aus diesen Gründen ist die grundsätzliche Feststellung, dass die Härtefallbewilligung ein sehr offenes Instrument ist, zu relativieren.

Die *Asylgewährung* ist ebenfalls grundsätzlich unabhängig von einer Kooperation des Opfers mit den Strafverfolgungsbehörden.¹⁸⁴⁹ Wie in Teil II gezeigt, kann in einer Vielzahl von Konstellationen bei Menschenhandel die Flüchtlingseigenschaft erfüllt sein, beispielsweise bei begründeter Furcht vor re-trafficking, Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen sowie sozialer Ausgrenzung.¹⁸⁵⁰ Zudem können auch Personen als Flüchtlinge geschützt werden, die noch gar keinen Menschenhandel erfahren haben, sondern erst befürchten, in Zukunft Opfer zu werden.¹⁸⁵¹ Deshalb ist der asylrechtliche Schutz aus einer Opferperspektive aufgrund seiner Offenheit für unterschiedliche Konstellationen grundsätzlich positiv zu würdigen.¹⁸⁵² Kommt hinzu, dass die Rechtsstellung mit Asyl sehr privilegiert ist und selbst gegenüber einer Härtefallbewilligung vorteilhafter ist, z.B. im Bereich des Familiennachzugs, der Aufenthaltssicherheit sowie der Mobilität.¹⁸⁵³ Allerdings wird in der aktuellen Praxis des SEM eine sehr restriktive Auslegung der Flüchtlingseigenschaft bei Menschenhandelsopfern verfolgt und Asyl für Menschenhandelsopfer wird derzeit nur in ganz wenigen Fällen gewährt.¹⁸⁵⁴ Die Misstrauenskultur¹⁸⁵⁵, die im Asylbereich in der Schweiz teilweise zu beobachten ist, stellt sich dabei als hinderlich für den Opferschutz heraus. Auch hier ist also – wie bei der Härtefallbewilligung – der grundsätzliche Befund, dass die Asylgewährung ein sehr offenes Instrument ist und das Potenzial hat, viele Opfer zu schützen, dahingehend zu relativieren, dass die Chancen eines Menschenhandelsopfers, Asyl zu erhalten, aktuell ziemlich gering sind, wenn neben dem Men-

1849 Vgl. Gauci, S. 187.

1850 Oben, S. 220 ff.

1851 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 13; Gauci, S. 183; Baglay, S. 404.

1852 Vgl. auch Baglay, S. 422 f.

1853 Aus dem internationalen Kontext: Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 37; vgl. auch Gauci, S. 194; Baglay, S. 404.

1854 Siehe die Statistiken oben, S. 60 ff.

1855 Gauci, S. 195: "culture of disbelief".

schendenhandel keine weiteren Asylgründe vorliegen, was den Asylbereich als Aufenthaltsoption insgesamt wenig attraktiv macht.¹⁸⁵⁶

Die *vorläufige Aufnahme* deckt, wie in Teil II erarbeitet,¹⁸⁵⁷ eine Vielzahl von Konstellationen ab, so u.a. re-trafficking, Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen, Stigmatisierung, gesundheitliche Gründe und medizinische Notlagen, eine Kombination von Gefährdungsfaktoren sowie Gefährdungen des Kindeswohls; zudem alle Fälle, in denen zwar die Flüchtlingseigenschaft vorliegt, aber aufgrund eines Ausschlussgrundes kein Asyl gewährt wird. Sie ist in diesem Sinne – wie die Asylgewährung – unabhängig vom Tatort und kann zudem sowohl bei Personen angeordnet werden, die bereits Opfer von Menschenhandel geworden sind, wie auch an Personen, die befürchten dies noch zu werden. Im Gegensatz zur Flüchtlingseigenschaft muss der Grund für die Unzumutbarkeit oder Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht an ein Konventionsmerkmal anknüpfen. Im Asylverfahren ist die vorläufige Aufnahme als Ausländer denn auch der häufigste Verfahrensausgang bei potentiellen Opfern von Menschenhandel.¹⁸⁵⁸ Allerdings ist die Rechtsstellung mit einer vorläufigen Aufnahme als Ausländer prekär und ist aktuell nur unwesentlich besser als diejenige während des Asylverfahrens, etwa was die Fürsorge, den Familiennachzug, die Erwerbstätigkeit und die nationale und internationale Mobilität betrifft. Eine gewisse Besserstellung erfahren vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, jedoch sind auch sie beispielsweise beim Familiennachzug gegenüber Flüchtlingen mit Asyl benachteiligt. Die vorläufige Aufnahme kann nach fünf Jahren in eine Härtefallbewilligung umgewandelt werden, aber bis dahin bestehen wenig Aufenthaltssicherheit und eine wesentliche Schlechterstellung im Vergleich zu Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung.

Zudem ist der Weg über das *Asylverfahren* mit einer Reihe von handfesten Nachteilen verbunden. Das Verfahren kann sich über mehrere Monate oder sogar Jahre hinweg ziehen.¹⁸⁵⁹ Eine lange andauernde Unsicherheit über den Ausgang des Asylverfahrens ist der Stabilisierung und Rehabilitation der Opfer nicht zuträglich.¹⁸⁶⁰ Während der Dauer des Asylver-

1856 Siehe international auch Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 37; Baglay, S. 404.

1857 Oben, S. 323 ff.

1858 Siehe oben, S. 60 ff.

1859 Siehe die Nachweise oben, Fn. 1743.

1860 Vgl. auch Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 37.

fahrens hat die Person eine prekäre Rechtsstellung, in welcher kein Familiennachzug möglich ist, herabgesetzte Fürsorgeleistungen, erschwerter Zugang zu Erwerbstätigkeit sowie nur sehr eingeschränkte Mobilität bestehen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die ausländerrechtlichen Aufenthaltsoptionen faktisch nur einen beschränkten Kreis von Menschenhandelsopfern schützen, nämlich diejenigen, die entweder als Opferzeugen im Strafverfahren kooperieren, oder die sonst in einer Weise zumindest im Kontakt mit der Polizei oder den Strafverfolgungsbehörden waren. Für Opfer, bei denen gegen die Täter kein Strafverfahren eingeleitet wurde, etwa, weil keine Täter identifizierbar waren, nicht genügend Beweismittel vorhanden waren oder weil die Tat nicht in der Schweiz begangen wurde, sowie für Personen, die nicht eindeutig als Opfer identifizierbar sind oder deren Aussagen als nicht relevant für das Strafverfahren erachtet werden, sind die ausländerrechtlichen Aufenthaltsoptionen von vornherein nicht geeignet.¹⁸⁶¹

Demgegenüber ist die aufenthaltsrechtliche Schutzgewährung im Asylverfahren, d.h. die vorläufige Aufnahme oder die Asylgewährung, unabhängig von der Durchführung eines Strafverfahrens und kann potentiell alle Situationen umfassen, in denen ein Opfer substantielle Benachteiligungen im Heimatland befürchtet. Selbst Opfer, die von der ausländerrechtlichen Regelung profitieren könnten, können aufgrund der vorteilhafteren Rechtsstellung bei einer Asylgewährung ein Rechtsschutzinteresse an einer Prüfung ihres Asylgesuchs haben, zumal viele der Gründe, die zu einer Härtefallbewilligung führen können, auch asylrelevant sein dürften. Diesbezüglich wird in Art. 14 Abs. 5 EKM ausdrücklich anerkannt, dass eine Asylgewährung trotz Vorhandensein eines menschenhandelsspezifischen Aufenthaltsrechts nicht ausgeschlossen sein sollte. Der Weg über den Asylbereich ist allerdings mit einer prekären Rechtsstellung während des Verfahrens sowie einem ungewissen Ausgang verbunden. Wer Asyl erhält, wird mit einer vorteilhaften Rechtsstellung und einer langfristigen Aufenthaltsperspektive „belohnt“. Aktuell ist aber die Wahrscheinlichkeit für ein Menschenhandelsopfer viel höher, im Asylverfahren entweder gar keinen Schutz oder (lediglich) eine vorläufige Aufnahme zu erhalten.¹⁸⁶²

1861 Frei, Menschenhandelsopfer im Asylverfahren, S. 26.

1862 Vgl. die Statistiken oben, S. 60 ff.: Von den im nationalen Verfahren behandelten Gesuchen wurde in 30% eine Vollwegweisung und in 43% eine vorläufige Aufnahme verfügt; lediglich 27% erhielten Asyl.

2.2. Wechsel des Verfahrens?

Es stellt schliesslich noch die Frage nach der Durchlässigkeit der verglichenen Aufenthaltsoptionen. Kann ein Opfer oder ein potentielles Opfer mehrere Verfahren gleichzeitig einleiten? Kann die Person, wenn sie sich in einem migrationsrechtlichen Verfahren um Regularisierung des Aufenthalts befindet, in ein anderes Verfahren zur Erlangung einer (weiteren) Aufenthaltsoption wechseln? Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem „System“ des Ausländerrechts, das in erster Linie von den kantonalen Behörden vollzogen wird,¹⁸⁶³ und dem Asylverfahren (inkl. vorläufige Aufnahme), das vom SEM durchgeführt wird.

Rechtlich ist es nicht möglich, parallel ein ausländer- und ein asylrechtliches Verfahren zu führen. Gemäss Art. 14 Abs. 5 AsylG werden hängige Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit dem Einreichen eines Asylgesuchs gegenstandslos. Lediglich bereits erteilte Aufenthaltsbewilligungen bleiben gültig und können gemäss den ausländerrechtlichen Bestimmungen verlängert werden. Ein Opfer, das bereits über eine menschenhandelsspezifische Kurzaufenthalts- oder einer Härtefallbewilligung verfügt, könnte also ohne Verlust dieses Aufenthaltsrechts ein Asylgesuch stellen. M.E. besteht aufgrund der oben erläuterten Vorteile des Asylstatus sowie der grundsätzlich existierenden Asylrelevanz von Menschenhandel auch ein klares Rechtsschutzinteresse an der Prüfung des Asylgesuchs. Hat die Person aber noch keine Bewilligung, kann sie nicht parallel ein ausländer- und ein asylrechtliches Verfahren führen.

Es verbleibt die Frage nach dem Wechsel der Verfahren. Auch hier muss unterschieden werden zwischen ausländer- und asylrechtlichen Bewilligungen. Aus einem ausländerrechtlichen Verfahren heraus ins Asylverfahren zu wechseln, stösst für Drittstaatsangehörige rechtlich auf keinerlei Hindernisse. Jede ausländische Person kann im Grundsatz jederzeit ein Asylgesuch einreichen. Praktisch kann eine Asylgesuchstellung nach mehrmonatigem oder gar mehrjährigem vorherigen Aufenthalt in der Schweiz aber zu Schwierigkeiten insbesondere bei der Glaubhaftigkeitsbeurteilung führen. Es kann der Person unterstellt werden, sie hätte sich bereits früher an die Behörden wenden müssen und sie bezwecke mit der

1863 Allerdings besteht für einen Grossteil der kantonal erteilten Bewilligung ein Zustimmungsvorbehalt des SEM, siehe die Verordnung des EJPD vom 13.8.2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide, SR 142.201.1.

Asylgesuchstellung lediglich, sich einer drohenden Ausschaffung zu entziehen. Allerdings ist eine verspätete Asylgesuchstellung bei Menschenhandelsoffern sehr typisch und sollte deshalb nicht per se als Unglaubhaftigkeitsindiz gewertet werden.¹⁸⁶⁴ Eine Asylgesuchstellung in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer Verhaftung, einem Strafverfahren, dem Vollzug einer Strafe oder dem Erlass einer Wegweisungsverfügung kann zudem als missbräuchlich angesehen werden und zur Anordnung (oder Verlängerung) von Vorbereitungshaft führen (Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG), wenn das Opfer nicht rechtzeitig als solches erkannt wird.¹⁸⁶⁵

Umgekehrt können Personen, die sich im Asylverfahren befinden, grundsätzlich nicht in ein ausländerrechtliches Verfahren wechseln. Der Grund dafür liegt im Prinzip der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens, das in Art. 14 AsylG verankert ist: Ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer vorläufigen Aufnahme kann eine asylsuchende Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten.¹⁸⁶⁶ Nicht anwendbar ist diese Regelung einzig, wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht (beispielsweise aufgrund des Rechts auf Familieneinheit).¹⁸⁶⁷ Entsprechend diesem Prinzip wird in der Praxis bei Personen, die sich im Asylverfahren befinden und gegen deren Täter in der Schweiz ein Strafverfahren eingeleitet wurde, keine Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 36 VZAE für die Dauer des Strafverfahrens ausgestellt.¹⁸⁶⁸ Während dies bei Personen im nationalen Asylverfahren nur in seltenen Fällen zu Problemen führt, da grundsätzlich die Anwesenheit gesichert ist, zeigt sich das Problem bei Personen im Dublin-Verfahren. Befindet sich eine Person im Dublin-Verfahren, die in der Schweiz ausgebeutet wurde, wird dieser Person gemäss den Weisungen des SEM grundsätzlich keine Kurzaufenthaltsbewilligung ausgestellt. Ist die Anwe-

1864 Siehe dazu ausführlicher oben, S. 305 ff.

1865 Siehe dazu noch näher unten, S. 533 f.

1866 Art. 14 Abs. 1 AsylG.

1867 Art. 14 Abs. 2 AsylG.

1868 Siehe SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.4; SEM, Leitfaden potentielle Menschenhandelsoffer, Ziff. 7. Das gleiche gilt für die Gewährung einer Erholungs- und Bedenkzeit, siehe dazu oben, S. 387 ff.

senheit der Person für das Strafverfahren erforderlich, kann ihr für Verfahrenstermine ein Rückreisevisum für die Schweiz ausgestellt werden.¹⁸⁶⁹

Diese Praxis steht in Widerspruch zu den ursprünglichen Zielen der Gewährung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 36 VZAE. Die Kurzaufenthaltsbewilligung dient – neben der Beweissicherung – nämlich gerade dazu, die Kooperationsbereitschaft der Opfer zu fördern. Je grösser das Vertrauen der Opfer darin ist, dass ihre Sicherheit und ihre Interessen geschützt sind, desto eher sind sie bereit, Aussagen zu machen und von desto besserer Qualität und Verwertbarkeit sind auch ihre Aussagen.¹⁸⁷⁰ Es ist fraglich, ob ein Opfer bereit ist, für eine Aussage in einem Strafprozess in die Schweiz zu reisen,¹⁸⁷¹ zumal sich diese Person im zuständigen Dublin-Staat ja weiterhin in einem Asylverfahren befindet und je nach nationaler Regelung eine Ausreise oder längere Abwesenheit als Untertauchen resp. als Rückzug des Asylgesuchs gewertet wird.¹⁸⁷² Zudem hat die Schweiz keinen Einfluss darauf, dass das Asylgesuch der Person in dem zuständigen Dublin-Staat möglicherweise abgelehnt wird und sie ausreisen muss. Inwiefern die Strafermittlungen wirksam sind im Sinne der Vorgaben des EGMR zur Ermittlungspflicht bei Verletzungen von Art. 4 EMRK, wenn das Opfer sich nicht im Lande befindet, ist deshalb fraglich.¹⁸⁷³ Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich pauschal darauf verwiesen, es sei Sache der Strafbehörden, dafür zu sorgen, dass allfällige Untersuchungshandlungen mit zwingender Beteiligung der Beschwerdeführerin noch vor einer Überstellung durchgeführt werden; die Beschwerdeführerin könne zudem zur Wahrung ihrer Rechte eine Rechtsvertretung mandatieren.¹⁸⁷⁴ Diese Vorstellung des Gerichts erscheint eher unrealistisch: Praktikerinnen sagen, dass die Aufrechterhaltung des Kontakts, sobald ein Opfer ausge-

1869 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.4.; SEM, Leitfaden potentielle Menschenhandelsopfer, Ziff. 5.1. Siehe auch BVGer, D-479/2016 vom 3.2.2016 und D-2690/2017 vom 18.7.2017 E. 5.3.2 f. für Fälle, in denen diese Regelung angewendet wurde.

1870 Europarat, Explanatory Report, Ziff. 181.

1871 In FiZ, Ausgebeutet. Traumatisiert. Ausgeschafft, S. 4, wird darauf hingewiesen, dass Menschenhandelsopfer erfahrungsgemäss nicht wieder einreisen, um mit den Behörden desjenigen Staates zu kooperieren, der sie ausgeschafft hat.

1872 Es besteht allerdings nach Art. 18 Abs. 3 Dublin-III-Verordnung die Pflicht zur Wiederanhandnahme des Asylverfahrens, wenn die Person zwischenzeitlich ausgereist ist.

1873 Vgl. Stoyanova, Vulnerable Persons, S. 105.

1874 BVGer, E-2610/2016 vom 9.5.2016, E. 5.2.

reist ist, beinahe unmöglich ist. Gemäss Aussagen von Personen aus der Praxis wurde ein solches Rückreisevisum denn auch noch nie ausgestellt.¹⁸⁷⁵ Vielmehr werde in Fällen, in denen die Anwesenheit des Opfers wirklich notwendig sei, ein Selbsteintritt vorgenommen.¹⁸⁷⁶ In den Fällen, in denen die Betroffenen tatsächlich in den zuständigen Dublin-Staat weg- gewiesen wurden und auf die Möglichkeit zur Ausstellung eines Rückrei- sevisums verwiesen wurden, sind die meisten Betroffenen untergetaucht, bevor sie überstellt werden konnten; dies, gemäss Aussagen aus der Pra- xis, weil sie eine grosse Furcht davor hatten, in diesen Staat zurückzukeh- ren. Diese Diskrepanz zwischen der individuellen Wahrnehmung der be- troffenen Person und der staatlichen Einschätzung über die Sicherheit im zuständigen Staat ist bedenklich.

Sowohl Nichtregierungsorganisationen¹⁸⁷⁷ wie auch GRETA¹⁸⁷⁸ kriti- sieren daher diese Regelung. GRETA hat darauf hingewiesen, dass dieses Vorgehen den Verpflichtungen der Schweiz unter Art. 10 (Identifizierung), Art. 12 (Unterstützung) sowie Art. 13 EKM (Erholungs- und Bedenkzeit) widerspricht, und dass diese Garantien im Kontext des Dublin-Verfahrens essentiell sind, um jedes Risiko von Vergeltungsmassnahmen oder von re- trafficking oder anderer schwerwiegender Beeinträchtigungen zu vermei- den.¹⁸⁷⁹

Meines Erachtens ist diese Praxis auch rechtlich falsch: Die Kurzauf- enthaltsbewilligung gemäss Art. 36 VZAE stellt lediglich die Umsetzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung dar, nämlich Art. 14 Abs. 1 lit. b EKM. Diese Bestimmung ist self-executing und vermittelt den Opfern einen direkten völkerrechtlichen Anspruch auf Erteilung einer Bewilli- gung, sofern der Aufenthalt des Opfers für seine Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden bei den Ermittlungen oder beim Strafverfahren er- forderlich ist.¹⁸⁸⁰ Da ein Anspruch auf Bewilligungserteilung besteht, darf der Vorrang des Asylverfahrens gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG keine An- wendung finden.¹⁸⁸¹

1875 Das SEM erhebt hierzu keine Zahlen.

1876 Zum Selbsteintrittsrecht unten, S. 566 ff.

1877 FiZ, Alternativer Bericht, S. 8.

1878 GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 123.

1879 GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 123.

1880 Vgl. oben, S. 209.

1881 Siehe schon die Argumentation zum Anspruch auf eine Erholungs- und Bedenk- zeit oben, S. 387 ff.

3. Zwischenfazit zum Vergleich der Aufenthaltsoptionen

Aktuell stehen in der Schweiz für Menschenhandelsopfer, die nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren wollen oder können, mehrere Optionen zur Statusregulierung offen. Die Optionen stehen im Grunde genommen sowohl potentiellen wie auch identifizierten Opfern offen. Idealerweise müssten diese Optionen komplementär zueinander sein, würden sich also gegenseitig ergänzen und insgesamt ein kohärentes System des aufenthaltsrechtlichen Schutzes von Menschenhandelsopfern bilden.¹⁸⁸²

Von einem solchen kohärenten System kann derzeit aber nicht gesprochen werden. Insbesondere zwischen den kantonalen und den nationalen Aufenthaltsoptionen besteht praktisch keine Durchlässigkeit. Wer ein Asylgesuch gestellt hat, ist gesetzlich von einer ausländerrechtlichen Bewilligung ausgeschlossen, und wer bereits den ausländerrechtlichen Weg beschritten hat, dem kann eine missbräuchliche Asylgesuchstellung vorgeworfen werden. Es ist auch nicht möglich, parallele Verfahren zu führen. Mit anderen Worten muss ein Menschenhandelsopfer sich sehr gut überlegen, auf welchem Weg es um eine Aufenthaltsbewilligung nachsucht, weil dieser Weg in der Regel nicht mehr verlassen werden kann. Ein solcher Entscheid kann nur mit qualifizierter rechtlicher Beratung¹⁸⁸³ gefällt werden.

Die ausländerrechtlichen Schutzoptionen sind hauptsächlich auf Personen ausgerichtet, die in der Schweiz ausgebeutet wurden und/oder bei der Strafverfolgung kooperieren. Für Opfer, die nicht in diese Kategorien fallen, bleibt eine Asylgesuchstellung die einzige Möglichkeit, Schutz zu erhalten. Der Asylbereich ist theoretisch auch sehr gut geeignet, um Opfer zu schützen, denn er ist nicht an staatliche Strafverfolgungsinteressen geknüpft, sondern setzt bei der individuellen Gefährdung einer Person an. Die Gewährung von Asyl oder einer vorläufigen Aufnahme entspricht wegen ihrer Unabhängigkeit von einem allfälligen Strafverfahren deshalb am ehesten einem menschenrechtlichen Ansatz.¹⁸⁸⁴ Zudem vermittelt die Asylgewährung einen besser abgesicherten Status, welcher den Bedürfnissen von Menschenhandelsopfern nach Aufenthaltssicherheit, Rehabilitation und wirtschaftlicher sowie sozialer Reintegration am besten entspricht. Selbst Opfer, die sich für eine ausländerrechtliche Schutzoption qualifizie-

1882 Gauci, S. 195; ähnlich auch Baglay, S. 423.

1883 Zur Rechtsberatung oben, S. 428 ff.

1884 Köhler, S. 241.

ren würden, können aufgrund dieser vorteilhaften Rechtsstellung ein Rechtsschutzinteresse an einer Asylgewährung haben. Die Voraussetzungen für eine Härtefallbewilligung oder eine vorläufige Aufnahme überschneiden sich teilweise mit denen für die Flüchtlingseigenschaft; jede schwere Gefährdung im Heimatland ist deshalb potentiell asylrelevant.

Allerdings kommt der Asylbereich dieser theoretisch bestehenden breiten Schutzfunktion aktuell nicht nach: Die prekäre Rechtsstellung während des Verfahrens ist für die Rehabilitation der Opfer äusserst nachteilig. Zudem ist der Ausgang des Verfahrens in der Regel unsicher: Die Chancen für Menschenhandelsopfer, Asyl zu erhalten, sind in Abwesenheit anderer Asylgründe aufgrund einer restriktiven Praxis und der vorherrschenden Misstrauenskultur sehr niedrig. Aktuell ist die Wahrscheinlichkeit für ein Menschenhandelsopfer im Asylverfahren viel höher, entweder gar keinen Schutz zu erhalten oder vorläufig aufgenommen zu werden. Eine vorläufige Aufnahme ist zwar „besser als nichts“, geht allerdings mit einer Rechtsstellung einher, die nur unwesentlich besser ist als diejenige im Asylverfahren und somit nach wie vor nachteilig für die Integrations- und Rehabilitationsperspektiven der Opfer.

4. Umsetzungsbedarf in der Praxis

Ein kohärentes System des aufenthaltsrechtlichen Schutzes, welches im Sinne der Aufenthaltsregularisierung nach den Vorgaben von Art. 14 EKM gewährleistet, dass keine Opfer „durch die Maschen“ fallen, dass also alle identifizierten Opfer, die schutzbedürftig sind, diesen Schutz auch erhalten, ist aufgrund der traditionellen Trennung zwischen Asyl- und Ausländerbereich in der Schweiz nicht leicht umzusetzen. Es gibt aber Ansätze, die innerhalb des Systems eine Verbesserung bewirken könnten:

Ein kohärenteres Vorgehen könnte momentan vor allem durch eine (*institutionalisierte*) *Kommunikation und Kooperation* zwischen den beteiligten Akteuren gesichert werden. Konkret müssten das SEM als Asylbehörde und die kantonalen Migrationsbehörden, zusammen mit der Rechtsvertretung der Opfer, als Folge ihrer Identifizierung diskutieren können, welche Aufenthaltsoption in einem konkreten Einzelfall angemessen ist.¹⁸⁸⁵ Eine solche Kooperation könnte im Rahmen des nationalen Weiterverwei-

1885 Vgl. Frei/Hruschka, S. 296.

sungsmechanismus¹⁸⁸⁶ institutionalisiert oder von der Geschäftsstelle der Identifizierungskommission – sofern eine solche existiert – koordiniert werden.

Wird basierend auf dieser institutionalisierten Kommunikation festgestellt, dass sich das Opfer in einem für seine Situation nicht passenden Verfahren befindet, sollte die Person das Verfahren wechseln können. Wie oben ausgeführt, liegt m.E. eine *Ausnahme vom Vorrang des Asylverfahrens* vor, da gemäss Art. 14 Abs. 1 EKM ein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung besteht.

Es sollte innerhalb dieser institutionalisierten Kooperation auch sicher gestellt werden, dass die *Opfer über die ihnen zustehenden aufenthaltsrechtlichen Möglichkeiten informiert und beraten* werden, insbesondere auch über die Möglichkeit, ein Asylgesuch zu stellen.¹⁸⁸⁷ Da die Information der Opfer über ihre Rechte auch eine Verpflichtung unter dem Menschenhandelsbekämpfungsrecht ist, sollten von behördlicher Seite Informationsblätter oder ähnliches über die aufenthaltsrechtlichen Möglichkeiten bereitgestellt werden.¹⁸⁸⁸ Zudem müssen die Rechtsberatungsstellen sowie die spezialisierten Opferberatungsstellen natürlich die nötigen Fachkenntnisse haben, um die Opfer zu beraten.

Dass Gefährdungen von Menschenhandelsopfern im Heimatland asylrelevant sein können, müsste auch in *die Weisungen des SEM zum Ausländerbereich* aufgenommen werden; ebenso wie die bereits oben angeregten Ergänzungen zu den Wegweisungsvollzugshindernissen bei Menschenhandelsopfern.¹⁸⁸⁹

Damit der Asylbereich seine Schutzfunktion für Menschenhandelsopfer voll wahrnehmen kann, müsste die aktuell sehr *restriktive Praxis gegenüber Menschenhandelsopfern überdacht* werden. Die Ausführungen in Teil II haben gezeigt, dass noch viel Raum für völkerrechtskonforme Auslegung besteht. Es sei diesbezüglich auf die Umsetzungsvorschläge bei den jeweiligen Kapiteln verwiesen.¹⁸⁹⁰

Die prekäre und nicht opfergerechte Rechtsstellung während des Asylverfahrens würde bedeutend verbessert durch eine echte *Gewährleistung*

1886 Zum nationalen Weiterverweisungsmechanismus oben, S. 439 ff.

1887 Gauci, S. 196; Edwards, *Traffic in Human Beings*, S. 37; Baglay, S. 423.

1888 Dazu generell oben, S. 204 und in Bezug auf das Asylverfahren oben, S. 427 ff.

1889 Siehe oben, S. 349 f.

1890 Oben, S. 298 f., S. 321 und S. 349.

der Opferrechte im Asylverfahren, wie sie in der vorliegenden Arbeit untersucht wird.

II. Auswirkungen der formellen Identifizierung auf das weitere Asylverfahren

Wird das Asylverfahren nach dem Identifizierungsentscheid weitergeführt, weil sich das Opfer während der Erholungs- und Bedenkzeit bereits so entschieden hat¹⁸⁹¹ oder weil im Rahmen der oben vorgeschlagenen Kommunikation zwischen SEM, kantonalen Ausländerbehörden und Rechtsvertretung die Weiterführung des Asylverfahrens als die sinnvollste Option erachtet wurde,¹⁸⁹² ergeben sich verschiedene Auswirkungen materieller und prozeduraler Art.

Zunächst führt die Tatsache, dass es sich bei einer asylsuchenden Person um ein Opfer von Menschenhandel handelt, zu einer gesteigerten Abklärungspflicht im Asylverfahren (1.). Weiter muss die Behandlung des Dossiers spätestens nach dem Vorliegen des Identifizierungsentscheids von auf Menschenhandel spezialisierten Mitarbeitenden übernommen werden, um den Besonderheiten von Menschenhandelsopfern Rechnung zu tragen (2.). Zudem fragt sich, in welchem Verhältnis der Identifizierungsentscheid, sei er positiv oder negativ, zum Asylentscheid, d.h. zum Entscheid über die aufenthaltsrechtliche Schutzgewährung, steht (3.).

Die nachfolgend diskutierten Auswirkungen auf das Asylverfahren basieren auf der Annahme, dass das Verfahren während der Identifizierung ausgesetzt wurde und dass ein Identifizierungsentscheid vorliegt. Sie sind aber *mutatis mutandis* auch auf den Fall anwendbar, dass das Asylverfahren nach dem Erkennen konkreter Anhaltspunkte nicht suspendiert, sondern weitergeführt wird, wie es derzeit in der Praxis der Fall ist.

1. Gesteigerte Abklärungspflicht

Bereits das Erkennen konkreter Anhaltspunkte auf Menschenhandel führt für die Asylbehörden in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu einer gesteigerten Abklärungspflicht: Gibt es bei Asylgesuchten Hinweise darauf, dass

1891 Siehe oben, S. 393 f.

1892 Siehe oben, S. 506 f.

die gesuchstellende Person ein Opfer von Menschenhandel sein könnte, trifft die Behörde die Pflicht, diesen Hinweisen nachzugehen, selbst wenn die Person nicht ausdrücklich vorbringt, Opfer zu sein oder (gerade) wenn ihre Vorbringen in einigen Punkten auf den ersten Blick unglaublich wirken.¹⁸⁹³ Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 EMRK in Menschenhandelsfällen, welcher die Staaten verpflichtet, bei Hinweisen auf Menschenhandel effektive Ermittlungen einzuleiten.¹⁸⁹⁴

Die Grosse Kammer des EGMR hat zudem in ihrer Rechtsprechung zu den Verfahrensgarantien im Asylbereich festgehalten, dass die Asylbehörden bei Hinweisen auf drohende Verletzungen von Fundamentalgarantien selbst dann zu vertieften Abklärungen verpflichtet sind, wenn die Person diese Gründe nicht selber angibt.¹⁸⁹⁵ Der EGMR bezog sich in dem Fall zwar nur auf Art. 2 und 3 EMRK, begründete diese umfassende Abklärungspflicht aber mit der absoluten Natur dieser beiden Garantien, was den Schluss zulässt, dass diese Rechtsprechung auch in Fällen gilt, in denen konkrete Anhaltspunkte für eine drohenden Verletzung von Art. 4 EMRK vorliegen, da auch Art. 4 EMRK absolute Geltung hat und vom EGMR wiederholt auf die gleiche Wertigkeitsstufe wie Art. 2 und 3 gestellt wurde.¹⁸⁹⁶ Das bedeutet, dass die Asylbehörden, sofern sie konkrete Anhaltspunkte auf Menschenhandel haben, nicht lediglich auf weitere Ausführungen des potentiellen Opfers warten oder sich mit der Feststellung der vermeintlich mangelnden Glaubwürdigkeit der Person begnügen dürfen, sondern selber tätig werden müssen.

Übertragen auf die Schweiz bedeutet dies, dass das Erkennen konkreter Anhaltspunkte zu einer erhöhten Abklärungspflicht im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG) führt. Diese erhöhte Abklärungspflicht wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzentscheid zu Menschenhandelsopfern im Asylverfahren bestätigt.¹⁸⁹⁷ Das Gericht stellte eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sowie „der beim Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten für Menschenhandel greifenden völkerrechtli-

1893 Frei, Schutz im Asylsystem, S. 15.

1894 Vgl. EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 286 ff.; siehe auch oben, S. 102 ff.

1895 EGMR [GC], *F.G. v. Sweden*, Ziff. 127; siehe auch EGMR, *M.A. v. Switzerland*, Ziff. 55.

1896 Siehe oben, S. 47 ff. sowie S. 102 ff.

1897 BVGE 2016/27 E. 4.4.2 und 5.2.4.

chen Verpflichtungen gemäss der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 EMRK“ fest, weil das SEM bei einem Wiedererwägungsgesuch, in welchem die Gesuchstellerin geltend gemacht hatte, Opfer von Menschenhandel zu sein, mit keinem Wort auf das Menschenhandelsvorbringen eingegangen war, sich mit keinem der angebotenen Beweise befasst und den Antrag, die Gesuchstellerin sei zu den geltend gemachten Wegweisunvollzugshindernissen zu befragen, ignoriert hatte. Das Gericht kam zum Schluss, dass das SEM den rechtserheblichen Sachverhalt mangelhaft festgestellt und die ihm obliegende Abklärungs-, Prüfungs- und Begründungspflichten und damit den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt hatte.¹⁸⁹⁸ In einem späteren Urteil hat das Gericht diese vertiefte Abklärungspflicht explizit auch für die Prüfung der Wegweisunvollzugshindernisse nach Art. 83 AuG bejaht.¹⁸⁹⁹

Im Januar 2017 hat das Gericht diese vertiefte Abklärungspflicht zudem auch in einem Urteil betreffend ein Nichteintretensentscheid aufgrund sicherem Drittstaat (Art. 31 a Abs. 1 lit. a AsylG) bestätigt und Hinweise dazu gegeben, wie diese Abklärungen aussehen könnten. Diese beziehen sich zwar nur auf den konkreten Fall, können aber dennoch indikativ für andere Fälle sein und machen darüberhinaus auch klar, dass diese vertiefte Abklärungspflicht bei Menschenhandel auch in Fällen gilt, in denen – wie im Dublin-Verfahren oder bei „sicheren Drittstaaten“ – eine Sicherheitsvermutung des anderen Staates besteht.¹⁹⁰⁰ Nach Ansicht des Gerichts drängte es sich in dem konkreten Fall auf, mit geeigneten Mitteln mehr über die Umstände im Zusammenhang mit der von der Beschwerdeführerin behaupteterweise erlittenen „Zwangsprostitution“ in Griechenland in Erfahrung zu bringen, u.a. um so die Glaubhaftigkeit ihrer Schilderungen besser beurteilen und die allenfalls notwendigen Schritte in die Wege leiten zu können. Dazu sei ein umfassendes Beweisverfahren mit einer erneuten Befragung der Beschwerdeführerin durch ein Frauenteam durchzuführen. Es seien weitere Personen wie die Dolmetscherin, die Freunde der Beschwerdeführerin in der Schweiz und die Psychiaterin zu befragen sowie weitere Abklärungen im In- wie auch im Ausland durchzuführen, dies in Zusammenarbeit mit den griechischen Behörden sowie unter Beizug der

1898 Ibid., E. 10.2. Siehe danach (und auf BVGE 2016/27 Bezug nehmend) auch D-2425/2017 vom 30.5.2017, S. 6 ff. sowie BVGer, D-5920/2016 vom 24.8.2017, E. 8.1 ff.

1899 BVGer, E-6729/2016 vom 10.4.2017, E. 7.4.1 ff.

1900 Zum Dublin- und Drittstaatenverfahren ausführlich unten, S. 550 ff.

Federführung Menschenhandel des SEM und unter Berücksichtigung der auf Beschwerdeebene eingereichten Beweismittel.¹⁹⁰¹ Diese Vorgaben des Gerichts sind bemerkenswert, gehen sie doch weit über die in der Asylpraxis normalerweise vorgenommenen Abklärungen hinaus.

Da nach der hier vertretenen Auffassung das Erkennen konkreter Anhaltspunkte zu einer Suspendierung des Verfahrens bis zum Vorliegen eines Identifizierungsentscheids führt, ist die gesteigerte Abklärungspflicht erst wieder nach der Wiederaufnahme des Asylverfahrens, resp. nach Einleitung eines neuen Verfahrens, relevant. Der Sachverhalt in Bezug auf Menschenhandel sollte in diesem Zeitpunkt aufgrund der Durchführung des Identifizierungsverfahrens geklärt sein. Dennoch besteht die gesteigerte Abklärungspflicht für sämtliche Sachverhaltsabklärungen im Hinblick auf den Asylentscheid weiter. Sollte das Verfahren nicht wie hier vertreten unterbrochen werden oder wird kein vom Asylbereich unabhängiges Identifizierungsverfahren etabliert, erhält die gesteigerte Abklärungspflicht ab dem Erkennen konkreter Anhaltspunkte besonderes Gewicht, denn dann muss die Asylbehörde auch den Menschenhandelssachverhalt – unter Beachtung der Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts – selber ermitteln.

Die Identifizierung muss zudem zur Berücksichtigung der Besonderheiten der Glaubhaftigkeitsbeurteilung nach Art. 7 AsylG¹⁹⁰² in Menschenhandelsfällen sowie bei der Erfüllung der Mitwirkungspflichten nach Art. 8 AsylG¹⁹⁰³ führen. In einem bereits etwas älteren Urteil betreffend eine minderjährige Kamerunerin, deren Ausführungen vom (damaligen) BFM für allgemein unglaublich befunden wurden, u.a. weil sie mehrfach unwahre Angaben gemacht hatte, kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass diese Mitwirkungspflichtverletzungen der Beschwerdeführerin das BFM nicht davon befreie, den Hinweisen auf Menschenhandel nachzugehen.¹⁹⁰⁴

1901 BVGer, E-1499/2016 vom 25.1.2017, E. 4.3.2.

1902 Zu den Besonderheiten des Glaubhaftmachens bei Menschenhandel siehe ausführlich oben, S. 300 ff.

1903 Mitwirkungspflichten nach Art. 8 Abs. 1 AsylG sind u.a. das Offenlegen der Identität, das Abgeben von Identitäts- und Reiseausweisen, die Angabe der Asylgründe bei der Anhörung, die vollständige Bezeichnung und Einreichung allfälliger Beweismittel, die Mitwirkung bei der Erhebung biometrischer Daten. Nach Art. 8 Abs. 3 AsylG sind die Asylsuchenden zudem verpflichtet, sich während des Verfahrens den Behörden von Bund und Kantonen zur Verfügung zu halten.

1904 BVGer, E-7077/2008 vom 8.12.2008, E. 5.4.

2. Übergabe des Dossiers an spezialisierte Mitarbeitende

Als organisatorische Massnahme nach dem Erkennen konkreter Anhaltspunkte ist das Asylossier von spezialisierten Mitarbeitenden innerhalb der Asylbehörde zu übernehmen.¹⁹⁰⁵ Dies ergibt sich aus der Verpflichtung in Art. 10 Abs. 1 EKM, die Behörden mit Personen auszustatten, die für „die Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels, die Identifizierung als und Unterstützung der Opfer, einschliesslich Kinder, geschult und qualifiziert sind“ und ist angesichts der Pflicht zur Vornahme vertiefter menschenhandelsspezifischer Abklärungen auch sachgerecht. Im Asylverfahren wird damit sichergestellt, dass die weiteren Verfahrensschritte von Personen getätigt werden, die sich der Besonderheiten in Menschenhandelsfällen bewusst sind.

Besonders wichtig ist dies für die Durchführung von Befragungen des potentiellen Opfers, da dafür Kenntnisse über und Erfahrung im Umgang mit dem typischen Aussageverhalten von Menschenhandelsopfern notwendig sind und die Fähigkeit, mittels einfühlsamer Befragungstechnik ein Klima des Vertrauens aufzubauen, von grosser Bedeutung ist.¹⁹⁰⁶ Von Vorteil ist es, wenn auch die Dolmetschenden Erfahrung im Umgang mit Menschenhandelsopfern haben.¹⁹⁰⁷ Bei der Anhörung von Menschenhandelsopfern ist zudem gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nebst den menschenhandelsspezifischen Aspekten auch den Sprachkenntnissen und dem Bildungsniveau des potentiellen Opfers gebührend Rechnung zu tragen.¹⁹⁰⁸ Für die Befragung von Menschenhandelsopfern existieren auf internationaler Ebene Empfehlungen und Anleitungen.¹⁹⁰⁹

Gemäss dem Leitfaden des SEM werden Menschenhandelsopfer, unabhängig vom Tatort, nur von Sachbearbeiterinnen oder (bei männlichen Opfern) Sachbearbeitern befragt, welche die Fachausbildung in Befragungstechnik für Menschenhandelsopfer absolviert haben.¹⁹¹⁰ Diese Anordnung entspricht dem Sinn der menschenhandelsrechtlichen Vorgaben.

1905 Siehe auch Frei/Hruschka, S. 280.

1906 Siehe z.B. auch UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 46; Janetzek/Lindner, S. 112.

1907 Hodge, S. 4.

1908 BVGE 2016/27 E. 10.3.

1909 Siehe die Hinweise oben, Fn. 507.

1910 SEM, Leitfaden potentielle Menschenhandelsopfer, Ziff. 1.1.a-c.

Darüber hinaus muss auch eine Balance gefunden werden zwischen der angesichts der gesteigerten Abklärungspflicht notwendigen Untersuchungen, für welche u.U. eine Anhörung wiederholt werden muss, und einer opfersensiblen Befragung, welche es vermeidet, das Opfer mehrfach potentiell re-traumatisierenden Befragungs- und Erinnerungssituationen auszusetzen.

Zwei Beispiele aus den Fallstudien illustrieren diese Punkte: Im Fall Nr. 7 wurde das Opfer insgesamt drei Mal von den Asylbehörden ausführlich befragt, wobei die gleichen Fragen häufig mehrmals gestellt wurden. Zudem musste die Betroffene ihre Angaben bei der Einvernahme durch die Kantonspolizei noch einmal wiederholen.¹⁹¹¹ Die Konsistenz und Kohärenz ihrer Aussagen waren bereits anlässlich der ergänzenden BzP, also der zweiten Befragung erkennbar und es traten auch keine für den Asylentscheid wesentlichen Sachverhaltselemente mehr hinzu. Im Fall Nr. 9 wiederum wurde die Gesuchstellerin, die von sich aus vom Menschenhandel berichtet hatte, in einer nicht sehr vertrauensvoll wirkenden Atmosphäre zwei Mal angehört. Aus den Protokollen lässt sich ein erhebliches Misstrauen der Sachbearbeiterin des SEM herauslesen, welche die Gesuchstellerin immer wieder mit ihren Zweifeln an der Darstellung konfrontierte, obwohl die spezialisierte Polizistin, die ebenfalls mit der Gesuchstellerin gesprochen hatte, aktenkundig die Einschätzung vertreten hatte, dass ihr Aussageverhalten opfertypisch und kohärent war.¹⁹¹²

3. Verhältnis von Identifizierungs- und Asylentscheid

Wie bereits oben erwähnt, besteht mit der Einrichtung eines formellen Identifizierungsverfahrens das Risiko, dass der Identifizierungsentscheid eine Präjudizwirkung auf den Asylentscheid ausübt. Es stellt sich deshalb die Frage, wie sich die beiden Entscheide rechtlich zueinander verhalten.

Das Identifizierungsverfahren und das Asylverfahren sind zwei unterschiedliche Verfahren mit jeweils anders gearteter Zielrichtung und Prüfprogramm. Sie müssen deshalb klar auseinandergehalten werden.¹⁹¹³ Für das Asylverfahren bedeutet dies, dass der Identifizierungsentscheid keine *automatischen* Auswirkungen auf den Entscheid über die Asylgewährung

1911 Oben, S. 70 ff.

1912 Oben, S. 74 ff.

1913 GRETA, *2nd Report United Kingdom* (2016), Ziff. 167.

hat.¹⁹¹⁴ Weder ergibt sich aus der Identifizierung als Opfer zwangsläufig ein Anspruch auf Asylgewährung oder auf vorläufige Aufnahme, noch kann aus einem negativen Identifizierungsentscheid ohne weiteres auf ein fehlendes asylrelevantes Schutzbedürfnis geschlossen werden. Für die Asylbehörde besteht weiterhin die Pflicht, das Asylgesuch nach den Vorgaben¹⁹¹⁵ des Asylgesetzes und der Flüchtlingskonvention zu prüfen.

Gleichwohl muss aber der Identifizierungsentscheid im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes (Art. 6 AsylG i.V.m. 12 VwVG) bei der asylrechtlichen Prüfung berücksichtigt werden. Das Ergebnis des Identifizierungsverfahrens kann sowohl bei der Prüfung der Glaubhaftigkeit als auch bei der materiellen Prüfung des Schutzbedarfs eine Rolle spielen.

In Bezug auf die *Prüfung der Glaubhaftigkeit* gemäss Art. 7 AsylG kann dem Identifizierungsentscheid eine gewisse Indizwirkung hinsichtlich des Nachweises oder des Glaubhaftmachens einer Gefährdungssituation des Opfers im Falle einer Rückkehr zukommen:

- Wurde die Person als Opfer anerkannt, so ist davon auszugehen, dass ihre Aussagen im Asylverfahren, jedenfalls soweit sie die Erfahrung als Menschenhandelsopfer betreffen, glaubhaft sind. Hat sie vor der Einleitung des Identifizierungsverfahrens im Asylverfahren widersprüchliche oder unwahre Aussagen gemacht, so sind diese vor dem Hintergrund des Identifizierungsentscheids sowie unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Glaubhaftigkeitsbeurteilung¹⁹¹⁶ bei Menschenhandelsopfern zu beurteilen.
- Wurde sie nicht als Opfer anerkannt, muss sorgfältig geprüft werden, aus welchem Grund die Opfereigenschaft nicht anerkannt wurde und inwiefern dies mit den vorgebrachten Asylgründen zusammenhängt. Auf jeden Fall darf nicht leichtfertig auf die Unglaubhaftigkeit der Vorbringen geschlossen werden. So kann es beispielsweise sein, dass die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Person im Identifizierungsverfahren nicht angezweifelt wurde, sondern die Opfereigenschaft in rechtlicher Hinsicht¹⁹¹⁷ einfach nicht erfüllt war. In diesem Fall wäre es gefährlich, von einem negativen Identifizierungsentscheid auf die mangelnde Glaubhaftigkeit der Aussagen im Asylverfahren zu schliessen.

1914 Siehe dazu schon oben, S. 220.

1915 Dazu oben, S. 232 ff.

1916 Oben, S. 300 ff.

1917 Zur Definition der Opfereigenschaft siehe oben, S. 52 ff.

In *materieller Hinsicht* muss die Tatsache, dass eine Person im Identifizierungsverfahren als Menschenhandelsopfer anerkannt wurde, bei der Prüfung der Verfolgungsgefahr im Sinne von Art. 3 AsylG und Art. 1 A Abs. 2 GFK wie auch bei der Prüfung des Vorliegens von Wegweisungsvollzugshindernissen gemäss Art. 83 AuG berücksichtigt werden. Dabei trifft die Behörde eine gesteigerte Abklärungspflicht (dazu bereits oben). Aber auch wenn die Person nicht als Opfer anerkannt wurde, befreit dies die Asylbehörde nicht von der Pflicht zur individuellen Prüfung der Asylgründe. Eine asylsuchende Person, die kein Opfer von Menschenhandel ist, kann immer noch die Flüchtlingseigenschaft erfüllen oder Wegweisungsvollzugshindernisse aufweisen, beispielsweise, weil eine Rückkehr in das Herkunftsland generell unzumutbar ist oder weil eine unverheiratete Frau in dem entsprechenden Herkunftsland ohne familiäres Netz konkret gefährdet wäre.

4. Umsetzungsbedarf in der Praxis

Die organisatorischen Fragen, die sich mit der Übergabe des Dossiers an spezialisierte Mitarbeitende ergeben, könnten im *internen Leitfaden* des SEM zum Umgang mit potentiellen Menschenhandelsopfern¹⁹¹⁸ geregelt werden.

Das Verhältnis zwischen dem Asylentscheid und dem Identifizierungsentscheid in materieller Hinsicht sowie in Bezug auf die Beurteilung der Glaubhaftigkeit sollte in Praxisanweisungen für die Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter des SEM festgehalten werden. Das gleiche gilt für die gesteigerte Abklärungspflicht. Es bietet sich an, dies in dem bereits vorgeschlagenen¹⁹¹⁹ eigenen Kapitel des öffentlich einsehbaren *Handbuchs Asyl und Rückkehr des SEM*¹⁹²⁰ zu verankern.

III. Erweiterte Unterstützungspflichten

Gemäss Art. 12 Abs. 3 und 4 EKM sind der Zugang zu medizinischer Versorgung sowie der Zugang zum Arbeitsmarkt für identifizierte Opfer, die

1918 SEM, Leitfaden potentielle Menschenhandelsopfer.

1919 Oben, S. 298 f.

1920 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr.

sich rechtmässig aufhalten, zu regeln. Diese Unterscheidung zwischen rechtmässig und „unrechtmässig“ aufhaltigen Personen wird in der Literatur kritisiert¹⁹²¹ und auch GRETA ruft häufig dazu auf, die gesamte Palette der Unterstützungsleistungen sowohl an potentielle wie auch identifizierte Opfer mit und ohne Aufenthaltsrecht zu gewährleisten.¹⁹²²

Im Folgenden soll geprüft werden, ob Opfer, die sich im Asylverfahren befinden, in der Schweiz Zugang zu solcher erweiterter Unterstützung haben. Hierzu ist zunächst zu prüfen, ob sich Asylsuchende in der Schweiz im Sinne dieser Vorgabe überhaupt „rechtmässig“ aufhalten.

Der erläuternde Bericht zur EKM besagt lediglich, dass sich „insbesondere“ Personen mit einer Aufenthaltsgenehmigung nach Art. 14 EKM rechtmässig aufhalten.¹⁹²³ Die Rechtsprechung des EGMR geht hier aber weiter: Der EGMR hat unabhängig vom Menschenhandelskontext festgehalten, dass der Aufenthalt von Asylsuchenden dann rechtmässig ist, wenn das interne Recht der Staaten den Aufenthalt während des Asylverfahrens ausdrücklich erlaubt.¹⁹²⁴ In der Schweiz sind Asylsuchende gemäss Art. 42 AsylG für die Dauer des Asylverfahrens in der Schweiz aufenthaltsberechtigt und erhalten gemäss Art. 30 Abs. 1 AsylV 1 einen Ausweis „N“. Im Kontext eines Dublin-Verfahrens kam das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zum Schluss, dass asylsuchende Personen sich in der Schweiz rechtmässig (im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung) aufhalten.¹⁹²⁵

1921 Lindner, Effektivität, S. 193.

1922 GRETA, *Report Serbia (2013)*, Appendix I Ziff. 19; GRETA, *Report Spain (2013)*, Appendix I Ziff. 21; GRETA, *Report Poland (2013)*, Appendix I Ziff. 15; GRETA, *Report Bulgaria (2011)*, Appendix I Ziff. 19; GRETA, *Report Austria (2011)*, Ziff. 105.

1923 Europarat, Explanatory Report, Ziff. 166.

1924 EGMR, *Suso Musa v. Malta*, Ziff. 97; EGMR, *Omwenyeke v. Germany*, S. 6. Siehe zur Rechtmässigkeit des Aufenthalts auch Hathaway, *The Rights of Refugees*, S. 173 ff. Deswegen ist dieser Aufenthalt beispielsweise auch in der Dublin-III-Verordnung explizit von der Definition „Aufenthaltstitel“, die einen Zuständigkeitsübergang nach Art. 9 oder Art. 19 DVO hervorrufen würde, ausgenommen, vgl. Art. 2 lit. I DVO.

1925 BVGE 2016/1 E. 4.2.2. Gemäss Art. 8 Abs. 1 DVO ist bei Asylanträgen von unbegleiteten Minderjährigen derjenige Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig, in dem sich Familienangehörige rechtmässig aufhalten. Siehe zur Zuständigkeitsbestimmung bei unbegleiteten minderjährigen Menschenhandelsopfern unten, S. 564 ff.

Diese Gründe sprechen dafür, dass Asylsuchende auch einen rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz im Sinne von Art. 12 Abs. 3 EKM haben. Die Verpflichtungen gegenüber identifizierten, rechtmässig aufhältigen Opfern sind also auch auf Opfer im Asylverfahren anwendbar. Keinen rechtmässigen Aufenthalt haben hingegen Opfer im Wegweisungsverfahren, bei denen rechtskräftig festgestellt wurde, dass sie die Schweiz zu verlassen haben.

1. Zugang zu medizinischer Versorgung

Gemäss Art. 12 Abs. 3 EKM sollen die Staaten die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe für Opfer zur Verfügung stellen, die sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten, über keine ausreichenden Mittel verfügen und Hilfe benötigen.¹⁹²⁶

Wie bereits oben ausgeführt, fallen Asylsuchende in der Schweiz unter das Krankenversicherungsobligatorium.¹⁹²⁷ Damit ist grundsätzlich eine über die blossе Notversorgung hinausgehende medizinische und auch psychiatrische Versorgung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 EKM bei Asylsuchenden gewährleistet. In der Praxis kommt es allerdings zu faktischen Einschränkungen, die hauptsächlich durch das Gatekeeper-Modell bedingt sind. Insbesondere der Zugang zu spezialisierter medizinischer und psychiatrischer Hilfe ist für Menschenhandelsopfer erschwert.¹⁹²⁸

Diese Hindernisse sind vor allem praktischer Natur und beschränken sich nicht nur auf Menschenhandelsopfer, sondern betreffen alle Personen im Asylverfahren, die besondere medizinische Behandlung benötigen. Eine Behebung dieses Problems der Gesundheitsversorgung von Asylsuchenden bedürfte einer umfassenden Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann. Für die vorliegenden Zwecke sei darauf hingewiesen, dass bereits eine Betreuung durch die spezialisierten Opferberatungsstellen, wie sie hier für alle Opfer im Asylverfahren vorgeschlagen wird,¹⁹²⁹ dazu beitragen kann, dass die Opfer besseren Zugang zu spezialisierter medizinischer Versorgung erhalten, weil die Opferberatungsstellen eine Vermitt-

1926 Siehe oben, S. 202 f.

1927 Zur Krankenversicherungspflicht von Asylsuchenden oben, S. 424 ff.

1928 Siehe insgesamt oben, S. 424 ff.

1929 Dazu insbesondere oben, S. 437 f., zur Vernetzung mit Opferberatungsstellen ab dem Erkennen konkreter Anhaltspunkte auf Menschenhandel.

lerrolle zwischen dem Opfer und dem Gatekeeper-Arzt einnehmen können und zudem in der Regel bereits über ein Netzwerk von Partner-Ärztinnen und -Ärzten verfügen.

2. Zugang zum Arbeitsmarkt

Identifizierte Opfer, die rechtmässig anwesend sind, sollen nach den Regeln des innerstaatlichen Rechts Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten (Art. 12 Abs. 4 EKM).¹⁹³⁰ Wie oben erwähnt, halten sich Asylsuchende in der Schweiz rechtmässig auf im Sinne der EKM. GRETA hat in anderen Ländern nationale Regelungen, welche Opfern von Menschenhandel im Asylbereich den Zugang zum Arbeitsmarkt grundsätzlich verwehren, mehrmals kritisiert¹⁹³¹ und zudem darauf hingewiesen, dass ein Arbeitsverbot für Asylsuchende in Kombination mit ungenügenden staatlichen Subsistenzleistungen dazu führen kann, dass sich – insbesondere weibliche – Asylsuchende prostituieren müssen.¹⁹³² Ein Arbeitsverbot kann also gerade Menschenhandel und Ausbeutung indirekt fördern, was vom EGMR als Verstoss gegen Art. 4 EMRK bezeichnet worden ist.¹⁹³³

Asylsuchende unterliegen in der Schweiz während der ersten drei Monate nach Einreichung des Asylgesuchs einem generellen Arbeitsverbot, welches für weitere drei Monate verlängert werden kann, wenn in dieser Zeit ein negativer Entscheid ergangen ist.¹⁹³⁴ Diese Bestimmung wird im Rahmen der Neustrukturierung des Asylbereichs dahingehend abgeändert, dass Asylsuchende während der Dauer des Aufenthalts in einem Zentrum des Bundes keine Erwerbstätigkeit ausüben dürfen.¹⁹³⁵ Nach Ablauf des Arbeitsverbots richten sich die weiteren Voraussetzungen für die Zulassung zur Erwerbstätigkeit nach dem AuG.¹⁹³⁶ Demnach kann Asylsuchenden nach Ablauf des Arbeitsverbots eine vorübergehende Erwerbstätigkeit bewilligt werden, wenn es die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage erlaubt,

1930 Siehe die weiteren Nachweise oben, S. 207.

1931 GRETA, *5th General Report (2016)*, Ziff. 117; GRETA, *Report Ireland (2013)*, Ziff. 173 und 181; GRETA, *Second Report Austria (2016)*, Ziff. 137.

1932 GRETA, *Second Report Austria (2016)*, Ziff. 137.

1933 Siehe oben, S. 102 ff.

1934 Art. 43 Abs. 1 AsylG. Somit kann auch während eines laufenden Beschwerdeverfahrens ein Arbeitsverbot bestehen.

1935 Art. 43 Abs. 1 nAsylG.

1936 Art. 43 Abs. 1bis AsylG und Art. 52 VZAE.

das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt, die Lohn- und Arbeitsbedingungen nach Art. 22 AuG sowie der Vorrang nach Art. 21 AuG eingehalten werden. Die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erlischt nach Ablauf der mit dem rechtskräftigen negativen Ausgang des Asylverfahrens festgesetzten Ausreisefrist, selbst wenn ein ausserordentliches Rechtsmittelverfahren mit aufschiebender Wirkung eingeleitet wurde.¹⁹³⁷

Art. 12 Abs. 4 EKM verlangt lediglich, dass die Vertragsstaaten Regeln für den Zugang zum Arbeitsmarkt von rechtmässig anwesenden, identifizierten Opfern festlegen. Die Vertragsstaaten der EKM sind aber nicht verpflichtet, allen rechtmässig anwesenden Opfernden Zugang zum Arbeitsmarkt zu gestatten. Die Schweizerische Regelung gilt für alle asylsuchenden Personen, also auch für potentielle, noch nicht identifizierte Menschenhandelsopfer. Indem die Schweiz allen asylsuchenden Personen die Arbeitsaufnahme nach Ablauf des Arbeitsverbots nicht mehr generell verbietet, hat sie – jedenfalls für den Asylbereich – die Mindestverpflichtung nach Art. 12 Abs. 4 EKM erfüllt, Regeln für den Zugang zum Arbeitsmarkt von rechtmässig anwesenden Menschenhandelsopfern aufzustellen. Hier ist die Rechtslage in der Schweiz also in voller Konformität mit den Vorgaben der Europaratskonvention.

IV. Rückkehr in Sicherheit und Würde

1. Rekapitulation und Übersicht

Erhält eine als Menschenhandelsopfer identifizierte Person kein (asyl- oder ausländerrechtliches) Aufenthaltsrecht und muss sie die Schweiz verlassen, geben die völkerrechtlichen Grundlagen Vorgaben für die freiwillige wie auch die unfreiwillige Rückkehr in ihren Herkunftsstaat. Zweck der Vorgaben ist insbesondere, zu verhindern, dass ein Opfer durch die Rückführung selber oder nach der Rückführung Rechtsverletzungen erleidet. So soll die Rückführung eines Opfers unter gebührender Berücksichtigung der Sicherheit, der Rechte und der Würde der Person durchgeführt werden und es soll der Stand jeglichen Gerichtsverfahrens im Zusammenhang damit, dass die Person ein Opfer des Menschenhandels ist, berücksichtigt werden. Nebst Kooperationspflichten zwischen den Staaten, die hier nicht

¹⁹³⁷ Art. 43 Abs. 3 AsylG.

näher behandelt werden, beinhalten die völkerrechtlichen Grundlagen weiter die Verpflichtung, Repatriierungsprogramme für Menschenhandelsopfer einzurichten.¹⁹³⁸

Die Berücksichtigung der Sicherheit, Rechte und Würde einer Person beinhaltet nicht nur eine Prüfung allfälliger Rückschiebungsverbote, sondern darüber hinaus auch eine Abklärung aller weiteren sicherheitsrelevanten Umstände, die zwar kein Rückschiebungsverbot begründen, aber dennoch die Sicherheit, Würde oder Rechte des Opfers nach Art. 16 Abs. 2 EKM und Art. 8 Abs. 2 Palermo-Protokoll beeinträchtigen können. Denkbar ist dabei etwa der gesundheitliche Zustand des Opfers, der eine besondere Betreuung vor, während und nach der Rückführung notwendig macht, oder besondere Vulnerabilitäten des Opfers, welche unter anderem die Gefahr eines re-trafficking erhöhen können.¹⁹³⁹ Berücksichtigt werden muss aber nicht nur die Gefahr von re-trafficking, Vergeltungsmassnahmen oder Stigmatisierung, sondern auch die Möglichkeit, dass das Opfer staatliche Sanktionen etwa wegen Verlassen des Landes oder Ausübung der Prostitution gegenwärtigen muss. GRETA ruft die Staaten deshalb eindringlich auf („urges“), keine zwangsweisen Rückführungen von Menschenhandelsopfern durchzuführen.¹⁹⁴⁰ Das Gebot der Beachtung der besonderen Schutzbedürfnisse bei einer Rückführung ergibt sich auch aus Art. 14 Abs. 1 lit. d der (für die Schweiz verbindlichen) Rückführungsrichtlinie.

Während die Vorgaben zur Beachtung der Refoulement-Verbote im Asylbereich bereits im Rahmen der Prüfung der Wegweisungsvollzugshindernisse behandelt wurden,¹⁹⁴¹ wird an dieser Stelle genauer auf die Ausgestaltung der Rückkehr von Menschenhandelsopfern, welche die Schweiz verlassen müssen, eingegangen und es wird analysiert, inwiefern die Schweizer Rückkehrpraxis mit den Vorgaben zum Schutz von Menschenhandelsopfern übereinstimmt. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf bereits formell identifizierte Opfer. Das Erkennen und Identifizieren von potentiellen Opfern im Wegweisungsverfahren wurde oben bereits angesprochen.¹⁹⁴²

1938 Siehe zum Ganzen oben, S. 212 ff.

1939 Siehe oben, S. 215 ff.

1940 So etwa GRETA, *Report Spain (2013)*, Appendix I Ziff. 29.

1941 Oben, S. 323 ff.

1942 Oben, S. 377 und S. 440.

Lehnt das SEM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an.¹⁹⁴³ Ist der Vollzug der Wegweisung unmöglich, unzulässig, oder unzumutbar, erlässt das SEM zwar ebenfalls eine Wegweisungsverfügung, verfügt als Ersatzmassnahme aber eine vorläufige Aufnahme gemäss Art. 83 AuG und die Wegweisung wird nicht vollzogen.¹⁹⁴⁴ In allen anderen Fällen wird die Person dazu verpflichtet, die Schweiz zu verlassen (2.). Reist die betroffene Person freiwillig und selbständig aus, kann sie Rückkehrhilfe beantragen. Für Opfer von Menschenhandel aus dem Asyl- und aus dem Ausländerbereich gibt es ein besonderes Rückkehrhilfeprogramm (3.). Hat die betroffene Person die Schweiz bis zum Ablauf der Ausreisefrist nicht freiwillig verlassen oder ist absehbar, dass sie dies nicht tun wird, können Zwangsmassnahmen, insbesondere eine Inhaftierung, angeordnet werden (4.). Zudem kann die Wegweisung unter bestimmten Voraussetzungen mittels polizeilichem Zwang („Ausschaffung“) vollstreckt werden (5.).

2. Wegweisungsverfügung und Ansetzung einer Ausreisefrist

Die Wegweisungsverfügung, welche gleichzeitig mit der Ablehnung des Asylgesuchs oder des Nichteintretens erlassen wird, enthält die Verpflichtung der asylsuchenden Person, die Schweiz zu verlassen. Ebenfalls wird in der Verfügung in der Regel eine Ausreisefrist angesetzt, Zwangsmittel im Unterlassungsfall angedroht, gegebenenfalls diejenigen Staaten bezeichnet, in welche die asylsuchende Person nicht zurückgeführt werden darf sowie der für den Vollzug der Wegweisung oder der Ersatzmassnahme (d.h. die vorläufige Aufnahme) zuständige Kantons benannt.¹⁹⁴⁵

Die angesetzte Ausreisefrist muss gemäss Art. 45 AsylG angemessen sein und zwischen sieben und dreissig Tagen betragen. Eine längere Ausreisefrist ist anzusetzen oder die Ausreisefrist wird verlängert, wenn besondere Umstände wie die familiäre Situation, gesundheitliche Probleme oder eine lange Aufenthaltsdauer dies erfordern.¹⁹⁴⁶ Generelle Ausnahmen von dieser Regel bestehen bei Personen im Dublin-Verfahren, bei welchen

1943 Art. 44 Abs. 1 AsylG.

1944 Siehe oben, S. 323 f.

1945 Art. 45 Abs. 1 AsylG und Art. 26b VVWA.

1946 Art. 45 Abs. 2 AsylG.

eine kürzere Ausreisefrist oder eine sofortige Vollstreckung der Wegweisung angeordnet werden kann.¹⁹⁴⁷ Die betroffenen Personen können in besonderen Fällen ein Gesuch um Verlängerung der Ausreisefrist stellen. Denkbar sind als Gründe etwa ein bevorstehender medizinischer Eingriff, eine noch nicht wiederhergestellte Reisefähigkeit nach einem solchen oder ein laufendes zivil- oder strafrechtliches Verfahren, welches die persönliche Anwesenheit der weggewiesenen Person erfordert.¹⁹⁴⁸

Reicht ein identifiziertes Menschenhandelsopfer ein Gesuch um Erstreckung der Ausreisefrist ein, muss die Behörde bei der Beurteilung dieses Gesuchs die besondere Situation von Menschenhandelsopfern berücksichtigt werden. Dies sowohl basierend auf den Vorgaben des Asylgesetzes wie auch aufgrund der menschenhandelsrechtlichen Vorgabe, die Sicherheit, Rechte und Würde von Opfern zu wahren. Medizinische Behandlungen oder ein noch laufendes strafrechtliches Verfahren müssen beachtet werden, beispielsweise wenn das Opfer in der Schweiz ausgebeutet wurde, aber aufgrund des Vorrangs des Asylverfahrens keine Kurzaufenthaltsbewilligung für die Dauer des Verfahrens erhalten hat.

Das SEM erwähnt in den Weisungen zum Ausländerbereich, dass die Ausreisefrist für Opfer von Menschenhandel, die nach der Erholungs- und Bedenkzeit die Schweiz verlassen müssen, angemessen sein muss, um die Rückkehr vorzubereiten.¹⁹⁴⁹ Als mögliche Gründe nennen die Weisungen u.a. die Beendigung medizinischer Hilfe, Gefährdungsabklärungen im Herkunftsland oder Vorbereitungen im Rahmen der Rückkehrhilfe. Zwar beziehen sich diese Erläuterungen streng genommen lediglich auf die Rückkehr nach einer Erholungs- und Bedenkzeit, es spricht aber rechtlich nichts dagegen, diese Vorgaben auch auf die Situation von Menschenhandelsopfern im Asylverfahren anzuwenden.

Ein weiterer Grund für eine Erstreckung der Ausreisefrist liegt m.E. vor, wenn konkrete Anhaltspunkte auf Menschenhandel erst nach Abschluss des Asylverfahrens erkannt wurden und im Anschluss daran eine Erholungs- und Bedenkzeit gewährt sowie ein Identifizierungsverfahren eingeleitet wird. In beiden Fällen besteht ein auf Art. 10 Abs. 2 EKM gestütztes temporäres Wegweisungsverbot und muss das Wegweisungsverfahren suspendiert werden.¹⁹⁵⁰

1947 Art. 45 Abs. 3 AsylG.

1948 Spescha u. a., Handbuch Migrationsrecht, S. 326.

1949 SEM, Weisungen AuG, Ziff. 5.6.8.2.3.

1950 Zur Suspendierung des Verfahrens siehe oben, S. 440 ff.

3. Selbstständige Ausreise und Rückkehrhilfe

3.1. Vorgaben der Europaratskonvention

Um zu verhindern, dass die Opfer reviktimisiert werden, verlangt die Europaratskonvention von den Staaten, Repatriierungsprogramme einzurichten (Art. 16 Abs. 5 EKM)¹⁹⁵¹. Damit verbunden sollen die Vertragsstaaten „grösste Anstrengungen“ unternehmen, um die soziale Wiedereingliederung der Opfer in dem Staat, in den die Rückführung erfolgt, zu fördern. Damit ist insbesondere die Wiedereingliederung in das Bildungssystem und den Arbeitsmarkt gemeint; bei Kindern soll das Recht auf Bildung und eine angemessene Fürsorge durch die Familie oder durch geeignete Fürsorgeeinrichtungen gewährleistet werden. GRETA weist darauf hin, dass diese Rückführungsprogramme ebenfalls gewährleisten sollen, dass die Reise und die Ankunft im Herkunftsland sicher sind und dass eine erneute Rekrutierung in den Menschenhandel nach der Ankunft verhindert wird.¹⁹⁵² Die Staaten sollen gemäss Art. 16 Abs. 6 EKM den Opfern Kontaktinformationen über Einrichtungen zur Verfügung stellen, die im Ziel-land Unterstützung leisten. Dies können staatliche wie auch nichtstaatliche Organisationen sein. Ohnehin ist die Kooperation mit nichtstaatlichen Organisationen bei der Rückkehr, sei es für das „risk assessment“, die Begleitung während der Rückkehr oder die Empfangnahme und Betreuung im Herkunftsland von grosser Bedeutung für eine sichere und würdevolle Rückkehr. Eine Zusammenarbeit mit NGOs bei der Rückkehr wird deshalb auch von den OHCHR Principles and Guidelines empfohlen.¹⁹⁵³

3.2. Besondere Rückkehrhilfe für Menschenhandelsopfer

Für Menschenhandelsopfer aus dem Asyl- wie auch aus dem Ausländerbereich, die die Schweiz verlassen müssen, existiert ein besonderes Rückkehrhilfeprogramm, welches die Opfer bei der freiwilligen Rückkehr und der Reintegration in ihrem Herkunftsstaat unterstützen und insbesondere

1951 Siehe dazu oben, S. 217.

1952 GRETA, *Report France (2013)*, Appendix I Ziff. 26.

1953 OHCHR, *Recommended Principles and Guidelines*, Nr. 6 Ziff. 8.

einem re-trafficking entgegenwirken soll.¹⁹⁵⁴ Im Rahmen eines einjährigen Pilotprojekts hatten im Jahr 2016 zudem ausnahmsweise auch Menschenhandelsopfer im Dublin-Verfahren, die in ihren Herkunftsstaat zurückkehren möchten, Zugang zum Rückkehrhilfeangebot.¹⁹⁵⁵ Dieses besondere Rückkehrhilfeprogramm unterscheidet sich organisatorisch und in Bezug auf die gewährten Leistungen von der „allgemeinen“ Rückkehrhilfe, die allen Asylsuchenden zur Verfügung steht.¹⁹⁵⁶

Anspruchsberechtigt sind alle Personen, bei denen zumindest begründete Hinweise auf Menschenhandel bestehen.¹⁹⁵⁷ Personen, die im Ausland ausgebeutet wurden sowie Betroffene von versuchtem Menschenhandel haben ebenfalls Zugang zum Rückkehrhilfeangebot.¹⁹⁵⁸ Damit geht die Schweiz über die Vorgaben der EKM hinaus, welche eine Pflicht zur Einrichtung von Rückkehrhilfeprogrammen nur für identifizierte Opfer vorsieht.

Das Rückkehr- und Reintegrationsprogramm für Opfer von Menschenhandel wird vom SEM in Zusammenarbeit mit der Internationalen Organisation für Migration (IOM), den Rückkehrberatungsstellen der Kantone und an den Flughäfen und in den EVZ sowie der Fachstelle für Frauenhandel und Frauenmigration FiZ umgesetzt. Die Rückkehrhilfeleistungen umfassen eine Pauschale von 1'000 CHF pro erwachsene und 500 CHF pro minderjährige Person. Diese wird bereits bei der Ausreise am Flughafen ausbezahlt. Dazu kann eine materielle Zusatzhilfe bis maximal 5'000 CHF gewährt werden, die für Reintegrationsprojekte wie z.B. Beruf, Ausbildung, Wohnraum oder spezifische Hilfemassnahmen eingesetzt werden kann. Die Zusatzhilfe wird von IOM nach der Rückkehr vor Ort ausbezahlt. In der Praxis wurden beispielsweise eine Hausfertigstellung, Schul-

1954 Bundesrat, Botschaft EMK und ZeugSG, S. 30 f.; SEM, Rundschreiben Rückkehrhilfe, S. 1; BFM/DEZA, Schlussbericht Pilotprojekt Rückkehrhilfe, S. 1 ff.

1955 SEM, Rundschreiben Rückkehrhilfe, S. 1. Die Ergebnisse dieses Pilotprojekts werden derzeit evaluiert.

1956 Personen aus dem Asylbereich, die die Schweiz zu verlassen haben, können, sofern sie freiwillig ausreisen und dazu alle erforderlichen Dispositionen getroffen haben, individuelle Rückkehrhilfe beantragen (Art. 93 AsylG i.V.m. Art. 73 AsylV 2). Die Rückkehrhilfe richtet sich grundsätzlich nur an Personen aus dem Asylbereich sowie an vorläufig Aufgenommene, nicht aber an ausreisepflichtige Personen aus dem Ausländerbereich und auch nicht an Personen im Dublin-Verfahren (Art. 67 Abs. 2 AsylV 2).

1957 SEM, Rundschreiben Rückkehrhilfe, S. 2.

1958 Ibid., S. 2.

dentilung, Ausbildung oder selbständige Berufstätigkeit unterstützt.¹⁹⁵⁹ Die Tilgung von Schulden wurde ausnahmsweise akzeptiert, weil Schulden zu Prekarität und einem erhöhten Risiko von re-trafficking führen können.¹⁹⁶⁰ Zudem kann medizinische Rückkehrhilfe gewährt werden. Diese beinhaltet die Übernahme von Kosten für Medikamente und/oder medizinische Behandlungen. Es besteht zudem die Möglichkeit zur Kostenübernahme für psychosoziale Unterstützung oder die Eingliederung in lokale Rehabilitationsprogramme für Opfer von Menschenhandel.¹⁹⁶¹ In der Praxis wird die medizinische Rückkehrhilfe denn auch prioritär zur Behandlung von psychischen Problemen verwendet.¹⁹⁶² Die Rückkehrhilfeleistungen vor Ort und der Reintegrationsprozess werden von IOM im Auftrag des SEM einem Monitoring unterzogen,¹⁹⁶³ zudem wird die Person nach ihrer Rückkehr durch IOM oder eine Partnerorganisation begleitet.

Opfer, welche Rückkehrhilfe in Anspruch nehmen wollen, müssen eine kantonale Rückkehrberatungsstelle oder eine Opferberatungsstelle kontaktieren, welche beim SEM einen Antrag stellt. Wird dieser vom SEM genehmigt, beauftragt dieses IOM, in diesem konkreten Fall die Unterstützung bei der Rückkehr sowie das Monitoring nach der Rückkehr zu organisieren. IOM nimmt eine Risikoeinschätzung („risk assessment“) vor, analysiert die Möglichkeiten der Rehabilitation und Reintegration im Heimatstaat und organisiert die Rückreise inklusive allfälliger sozialer oder medizinischer Betreuung. Handelt es sich um ein minderjähriges Opfer, wird eine „best interest determination“ durchgeführt und ein „risk assessment“ durch IOM und die Partnerorganisationen im Zielstaat durchgeführt. Wenn das Kind nicht zu seiner Familie zurückkehren kann, wird versucht, eine dauerhafte Lösung zusammen mit den Vormundschaftsbehörden des Heimatstaates zu finden.¹⁹⁶⁴

Das SEM präzisiert im Leitfaden zu Menschenhandel im Asylverfahren, dass die Federführung Menschenhandel zu allen Gesuchen um Rückkehrhilfe von Opfern aus dem Asylbereich vorgängig Stellung nimmt. Es handelt sich dabei um eine beratende Stellungnahme; der endgültige Ent-

1959 BFM/DEZA, Schlussbericht Pilotprojekt Rückkehrhilfe, S. 4.

1960 Ibid.

1961 SEM, Rundschreiben Rückkehrhilfe, S. 4.

1962 Ibid.

1963 Ibid., S. 5.

1964 Siehe GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 172.

scheid obliegt alleine der Abteilung Rückkehr im SEM.¹⁹⁶⁵ Dieses Vorgehen dient der Wahrung von Kohärenz zwischen der Gewährung der spezifischen Rückkehrhilfe und dem Asylentscheid. Es soll m.a.W. vermieden werden, dass jemand, dessen Opfereigenschaft im Asylverfahren nicht anerkannt wurde, Rückkehrhilfe beansprucht; vermutlich, weil befürchtet wird, dass die Person dies nutzen könnte, um ein Wiedererwägungsgesuch zu begründen. Abgesehen davon, dass diese Gefahr m.E. minimal erscheint, da ja Personen, die Rückkehrhilfe beantragen, gerade eben ihren Rückkehrwillen manifestieren, liesse sich diese Problematik auch durch einen einheitlichen Identifizierungsentscheid im Sinne des oben¹⁹⁶⁶ vorgeschlagenen Mechanismus beheben.

3.3. Bewertung der Rückkehrhilfe

Die Rückkehrhilfe für Opfer von Menschenhandel wurde von GRETA im Bericht über die Schweiz ausdrücklich begrüsst.¹⁹⁶⁷ Zudem wurde das Programm im europäischen Vergleich als *good practice* hervorgehoben.¹⁹⁶⁸ In der Tat erscheint das Rückkehrhilfeprogramm als eine vorbildliche Initiative, denn sie nimmt auf die individuellen Bedürfnisse des Opfers Rücksicht und kommt zudem unabhängig vom Ort der Tatbegehung allen Personen zugute, bei denen begründete Hinweise bestehen, dass sie Opfer sind. Damit hält die Schweiz in Bezug auf die Rückkehrhilfe die Vorgabe der Unabhängigkeit des Opferschutzes vom Tatort sowie die Pflicht, allen Opfern unter ihrer Jurisdiktion Unterstützung zu gewähren, ein. Zudem ist – mit Ausnahme des Stellungnahmevorbehalts der Federführung Menschenhandel – ein breiter Begünstigtenkreis gewährleistet, indem auch potentielle Opfer, im Ausland ausgebeutete Personen oder Opfer versuchten Menschenhandels von dem Rückkehrhilfeprogramm profitieren können.

Dass das Rückkehrhilfeprogramm gleichwohl keine absolute Sicherheit vor re-trafficking bieten kann, zeigen allerdings die Erfahrungen des Pilotprojekts von 2008, bei welchem mindestens eine Teilnehmende während der Dauer des Projekts bereits wieder Opfer von re-trafficking geworden

1965 SEM, Leitfaden potentielle Menschenhandelsopfer, Ziff. 6.

1966 Zum formellen Identifizierungsverfahren siehe oben, S. 454 ff.

1967 GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 174.

1968 GRETA, *Compendium of Good Practices*, S. 21.

war.¹⁹⁶⁹ Da die meisten Opfer wieder in dieselben sozioökonomischen Umstände zurückkehren, die ursprünglich zum Verlassen des Heimatlandes geführt haben, ist eine Reviktimisierungsgefahr trotz spezieller Rückkehrhilfe nicht auszuschliessen. Dies macht die Bedeutung einer längerfristigen Betreuung der Opfer auch nach ihrer Rückkehr deutlich.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass viele Opfer auf die Inanspruchnahme des Rückkehrhilfeprogramms gänzlich verzichten.¹⁹⁷⁰ Pro Jahr nehmen lediglich zwischen 20 und 30 Opfer an diesem Rückkehrhilfeprogramm teil.¹⁹⁷¹ Nebst Gründen wie Stolz bestehen auch Befürchtungen einer zusätzlichen Stigmatisierung im Heimatland oder Angst vor langen Verfahren oder gar einer Bestrafung, insbesondere in Ländern, in denen Prostitution strafbar ist.¹⁹⁷² Viele ausreisende Opfer verzichten selbst auf eine informelle Vernetzung mit nichtstaatlichen Organisationen im Heimatland, wohl aus ähnlichen Gründen.¹⁹⁷³

Rückkehrhilfe können zudem nur selbstorganisiert („freiwillig“) ausreisende Opfer in Anspruch nehmen. Diese Tatsache erklärt sich aus der ursprünglichen Zielsetzung der allgemeinen Rückkehrhilfe als Instrument zur Förderung der selbstorganisierten Ausreise. Die internationalen Vorgaben sehen aber keine Beschränkung der Rückkehrhilfeprogramme auf „freiwillig“ ausreisende Opfer vor. Vielmehr ist es sogar so, dass eine zwangsweise Rückkehr die Wahrscheinlichkeit von re-trafficking signifikant erhöht, was eine an die Rückkehr anschliessende Betreuung und Unterstützung umso dringlicher erscheinen lässt. In der aktuellen Praxis leisten in solchen Fällen manchmal die Opferberatungsstellen private Unterstützung, beispielsweise mittels Auszahlung eines „Taschengeldes“ oder Vermittlung eines Kontakts zu Partnerorganisationen im Zielstaat.¹⁹⁷⁴ Dass Personen, die unfreiwillig rückkehren müssen, sich nicht in ein Rückkehrhilfeprogramm desjenigen Staates, der sie „loswerden“ will, be-

1969 BFM/DEZA, Schlussbericht Pilotprojekt Rückkehrhilfe, S. 4.

1970 Gemäss Angaben der FiZ verzichten über 40 % der rückkehrenden Opfer auf staatliche Rückkehrhilfe, vgl. NZZ vom 18.10.2016, „Kampf gegen Menschenhandel: Ein grenzenlos dreckiges Geschäft“.

1971 Siehe GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 171. Es sind – auch angesichts des hohen Anteils „unkontrollierter Abreisen“ – keine Zahlen vorhanden, wie viele Opfer insgesamt jährlich die Schweiz verlassen.

1972 FiZ, Alternativer Bericht, S. 19; ähnlich auch NZZ vom 18.10.2016, „Kampf gegen Menschenhandel: Ein grenzenlos dreckiges Geschäft“.

1973 FiZ, Alternativer Bericht, S. 19.

1974 FiZ, Alternativer Bericht, S. 19.

geben wollen, erscheint einleuchtend. Dennoch wäre zu prüfen, inwiefern die Schweiz in solchen Fällen ihrer Pflicht zur Unterstützung der Opfer und Verhinderung von re-trafficking bei der Rückkehr nachkommen könnte, beispielsweise mittels eines Beitrags an die privat geleistete Rückkehrhilfe der NGOs.

4. Ausländerrechtliche Haft

Reist eine ausreisepflichtige Person nicht freiwillig aus oder ist zu erwarten, dass sie nicht freiwillig ausreisen wird, können, um den Vollzug zu fördern, Zwangsmassnahmen gemäss Art. 73 bis 78 AuG angeordnet werden. Zuständig für die Anordnung von Zwangsmassnahmen sind die kantonalen Behörden. Ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen sind die kurzfristige Festhaltung,¹⁹⁷⁵ die Ein- oder Ausgrenzung¹⁹⁷⁶ sowie verschiedene Formen der Administrativhaft (Vorbereitungshaft, Ausschaffungshaft, „Dublin-Haft“, Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Papierbeschaffung sowie Durchsetzungshaft).¹⁹⁷⁷ Art. 64e AuG sieht zudem einige mildere Massnahmen zur Verhinderung von Fluchtgefahr vor, welche nach Eröffnung einer Wegweisungsverfügung angeordnet werden können, dazu gehören insbesondere Meldepflichten, die Leistung einer Kaution sowie eine Schriftensperre.

Im Folgenden wird lediglich auf die Administrativhaft bei Menschenhandelsoffern eingegangen, da diese den einschneidendsten Eingriff in die Grundrechte der Opfer darstellt und daher die meisten Rechtsfragen aufwirft. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Fragen nach der Anordnung der Haft und solchen nach deren Ausgestaltung, also der Haftbedingungen.

Völkerrechtlich existieren kaum Vorgaben zur ausländerrechtlichen Inhaftierung von Menschenhandelsoffern. Lediglich die OHCHR Principles and Guidelines, ein Dokument mit Soft Law Charakter¹⁹⁷⁸, verlangen an zwei Stellen, dass Menschenhandelsoffer niemals („in any circumstances“) in ausländerrechtlicher Haft („immigration detention“) gehalten wer-

1975 Art. 73 AuG.

1976 Art. 74 AuG.

1977 Art. 75 bis 78 AuG.

1978 Siehe oben, S. 109 f.

den sollen.¹⁹⁷⁹ Aber weder das Palermo-Protokoll noch die Europaratskonvention sprechen die Inhaftierung an und auch aus der Praxis der menschenrechtlichen Überwachungsorgane lassen sich keine spezifischen Vorgaben bezüglich Inhaftierung von Menschenhandelsopfern entnehmen. Es muss deshalb auf die allgemeinen menschen- und europarechtlichen Vorgaben zur ausländerrechtlichen Haft zurückgegriffen werden, die teilweise auch Standards zur Inhaftierung vulnerabler Personen als übergeordnete Kategorie, unter die gemeinhin auch Menschenhandelsopfer gefasst werden, enthalten. Eine vollständige Darstellung des gesamten menschen- und europarechtlichen Rahmens zur ausländerrechtlichen Haft würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Stattdessen werden hier nur die einschlägigen rechtlichen Vorgaben, die dem Schutz von Menschenhandelsopfern im Haftkontext dienen oder dienen können, untersucht.

Im Folgenden werden zuerst die in der Schweiz rechtlich geregelten Formen der ausländerrechtlichen Administrativhaft dargestellt. Danach wird einerseits die Frage der Anordnung von Haft bei Menschenhandelsopfern und andererseits diejenige nach den Haftbedingungen bei dieser Gruppe von Personen behandelt. Zu betonen ist noch einmal, dass es hier um den Umgang mit identifizierten Opfern geht und nicht um die Frage der Erkennung oder Identifizierung von potentiellen Opfern in Administrativhaft.¹⁹⁸⁰

4.1. Die ausländerrechtliche Administrativhaft in der Schweiz

Die Administrativhaft ist in der Schweiz mittlerweile weitestgehend durch das EU-Recht normiert: Die Rückführungsrichtlinie regelt in verbindlicher Weise, wann eine Inhaftierung zum Zweck der Wegweisung in einen Drittstaat angeordnet werden kann und enthält zudem Vorgaben zu den Haftbedingungen. Sie ist somit anwendbar auf die Vorbereitungshaft und die Ausschaffungshaft. Die Durchsetzungshaft ist hingegen ein Spezial-

1979 OHCHR, Recommended Principles and Guidelines, Nr. 2 Ziff. 6 sowie Nr. 6 Ziff. 1; siehe auch die Diskussion dieser Prinzipien bei OHCHR, Commentary to the Recommended Principles and Guidelines, S. 133 ff.; OHCHR u. a., Kommentar zur EU Richtlinie 2011/36, S. 37 ff.; Gallagher/Pearson, S. 84 ff.

1980 Die Erkennung von potentiellen Opfern im Wegweisungsverfahren wurde oben bereits behandelt: S. 377 und S. 440.

fall, da sie keine Grundlage in der Rückführungsrichtlinie findet.¹⁹⁸¹ Die Dublin-III-Verordnung normiert die Inhaftierung zum Zweck der Wegweisung in einen EU- oder EFTA-Staat („Dublin-Haft“) und verweist für die Haftbedingungen weitgehend auf die Vorgaben in der – die Schweiz ansonsten nicht bindenden – Aufnahme richtlinie.¹⁹⁸²

Menschenrechtlich beurteilt sich die ausländerrechtliche Administrativhaft nach Art. 5 EMRK. Der Freiheitsentzug bedarf einer gesetzlichen Grundlage, er muss in einem rechtlich korrekten Verfahren angeordnet werden, auf einen der in Art. 5 Abs. 1 lit. a-f abschliessend aufgezählten Haftzwecke stützen sowie für die Erreichung dieses Haftzwecks notwendig und verhältnismässig sein.¹⁹⁸³ Für die ausländerrechtliche Administrativhaft kommt wohl nur lit. f als Haftgrund in Frage (rechtmässiger Freiheitsentzug bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist).¹⁹⁸⁴ Genügt der Freiheitsentzug im Einzelfall den Vorgaben der EMRK nicht, so ist er menschenrechtlich unzulässig und aufzuheben, selbst wenn die Vorschriften des AuG nicht verletzt sind.¹⁹⁸⁵

In der Schweiz existieren fünf Formen der ausländerrechtlichen Administrativhaft: Vorbereitungshaft, Ausschaffungshaft, „Dublin-Haft“, Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Papierbeschaffung sowie Durchsetzungshaft:

1981 Und damit potentiell rechtswidrig ist, vgl. Hruschka, Europarechtliche Vorgaben für die Haft, S. 345 ff.: Die rechtlichen Vorgaben der Rückführungsrichtlinie, die bewirken dass bei tatsächlicher Unmöglichkeit des Vollzugs die Haft rechtswidrig wird, sind nicht kompatibel mit dem Zweck der Durchsetzungshaft, eine Person, deren Ausreise nicht vollziehbar ist, trotzdem in Haft zu nehmen, um „der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen“. Zur umstrittenen Zulässigkeit der Durchsetzungshaft in Bezug auf Art. 5 EMRK siehe auch Hugi Yar, Rz. 10.11 ff.

1982 Auch durch die Verweisung wird die Aufnahme richtlinie nicht bindend für die Schweiz, sondern der in Bezug genommene Text wird technisch zu einem Teil der Dublin-III-Verordnung. Diese wiederum ist verbindlich für die Schweiz, vgl. zu dieser Frage auch Hruschka, Europarechtliche Vorgaben für die Haft, S. 352, Fn. 53.

1983 Anstelle vieler: Hugi Yar, Rz. 10.7 ff.; Kälin, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, S. 839.

1984 Teilweise wird auch – insbesondere in Bezug auf die Durchsetzungshaft – in lit. b (Freiheitsentzug zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung) ein Haftgrund gesehen, vgl. BGE 134 I 92 E. 2.3.1; Hugi Yar, Rz. 10.13.

1985 Spescha, Kommentar AuG, Vorbem. zu Art. 75-78 N 1.

Vorbereitungshaft kann bei Personen angeordnet werden, über deren Aufenthaltsberechtigung noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, unter der Voraussetzung, dass: (a) die betroffene Person sich im Asylverfahren weigert, ihre Identität offen zu legen, mehrere Asylgesuche unter verschiedenen Identitäten einreicht, wiederholt einer Vorladung nicht Folge leistet oder andere behördliche Anordnungen im Asylverfahren missachtet; (b) eine gegen sie angeordnete Ein- oder Ausgrenzung missachtet; (c) trotz Einreiseverbot das Gebiet der Schweiz betritt und nicht sofort weggewiesen werden kann; (d) ein Asylgesuch einreicht, nachdem sie ihre ursprüngliche Bewilligung wegen Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder wegen Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit verloren hat; (e) wenn sie ein Asylgesuch einreicht nachdem sie ausgewiesen worden ist; (f) ein Asylgesuch einreicht, dessen einziger Zweck es ist den drohenden Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu vermeiden, u.a. wenn eine frühere Einreichung des Asylgesuchs möglich und zumutbar war und wenn das Gesuch in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit einer Verhaftung, einem Strafverfahren, dem Vollzug einer Strafe oder dem Erlass einer Wegweisungsverfügung eingereicht wird; (g) Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist oder wenn sie (h) wegen eines Verbrechens verurteilt worden ist.¹⁹⁸⁶

Ausschaffungshaft kann angeordnet werden, sobald ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid eröffnet worden ist und die Gründe a, b, c, f, g oder h der Vorbereitungshaft vorliegen; konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die betroffene Person sich der Ausschaffung entziehen will; ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt; oder wenn der Wegweisungsentscheid in einer Empfangsstelle oder in einem besonderen Zentrum eröffnet wird und der Vollzug der Wegweisung absehbar ist.¹⁹⁸⁷ Zudem kann Ausschaffungshaft sich (unabhängig bei welchem Haftgrund) nahtlos an die Vorbereitungshaft anschliessen, sofern dafür die Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁹⁸⁸ Während der Haft gilt ein Beschleunigungsgebot: Die notwendigen Vorkehrungen zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs sind umgehend zu treffen.¹⁹⁸⁹

1986 Art. 75 Abs. 1 lit. a-h AuG.

1987 Art. 76 Abs. 1 lit. b AuG.

1988 Art. 76 Abs. 1 lit. a AuG.

1989 Art. 76 Abs. 4 AuG.

Die „*kleine Ausschaffungshaft*“ steht im Gesetz unter der Marginalie „Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Beschaffung der Reisedokumente“ und kann angeordnet werden, wenn ein vollstreckbarer Wegweisungsentscheid vorliegt, die Person die Schweiz nicht innert der angesetzten Frist verlassen hat und die Behörde die Reisedokumente für diese Person beschaffen musste.¹⁹⁹⁰

Die *Durchsetzungshaft* kann angeordnet werden, wenn die rechtskräftige Wegweisung aufgrund des persönlichen Verhaltens der weggewiesenen Person nicht vollzogen werden kann und die Voraussetzungen für die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht erfüllt sind.¹⁹⁹¹ Die Haft dient dazu, „der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen“ (Art. 78 Abs. 1 AuG) und stellt insofern eine (mit der Rückführungsrichtlinie und Art. 5 EMRK kaum kompatible) Beugehaft dar.¹⁹⁹²

Die sog. *Dublin-Haft* schliesslich kann nur bei Personen angeordnet werden, die sich in einem Dublin-Verfahren befinden und die in einen EU- oder EFTA-Staat überstellt werden sollen.¹⁹⁹³ Die Haft findet ihre Grundlage in Art. 28 der Dublin-III-Verordnung und dient der Sicherstellung der Wegweisung in denjenigen europäischen Staat, der nach den Kriterien der Verordnung für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist. Voraussetzung ist, dass konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will, die Haft verhältnismässig ist und sich weniger einschneidende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen. Die Voraussetzung der „konkreten Anzeichen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will“ entsprechen im Wesentlichen denjenigen der Vorbereitungs- und der Ausschaffungshaft.¹⁹⁹⁴ Zudem kann eine Person inhaftiert werden, wenn sie sich weigert oder auf andere Weise verhindert, ein Transportmittel für die Überstellung in den zuständigen Staat zu besteigen, sofern eine weniger einschneidende Massnahme nicht zum Ziel führt.¹⁹⁹⁵

Zuständig für die Haftanordnung ist der für den Vollzug der Wegweisung zuständige Kanton. Wird die Wegweisung direkt ab dem EVZ ver-

1990 Art. 77 Abs. 1 lit. a-c AuG.

1991 Art. 78 Abs. 1 AuG.

1992 Siehe dazu oben, Fn. 1981.

1993 Zum Dublin-Verfahren siehe näher unten, S. 550 ff.

1994 Art. 76 a Abs. 2 lit. a-i AuG.

1995 Art. 76 a Abs. 4 AuG.

fügt, ist das SEM zuständig für die Haftanordnung.¹⁹⁹⁶ Spätestens 96 Stunden nach der Inhaftierung muss eine Haftüberprüfung durch eine richterliche Behörde erfolgen,¹⁹⁹⁷ danach kann einen Monat später ein Haftentlassungsgesuch eingereicht werden. Die maximale Haftdauer der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft darf zusammen insgesamt 18 Monate, respektive bei Minderjährigen 12 Monate nicht überschreiten.¹⁹⁹⁸ Für die Dublin-Haft gelten diesbezüglich Sonderregeln: Sie wird nur auf Antrag, der allerdings jederzeit gestellt werden kann, überprüft¹⁹⁹⁹ und ist von kürzerer Dauer.²⁰⁰⁰

Beim Entscheid über die Anordnung, Fortsetzung und Aufhebung der Haft hat die richterliche Behörde auch die familiären Verhältnisse der inhaftierten Person und die Umstände des Haftvollzugs zu berücksichtigen.²⁰⁰¹ Eine Haftanordnung gegenüber Minderjährigen unter 15 Jahren ist ausgeschlossen.²⁰⁰²

4.2. Anordnung der Haft bei identifizierten Menschenhandelsopfern

Im Folgenden wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Menschenhandelsopfer, das in einen Dritt- oder einen Dublin-Staat ausgewiesen wird, in Haft genommen werden kann. Diese Frage ist nicht bloss rein theoretischer Natur: Viele Menschenhandelsopfer legen im Asylverfahren ein Verhalten an den Tag, welches unter einen der Haftgründe für die verschiedenen Haftformen nach Art. 75 bis 78 AuG fallen kann. Dies lässt sich an zwei Beispielen aus den Fallstudien illustrieren: In Fall Nr. 9 stellte die Gesuchstellerin, nachdem sie sich bereits mehrmals illegal in der Schweiz aufgehalten hatte, erst dann ein Asylgesuch, als sie zum zweiten Mal nach Frankreich ausgeschafft werden sollte.²⁰⁰³ Damit

1996 Art. 80 Abs. 1 AuG, siehe auch Art. 80a AuG für die Dublin-Haft.

1997 Art. 80 Abs. 2 AuG.

1998 Art. 79 Abs. 1 und 2 AuG.

1999 Art. 80a AuG.

2000 Art. 76a Abs. 3 und 4 AuG.

2001 Art. 80 Abs. 4 sowie Art. 80a Abs. 8 AuG.

2002 Art. 80 Abs. 4 und Art. 80a Abs. 5 AuG. Ausnahmeweise kann es aber vorkommen, dass Kleinkinder zusammen mit ihren Eltern inhaftiert werden, vgl. Bundesrat, Botschaft Dublin III, S. 2706.

2003 Siehe oben, S. 74 ff. Siehe auch die Sachverhalte in BVGer, D-5017/2011 vom 20.9.2011 sowie D-5828/2010 vom 29.8.2010.

wäre der Haftgrund der Einreichung eines Asylgesuches mit dem einzigen Zweck, den drohenden Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu vermeiden, objektiv erfüllt und es könnte, je nach Stadium des Verfahrens und Vorliegen der restlichen Haftvoraussetzungen, Vorbereitungshaft (Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG), Ausschaffungshaft (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 AuG) oder Dublin-Haft (Art. 76 a Abs. 2 lit. f AuG) angeordnet werden. In Fall Nr. 1 tauchte die Gesuchstellerin unter und wurde erst Monate später wieder bei einer Polizeikontrolle aufgegriffen.²⁰⁰⁴ Ist eine Person bereits einmal untergetaucht, geht die Praxis von einer hohen Fluchtgefahr aus,²⁰⁰⁵ womit grundsätzlich, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, Ausschaffungshaft (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG) oder Dublin-Haft (Art. 76 a Abs. 2 lit. b AuG) angeordnet werden kann.

Eine explizite Erwähnung von Menschenhandelsopfern findet sich im Schweizerischen Administrativhaftrecht nicht. Auch die Rückführungsrichtlinie und die Dublin-Verordnung, welche für die Schweiz verbindlich die Grundlagen der Administrativhaft regeln, verbieten die Anordnung der Haft bei Menschenhandelsopfern nicht. Beide enthalten zwar Vorgaben zum Umgang mit schutzbedürftigen Personen („vulnerable persons“)²⁰⁰⁶, diese beziehen sich jedoch auf die Haftbedingungen und nicht auf deren Anordnung.²⁰⁰⁷

Die Situation von Menschenhandelsopfern kann also aktuell nur unter den allgemeinen Vorgaben zur Haftanordnung berücksichtigt werden. Bei der Anordnung und Überprüfung der Haft muss immer auch die persönliche Situation der betroffenen Person beachtet werden. Dies ergibt sich einerseits zumindest teilweise aus der Vorgabe im AuG, bei der Haftüberprüfung die familiären Verhältnisse der inhaftierten Person und die Umstände des Haftvollzugs zu berücksichtigen,²⁰⁰⁸ und andererseits ganz grundsätzlich aus dem verfassungs- und menschenrechtlich verankerten

2004 Siehe oben, S. 64.

2005 BGE 130 II 56 E. 3.1; 128 II 241 E. 2.1; 125 II 369 E. 3b/aa; 122 II 49 E. 2 a.

2006 Art. 15 RFRL und Art. 11 AufnahmeRL. Die Aufnahme richtlinie ist kraft Verweises Teil der Dublin-Verordnung, siehe Hruschka/Maiani, N 5 zu Art. 28.

2007 Siehe auch SKMR/FRA, S. 257; Peek/Tsourdi, Rz. 1 zu Art. 11 AufnahmeRL. Verschiedene Vorschläge der Kommission, welche die Inhaftierung von vulnerablen Personen nur in Ausnahmefällen erlaubt hätten, wurden von den Mitgliedstaaten abgelehnt, siehe Peek/Tsourdi, Rz. 5 f. zu Art. 11 AufnahmeRL. Zu den Haftbedingungen siehe sogleich unten, S. 537 ff.

2008 Art. 80 Abs. 4 und Art. 80a Abs. 8 AuG.

Verhältnismässigkeitsprinzip.²⁰⁰⁹ Im Haftkontext heisst dies, dass die Anordnung der Haft geeignet sein muss, um den Haftzweck (die Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs) zu erreichen, zudem muss sie erforderlich und individuell zumutbar sein.²⁰¹⁰ Nebst der Erforderlichkeit, welche sich am Vorhandensein geeigneter milderer Mittel (z.B. einer Ein- oder Ausgrenzung oder einer Meldepflicht) misst, ist bei Menschenhandelsopfern insbesondere nach der individuellen Zumutbarkeit der Haft zu fragen.

Die Zumutbarkeit der Haft muss in Frage gestellt werden, wenn es sich um traumatisierte Opfer handelt, etwa, weil sie physische, psychische und/oder sexuelle Gewalt erlebt haben. Es ist erwiesen, dass eine Inhaftierung starke negative Auswirkungen auf die psychische Gesundheit hat und unter anderem zu signifikant häufigeren Fällen von PTSD- und Stresssymptomen sowie Depressionen der Inhaftierten führt.²⁰¹¹ Es wird deshalb auch international gefordert, dass Opfer von Folter sowie anderer schwerer Formen physischer, psychischer oder sexueller Gewalt normalerweise nicht inhaftiert werden.²⁰¹² Die Vorgabe in den OHCHR Principles and Guidelines, Menschenhandelsopfer nicht in Administrativhaft zu nehmen,²⁰¹³ ist auch in diesem Licht zu verstehen. Im Menschenhandelskontext ist eine Inhaftierung rechtlich auch darum problematisch, weil unter der Verpflichtung der angemessenen Unterkunft für Menschenhandelsopfer bereits eine Kollektivunterbringung in einer Asylunterkunft als nicht angemessen bezeichnet wird.²⁰¹⁴ Umso weniger erscheint deshalb eine Inhaftierung angemessen für Opfer.²⁰¹⁵

Klar nicht zumutbar ist zudem eine Haft, deren Ausgestaltung eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellt. Nach der Rechtsprechung des EGMR stellt die Inhaftierung von vulnerablen Personen zwar nicht per se einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK dar, jedoch muss die individuelle Vulnerabilität zwingend berücksichtigt werden und die Haftbedingungen müssen den besonderen Bedürfnissen der Person im Einzel-

2009 Art. 5 und Art. 36 Abs. 3 BV, Art. 5 Abs. 1 EMRK.

2010 Hugi Yar, Rz. 10.114; Kälin, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, S. 839.

2011 Steel u. a., S. 62 f. m.w.N. Siehe auch CPT, CPT Standards, 19th General Report [CPT/Inf (2009)27], Ziff. 90.

2012 UNHCR, Detention Guidelines, Guideline 9.1. Ziff. 49.

2013 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1979.

2014 Zur angemessenen Unterbringung für Menschenhandelsopfer siehe oben, S. 415 ff.

2015 Ähnlich auch SKMR/FRA, S. 258.

fall angemessen sein, andernfalls kann Art. 3 EMRK verletzt sein.²⁰¹⁶ In mehreren Fällen der Inhaftierung von Minderjährigen²⁰¹⁷ hat der EGMR eine Verletzung angenommen, wenn auf die besonderen Bedürfnisse von Kindern keine Rücksicht genommen wurde, etwa weil sie unbegleitet und ohne Betreuung inhaftiert wurden²⁰¹⁸ oder weil sie zwar in Begleitung ihrer Eltern aber in Haftanstalten, die nicht für Kinder geeignet waren, inhaftiert wurden.²⁰¹⁹ Bei erwachsenen Personen wurde beispielsweise die Inhaftierung einer schwangeren Frau ohne besondere Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse als Schwangere als eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung eingestuft,²⁰²⁰ ebenso die Inhaftierung einer Frau in fragilem psychischem Zustand in einem Gefängnis, das extremer Hitze und Kälte ausgesetzt war und in dem sie während längerer Zeit keine Beschäftigungs- und Bewegungsmöglichkeiten hatte.²⁰²¹ Eine Inhaftierung von vulnerablen Personen ist also nach der Rechtsprechung des EGMR nur dann kein Verstoß gegen Art. 3 EMRK, wenn die Haftbedingungen den persönlichen Bedürfnissen der vulnerablen Person angepasst sind. Dies entspricht auch der Vorgabe in Art. 81 Abs. 2 AuG, wonach die Haft in geeigneten Räumlichkeiten zu vollziehen ist.²⁰²² Auf die Haftbedingungen für Menschenhandelsopfer wird unten noch näher eingegangen.

Dies führt zur Schlussfolgerung, dass rechtlich zwar kein generelles Verbot besteht, Menschenhandelsopfer zu inhaftieren. Eine Inhaftierung sollte aber nur im äussersten Fall angeordnet werden. Die Verhältnismässigkeitsabwägung muss besonders sorgfältig vorgenommen werden: Kommen mildere Mittel wie z.B. eine Eingrenzung, eine Meldepflicht oder eine Schriftensperre (siehe oben) in Frage oder sind die Haftbedingungen

2016 Vgl. die Nachweise bei Peek/Tsourd, Rz. 4 zu Art. 11 AufnahmeRL.

2017 Dass Kinder nur im äussersten Fall und keinesfalls in gewöhnlichen Haftanstalten inhaftiert werden dürfen, ergibt sich bereits aus der Kinderrechtskonvention (Art. 37 KRK) sowie der entsprechenden Praxis des Kinderrechtsausschusses, vgl. CRC, *General Comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, Ziff. 61; sowie des CPT, CPT Standards, 19th General Report [CPT/Inf (2009)27], Ziff. 97. Dieses Prinzip ist auch in Art. 11 Abs. 2 AufnahmeRL sowie in Art. 17 Abs. 1 RFRL verankert.

2018 EGMR, *Rahimi v. Greece*, Ziff. 86; EGMR, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Ziff. 59.

2019 EGMR, *Mushkadzhieva and Others v. Belgium*, Ziff. 63; EGMR, *Popov v. France*, Ziff. 103; EGMR, *Kanagaratnam and Others v. Belgium*, Ziff. 69.

2020 EGMR, *Mahmundi and Others v. Greece*, Ziff. 74.

2021 EGMR, *Aden Ahmed v. Malta*, Ziff. 100.

2022 Hugi Yar, Rz. 10.164.

nicht angemessen für die besonderen Bedürfnisse von Menschenhandelsopfern (dazu sogleich unten), so ist die Haft nicht zumutbar und damit unverhältnismässig.

In der Schweizer Praxis, so scheint es, werden Menschenhandelsopfer, sofern sie rechtzeitig erkannt wurden, genauso wie vulnerable Personen allgemein,²⁰²³ nur selten inhaftiert. Dem liegt jedoch, wie ausgeführt, keine ausdrückliche rechtliche Vorgabe zu Grunde, sondern lediglich Verhältnismässigkeits- und vielleicht auch Pietätserwägungen.

4.3. Haftbedingungen für Menschenhandelsopfer

Es fragt sich weiter, welche Mindestanforderungen an die Haftbedingungen für Menschenhandelsopfer zu stellen sind. Das AuG bestimmt einerseits in allgemeiner Weise, dass die Haft in geeigneten Räumlichkeiten zu vollziehen ist und dass die Zusammenlegung mit Personen in Untersuchungs- oder Strafhaft nach Möglichkeit zu vermeiden ist.²⁰²⁴ Darüber hinaus bestimmt Art. 81 Abs. 3 AuG, dass den Bedürfnissen von schutzbedürftigen (d.h. vulnerablen) Personen, unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen bei der Ausgestaltung der Haft Rechnung zu tragen ist. Der Begriff „Schutzbedürftige“ ist missverständlich, denn er könnte mit dem Schutzbedürftigenstatus i.S.v. Art. 4 AsylG verwechselt werden. In Wirklichkeit stellt der Ausdruck eine (unpräzise) Übernahme der Terminologie der Rückführungsrichtlinie dar, welche ihrerseits von „schutzbedürftigen Personen“ respektive in der englischen Fassung von „vulnerable persons“ spricht.²⁰²⁵

Für alle weiteren Fragen der Haftbedingungen verweist das AuG auf das Europäische Recht.²⁰²⁶ Bei der Dublin-Haft richten sich die Haftbe-

2023 Vgl. Meyer, S. 11.

2024 Art. 81 Abs. 2 AuG. Das EU-Recht geht hierbei weiter: Gemäss dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Pham* schliesst Art. 16 Abs. 1 Satz 2 RFRL es absolut aus, Drittstaatsangehörig für die Zwecke der Abschiebung in einer gewöhnlichen Haftanstalt gemeinsam mit gewöhnlichen Strafgefangenen unterzubringen, selbst wenn der oder die Drittstaatsangehörige in diese Unterbringung einwilligt: EuGH, *Thi Ly Pham gegen Bundesrepublik Deutschland*, Ziff. 23.

2025 Art. 16 Abs. 3 RFRL. Der Art. 81 Abs. 3 AuG wurde ursprünglich im Zuge der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie eingefügt, vgl. AS 2010 5925; BBl 2009 8881, 8901 f.

2026 Art. 81 Abs. 4 lit. a und b AuG.

dingungen nach den entsprechenden Bestimmungen in Art. 28 Abs. 4 Dublin-Verordnung, welcher seinerseits auf die Aufnahmerichtlinie verweist, die in Art. 9, 10 und 11 die Haftbedingungen von Personen im Asylverfahren regelt. Die für die Schweiz grundsätzlich nicht bindende Aufnahmerichtlinie ist also im Bereich der Dublin-Haft kraft Verweises auch in der Schweiz anwendbar.²⁰²⁷ Für alle anderen Formen der Ausschaffungshaft, d.h. die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft, verweist Art. 81 Abs. 4 lit. a AuG auf die Rückführungsrichtlinie, welche ihrerseits in Art. 16 und 17 die Haftbedingungen regelt.

Die Haftbedingungen in der Aufnahmerichtlinie und in der Rückführungsrichtlinie sind im Wesentlichen sehr ähnlich und decken sich auch weitgehend mit den in Art. 81 Abs. 1 und 2 AuG niedergelegten Grundsätzen.²⁰²⁸ Eine im vorliegenden Kontext wichtige Ausnahme besteht aber hinsichtlich der Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse vulnerabler Personen: Die Rückführungsrichtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, bei den Haftbedingungen der Situation schutzbedürftiger Personen besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Insbesondere müssen medizinische Notfallversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten gewährleistet sein (Art. 16 Abs. 3 RFRL). Als schutzbedürftige Personen gelten gemäss Art. 3 Abs. 9 RFRL „Minderjährige, unbegleitete Minderjährige, Menschen mit Behinderungen, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben“. Zwar erwähnt die Rückführungsrichtlinie Menschenhandelsopfer nicht ausdrücklich als schutzbedürftige Personen, jedoch fallen Menschenhandelsopfer in den meisten Fällen wohl in die vulnerable Gruppe der „Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben“.²⁰²⁹

2027 Der Bundesrat stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, es gelte, dem Inhalt der Richtlinie Rechnung zu tragen und ähnliche Standards in Bezug auf die Haft bei Dublin-Verfahren anzuwenden: Bundesrat, Botschaft Dublin III, S. 2707. Richtigweise ist wohl der Text der Aufnahmerichtlinie, auf den in der Dublin-III-Verordnung Bezug genommen wird, als Teil der Dublin-III-Verordnung zu lesen, vgl. oben, Fn. 1982.

2028 Vgl. Art. 16 Abs. 1, 2, 4 und 5 RFRL, Art. 10 AufnahmeRL.

2029 Lutz, Rz. 25 zu Art. 3 RFRL, argumentiert für eine systematische Auslegung, wonach auch vulnerable Gruppen aus dem Asyl-Acquis der EU, wie z.B. Opfer von Menschenhandel oder von weiblicher Genitalverstümmelung, bei der Aus-

Die Aufnahmerichtlinie hingegen enthält einen eigenen Artikel zur Inhaftierung von „schutzbedürftigen Personen und von Antragstellern mit besonderen Bedürfnissen bei der Aufnahme“ (Art. 11 AufnahmeRL). Darunter fallen auch Menschenhandelsopfer.²⁰³⁰ Die Haftbedingungen von Personen mit besonderen Aufnahmebedürfnissen sind demgemäss wie folgt zu regeln: Die Gesundheit, auch die psychische Gesundheit, muss ein vorrangiges Anliegen der nationalen Behörden sein. Die Situation der inhaftierten Personen muss regelmässig überprüft werden. Frauen müssen getrennt von Männern untergebracht werden, es sei denn es handle sich um ihre Familienangehörigen und alle Betroffenen haben ihre Zustimmung mitgeteilt.

Insgesamt bestehen also weitergehende Vorgaben zu vulnerabilitätsgerechten Haftbedingungen in der Aufnahmerichtlinie und damit für Menschenhandelsopfer in der Dublin-Haft, als für Opfer in der Vorbereitungs-, Ausschaffungs-, oder Durchsetzungshaft, auf welche die Rückführungsrichtlinie anwendbar ist.

Teilweise finden sich auch Regelungen zur Ausgestaltung der Administrativhaft in kantonalen Erlassen, da der Vollzug der Haft von den Kantonen vorgenommen wird. Eine Durchsicht dieser Erlasse²⁰³¹ bringt aber keine Ergebnisse bezüglich der Behandlung vulnerabler Inhaftierter allgemein oder Menschenhandelsopfer speziell zu Tage. Diese Fragen sind also auch kantonalrechtlich nicht geregelt.

legung des Vulnerabilitätsbegriffs in der Rückführungsrichtlinie berücksichtigt werden sollten.

2030 Zur Kategorie vulnerabler (schutzbedürftiger) Personen im Europäischen Asyl-Acquis oben, S. 372 ff.

2031 Reglement des Kantons Fribourg über den Vollzug der Haft im Bereich des Ausländerrechts vom 8.4.1997, BDLF 114.22.13; Gesetz des Kantons Basel-Landschaft über die Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 20.5.1996, SGS 112; Ordonnance [du Canton de Jura] concernant la détention en matière de droit des étrangers du 24 août 1999, RSJU 142.411; Legge cantonale di applicazione delle norme federali concernenti le misure coercitive in materia di diritto degli stranieri del 17 aprile 1997, RLTI 1.2.2.2; Regolamento della legge cantonale di applicazione delle norme federali concernenti le misure coercitive in materia di diritto degli stranieri del 28 maggio 1997, RLTI 1.2.2.2.1; Verordnung [des Kantons Zürich] über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 4.12.1996, LS 211.56. Siehe auch das Westschweizer Konkordat über die ausländerrechtliche Administrativhaft (Concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers du 4 juillet 1996).

Ergänzend sind – für alle Formen der Administrativhaft – die Vorgaben des Soft Law zu beachten, insbesondere die Twenty Guidelines on Forced Return des Europarates sowie die CPT Standards des Europäischen Komitees zur Verhütung der Folter.²⁰³² Vorgaben zu den Haftbedingungen lassen sich auch den UNHCR Detention Guidelines entnehmen, welche zwar streng genommen nur auf Asylsuchende im materiellen Verfahren anwendbar sind, aber *mutatis mutandis* auch auf andere Personen in Administrativhaft übertragen werden können.²⁰³³

Während die Twenty Guidelines on Forced Return bezüglich der Haftbedingungen für vulnerable Personen lediglich Vorgaben für inhaftierte Minderjährige und Familien enthalten,²⁰³⁴ lässt sich den CPT Standards entnehmen, dass das Personal in den Administrativhaftanstalten ausgebildet werden sollte, um beispielsweise Symptome von Stressreaktionen zu erkennen und angemessene Massnahmen zu ergreifen.²⁰³⁵ Aufgrund der schwerwiegenden gesundheitlichen Konsequenzen, die eine Haft insbesondere auf bereits fragile Menschen haben kann, muss in allen Haftanstalten Zugang zu medizinischer Versorgung bestehen.²⁰³⁶ Mindestens eine Krankenpflegerin oder ein Krankenpfleger sollten jeden Tag anwesend sein.²⁰³⁷

Die UNHCR Detention Guidelines nennen Menschenhandelsopfer als eine vulnerable Gruppe, auf deren Bedürfnisse Rücksicht genommen werden muss, geben aber keine weiteren Vorgaben zur Ausgestaltung der Haft.²⁰³⁸ Hingegen spezifizieren sie den Umgang mit anderen Gruppen, zu denen Menschenhandelsopfer gehören können, so sollen etwa Frauen, die Opfer sexueller Gewalt geworden sind, angemessene medizinische Beratung sowie die notwendige psychologische Gesundheitsversorgung erhalten.²⁰³⁹ Opfer von Trauma oder Folter sollten, wegen der schwerwiegen-

2032 Europarat, Ministerkomitee, 20 Guidelines on Forced Return; CPT, CPT Standards, 7th General Report [CPT/Inf (97)10]; siehe zum Ganzen Mananashvili, Rz. 11 zu Art. 16 RFRL.

2033 UNHCR, Detention Guidelines, Ziff. 4.

2034 Europarat, Ministerkomitee, 20 Guidelines on Forced Return, Guideline Nr. 11.

2035 CPT, CPT Standards, 7th General Report [CPT/Inf (97)10], Ziff. 29. Ähnlich auch Europarat, Ministerkomitee, 20 Guidelines on Forced Return, Guideline Nr. 10 Ziff. 3.

2036 CPT, CPT Standards, 7th General Report [CPT/Inf (97)10], Ziff. 31.

2037 Ibid., 19th General Report [CPT/Inf (2009)27], Ziff. 91.

2038 UNHCR, Detention Guidelines, Guideline 9.4 Ziff. 62.

2039 Ibid., Guideline 9.3 Ziff. 61.

den Folgen die eine Inhaftierung auf ihren Zustand haben kann, zu Beginn und auch während der Haft regelmässig auf ihren physischen und psychischen Zustand hin untersucht werden; zudem müssen sie angemessene medizinische Behandlung erhalten.²⁰⁴⁰

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass grundsätzlich auch im Schweizerischen Administrativhaftrecht die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von Menschenhandelsopfern in der Haft geboten ist. Wie diese aussehen oder welche Massnahmen getroffen werden müssen, ist aber nicht geregelt. Dies liegt zwar auch daran, dass sie stark einzelfallabhängig sind, dennoch ist diese Lücke aus Opferschutzperspektive unbefriedigend. Klar ist, dass medizinische Behandlung, die auch psychologische Betreuung umfasst, vorhanden sein muss und dass das Gefängnispersonal ausgebildet sein muss, Anzeichen von psychischen Problemen zu erkennen und angemessen zu reagieren. Dies ist für Menschenhandelsopfer, die häufig an psychischen Beschwerden leiden, von grosser Bedeutung.

Über die Umsetzung der hier dargestellten Vorgaben in der Praxis sind keine Informationen erhältlich. In den wenigen Fällen, in denen Menschenhandelsopfer inhaftiert wurden, ist nicht auf deren besondere Bedürfnisse eingegangen worden.²⁰⁴¹

5. Ausschaffung

Als letztes Zwangsmittel zum Vollzug der Wegweisungsverfügung steht schliesslich noch die Ausschaffung im Raum: Reist eine Person nicht freiwillig aus, kann der Wegweisungs Vollzug unter bestimmten Voraussetzungen gemäss Art. 69 AuG mittels polizeilichem Zwang durchgesetzt werden.

Für den Vollzug von Weg- und Ausweisungen sind die kantonalen Behörden zuständig.²⁰⁴² Der Bund unterstützt sie dabei und kann insbesondere die Zusammenarbeit mit den Herkunftsstaaten koordinieren, etwa bei der Papierbeschaffung.²⁰⁴³

2040 Ibid., Guideline 9.1 Ziff. 50.

2041 So jedenfalls teilweise die Aussagen in den von der Autorin geführten Gesprächen mit Personen aus der Praxis.

2042 Art. 69 Abs. 1 AuG.

2043 Art. 71 AuG; Art. 2 Abs. 2 VVWA.

Die Anwendung von Zwang während einer Ausschaffung muss verhältnismässig sein.²⁰⁴⁴ Das heisst, dass sowohl die Art als auch die Mittel des Zwangs an den tatsächlichen oder erwarteten Widerstand der Person angepasst sein müssen.²⁰⁴⁵

In der Schweiz werden vier Vollzugsstufen mit unterschiedlicher Intensität des polizeilichen Zwangs unterschieden.²⁰⁴⁶ Diese sind abhängig von den konkreten Umständen und dem Verhalten, das von der rückzuführenden Person zu erwarten ist: Auf Vollzugsstufe 1 wird die Person von der Polizei bis zum Flugzeug begleitet und reist dann allein; auf Vollzugsstufe 2 wird die Person von zwei Polizistinnen oder Polizisten in Zivil auf dem Flug begleitet und wenn nötig mit Handschellen gefesselt; auf Vollzugsstufe 3 wird die Person von zwei Polizistinnen oder Polizisten in Zivil begleitet und es können Handfesseln und andere Fesselungsmittel sowie körperliche Gewalt eingesetzt werden. Auf Vollzugsstufe 4 sodann erfolgt der Transport nicht mehr mit einem Linienflug, sondern es wird ein Sonderflug organisiert. Jede Person wird von mindestens zwei Polizistinnen oder Polizisten begleitet und es dürfen die gleichen Zwangsmittel eingesetzt werden wie bei der Vollzugsstufe 3.

Ausschaffungen sind stark grundrechtssensibel und die Gefahr von Menschenrechtsverletzungen ist besonders hoch.²⁰⁴⁷ Aus diesem Grund und basierend auf der Vorgabe der Rückführungsrichtlinie²⁰⁴⁸ werden Ausschaffungen auf dem Luftweg in der Schweiz durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter überwacht.²⁰⁴⁹ Die Überwachung umfasst Ausschaffungen der Vollzugsstufe 4 von der Zuführung der Betroffenen an den Flughafen bis zur Übergabe an die Behörden im Zielstaat oder (im Falle einer gescheiterten Übergabe) bis zum Rückflug.

2044 CPT, CPT Standards, 13th General Report [CPT/Inf (2003) 35], Ziff. 33; siehe auch Künzli/Kind, S. 45 ff.

2045 Europarat, Ministerkomitee, 20 Guidelines on Forced Return, Guideline Nr. 19 Ziff. 1.

2046 Art. 28 Abs. 1 ZAV.

2047 Vgl. etwa CPT, CPT Standards, 13th General Report [CPT/Inf (2003) 35], Ziff. 31.

2048 Art. 8 Abs. 6 RFRL. Siehe auch CPT, CPT Standards, 13th General Report [CPT/Inf (2003) 35], Ziff. 43 ff. Siehe auch Europarat, Ministerkomitee, 20 Guidelines on Forced Return, Guideline Nr. 20.

2049 Art. 71 a AuG, Art. 15 ff. VVWA, Art. 2 lit. a Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20.3.2009, SR 150.1.

Dürfen Menschenhandelsopfer zwangsweise in ihren Herkunftsstaat rückgeführt werden und wenn ja unter welchen Bedingungen? Wie erwähnt, ruft GRETA die Staaten regelmässig dazu auf, keine zwangsweisen Rückführungen von Menschenhandelsopfern durchzuführen.²⁰⁵⁰ Dies einerseits, weil die Anwendung polizeilichen Zwangs bei traumatisierten Personen per se problematisch ist, andererseits auch, weil die Gefahr von re-trafficking durch die unfreiwillige Rückkehr signifikant erhöht wird, insbesondere wenn keine anschliessende Betreuung im Heimatland sichergestellt ist.²⁰⁵¹

Im Schweizer Recht sowie in den die Ausschaffung betreffenden Vorgaben der Rückführungsrichtlinie wie auch im Europäischen Soft Law (insbesondere den CPT Standards sowie den Twenty Guidelines on Forced Return) findet sich allerdings kein ausdrücklicher Hinweis auf Menschenhandelsopfer oder auf vulnerable Personen im Allgemeinen. Lediglich in Bezug auf unbegleitete Minderjährige statuiert Art. 69 Abs. 4 AuG, dass vor der Ausschaffung sichergestellt werden muss, dass diese im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben werden, welche den Schutz des Kindes gewährleisten.²⁰⁵²

Rechtlich gesehen ist also eine Ausschaffung von Menschenhandelsopfern (unabhängig auf welcher Vollzugsstufe) nicht ausgeschlossen. Auch der Leitfaden des SEM zur Behandlung von Asylgesuchen, die von potentiellen Opfern von Menschenhandel eingereicht werden, sieht keine Ausnahme davon vor und statuiert lediglich, dass ein Menschenhandelsopfer mit Wegweisungsverfügung zu einem Gespräch ins SEM eingeladen wird mit dem Zweck, die Person zur freiwilligen Rückkehr zu bewegen. Erweist sich das Gespräch als „erfolglos“ (aus Sicht des SEM), findet der Vollzug wie üblich statt und kann damit auch zwangsweise vollstreckt werden.²⁰⁵³

Verschiedene Bestimmungen verpflichten die Behörden allerdings dazu, die individuellen Vulnerabilitäten der auszuschaffenden Personen zu berücksichtigen und in gewissen Fällen auch auf die Ausschaffung zu verzichten. Zunächst einmal besteht der Grundsatz, dass jede zwangsweise

2050 GRETA, *Report Spain (2013)*, Appendix I Ziff. 29; GRETA, *Report Switzerland (2015)*, Ziff. 174.; siehe auch Schloenhardt/Loong, S. 150.

2051 GRETA, *Urgent Report Italy (2017)*, Ziff. 69.

2052 Siehe auch Art. 10 Abs. 2 RFRL.

2053 SEM, Leitfaden potentielle Menschenhandelsopfer, Ziff. 5.2.

Rückkehr in voller Berücksichtigung der Grundrechte, der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit der rückzuführenden Person durchgeführt werden muss. Dieser findet sich ausdrücklich in Art. 8 Abs. 4 Satz 2 RFRL sowie in den Instrumenten des Soft Law.²⁰⁵⁴ Dies entspricht auch der menschenhandelsrechtlichen Vorgabe der Berücksichtigung der Sicherheit, der Rechte und der Würde der Opfer bei der Rückführung (Art. 16 Abs. 2 EKM und Art. 8 Abs. 2 PP).

Zudem muss jede Anwendung einer Zwangsmassnahme den Umständen angemessen sein und das Alter, das Geschlecht und den Gesundheitszustand der betroffenen Personen berücksichtigen.²⁰⁵⁵ In Konkretisierung dieser Vorgabe statuiert Art. 69 Abs. 3 AuG, dass die Ausschaffung aufgeschoben werden kann, wenn besondere Umstände wie gesundheitliche Probleme der betroffenen Person dies erfordern.²⁰⁵⁶

Vor der Ausschaffung müssen die kantonale Migrationsbehörde und die Polizei denn auch die „Transportfähigkeit“ der auszuschaffenden Person überprüfen.²⁰⁵⁷ Eine ärztliche Untersuchung ist insbesondere anzuordnen, wenn die betroffene Person dies verlangt, oder wenn Anzeichen für gesundheitliche Probleme feststellbar sind.²⁰⁵⁸ Die medizinische Fachperson, welche die Transportfähigkeit untersucht, kann Auflagen für den Transport machen. Sind die Personen schwerwiegend gesundheitlich beeinträchtigt, ist auf den Wegweisungsvollzug zu verzichten.²⁰⁵⁹ Eine im Auftrag des SEM erarbeitete Liste führt absolute Kontraindikationen auf, bei deren Vorliegen eine Flugreise nicht in Frage kommt.²⁰⁶⁰ Gemäss dieser Liste muss u.a. auf folgende medizinische Probleme geachtet werden: Kardiovaskuläre Erkrankungen, tiefe Venenthrombose, Erkrankungen der oberen und unteren Luftwege (z.B. Asthma), Erkrankungen der Ohren und Nasennebenhöhlen, postoperative Zustände, psychiatrische Diagnosen, Er-

2054 Insb. Europarat, Ministerkomitee, 20 Guidelines on Forced Return, Guideline Nr. 17.

2055 Art. 9 Abs. 2 ZAG und in Art. 8 Abs. 4 RFRL; vgl. auch Khammas, S. 410.

2056 Art. 69 Abs. 3 AuG, Art. 9 Abs. 2 RFRL.

2057 Art. 18 ZAV.

2058 Art. 27 Abs. 3 ZAG.

2059 Khammas, S. 412.

2060 Die Kontraindikationsliste ist online verfügbar unter www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2014/2014-12-16/kontraindikationsliste-d.pdf (zuletzt besucht am 3.12.2017).

nährungsstörungen, Substanzabhängigkeit oder eine (fortgeschrittene²⁰⁶¹) Schwangerschaft. Je nach Grad der Schwere oder Fortgeschrittenheit des medizinischen Zustandes ist ein Flug absolut nicht möglich. Aber auch bei anderen Krankheiten, die die strikten Kriterien auf der Liste nicht erfüllen, kann eine zwangsweise Rückführung eine inakzeptable Gesundheitsgefährdung bedeuten („relative Kontraindikationen“), insbesondere bei einer Kombination mehrerer Krankheiten oder bei einer Verstärkung von Krankheitssymptomen durch die speziellen Bedingungen der zwangsweisen Ausschaffung.²⁰⁶²

Während des Fluges müssen die auszuschieffenden Personen durch besonders ausgebildete Personen begleitet werden.²⁰⁶³ Die Ausbildung der Mitarbeitenden umfasst gemäss der Zwangsanwendungsverordnung insbesondere die Themen „Flugvorbereitung und Vorgehen auf dem Flughafen, Kommunikation und Konfliktbewältigung, Datenschutz im Asylbereich, kulturelle Unterschiede, Berufsethik, Einsatz von Zwangsmitteln, Beziehungen zwischen der Flugzeugbesatzung und der Begleitequipe, Erkennen von lebensbedrohlichen Situationen und erste Hilfe“.²⁰⁶⁴ Es fällt auf, dass jedenfalls auf Verordnungsebene keine Ausbildung zum Umgang mit vulnerablen Personen allgemein oder spezifisch mit Menschenhandelsopfern vorgeschrieben ist.

Das Gesetz enthält lediglich besondere Bestimmungen für den Transport von Minderjährigen und Frauen: Frauen sind nach Möglichkeit während des Transports von einer Frau zu begleiten²⁰⁶⁵ und müssen die Gelegenheit haben, sich an eine Frau zu wenden.²⁰⁶⁶ Minderjährige dürfen nur in einer Weise transportiert werden, die ihrem Alter, ihren Bedürfnissen und den gesamten Umständen angemessen ist.²⁰⁶⁷

Da die Kantone zuständig sind für den Wegweisungsvollzug, existieren unterschiedliche Praktiken in Bezug auf Betreuung bei der Rückführung und dem Transfer an den Flughafen.²⁰⁶⁸ Der Kanton Basel-Land sei hier

2061 BGer, 2A.328/2003 vom 22.7.2003, E. 2: ab dem achten Schwangerschaftsmonat wird von den meisten Fluggesellschaften der Transport verweigert.

2062 Ibid., S. 1.

2063 Art. 28 Abs. 1 ZAG; siehe näher SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, G4 Die Ausreiseorganisation (swissREPAT) inkl. Sonderflug, S. 5.

2064 Art. 33 Abs. 2 ZAV.

2065 Art. 24 Abs. 1 ZAV.

2066 Art. 28 Abs. 1 ZAG.

2067 Art. 24 Abs. 1 ZAV.

2068 Khammas, S. 411.

als Beispiel erwähnt. Im Kanton Basel-Land wurden Standardprozesse für die Ausschaffung bei vulnerablen Fällen²⁰⁶⁹ definiert, welche im Wesentlichen in einer intensiven Betreuung der betroffenen Personen sowie in einer verbesserten Koordination zwischen den Migrationsbehörden und der Polizei bestehen. Auf eine Inhaftierung vor dem Flug sowie auf polizeilichen Zwang während der Ausschaffung wird in der Regel verzichtet.²⁰⁷⁰ Dieser neue Standardprozess hat sich zwar als ungleich aufwändiger erwiesen als die bisherige Praxis, welche in vielen Kantonen weiterhin praktiziert wird (Ausreiseorganisation ohne Vorinformation der Betroffenen, Abholung am Wohnort ohne Vorwarnung und Begleitung zum Abflug an den Flughafen). Allerdings wird der höhere Aufwand als lohnenswerte Investition beurteilt, da u.a. die früheren emotionalen Stresssituationen für alle Betroffenen (auch auf staatlicher Seite) minimiert werden konnten.²⁰⁷¹

6. Zwischenfazit und Umsetzungsbedarf zur Rückkehr

Zur Durchführung der Rückkehr und Rückführung von identifizierten Menschenhandelsopfern, unabhängig vom Ort der Tatbegehung, existieren praktisch keine gesonderten Vorgaben im Schweizerischen Recht. Insofern muss auf eine menschenhandelssensible Auslegung der allgemeinen Vorgaben zurückgegriffen werden.

Als sehr gute Initiative gewürdigt werden kann die spezielle Rückkehrhilfe für Opfer von Menschenhandel. Anders als die anderen Schutz- und Unterstützungsmassnahmen wird sie unabhängig vom Tatort gewährleistet. Sie zeigt aber auch auf, dass die Betreuung von Menschenhandelsfällen sehr zeitintensiv und komplex ist. Zudem sollte erwägt werden, die durch NGOs geleistete private „Rückkehrhilfe“ bei unfreiwilliger Ausreise staatlich zu unterstützen.

Rechtlich besteht kein ausdrückliches Verbot der Inhaftierung von Menschenhandelsopfern. Eine Administrativhaft sollte aber nur im äussersten Fall und nach einer sorgfältigen Verhältnismässigkeitsprüfung angeordnet

2069 Darunter fallen u.a. Familien mit Kleinkindern und minderjährigen Jugendlichen, allein reisende Frauen mit oder ohne Kinder, alte und gebrechliche Personen oder auch Personen beiderlei Geschlechts mit medizinischen (oftmals psychischen) Problemen, siehe Meyer, S. 11.

2070 Ibid., S. 11 f.

2071 Ibid., S. 13.

werden. Eine wichtige Rolle für die Rechtmässigkeit der Haft spielen auch die Haftbedingungen. Sind diese den besonderen Bedürfnissen vulnerabler Personen unangemessen, kann dies zur EMRK-Widrigkeit der Haft als solche führen.

Für den Fall, dass auf eine Inhaftierung nicht verzichtet wird, sollten deshalb *klare Vorgaben zum Umgang mit den Opfern oder zumindest mit vulnerablen Personen in der Haft definiert werden*. Zwar ist die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von vulnerablen Personen rechtlich vorgeschrieben, aber der Gehalt dieser Vorschrift ist bislang unklar und eine Konkretisierung, beispielsweise mittels gesamtschweizerischer Richtlinien oder anderer Arbeitsinstrumente für die Mitarbeitenden kantonaler Ausschaffungsgefängnisse, wäre aus einer Opferschutzsicht notwendig.

Auch im Bereich der Ausschaffung wären *gesamtschweizerisch einheitliche Vorgaben* bezüglich der Vorbereitung und Durchführung der Ausschaffung bei vulnerablen Personen notwendig, denn die kantonale Praxis ist aktuell eher heterogen.

Im hier vorgeschlagenen Identifizierungsmodell²⁰⁷² könnte die Geschäftsstelle der Identifizierungskommission eine führende Rolle bei der Erarbeitung solcher gesamtschweizerischer Standards einnehmen. Aber auch im Rahmen des hier ebenfalls vorgeschlagenen nationalen Weiterverweisungsmechanismus²⁰⁷³ könnten – z.B. wenn das Identifizierungsmodell nicht umgesetzt wird – solche Standards erarbeitet werden.

V. Zwischenfazit zu den Auswirkungen des Identifizierens im Asylverfahren

Im vorliegenden Kapitel wurden die Auswirkungen des Identifizierungsentscheides im Asylverfahren untersucht. Zunächst sollte für identifizierte Opfer eine Möglichkeit bestehen, ihren Aufenthalt zu regularisieren. Hierzu wurden die in der Schweiz für Opfer von Menschenhandel bestehenden Aufenthaltsoptionen untersucht und miteinander verglichen. Da aktuell zwar verschiedene Möglichkeiten für Menschenhandelsopfer bestehen, einen Aufenthaltstitel zu erlangen, diese aber an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft sind und sich somit im Anwendungsbereich unter-

2072 Oben, S. 454 ff.

2073 Oben, S. 439 ff.

scheiden, die jeweils gewährte Rechtsstellung unterschiedlich ist und sich zudem die Aufenthaltsoptionen in den meisten Fällen gegenseitig ausschliessen, wird hier vorgeschlagen, dass im Rahmen des weiter oben vorgeschlagenen Identifizierungsmechanismus und/oder des nationalen Weiterverweisungsmechanismus eine Kommunikation zwischen SEM, kantonalen Ausländerbehörden und der Rechtsvertretung der Opfer institutionalisiert wird, damit die jeweils adäquate Aufenthaltsoption für die Opfer bestimmt werden kann. Der Vorrang des Asylverfahrens, der es nach aktueller Praxis verunmöglicht, vom Asylverfahren in ein ausländerrechtliches Bewilligungsverfahren zu wechseln, ist m.E. aufgrund der völkerrechtlich bestehenden Ansprüche auf Aufenthaltsregularisierung nicht haltbar.

Wird nach dem Identifizierungsverfahren das Asylverfahren weitergeführt (oder neu eines eröffnet), so gilt prozessual die gesteigerte Abklärungspflicht und das Dossier sollte an eine spezialisierte Person innerhalb des SEM übergeben werden, welche das Asylverfahren durchführt. Für den Asylentscheid hat der Identifizierungsentscheid zwar keine automatischen Auswirkungen und es sollte vermieden werden, dass eine negative Identifizierungsentscheidung eine für die gesuchstellende Person nachträgliche Präjudizwirkung entfaltet. Gleichwohl darf der Identifizierungsentscheid nicht ignoriert werden und muss im Rahmen der gesteigerten Abklärungspflicht berücksichtigt werden.

Eine weitere Auswirkung der formellen Identifizierung sind die zu gewährleistenden erweiterten Unterstützungspflichten. Diese sind in der Schweiz weitgehend für alle Asylsuchenden (zumindest rechtlich) gewährleistet, und stehen somit auch potentiellen wie identifizierten Opfern von Menschenhandel offen.

Erhält die Person kein Aufenthaltsrecht und muss sie die Schweiz verlassen, sind für identifizierte Opfer die Vorgaben für eine Rückkehr in Sicherheit und Würde zu beachten. Während für die selbstorganisierte Rückkehr in der Schweiz ein positiv zu würdigendes Rückkehrhilfeprogramm besteht und sich dabei lediglich noch Fragen nach einer allfälligen staatlichen Finanzierung der privaten Rückkehrhilfe für unfreiwillig rückkehrende Opfer stellen, sind in Bezug auf die Anordnung und Ausgestaltung der Administrativhaft und die Ausschaffung weder national noch auf europäischer Ebene konkrete Vorgaben vorhanden. Zwar werden Menschenhandelsopfer in der Schweizer Praxis soweit ersichtlich nur sehr selten zwangsweise ausgeschafft. Dennoch kann das Fehlen konkreter Vorgaben dazu führen, dass die besonderen Rechte und Bedürfnisse von Menschenhandelsopfern in der Praxis nicht vollständig beachtet werden. Die Erar-

beutung von einheitlichen Vorgaben sowohl auf nationaler als auch auf europäischer oder internationaler Ebene wäre deshalb aus einer Opferschutzperspektive angezeigt.