



Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei ausländischen Staatsangehörigen

Dargestellt am Beispiel der Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz

Jörg Künzli

Nula Frei

David Krummen

Bern, 21. August 2017

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTORENVERZEICHNIS

Jörg Künzli

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Völkerrecht am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, Direktor des SKMR, Themenbereichsleiter Polizei und Justiz des SKMR

Nula Frei

Dr. iur., Oberassistentin am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ue., wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Polizei und Justiz des SKMR (bis März 2017)

David Krummen

MLaw, Rechtsanwalt, Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern und wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Themenbereich Polizei und Justiz des SKMR

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

Zitiervorschlag: SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR), Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei ausländischen Staatsangehörigen – Dargestellt am Beispiel der Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz, verfasst von Künzli Jörg/Frei Nula/Krummen David, Bern, 2017.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis.....	V
Zusammenfassung	1
I. Einführung.....	4
1. Auftrag und Hintergrund der Studie.....	4
2. Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei Asylsuchenden	4
3. Aufbau.....	6
II. Freiheitsbeschränkungen bei ausländischen Staatsangehörigen aus Drittstaaten in der Schweiz: Ein Überblick	7
1. Wohnsitzpflichten	7
2. Kurzfristige Festhaltung.....	8
3. Ein- oder Ausgrenzung.....	8
4. Ausländerrechtliche Haft	9
5. Unterbringung von Asylsuchenden und Nothilfebeziehenden.....	9
III. Menschen- und grundrechtliche Vorgaben	10
1. Menschen- und grundrechtlicher Schutz vor Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung	10
1.1. Freiheitsentzug.....	10
1.2. Freiheitsbeschränkung	11
2. Flüchtlingsrechtlicher Schutz der Bewegungsfreiheit	12
3. Soft Law	12
IV. Zulässiger Freiheitsentzug im Migrationskontext	13
1. Übersicht	13
2. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen des Freiheitsentzugs	13
3. Prozedurale Garantien bei Freiheitsentzug.....	15
4. Zulässige Haftgründe mit Relevanz im Migrationskontext.....	17
4.1. Verhinderung der unerlaubten Einreise.....	18
4.1.1. Einreisehaft als Freiheitsentzug	18
4.1.2. „Unerlaubte“ Einreise.....	19
4.1.3. Einreisehaft in der Schweiz	19
4.2. Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung	22
4.2.1. Inhaftierung zu Beginn des Asylverfahrens	23
4.2.2. Inhaftierung während des Aufenthalts?.....	25
4.2.3. Inhaftierung im Zusammenhang mit der Wegweisung	26
4.3. Durchführung eines Ausweisungsverfahrens	27
5. Zwischenfazit.....	28
V. Die Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und –entzug.....	29
1. Übersicht	29
2. Die Intensität des Eingriffs als Abgrenzungskriterium zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug... 29	
3. Kasuistik.....	30
3.1. Zeitliche Dimension	30
3.2. Räumliche Dimension	32
3.3. Weitere Kriterien.....	33
4. Exkurs: „Gelockerte“ Formen des Strafvollzugs als Freiheitsentzug.....	34
VI. Die Unterbringung von Asylsuchenden zwischen Freiheitsbeschränkung und –entzug	35

1.	Übersicht	35
2.	Die Unterbringung von Asylsuchenden in Zentren des Bundes	36
2.1.	Aktuelle und zukünftige Ausgangslage	36
2.2.	„Besondere Zentren“	36
3.	Prüfung der Abgrenzung von Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei der Unterbringung von Asylsuchenden	38
3.1.	Vorfrage: Einwilligung in die Unterbringung?	39
3.2.	Einschlusszeiten	39
3.3.	Einschränkungen der Bewegungsfreiheit ausserhalb der Unterkunft	41
3.3.1.	Standort des Zentrums	41
3.3.2.	Rayonverbote	42
3.3.3.	Modalitäten des Ausgangs	43
3.4.	Ausgestaltung der Unterkunft	43
3.4.1.	Besuchszeiten und weitere Kommunikationsmöglichkeiten	43
3.4.2.	Sicherheitsdispositiv	44
3.4.3.	Disziplinarregime	44
3.4.4.	Vorgegebene Tagesabläufe	45
4.	Zwischenfazit: Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung bei Fehlen absolut geltender Kriterien	45
VII.	Exkurs: Freiheitsbeschränkungen im Asylbereich	45
1.	Übersicht und Voraussetzungen	45
2.	Freiheitsbeschränkungen im Asylbereich: Hinweise	46
2.1.	Nächtliches Ausgangsverbot und Bewilligungspflicht des Ausgangs	47
2.2.	Verweigerung einer Ausgangsbewilligung	48
2.3.	Rayonverbote	49
	Literaturverzeichnis	50

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB	Amtliches Bulletin (N = Nationalrat; S = Ständerat)
ABI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AIDA	Asylum Information Database
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung (des Bundesrechts)
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
AsylV 1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999, SR 142.311
AsylV 2	Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999, SR 142.312
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
BBI	Bundesblatt
BFM	Bundesamt für Migration (heute: SEM)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CAT	Committee against Torture (Ausschuss gegen Folter)
CM	Committee of Ministers (Ministerkomitee des Europarats)
CO	Concluding Observations
CPT	European Committee for the Prevention of Torture (Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe)
CRC	Committee on the Rights of the Child (Ausschuss für die Rechte des Kindes)
d.h.	das heisst
DR	Decisions and Reports (EKMR 1975–1998)
E.	Erwägung

EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD-VO	Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich vom 14. November 2007, SR 142.311.23
EKMR	Europäische Menschenrechtskommission, bis 1998
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
EMRK ZP 4	Protokoll Nr. 4 vom 16.9.1963 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind, SEV Nr. 046.
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVZ	Empfangs- und Verfahrenszentrum
ExCom	Executive Committee (Exekutivausschuss des UN-Hochkommissariats für Flüchtlinge)
f./ff.	folgende/fortfolgende
FK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30
Fn.	Fussnote
FRA	Fundamental Rights Agency (Grundrechteagentur der EU)
gg.	gegen
ggf.	gegebenenfalls
HRC	Human Rights Committee (Menschenrechtsausschuss)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107
lit.	litera

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
nAsylG	Asylgesetz; Änderung vom 25. September 2015, BBl 2015 7181
NE	Kanton Neuenburg
Nr.	Nummer
NUK	Nothilfeunterkunft
PACE	Parliamentary Assembly (Parlamentarische Versammlung des Europarats)
para.	Paragraph
RDÜ	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104
RDÜ-Ausschuss	Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite
Schengener Grenzkodex	Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), kodifizierter Text, ABi L 77 vom 23.3.2016, S. 1–52.
SEM	Staatssekretariat für Migration
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
UN/UNO	United Nations/United Nations Organization
v.	versus
vgl.	vergleiche
WEF	World Economic Forum

z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZEMIS	Zentrales Migrationsinformationssystem
Ziff.	Ziffer(n)

ZUSAMMENFASSUNG

Rufe nach einer Internierung aller Asylsuchenden gemäss dem Vorbild Australiens ertönen regelmässig auch in Europa bei Ansteigen der Asylgesuchszahlen. Dass die Idee einer Internierung aller asylsuchenden Personen nicht nur Bestandteil politischer Rhetorik ist, sondern Realität, zeigt gegenwärtig das Beispiel Ungarn. Forderungen nach geschlossenen Asylzentren für spezifische Gruppen von Asylsuchenden sind zumindest in jüngerer Vergangenheit auch regelmässiger Bestandteil des migrationspolitischen Diskurses in der Schweiz.

Vor diesem aktuellen Hintergrund besteht für die vorliegende Studie insbesondere in den folgenden Bereichen juristischer Klärungsbereich:

- So ist erstens zu analysieren, in welchen Situationen verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben es der Schweiz überhaupt rechtlich ermöglichen, spezifisch für Personen im Asylverfahren (d.h. ausserhalb der strafprozessualen Zwangsmittel und des Straf- und Massnahmenvollzugs) geschlossene Unterkünfte im Sinne einer Internierung und damit als Freiheitsentzug vorzusehen.
- Aus grund- und menschenrechtlicher Sicht eng damit verwoben ist die zweite zentrale Fragestellung, wann bestimmte, mit der konkreten Unterkunftsart verknüpfte, Beschränkungen der Bewegungsfreiheit Asylsuchender als Haft (d.h. als Freiheitsentzug) einzustufen sind. Konkret gilt es abzuklären, ob eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit als Freiheitsbeschränkung oder bereits als Freiheitsentzug einzustufen ist. Diese Abgrenzung ist zwar gradueller Natur; sie führt aber rechtlich zu bedeutenden Unterschieden und ist von hoher Praxisrelevanz: Während eine Freiheitsbeschränkung lediglich den allgemeinen Voraussetzungen eines rechtmässigen Grundrechtseingriffs zu genügen hat, muss ein Freiheitsentzug – als einer der schwerstmöglichen Eingriffe in die persönliche Freiheit – wesentlich strikteren Vorgaben genügen.

Bevor sie sich mit den genannten Fragenkomplexen beschäftigt, präsentiert die vorliegende Studie zunächst einen Überblick über die in der Schweiz gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit gegenüber ausländischen Staatsangehörigen im Allgemeinen und Asylsuchenden im Besonderen und stellt die einschlägigen Rechtsgrundlagen auf nationaler und internationaler Ebene dar. Darauf aufbauend präsentiert diese Arbeit ein Prüfungsraster zur Beurteilung, ob die Unterkunftsmodalitäten von Asylsuchenden die Schwelle zum Freiheitsentzug überschreiten, wobei der Fokus auf den Zentren des Bundes liegt. Im Sinn eines Exkurses stellt die Studie abschliessend die Voraussetzungen rechtskonformer Freiheitsbeschränkungen im Asylbereich dar.

Die Studie gelangt zu folgenden Befunden:

- Freiheitsentzug und damit Haft darf gemäss Art. 5 Abs. 1 EMRK – nebst anderen Voraussetzungen wie der Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und dem Bestehen einer gesetzlichen Grundlage – nur bei Vorliegen spezifisch umschriebener Haftgründe angeordnet werden. Im Migrationskontext relevant sind dabei die Haftgründe der Verhinderung der unerlaubten Einreise (lit. f Variante 1), Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (lit. b Variante 2) sowie Durchführung eines Auswei-

sungsverfahrens (lit. f Variante 2). Freiheitsentzug muss dabei immer das letzte Mittel bleiben; mildere Massnahmen sind vorzuziehen.

- Basierend auf diesen Grundlagen kennt die Schweiz die Einreisehaft in den Transitzentren zur Verhinderung der irregulären Einreise, einen Freiheitsentzug aufgrund der Missachtung von Ein- oder Ausgrenzungsverfügungen sowie einen Freiheitsentzug zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs, wobei die EMRK-Konformität der Durchsetzungshaft fraglich ist.
- Die Anordnung von Freiheitsentzug zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK dient gemäss Praxis des EGMR der Erzwingung klar umrissener, gesetzlich vorgeschriebener Verpflichtungen des Einzelnen, wenn keine anderen Massnahmen zum gleichen Ziel führen; sie hat damit keinen pönalen Charakter und ist folglich bei Erfüllung dieser Verpflichtung aufzuheben. Zudem muss im Gesetz selber der Freiheitsentzug als Durchsetzungsmittel zur Erfüllung dieser Pflicht vorgesehen sein. Im schweizerischen Asylrecht fehlen die Voraussetzungen, um – mit Ausnahme der rechtlich umstrittenen Durchsetzungshaft – basierend auf diesem Haftgrund einen Freiheitsentzug anzuordnen. Die Unterkunft in Bundeszentren, aber auch diejenige in besonderen Bundeszentren für „renitente“ Asylsuchende, darf folglich die Schwelle zum Freiheitsentzug nicht überschreiten.
- Dieser Befund unterstreicht die fundamentale Bedeutung der Abgrenzung zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung im Kontext der Unterbringung von Asylsuchenden.
- Gemäss Rechtsprechung des EGMR ist die Abgrenzung zwischen diesen Intensitätsstufen eines Eingriffs in die Bewegungsfreiheit gradueller Natur, und sie ist unter Beachtung der konkreten Gesamtumstände vorzunehmen.
- Ausgangspunkt dieser Prüfung bildet für den EGMR wie auch für das Bundesgericht die Kombination von zeitlicher und räumlicher Dimension dieses Grundrechtseingriffs. Je beengter und haftähnlicher der erzwungene Aufenthaltsort ist, desto kürzer kann die Frist eines Eingriffs sein, damit dieser als Freiheitsentzug eingestuft wird. So gilt etwa ein mehrstündiger Einschluss in einer Zelle bereits als Haft, während für diese Qualifikation bei einem Hausarrest eine deutlich längere Frist vonnöten ist. Ebenso ist zu beachten, ob diese Beschränkung ununterbrochen oder etwa jeweils „nur“ während der Nacht gilt. Irrelevant ist dabei, ob diese Beschränkungen auf physischem Zwang beruhen, behördlich verfügt wurden oder ob sie auf indirekten Zwang basierend auf faktischen Umständen zurückgehen.
- Lassen diese Kernkriterien eine Abgrenzung zwischen den Eingriffsmodalitäten nicht zweifelsfrei zu, zieht die Gerichtspraxis weitere Prüfelemente bei. Dabei stehen etwa das Vorliegen von Meldepflichten, das Ausmass der Aufsicht und Überwachung sowie insbesondere die Möglichkeit, soziale Kontakte pflegen zu können, im Vordergrund. Im Kern kreisen alle diese Kriterien damit um die Frage, ob und vor allem in welchem Ausmass eine konkrete Beschränkung der Bewegungsfreiheit andere Grund- und Men-

schenrechte – wie namentlich das Recht auf Privatleben oder Kommunikationsrechte – schmälert.

- Wie ist vor diesem rechtlichen Hintergrund die Unterkunft in den Asylzentren des Bundes einzuordnen? Die Analyse gelangt zum Schluss, dass eine Unterkunft in Bundeszentren bei Gewährleistung des täglichen Ausgangs und bei Fehlen weiterer Einschränkungen das Intensitätsniveau eines Freiheitsentzugs trotz der relativ langen Einschlusszeiten in aller Regel nicht erreicht und somit als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren ist. Die Rechtmässigkeit dieser Unterkunftsmodalitäten bemisst sich folglich im Einzelfall nach den Einschränkungs Voraussetzungen der Bewegungsfreiheit. Dieser Befund schliesst indes in keiner Weise aus, dass etwa bei regelmässiger Verweigerung des Ausgangs und/oder bei zusätzlicher Anordnung eines Rayonverbots die Schwelle zum Freiheitsentzug überschritten wird und damit die Unterkunftsmodalitäten bereits mangels Vorliegens eines zulässigen Haftgrundes als rechtswidrig einzustufen sind.
- Auch die Unterbringungsform in „besondere Zentren“ – so die Schlussfolgerung der Studie – darf nicht den Intensitätsgrad eines Freiheitsentzugs erreichen. Dies, weil die Asylgesetzgebung nicht den Vorgaben des Haftgrundes der Durchsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung entspricht. Die Einweisung in ein besonderes Zentrum bezweckt ferner nicht einzig die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen und wird auch bei Beachtung derselben nicht sofort beendet, sondern weist zumindest *auch* pönalen Charakter auf. Da gegenwärtig noch kein solches Zentrum operativ ist – und zudem diese Abgrenzung im Einzelfall vorzunehmen ist – fällt eine Qualifikation dieser Unterkunftsart als Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung nicht einfach. Bereits die rechtlichen Vorgaben, die in „Renitentenzentren“ eine weitere Einschränkung der Ausgangszeiten und die zwingende Anordnung von Rayonverboten vorsehen, und die Örtlichkeit des geplanten Zentrums sind indes Indizien dafür, dass die Situation im Allgemeinen zumindest im Grenzbereich zwischen Freiheitsbeschränkung und -entzug anzusiedeln ist. Mit anderen Worten besteht u.E. nur geringer Spielraum, um das Regime der Unterkunft in besonderen Bundeszentren im Vergleich zu demjenigen der „normalen“ Zentren (noch) rigider auszugestalten.
- Diese Schlussfolgerungen treffen im Übrigen auch auf die zukünftigen „Ausreisezentren“ zu. Auch diese dürfen in ihrer Ausgestaltung nicht die Schwelle eines Freiheitsentzugs überschreiten. Andernfalls müsste Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Dublin-Haft nach den Voraussetzungen von Art. 75 ff. AuG verfügt werden und es müssten die Haftbedingungen nach Art. 81 AuG garantiert sein.

I. EINFÜHRUNG

1. Auftrag und Hintergrund der Studie

Rufe nach einer Internierung aller Asylsuchenden gemäss dem Vorbild Australiens ertönen regelmässig auch in Europa bei Ansteigen der Asylgesuchzahlen. Dass Internierungen geflüchteter Personen nicht nur Bestandteil politischer Rhetorik sind, sondern Realität werden, zeigt gegenwärtig das Beispiel Ungarn. Zumindest Forderungen nach geschlossenen Asylzentren für spezifische Gruppen von Asylsuchenden stehen in jüngerer Vergangenheit auch in der Schweiz regelmässig auf der politischen Agenda.¹

Vor diesem Hintergrund wurde das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (Themenbereich Polizei und Justiz / Universität Bern) durch den Lenkungsausschuss EDA/EJPD beauftragt, eine Studie zu den menschenrechtlichen Vorgaben bei Massnahmen gegenüber ausländischen Staatsangehörigen, die eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit oder einen Freiheitsentzug darstellen („Étude sur les standards en matière de droits de l'homme applicables aux mesures impliquant une restriction ou privation de liberté de ressortissants étrangers“), zu verfassen.

Angesichts des aktuellen juristischen Klärungsbedarfs in der Schweiz legt die vorliegende Studie ihren Schwerpunkt einerseits auf Personen im Asylverfahren und fokussiert sich andererseits inhaltlich auf die folgenden zwei Fragestellungen: Wann ist eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit im Bereich des Migrationsrechts als Haft und damit als Freiheitsentzug einzustufen? Unter welchen Voraussetzungen kann eine migrationsrechtlich motivierte Anordnung eines solchen schweren Eingriffs in die Bewegungsfreiheit rechtmässig sein?

2. Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei Asylsuchenden

Die geltende Ausländer- und Asylgesetzgebung sieht mehrere spezifische Möglichkeiten zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit ausländischer Personen vor. Beispiele sind Wohnsitzauflagen, Ein- und Ausgrenzungen ("Rayonverbote") oder die ausländerrechtliche Administrativhaft. Auch die kollektive Unterbringung von Asylsuchenden in Zentren beschränkt die Bewegungsfreiheit dieser Personen in teils weitgehender Weise. Solche freiheitsbeschränkenden Massnahmen bilden einen wichtigen Bestandteil der schweizerischen Migrationspolitik. Die Kontrolle des Aufenthaltsortes ausländischer Staatsangehöriger ist somit ein gewichtiges Instrument der Migrationsverwaltung.

Je nach Intensität der mit dem Aufenthalt in einer solchen Unterkunft oder mit einer anderen migrationsrechtlichen Anordnung verbundenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit kann eine solche Massnahmen entweder eine „blosse“ Einschränkung der Bewegungsfreiheit oder als eigentliche Haft, d.h. als Freiheitsentzug eingestuft werden.

¹ Siehe alleine aus den letzten zwei Jahren die folgenden parlamentarischen Vorstösse: Interpellation Addor (16.3445), „Was hindert Europa daran, sich bei seiner Migrationspolitik am australischen Modell zu orientieren?“; Motion Quadri (16.3019), „Den freien Ausgang der Asylsuchenden in den Empfangszentren einschränken“; Postulat Golay Roger (15.3853), „Asylzentren. Überprüfung der Zweckmässigkeit beschränkter Ausgangszeiten“. Siehe dazu auch die ausführlichen Hinweise bei SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 20 ff.

Damit gilt es in vorliegender Studie erstens zu klären, ob verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben es erlauben, spezifisch für Personen im Asylverfahren ausserhalb der strafprozessualen Zwangsmittel (insb. Untersuchungshaft) und des Straf- und Massnahmenvollzugs die Unterbringung in geschlossenen Unterkünften im Sinne einer Internierung und damit Freiheitsentzug anzuordnen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich aus menschenrechtlicher Sicht die für vorliegende Studie zweite zentrale Fragestellung, wann Beschränkungen der Bewegungsfreiheit als Haft und damit als Freiheitsentzug einzustufen sind. Diese Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug ist zwar gradueller Natur; sie führt aber rechtlich zu bedeutenden Unterschieden. Während eine Freiheitsbeschränkung lediglich den allgemeinen Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung zu genügen hat, muss ein Freiheitsentzug – als einer der schwerstmöglichen Eingriffe in die persönliche Freiheit – stets durch ein Gericht überprüft werden sowie spezifischen Vorgaben zum Schutz der inhaftierten Person genügen. Zudem liegt für die Schweiz einzig der Freiheitsentzug im Anwendungsbereich der EMRK². Dies hat zur Folge, dass bei einer „blossen“ Freiheitsbeschränkung die Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ausgeschlossen ist (siehe zum Ganzen Abbildung 1).

Die Bedeutung dieser Abgrenzungsfrage wird gerade im Asylbereich voraussichtlich noch zunehmen. Mit der sog. Neustrukturierung des Asylbereichs wird ein Grossteil der Asylsuchenden zukünftig ausschliesslich in Bundeszentren untergebracht werden. Diese Unterbringungsform zieht aufgrund ihrer freiheitsbeschränkenden Natur teilweise Kritik der Lehre auf sich;³ und sowohl der RDÜ-Ausschuss der Vereinten Nationen wie auch UNHCR haben ihre Besorgnis darüber ausgedrückt, dass die Bewegungsfreiheit von Asylsuchenden in der Schweiz teils erheblich eingeschränkt wird.⁴

Die im Gefolge erhöhter Gesuchseingänge nach dem „arabischen Frühling“ aufgebrandete Diskussion⁵ um „renitente“ Asylsuchende führte weiter dazu, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit schuf, solche Personen in besondere Zentren einzuweisen, welche die Bewegungsfreiheit der darin Unterbrachten potenziell weiter beschränken.

² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

³ GORDZIELIK, Rz. 129 ff.; WIDMER, S. 28; KIENER/MEDICI, Rz. 30 ff., insb. 36 f.

⁴ RDÜ-Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Schweiz, CERD/C/CHE/CO/7-9 (2014), para. 17; UNHCR, Empfehlungen von UNHCR im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung der Verordnungen zum Asylgesetz zum Zwecke der Umsetzung der dringlichen Änderungen des Schweizer Asylgesetzes (AsylG), März Oktober 2013, S.14 f.; UNHCR, Empfehlungen von UNHCR zur Umsetzung der dringlichen Änderungen des Schweizer Asylgesetzes (AsylG) und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), S. 11 f.

⁵ Siehe insbesondere die parlamentarischen Diskussionen anlässlich der dringlichen Revision des Asylgesetzes in der Sommersession 2012, AB 2012 N 1077 ff.

	Freiheitsbeschränkung	Freiheitsentzug
Anwendbare Rechtsnormen	Art. 10 Abs. 2 BV (EMRK ZP 4) Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II	Art. 31 BV Art. 5 EMRK Art. 9 UNO-Pakt II
Voraussetzungen der Anordnung	Art. 36 BV: rechtliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit	<ul style="list-style-type: none"> • zulässiger Haftgrund (Art. 5 Abs. 1 lit. a-f EMRK) • Einhaltung des gesetzlich vorgegebenen Verfahrens • Willkürverbot und Verhältnismässigkeit
Verfahrensgarantien	<ul style="list-style-type: none"> • Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV • Rechtsweggarantie Art. 29a BV 	<ul style="list-style-type: none"> • Information über Haftgrund und Rechte • rasche und direkte gerichtliche Haftüberprüfung • bei Untersuchungshaft unverzügliche Vorführung vor Richter
Rechtsweg	bis Bundesgericht	Bundesgericht EGMR

Abbildung 1: Rechtliche Konsequenzen der Unterscheidung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug

3. Aufbau

Diese Studie beginnt mit einem Überblick über die Kaskade der rechtlich möglichen Freiheitsbeschränkungen bei ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz (II.) und gibt anschliessend einen Überblick über die für die vorliegende Fragestellung einschlägigen grund- und menschenrechtlichen Bestimmungen (III.). Das nächste Kapitel untersucht, aus welchen Gründen eine Inhaftierung und damit ein Freiheitsentzug bei ausländischen Staatsangehörigen im Kontext der Migrationskontrolle überhaupt zulässig ist (IV.). Wie gezeigt werden wird, ist Freiheitsentzug nur in einem eng beschränkten Kreis von Konstellationen, d.h. bei Vorliegen abschliessend aufgelisteter Haftgründe, zulässig. Dies bedeutet, dass jegliche Beschränkungen der Bewegungsfreiheit von Asylsuchenden, die aus anderen Motiven erfolgen, unterhalb der Schwelle eines Freiheitsentzugs bleiben müssen. Bevor untersucht werden kann, ob dies in der Schweiz der Fall ist, werden die Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung, die in der Rechtsprechung insbesondere des EGMR entwickelt wurden, dargestellt (V.). Sodann kann analysiert werden, wie die Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz in dieser Hinsicht zu qualifizieren ist (VI.). Um das Gesamtbild abzurunden wird abschliessend in einem kurzen Exkurs die Verhältnismässigkeit von freiheitsbeschränkenden Massnahmen im Asylbereich cursorisch angesprochen (VII.).

II. FREIHEITSBESCHRÄNKUNGEN BEI AUSLÄNDISCHEN STAATSANGEHÖRIGEN AUS DRITTSTAATEN IN DER SCHWEIZ: EIN ÜBERBLICK

In der Schweiz können ausländischen Staatsangehörigen von Gesetzes wegen verschiedene Freiheitsbeschränkungen auferlegt werden. Diese unterscheiden sich wesentlich in ihrer Intensität. Sie reichen von Wohnsitzpflichten über kurzfristige Festhaltungen sowie Ein- oder Ausgrenzungen bis hin zur Administrativhaft. Die gegenüber ausländischen Staatsangehörigen zulässigen Freiheitsbeschränkungen können demnach als Kaskade dargestellt werden (vgl. Abbildung 2).

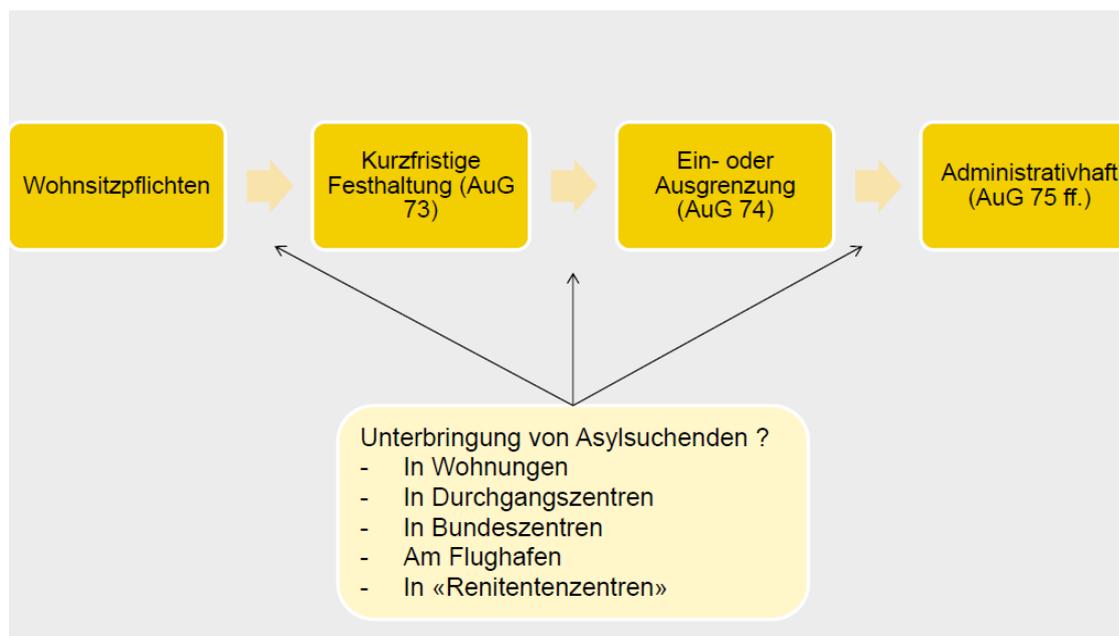


Abbildung 2: Die Kaskade der Freiheitsbeschränkungen bei ausländischen Staatsangehörigen

Neben den vorangehend genannten Beschränkungen kann sich auch die Unterbringung von Asylsuchenden freiheitsbeschränkend auswirken. Aufgrund der sich stark unterscheidenden Unterbringungsformen lässt sich diese Art der Freiheitsbeschränkung allerdings nicht ohne weiteres in die Kaskade einordnen. Die Beurteilung der Intensität dieser Freiheitsbeschränkung ist das Ziel der vorliegenden Studie. Nachfolgend werden die gegenüber ausländischen Staatsangehörigen zulässigen Freiheitsbeschränkungen überblicksartig dargestellt.

1. Wohnsitzpflichten

Viele ausländische Staatsangehörige unterliegen – je nach ausländerrechtlicher Bewilligungsart – einer *Wohnsitzpflicht* und damit einer (milden) Einschränkung der Bewegungsfreiheit. Diese unterscheidet sich aber stark je nach Art der Aufenthaltserlaubnis. So können *Personen mit Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung* aus Drittstaaten oder aus EU/EFTA-Staaten ihren Wohnort zwar innerhalb des Kantons, der die Bewilligung erteilt hat, frei wählen (Art. 36 AuG⁶); sie müssen aber für einen Kantonswechsel im Voraus eine entsprechende Bewil-

⁶ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG), SR 142.20.

ligung des neuen Kantons beantragen (Art. 37 Abs. 1 AuG).⁷ *Asylsuchende* hingegen sind verpflichtet, in dem ihnen zugewiesenen Kanton zu wohnen; ein Kantonswechsel kann einzig aufgrund eines Anspruchs auf Einheit der Familie oder bei schwerwiegender Gefährdung der asylsuchenden Person erfolgen (Art. 27 Abs. 1 AsylG⁸; Art. 22 Abs. 2 AsylV 1⁹). Auch *vorläufig aufgenommene Ausländer* können ihren Aufenthaltsort nur innerhalb des zugewiesenen Kantons frei wählen (Art. 85 Abs. 5 AuG)¹⁰ und müssen für einen Kantonswechsel eine Bewilligung einholen. Ein ablehnender Entscheid hinsichtlich eines Kantonswechsels kann nur wegen Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie angefochten werden (Art. 85 Abs. 3 und 4 AuG). Ähnlich ist es bei *abgewiesenen Asylsuchenden*, d.h. Personen, auf deren Asylgesuch nicht eingetreten oder das abgelehnt wurde. Ein Recht auf Kantonswechsel besteht für sie grundsätzlich nicht; ausgenommen sind auf Art. 8 EMRK (Recht auf Familienleben) fussende Ansprüche.¹¹ Für *Flüchtlinge (mit Asyl oder einer vorläufigen Aufnahme)* wiederum bleibt zwar zunächst derjenige Kanton zuständig, dem sie bereits als Asylsuchende zugewiesen waren. Gestützt auf Art. 26 Flüchtlingskonvention (FK)¹² haben sie aber – gleich wie Personen mit Niederlassungsbewilligung – einen grundsätzlichen Anspruch auf einen Kantonswechsel (vgl. Art. 37 Abs. 3 i.V.m. Art. 36 AuG).¹³

2. Kurzfristige Festhaltung

Gemäss Art. 73 AuG können Ausländerinnen und Ausländer ohne Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung kurzfristig während maximal drei Tagen festgehalten werden. Dies aber einzig zur Eröffnung einer Verfügung im Zusammenhang mit ihrem Aufenthaltsstatus oder zur Feststellung ihrer Identität oder Staatsangehörigkeit, soweit dazu ihre persönliche Mitwirkung erforderlich ist (Art. 73 Abs. 1 AuG). In der Regel erfolgt eine solche Festhaltung durch die Polizei. Das Gesetz sieht gewisse Verfahrensrechte für die so festgehaltenen Personen vor.¹⁴

3. Ein- oder Ausgrenzung

Ausländischen Staatsangehörigen kann die Auflage erteilt werden, ein ihnen zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen (*Eingrenzung*) oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten (*Ausgrenzung*). Die Anordnung einer Ein- oder Ausgrenzung ist zulässig gegenüber Personen ohne Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, welche die Sicherheit und Ordnung

⁷ Dabei haben Personen mit einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung einen Anspruch auf Kantonswechsel, sofern keine Widerrufungsgründe nach Art. 62 resp. 63 AuG vorliegen und – dies nur für Personen mit Aufenthaltsbewilligung – sie nicht arbeitslos sind (Abs. 2). E contrario haben Personen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung keinen Anspruch auf Kantonswechsel.

⁸ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31.

⁹ Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsylV 1), SR 142.311.

¹⁰ Im Fall von Sozialhilfeabhängigkeit kann jedoch von den kantonalen Behörden ein Wohnort oder eine Unterkunft zugewiesen werden.

¹¹ EGMR, *Mengesha Kimfe v. Switzerland*, 24404/05 (2010); *Agraw v. Switzerland*, 3295/06 (2010).

¹² Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (FK), SR 0.142.30.

¹³ BVGE 2012/2, E. 5.2.

¹⁴ Die Person muss über den Grund für ihre Festhaltung informiert werden (Art. 73 Abs. 3 lit. a AuG). Dauert die Festhaltung länger als 24 Stunden, so ist der betroffenen Person zuvor Gelegenheit zu geben, dringliche persönliche Angelegenheiten zu erledigen oder erledigen zu lassen. Gegen die kurzfristige Festhaltung besteht die Möglichkeit, ein Gesuch an eine richterliche Behörde zur nachträglichen Überprüfung der Rechtmässigkeit einzureichen (Art. 73 Abs. 5 AuG).

stören oder gefährden (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG).¹⁵ Des Weiteren ist eine Ein- oder Ausgrenzung möglich, wenn ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt und konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die betroffene Person nicht innerhalb der Ausreisefrist ausreisen wird, oder sie die ihr angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat oder wenn die Ausschaffung aufgeschoben wurde (Art. 74 Abs. 1 lit. b und c AuG).

4. Ausländerrechtliche Haft

Die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung findet sich in der ausländerrechtlichen Administrativhaft. Das schweizerische Ausländergesetz kennt insgesamt fünf Arten der Administrativhaft: *Vorbereitungshaft* (Art. 75 AuG) dient dazu, die Durchführung eines Wegweisungsverfahrens oder eines strafrechtlichen Verfahrens, in welchem eine Landesverweisung droht, sicherzustellen und kann bei Personen angeordnet werden, über deren Aufenthaltsberechtigung noch nicht entschieden wurde, sofern einer der in Art. 75 Abs. 1 AuG aufgeführten Haftgründe erfüllt ist. Ein solcher liegt beispielsweise dann vor, wenn eine Person mehrere Asylgesuche unter verschiedenen Identitäten einreicht (lit. a), wenn eine Person gegen eine angeordnete Ein- oder Ausgrenzung verstösst (lit. b) oder wenn eine Person trotz Einreiseverbot das Gebiet der Schweiz betritt und nicht sofort weggewiesen werden kann (lit. c). Die *Ausschaffungshaft* (Art. 76 AuG) kann angeordnet werden, sobald ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid eröffnet worden ist und dient der „Sicherstellung des Vollzugs“. Sie erfordert das Vorliegen eines in Art. 76 Abs. 1 AuG aufgeführten Haftgrundes. Ein solcher liegt etwa dann vor, wenn die betroffene Person sich der Ausschaffung entziehen will (lit. b Ziff. 3) oder wenn der Wegweisungsentscheid in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum oder in einem besonderen Zentrum nach Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG eröffnet wird und der Vollzug der Wegweisung absehbar ist (lit. b Ziff. 5). Die *Dublin-Haft* (Art. 76a AuG) ist nur anwendbar bei Personen, die sich in einem Dublin-Verfahren befinden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will, die Haft verhältnismässig ist und sich weniger einschneidende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen (Art. 76a Abs. 1 AuG). Die sog. „*kleine Ausschaffungshaft*“ (Art. 77 AuG) kann für höchstens 60 Tage 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. Die *Durchsetzungshaft* (Art. 78 AuG) schliesslich kann verfügt 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. Diese Haft dient dazu, „der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen“ (Art. 78 Abs. 1 AuG).

5. Unterbringung von Asylsuchenden und Nothilfebeziehenden

Die Unterbringung von Asylsuchenden kann, wie eingangs erwähnt, nicht eindeutig in die Kaskade der Intensität der Freiheitsbeschränkungen bei ausländischen Staatsangehörigen eingeordnet werden. Sie erfolgt, abhängig vom Stadium des Asylverfahrens, in Unterkünften des Bundes oder der Kantone und Gemeinden. Asylsuchende halten sich zu Beginn ihres Verfahrens in einem

¹⁵ Damit wird insbesondere der „widerrechtliche Betäubungsmittelhandel“ ins Visier genommen. In der Praxis werden solche Massnahmen aber auch z.B. bei (Laden-) Diebstahl (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, VB.2013.00649, Urteil vom 31.10.2013), Hausfriedensbruch (siehe den Sachverhalt bei BGE 142 II 1, E. 3.1) oder anderen Formen der Kleinkriminalität angeordnet.

Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) des Bundes auf, wo erste Verfahrensschritte vorgenommen werden.¹⁶

Nach dem Aufenthalt im EVZ werden die Asylsuchenden auf die Kantone verteilt. Dies geschieht nach einem in Art. 21 AsylV 1 festgelegten Verteilschlüssel; die einzelnen Zuweisungen erfolgen nach dem Zufallsprinzip, wobei die schützenswerten Interessen der Asylsuchenden berücksichtigt werden sollen (Art. 27 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 22 AsylV 1). Die meisten Kantone kennen ein Zweiphasensystem zur Unterbringung von Asylsuchenden: In der ersten Phase befinden sich die Asylsuchenden in kantonalen *Durchgangszentren, Asylzentren, Kollektivunterkünften*, oder, teilweise, in speziellen Zentren für unbegleitete Minderjährige. In der zweiten Phase werden sie auf *kommunale Asylunterkünfte* verteilt, wo das selbständige und eigenverantwortliche Wohnen im Fokus steht.¹⁷

Personen, die nach einem rechtskräftigen negativen Asylentscheid die Schweiz verlassen müssen, werden von der Sozialhilfe ausgeschlossen und erhalten Nothilfe (Art. 82 Abs. 1 und 2 AsylG). Sie werden in der Regel in *Nothilfeunterkünften (NUK)* untergebracht, deren Ausgestaltung den Kantonen überlassen ist, welche oft harsche Regime etablieren.¹⁸

III. MENSCHEN- UND GRUNDRECHTLICHE VORGABEN

Im Folgenden werden die für die hier relevante Fragestellung einschlägigen Rechtsgrundlagen kurz dargestellt. Unterschieden wird dabei zwischen dem grund- und menschenrechtlichen Schutz vor (ungerechtfertigtem) Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung und dem flüchtlingsrechtlichen Schutz der Bewegungsfreiheit von Asylsuchenden und Flüchtlingen. Zuletzt erfolgen einige Hinweise auf Empfehlungen internationaler Organe mit Soft-Law-Charakter.

1. Menschen- und grundrechtlicher Schutz vor Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung

Das Recht, sich frei zu bewegen, ist menschenrechtlich sowohl auf universeller Ebene im UNO-Pakt II sowie regional im System der EMRK geschützt. Zudem enthält auch die Schweizerische Bundesverfassung in ihrem Grundrechtskatalog Garantien zum Schutz der Bewegungsfreiheit. All diese Instrumente unterscheiden zwischen dem Recht auf Bewegungsfreiheit sowie dem Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug als qualifizierte Einschränkung der Bewegungsfreiheit.

1.1. Freiheitsentzug

Der Schutz vor *Freiheitsentzug*, d.h. vor einer staatlichen Massnahme, durch die jemand gegen seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer festgehalten wird“,¹⁹ ist völkerrechtlich solide verankert. Auf universeller Ebene garantiert Art. 9 UNO-Pakt II ein Recht

¹⁶ Dazu ausführlicher unten, Ziff. VI.2.

¹⁷ GORDZIELIK, Rz. 57 ff. m.w.N., insbesondere zur kantonalen Rechtslage.

¹⁸ MOTZ/NUFER, Rz. 33. Häufig werden (unterirdische) Zivilschutzanlagen, Notschlafstellen, Unterkünfte in abgelegenen Weilern oder „Minimalzentren“ als Notunterkünfte genutzt, welche die Bewohnerinnen und Bewohner zu einer baldigen Ausreise bewegen sollen. Einige Kantone wenden dazu sog. Rotationsverfahren an, wonach die Nothilfebeziehenden jede Woche in ein anderes Zentrum verlegt werden, damit sie sich nicht etablieren und keine Beziehungsnetze aufbauen können (EFIONAY-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, S. 69).

¹⁹ Zur Definition eines Freiheitsentzugs siehe näher unten, Ziff. V.2.

auf persönliche Freiheit und Sicherheit. Ein Freiheitsentzug ist gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung nur zulässig, wenn er gesetzlich vorgesehen und gemäss dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren angeordnet wird. Daneben statuiert Art. 9 UNO-Pakt II verschiedene Rechte der inhaftierten Person, so u.a. die Information über den Grund für die Festnahme, das Recht auf eine gerichtliche Überprüfung sowie das Recht auf Entschädigung für unrechtmässige Haft. Auch die EMRK schützt in Art. 5 das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Diese Garantie enthält – anders als Art. 9 UNO-Pakt II – einen abschliessenden Katalog der Haftgründe²⁰ sowie ebenfalls die Rechte der inhaftierten Personen. In der Bundesverfassung bestimmt schliesslich Art. 31 BV die inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, unter denen einem Menschen die Freiheit entzogen werden darf. Da ein Freiheitsentzug immer auch einen schweren Eingriff in die Bewegungsfreiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV darstellt,²¹ fällt er auch in deren Schutzbereich.

1.2. Freiheitsbeschränkung

Die *Bewegungsfreiheit* ist völkerrechtlich in Art. 12 UNO-Pakt II verbrieft. Gemäss diesem Artikel hat jedermann, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen. Dieses Recht darf eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen und zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist und die Einschränkungen mit den übrigen in diesem Pakt anerkannten Rechten vereinbar sind. Die Schweiz hat zu dieser Garantie folgenden Vorbehalt angebracht: „Das Recht, sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, steht unter dem Vorbehalt der Bundesgesetzgebung über die Ausländer, wonach Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen nur für den Kanton gelten, der sie ausgestellt hat.“ Die EMRK selber schützt die Bewegungsfreiheit nicht.²² Diese Garantie findet sich vielmehr im 4. Zusatzprotokoll zur EMRK (ZP 4). Diesen Zusatzvertrag hat die Schweiz jedoch bis heute nicht ratifiziert, sodass Verletzungen der Bewegungsfreiheit in der Schweiz nicht mittels Beschwerde an den EGMR anfechtbar sind.²³ Art. 2 des ZP 4 postuliert, ähnlich wie Art. 12 UNO-Pakt II, dass jede Person, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht hat, sich dort frei zu bewegen und ihren Wohnsitz frei zu wählen. Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

In der Schweizer Bundesverfassung stellt die Bewegungsfreiheit einen Teilgehalt der persönlichen Freiheit dar und fällt somit in den Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 2 BV.²⁴ Die Einschränkung dieses Rechts richtet sich nach den allgemeinen Einschränkungsvoraussetzungen für Freiheitsrechte in Art. 36 BV; d.h. eine solche Massnahme muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, ein öffentliches Interesse verfolgen und verhältnismässig sein.

²⁰ Dazu näher unten, Ziff. IV.4.

²¹ Siehe anstelle vieler BGE 128 I 184, E. 2.1.

²² Vereinzelt hat der EGMR aus dem Recht auf Familienleben in Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Bewegungsfreiheit abgeleitet, nämlich dann, wenn eine staatliche Freiheitsbeschränkung die Pflege der familiären Beziehungen beeinträchtigt: İletmiş v. Turkey, 29871/96 (2005), Ziff. 42–43, Smirnova v. Russia, 46133/99 und 48183/99 (2003), Recueil CourEDH 2003-IX, S. 253, Ziff. 9.

²³ Da die Schweiz auch das Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II nicht ratifiziert hat, welches eine Individualbeschwerdemöglichkeit an den Menschenrechtsausschuss zur Rüge einer Verletzung des UNO-Paktes II vorsieht, ist in der Schweiz also kein internationales Rechtsmittel gegen Verletzungen der Bewegungsfreiheit vorhanden.

²⁴ SCHWEIZER, N 33 zu Art. 10 BV.

Zusätzlich zu diesen Vorgaben verpflichtet das Rassendiskriminierungsübereinkommen der Vereinten Nationen (RDÜ)²⁵ die Staaten in Art. 5 Abs. 1 lit. d, das Recht auf Bewegungsfreiheit diskriminierungsfrei zu gewährleisten, d.h. ohne Unterschied der „Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums“.

2. Flüchtlingsrechtlicher Schutz der Bewegungsfreiheit

Nebst den klassischen grund- und menschenrechtlichen Garantien finden sich auch im internationalen Flüchtlingsrecht, insbesondere in der Genfer Flüchtlingskonvention (FK), Bestimmungen zum Schutz der Bewegungsfreiheit.

Gemäss Art. 26 FK räumt jeder vertragsschliessende Staat den *Flüchtlingen, die sich rechtmässig auf seinem Gebiet aufhalten*, das Recht ein, dort ihren Aufenthaltsort zu wählen und sich frei zu bewegen, vorbehaltlich der Bestimmungen, die unter den gleichen Umständen für Ausländer im allgemeinen gelten. Art. 31 Abs. 2 FK regelt zudem die Bewegungsfreiheit der *illegal eingereisten oder unrechtmässig aufhältigen Flüchtlinge*: Sofern sie „unmittelbar aus einem Gebiet kommen, wo ihr Leben oder ihre Freiheit (...) bedroht war und sofern sie sich unverzüglich den Behörden stellen und triftige Gründe für ihre illegale Einreise oder Anwesenheit darlegen“, darf ihre Bewegungsfreiheit nur soweit notwendig eingeschränkt werden. Solche Beschränkungen sollen darüber hinaus nur solange bestehen, bis ihre Rechtsstellung im Aufnahmeland geregelt ist oder bis sie die Einreiseerlaubnis in ein anderes Land erhalten haben.

Diese Bestimmungen sind gemäss gewissen Stimmen auch auf Asylsuchende anwendbar, denn die Pflicht zur Beachtung des Non-Refoulement-Prinzips (Art. 33 FK) verpflichtet die Behörden, Asylsuchende vermutungsweise als Flüchtlinge zu behandeln, bis sich im Verfahren zeigt, dass ihnen im Herkunftsstaat keine relevante Verfolgungsgefahr droht.²⁶

3. Soft Law

Überdies befassen sich zahlreiche Vorgaben internationaler Organe, teilweise mit sog. Soft-Law-Charakter²⁷, mit der Bewegungsfreiheit ausländischer Staatsangehöriger im Allgemeinen sowie von Asylsuchenden und Flüchtlingen im Speziellen. Dazu gehören auf Ebene der *Vereinten Nationen* unter anderem mehrere Beschlüsse des Exekutiv-Ausschusses von UNHCR (ExCom)²⁸, allgemeine Bemerkungen der UN-Menschenrechtsorgane²⁹, Berichte der Working Group on Arbitrary Detention des Menschenrechtsrats resp. der ehemaligen UN-

²⁵ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104.

²⁶ So UNHCR, Note on International Protection, A/AC.96/815, para. 11: „Respect for the principle of non-refoulement requires that asylum-seekers, that is, persons who claim to be refugees, be protected against return to a place where their life or freedom might be threatened until their status as refugees has been reliably ascertained. Every refugee is, initially, also an asylum-seeker; therefore, to protect refugees, asylum-seekers must be treated on the assumption that they may be refugees until their status has been determined. Otherwise, the principle of non-refoulement would not provide effective protection for refugees (...).“

²⁷ „Soft Law“ sind u.a. Resolutionen oder Deklarationen internationaler Organisationen, die zwar aufgrund des fehlenden Vertragscharakters keine neuen Rechte und Pflichten für die Staaten oder für Individuen begründen, aber zur Auslegung und Konkretisierung von menschenrechtlichen Standards beitragen oder als Ausgangspunkt für deren Weiterentwicklung dienen können. Siehe dazu auch BGE 118 Ia 70.

²⁸ ExCom, Conclusion No. 85 (XLIX) on International Protection, 1998; ExCom, Conclusion No. 107 (LVIII) on Children at Risk, 2007; ExCom, Conclusion No. 44 (XXXVII) on Detention of Refugees and Asylum-Seekers, 1986.

²⁹ So insbesondere HRC, General comment No. 35 (2014), para. 18; CRC, General comment No. 6 (2005), para. 61 ff.

Menschenrechtskommission,³⁰ Berichte des UN-Sonderberichterstatters über die Rechte von Migrantinnen und Migranten und des UN-Sonderberichterstatters über Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe³¹ sowie die sog. „Detention Guidelines“ des UNHCR³².

Auch die politischen Organe des *Europarats* haben zur Administrativhaft von Asylsuchenden und von Kindern im Besonderen mehrere Resolutionen und Empfehlungen verabschiedet.³³ Speziell enthalten die vom Ministerkomitee des Europarats verabschiedeten „Twenty Guidelines on Forced Return“ Vorgaben zur Inhaftierung ausländischer Staatsangehöriger zum Zweck des Vollzugs einer Wegweisung.³⁴

IV. ZULÄSSIGER FREIHEITSENTZUG IM MIGRATIONSKONTEXT

1. Übersicht

Basierend auf den soeben dargestellten menschen- und grundrechtlichen Vorgaben werden im folgenden Abschnitt zunächst in allgemeiner Weise die Voraussetzungen eines zulässigen Freiheitsentzugs dargestellt. Anschliessend wird geprüft, in welchen Konstellationen ausserhalb des strafrechtlichen Bereichs, d.h. zum Zweck der Steuerung der Migration und damit spezifisch gegenüber ausländischen Staatsangehörigen, Freiheitsentzug angeordnet werden darf. Der Abschnitt beleuchtet zudem die entsprechende Praxis der Schweiz.

2. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen des Freiheitsentzugs

Nebst dem Vorliegen eines zulässigen Haftgrundes (dazu unten, Ziff. IV.4), ist nach den völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben erforderlich, dass der Freiheitsentzug auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im Einzelfall nach dem innerstaatlich vorgeschriebenen Verfahren angeordnet wird sowie willkürfrei und verhältnismässig ist. Diese Erfordernisse werden nachfolgend kurz dargestellt.

Eingriffe in Art. 5 EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II erfordern zunächst eine *gesetzliche Grundlage*, das innerstaatliche Recht muss also den Freiheitsentzug im konkreten Fall vorsehen.³⁵ Nicht nur die Haftgründe, sondern auch das Verfahren für den Freiheitsentzug und dessen Verlängerung

³⁰ Working Group on Arbitrary Detention, Annual Reports, A/HRC/13/30 (2010), A/HRC/10/21 (2009), A/HRC/7/4 (2008) und E/CN.4/2000/4 (2000).

³¹ Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, A/HRC/23/46 (2013), para. 48, 92; Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24 (2012); Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez, A/HRC/28/68 (2015), para. 85.

³² UNHCR, Detention Guidelines, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012.

³³ CM, Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum-seekers; PACE, Resolution 1707 (2010), Detention of asylum seekers and irregular migrants; Resolution 2020 (2014), The alternatives to immigration detention of children; Recommendation 2056 (2014), The alternatives to the immigration detention of children.

³⁴ CM, Twenty Guidelines on Forced Return, September 2005.

³⁵ GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 11. Für die Eingriffsdogmatik von Art. 9 UNO-Pakt II siehe HRC, General Comment No. 35 (2014), paras. 11 und 22; siehe auch HRC, Concluding Observations Philippines, CCPR/CO/79/PHL (2003), para. 14; Concluding Observations Mauritius, CCPR/CO/83/MUS (2005), para. 12; Concluding Observations Russian Federation, CCPR/C/RUS/CO/6 (2009), para. 24; Concluding Observations Honduras, CCPR/C/HND/CO/1 (2006), para. 13.

sowie die zeitliche Begrenzung der Haft müssen gesetzlich umschrieben sein.³⁶ Nach der Rechtsprechung des EGMR kann es grundsätzlich genügen, wenn ein Gesetz im materiellen Sinn den Freiheitsentzug vorsieht.³⁷ Der EGMR verlangt aber bei der Prüfung der gesetzlichen Grundlagen im Rahmen von Art. 5 auch, dass diese Grundlagen dem jeweiligen Verfassungsrecht entsprechen. So muss in der Schweiz gemäss Verfassungsrecht und damit auch gemäss EMRK der Freiheitsentzug (Art. 31 BV) eine Grundlage in einem formellen Gesetz haben. Dieser Schluss ergibt sich ebenso aus Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV, denn ein Freiheitsentzug ist immer ein schwerer Eingriff in die Bewegungsfreiheit und bedarf somit einer formell-gesetzlichen Grundlage. Eine blossе Verordnung genügt als Grundlage also nicht.³⁸ Hinsichtlich der Normierungsdichte bedarf es für schwere Eingriffe (in die Bewegungsfreiheit) nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts einer klaren und ausdrücklichen Regelung.³⁹

Art. 5 EMRK schreibt ferner vor, dass die Freiheit „nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden“ darf. Nach der Rechtsprechung des EGMR bedeutet dies, dass die Freiheitsentziehung nur zulässig ist, wenn sie im Einzelfall *in Übereinstimmung mit dem gesetzlich vorgeschriebenen innerstaatlichen Verfahren* erfolgt ist.⁴⁰ Wird das vorgeschriebene Verfahren im konkreten Fall nicht eingehalten, liegt somit nicht nur eine Verletzung der (gesetzlichen) Verfahrensnorm vor, sondern auch von Art. 31 BV⁴¹ resp. von Art. 5 Abs. 1 EMRK⁴².

Weiter darf die Haft nicht *willkürlich* angeordnet werden. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 9 UNO-Pakt II, welcher ausdrücklich festhält, dass niemand willkürlich inhaftiert werden darf. Dieses Willkürverbot wird vom Menschenrechtsausschuss breit ausgelegt. „Willkür“ ist nach der Praxis des Ausschusses nicht gleichzusetzen mit „Rechtswidrigkeit“, sondern beinhaltet auch die Elemente Unangemessenheit, Ungerechtigkeit, Unvorhersehbarkeit und mangelnde Verfahrensmässigkeit.⁴³ Auch die Verhältnismässigkeit im Sinne der Notwendigkeit und Zumutbarkeit sind unter dem Titel des Willkürverbots zu prüfen.⁴⁴ Andererseits leitet auch der EGMR aus dem Zweck des Art. 5 EMRK ein inhärentes Willkürverbot ab, das zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hinzutritt. Eine Freiheitsentziehung ist nach der Rechtsprechung des EGMR willkürlich, wenn sie zwar mit dem Buchstaben des Gesetzes im Einklang steht, aber das Handeln der Behörden ein Element der Arglist oder Täuschung enthält.⁴⁵ Das Willkürverbot verlangt ausserdem, dass sowohl die Anordnung der Haft als auch ihre Vollstreckung insgesamt tatsächlich mit dem Zweck der Beschränkungen des jeweiligen Tatbestands in Art. 5 Abs. 1 lit. a bis lit. f im Einklang stehen. Weicht der angegebene Zweck einer Freiheitsentziehung vom tatsächlich beabsichtigten ab, so kann eine Freiheitsentziehung trotz Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut konventionswidrig sein.⁴⁶ Zudem muss eine gewisse Beziehung zwischen dem jeweiligen Haft-

³⁶ EGMR, *Abdolkhani and Karminia v. Turkey*, 30471/08 (2010); siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 11, und für das schweizerische Verfassungsrecht VEST, N 5 zu Art. 31 BV.

³⁷ EGMR, *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 6538/74 (1979), *H.L. v. the United Kingdom*, 45508/99 (2005), Ziff. 47; GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 11; FROWEIN/PEUKERT, N 26 zu Art. 5 EMRK.

³⁸ BIAGGINI, N 4 zu Art. 31 BV.

³⁹ VEST, N 5 zu Art. 31 BV; BGE 124 I 40, E. 3a; 123 IV 29, E. 4d.

⁴⁰ So u.a. GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 12 f.

⁴¹ VEST, N 17 zu Art. 31 BV.

⁴² EGMR, *Winterwerp v. the Netherlands*, 6301/73 (1979), Ziff. 46; *Mooren v. Germany*, 11364/03 (2009), Ziff. 72; *Meloni v. Switzerland*, 61697/00 (2008), Ziff. 47; siehe auch SCHÜRMMANN, N 14 zu Art. 31 BV.

⁴³ HRC, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, 1134/2002 (2005), para. 5.1; *Van Alphen v. Netherlands*, 305/1988 (1990), para. 5.8.

⁴⁴ HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 12.

⁴⁵ EGMR, *Conka v. Belgium*, 51564/99 (2002), Ziff. 39 ff.

⁴⁶ GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 14.

grund einerseits und dem Unterbringungsort und den Bedingungen des Freiheitsentzugs andererseits bestehen.⁴⁷ Der EGMR subsumiert unter das Willkürverbot schliesslich auch Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.⁴⁸

Während in der Praxis des EGMR und des Menschenrechtsausschusses das Verhältnismässigkeitsgebot aus dem Willkürverbot abgeleitet wird, ergibt sich diese Vorgabe im Schweizer Verfassungsrecht aus Art. 36 Abs. 3 BV. Verhältnismässigkeit beinhaltet die drei Elemente Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit. Im Haftkontext ist insbesondere die Erforderlichkeit von grosser praktischer Bedeutung. Haft ist nur dann zulässig, wenn nicht (mildere) Ersatzmassnahmen den gleichen Zweck erfüllen.⁴⁹ Als Ersatzmassnahmen im Sinne von Alternativen zur Haft kommen u.a. in Frage: Einzug des Passes oder anderer Reisedokumente, Entrichtung einer Kaution, Meldepflichten, Wohnsitzpflichten, Unterbringung in offenen Zentren, Elektronisches Monitoring oder Hausarrest.⁵⁰

Grundsätzlich gehen die internationalen Quellen, insbesondere auch das Soft Law, davon aus, dass Haft im Migrationskontext bei *Minderjährigen* und insbesondere bei *unbegleiteten Minderjährigen* nicht angeordnet werden sollte.⁵¹ Zumindest sollte die Haft jedenfalls nur als letzte Massnahme (*ultima ratio*) sowie für die kürzest mögliche Zeitdauer angewendet werden.⁵² Bei Minderjährigen muss zudem das Kindesinteresse geprüft und die extreme Verletzlichkeit und Betreuungsbefürftigkeit von Kindern berücksichtigt werden.⁵³

3. Prozedurale Garantien bei Freiheitsentzug

Die menschenrechtlichen Garantien zum Freiheitsentzug unterscheiden sich von denjenigen zur Bewegungsfreiheit auch dadurch, dass die inhaftierte Person besondere prozedurale Rechte geniesst. Dazu gehören insbesondere das Recht auf unverzügliche Information über den Grund für die Inhaftierung (Art. 31 Abs. 2 BV; Art. 5 Abs. 2 EMRK; Art. 9 Abs. 2 UNO-Pakt II) und das Recht, die nächsten Angehörigen zu informieren (Art. 31 Abs. 2 BV), das (nicht ausdrücklich in den Konventionstexten verankerte) Recht auf eine Einzelfallentscheidung sowie das Recht, jederzeit ein Gericht anrufen zu können, das über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet (Art. 31 Abs. 4 BV; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 9 Abs. 4 UNO-Pakt II).⁵⁴

⁴⁷ EGMR, *Saadi v. the United Kingdom* (2008), Ziff. 69; *A. and Others v. the United Kingdom* (2009), Ziff. 164.

⁴⁸ Siehe etwa GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 15.

⁴⁹ VEST, N 15 zu Art. 31 BV. Siehe auch BGE 137 IV 122, E. 6; 133 I 27, E. 3.2 f.; BStGer RR.2009.329, E. 6.3 (Polanski: Kaution und Electronic Monitoring). Siehe auch HRC, *F.K.A.G. et al. v. Australia*, 2094/2011 (2013), para. 9.4.

⁵⁰ Siehe HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 18; UNHCR, *Detention Guidelines*, para. 40; FRA, S. 2 ff.; Report of the Working Group on Arbitrary Detention, *A/HRC/13/30* (2010), para. 65; PACE, Resolution 1707 (2010), *Detention of asylum seekers and irregular migrants*, para. 9.3.4.

⁵¹ CRC, General Comment No. 6 (2005), para. 61; ExCom, Conclusion No. 107 (LVIII) on Children at Risk, 2007, para. xi; Report of the Working Group on Arbitrary Detention, *A/HRC/13/30* (2010), para. 60; PACE, Resolution 1707 (2010), *Detention of asylum seekers and irregular migrants*, para. 9.1.9.

⁵² CRC, General Comment No. 6 (2005), para. 61. Siehe auch CM, Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum-seekers, para. 20.

⁵³ HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 18; *D. and E. v. Australia*, 1050/2002 (2006), para. 7.2; *Jalloh v. Netherlands*, 794/1998 (2002), paras. 8.2–8.3; siehe ferner Art. 3 Abs. 1 und Art. 37 lit. b KRK.

⁵⁴ Für Personen in Untersuchungshaft ist dieser Schutz sogar noch erhöht: dort besteht das Recht, *unverzüglich* einem Richter oder einer Richterin vorgeführt zu werden, die *innert angemessener Frist* über die Weiterführung der Haft entscheidet (Art. 31 Abs. 3 BV; Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 9 Abs. 3 UNO-Pakt II).

Nach Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache *über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden*. Enthalten ist in dieser Vorgabe sowohl eine Informationspflicht (über die Haftgründe) sowie eine Belehrungspflicht (über die der inhaftierten Person zustehenden Rechte).⁵⁵ „Unverzüglich“ bedeutet, dass die Information so zeitig erfolgen muss, dass die wirksame Wahrung der Inhaftiertenrechte möglich ist.⁵⁶ Die Unterrichtung „in einer ihr verständlichen Sprache“ kann insbesondere bei Personen ausländischer Nationalität den Beizug eines Dolmetschers erfordern.⁵⁷ Die unverzügliche und verständliche Information über die Haftgründe ist ebenso in Art. 5 Abs. 2 EMRK und in Art. 9 Abs. 2 UNO-Pakt II enthalten. Diese Informationspflicht hat zentrale Bedeutung, bezweckt sie doch, dass der Betroffene die Rechtmässigkeit seines Freiheitsentzugs beurteilen kann, um ggf. von seinen verfassungsmässigen Rechten auf richterliche Haftprüfung Gebrauch machen zu können.⁵⁸

Aus der Rechtsprechung und dem Soft Law ergibt sich – insbesondere abgeleitet aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz – die staatliche Pflicht, Haft nur im Rahmen eines *Einzelfallentscheid*es anzuordnen.⁵⁹ Nicht zulässig ist es, wenn sich die Haft lediglich auf eine allgemeine Regel oder Vermutung abstützt („must not be based on a mandatory rule for a broad category“).⁶⁰ Die Haft soll mittels einer schriftlichen Entscheidung, welche die Gründe für die Massnahme sowie die Möglichkeiten der Anfechtung dieser Massnahme aufzählt, angeordnet werden.⁶¹

Gemäss Art. 31 Abs. 4 BV hat jede Person, der die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wird (sondern z.B. von einer Verwaltungsbehörde), das *Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen*, welches so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet. Diese Garantie ist ebenfalls in Art. 5 Abs. 4 EMRK und Art. 9 Abs. 4 UNO-Pakt II enthalten. Die Bestimmung stellt eine besondere Rechtsweggarantie dar, die weiter reicht als die allgemeine Vorschrift des Art. 29a BV.⁶²

Der Entscheid muss „so rasch wie möglich“, (also nicht „unverzüglich“ wie bei der Überprüfung der Untersuchungshaft) getroffen werden.⁶³ Wurde der Freiheitsentzug von einem Gericht angeordnet oder wurde er bereits einmal von einem Gericht überprüft, besteht ein Recht auf erneute richterliche Prüfung in angemessenen Abständen, sofern der Freiheitsentzug auf Gründen beruht, die wegfallen könnten.⁶⁴

⁵⁵ VEST, N 20 und 22 zu Art. 31 BV. Die Rechte des Inhaftierten sind all jene Ansprüche, welche die betroffene Person nach der BV, den internationalen Abkommen und der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung geltend machen kann, siehe BGE 130 I 126, E. 2.4.

⁵⁶ BIAGGINI, N 6 zu Art. 31 BV.

⁵⁷ VEST, N 21 zu Art. 31 BV; SCHÜRMAN, N 25 zu Art. 31 BV. Dieser muss ggf. kostenlos sein: BGE 118 Ia 462, E. 2b/bb.

⁵⁸ VEST, N 20 zu Art. 31 BV.

⁵⁹ CM, Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum-seekers, para. 4.

⁶⁰ HRC, Shafiq v. Australia, 1324/2004 (2006), para. 7.1.

⁶¹ Working Group on Arbitrary Detention, Deliberation No. 5 on situation regarding immigrants and asylum-seekers, E/CN.4/2000/4 (1999), Principle 8. Siehe dazu auch den Bericht des Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24 (2012), para. 16.

⁶² BGE 136 I 87, E. 6.5.2; siehe auch VEST, N 40 zu Art. 31 BV.

⁶³ BIAGGINI, N 18 zu Art. 31 BV. Für die ausländerrechtliche Haft wird z.B. eine Frist von 96 Stunden vorgegeben (Art. 80 AuG).

⁶⁴ VEST, N 42 zu Art. 31 BV. Ein unbefristeter, der gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglicher Freiheitsentzug ist unzulässig (siehe zur Verwahrungsinitiative etwa SCHÜRMAN, N 47 und 52 zu Art. 31 BV).

4. Zulässige Haftgründe mit Relevanz im Migrationskontext

Ein rechtmässiger Freiheitsentzug setzt wie erwähnt das Vorhandensein eines legitimen Haftgrundes voraus. In Art. 5 Abs. 1 EMRK findet sich in den lit. a–f folgende abschliessende Liste zulässiger Haftgründe:

- a) Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht (d.h. Strafhaft);
- b) Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;
- c) Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern (d.h. Untersuchungshaft);
- d) Freiheitsentzug bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;
- e) Freiheitsentzug mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern oder
- f) Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

Dieser Katalog der Haftgründe hat nicht nur abschliessenden Charakter, sondern er wird auch restriktiv, d.h. zugunsten der vom Freiheitsentzug betroffenen Person, ausgelegt.⁶⁵ Zudem ist im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auch bei Vorliegen eines Haftgrundes immer zuerst das Vorhandensein milderer Massnahmen zu prüfen.

Von den zulässigen Haftgründen kommen zur Steuerung der Migration *prima vista* die Folgenden in Frage: *Verhinderung der unerlaubten Einreise* (lit. f Variante 1), *Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung* (lit. b Variante 2) sowie *Durchführung eines Ausweisungsverfahrens* (lit. f Variante 2). Diese Haftgründe werden nachfolgend in „chronologischer“ Weise, d.h. entsprechend der Abfolge in Ankunft – Aufenthalt – Abreise, dargestellt und ihre Anwendung im Schweizerischen Migrationsrecht diskutiert.

Anders als Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält Art. 31 Abs. 1 BV keinen Katalog zulässiger Haftgründe. In der Praxis wird diese Bestimmung aber im Lichte der EMRK ausgelegt. Damit sind auch verfassungsrechtlich keine anderen Haftgründe als die oben genannten zulässig.⁶⁶ Auch Art. 9 UNO-Pakt II zählt keine Haftgründe auf, sondern verlangt lediglich, dass die Haft nicht willkürlich sein darf. Das Element der Willkürlichkeit wird vom Menschenrechtsausschuss jedoch ähnlich ausgelegt wie Art. 5 EMRK, so dass sich auch aus Art. 9 Pakt II keine darüber hinaus gehenden zulässigen Haftgründe ableiten lassen.⁶⁷ Im Migrationskontext hat der Menschenrechtsausschuss verschiedentlich festgehalten, dass eine Inhaftierung zum Zweck der Migrationskontrolle zwar nicht

⁶⁵ EGMR, *Krupko and Others v. Russia*, 26587/07 (2014), Ziff. 38; *Giulia Manzoni v. Italy*, 19218/91 (1997), Ziff. 25; *K.-F. v. Germany*, 144/1996/765/962 (1997), Ziff. 70; siehe auch VEST, N 10 zu Art. 31 BV; MEYER-LADEWIG, N 17 zu Art. 5 EMRK; GRABENWARTER/PABEL § 21 Rz. 16.

⁶⁶ BIAGGINI, N 4 zu Art. 31 BV; ebenso VEST, N 10 ff. zu Art. 31 BV.

⁶⁷ Vgl. generell HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 10 ff.

per se willkürlich ist, aber im Angesicht der konkreten Umstände verhältnismässig (*reasonable, necessary and proportionate*) sein und periodisch überprüft werden muss.⁶⁸

4.1. Verhinderung der unerlaubten Einreise

4.1.1. Einreisehaft als Freiheitsentzug

Der EGMR anerkennt in ständiger Rechtsprechung, dass die Vertragsstaaten – vorbehaltlich ihrer anderslautenden internationalen Verpflichtungen – die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von ausländischen Personen eigenständig regeln können.⁶⁹ Entsprechend erlaubt Art. 5 Abs. 1 lit. f Variante 1 EMRK den Vertragsstaaten, ausländische Staatsangehörige zur Verhinderung ihrer unerlaubten Einreise zu inhaftieren. In der Tat sehen denn auch die meisten europäischen Staaten die Möglichkeit vor, ausländische Staatsangehörige an den Grenzen (z.B. bei Grenzübergängen oder an Flughäfen in der Transitzone) zu inhaftieren („arrival detention“), um ihre irreguläre Einreise zu verhindern.⁷⁰

Dass eine solche Festhaltung Freiheitsentzug darstellt und somit unter Art. 5 Abs. 1 EMRK fällt, hat der EGMR mehrfach und auch jüngst wieder bestätigt.⁷¹ Im wegleitenden Urteil *Amuur gegen Frankreich* hatte sich der Gerichtshof mit der 20-tägigen Festhaltung von vier somalischen Asylsuchenden in der Transitzone des Flughafen Paris-Orly zu beschäftigen.⁷² Die Beschwerdeführenden wurden jeweils am frühen Morgen von der Polizei in der internationalen Transitzone abgesetzt und abends wieder in ein nahegelegenes Hotel zurückgebracht.⁷³ Während sie grösstenteils sich selbst überlassen blieben, waren sie ständiger und strikter polizeilicher Überwachung unterstellt.⁷⁴ Zugang zu rechtlicher Hilfe erhielten sie erst am 16. Tag ihrer Festhaltung.⁷⁵ Nach der 20-tägigen Festhaltung wurden die Beschwerdeführenden nach Syrien, von wo aus sie nach Frankreich gelangt waren, rückgeführt.⁷⁶ Die französische Regierung brachte gegen die Qualifizierung als Freiheitsentzug insbesondere vor, dass die Transitzone zwar zur französischen Seite hin verschlossen, nach aussen aber offen sei, so dass die Beschwerdeführenden selbständig nach Syrien hätten zurückkehren können, wo deren Sicherheit gewährleistet gewesen wäre.⁷⁷ Der EGMR hielt dieser Argumentation entgegen, die blosser Tatsache, dass es Asylbewerbern offen stehe, das Land, wo sie Asyl begehren, zu verlassen, könne einen Freiheitsentzug nicht ausschliessen.⁷⁸ Faktisch hatten die Beschwerdeführenden nämlich keine echte Wahl, auszureisen. Durch die Einreiseverweigerung wurden sie vielmehr gegen ihren Willen an einem bestimm-

⁶⁸ HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 18; *A. v. Australia*, 560/1993 (1997), paras. 9.3–9.4; *Jalloh v. Netherlands*, 794/1998 (2002), para. 8.2; *Nystrom v. Australia*, 1557/2007 (2011), paras. 7.2–7.3.

⁶⁹ MEYER-LADEWIG, N 52 zu Art. 5 EMRK.

⁷⁰ Siehe CORNELISSE, S. 8 ff.

⁷¹ Vgl. EGMR, *Shamsa v. Poland*, 45355/99 und 45357/99 (2003), Ziff. 47; *Riad and Idiab v. Belgium*, 29787/03 und 29810/03 (2008), Ziff. 68; *Nolan and K. v. Russia*, 2512/04 (2009), Ziff. 96; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 47287/15 (2017), Ziff. 56; *Z.A. and Others v. Russia*, 61411/15 (2017), Ziff. 90.

⁷² EGMR, *Amuur v. France*, 19776/92 (1996).

⁷³ *Ibid.*, Ziff. 7.

⁷⁴ *Ibid.*, Ziff. 45.

⁷⁵ *Ibid.*, Ziff. 8.

⁷⁶ *Ibid.*, Ziff. 11.

⁷⁷ *Ibid.*, Ziff. 46.

⁷⁸ *Ibid.*, Ziff. 48; siehe auch DEMKO, S. 176 f.

ten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer festgehalten. Der EGMR kam folglich zum Ergebnis, dass das Festhalten der Beschwerdeführenden eine Freiheitsentziehung darstellte.⁷⁹

4.1.2. „Unerlaubte“ Einreise

Für den Haftgrund der Verhinderung der unerlaubten Einreise ist insbesondere die Frage von Relevanz, wann die Einreise eines ausländischen Staatsangehörigen unerlaubt ist und deshalb mittels Freiheitsentzugs verhindert werden darf. Grundsätzlich ist dies der Fall, solange die ausländische Person keine Erlaubnis für die Einreise hat.⁸⁰

Fraglich ist, ob die Einreise auch dann unerlaubt ist, wenn sich die Person, die keine Einreisebewilligung hat, unverzüglich an die zuständigen Behörden wendet und um Erlaubnis für die Einreise bittet. Dies ist insbesondere der Fall bei Asylsuchenden, die in der Regel ohne gültige Einreisebewilligung ankommen, aber mit dem Stellen eines Asylgesuchs zu erkennen geben, dass sie ihren Status regularisieren möchten. Der EGMR hat im Urteil *Saadi gegen das Vereinigte Königreich* befunden, dass auch in diesem Fall die Einreise illegal ist und ein Freiheitsentzug zum Zweck der Verhinderung der unerlaubten Einreise während der Dauer des Asylverfahrens zulässig ist.⁸¹ Dieses Urteil ist teilweise auf harsche Kritik gestossen.⁸² In einem späteren Urteil relativierte der EGMR diese Rechtsprechung denn auch: Er hielt fest, wenn ein Staat Asylsuchenden nach seinem innerstaatlichen Recht ausdrücklich den Aufenthalt während des Asylverfahrens erlaubt, sei ein Freiheitsentzug an Asylsuchenden zum Zweck der Verhinderung der illegalen Einreise willkürlich und zweckwidrig und deshalb nicht mehr zulässig.⁸³ Gewährt ein Staat also während des Asylverfahrens ein Aufenthaltsrecht, kann er sich nicht mehr auf lit. f stützen, um Asylsuchende, die bereits (illegal) eingereist sind, während der Dauer des Asylverfahrens zu inhaftieren.

Diese Sachlage besteht auch in der Schweiz: Nach Art. 42 AsylG besitzen Asylsuchende bis zum Abschluss des Verfahrens ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz, d.h. sie sind für die Dauer des Verfahrens rechtmässig anwesend.⁸⁴ Ein Freiheitsentzug zur Verhinderung der illegalen Einreise nach lit. f ist deshalb in der Schweiz nur so lange zulässig, als die Person noch nicht „offiziell“ in die Schweiz eingereist ist.

4.1.3. Einreisehaft in der Schweiz

Eine „arrival detention“ existiert in der Schweiz mit den sog. Transitzentren an den internationalen Flughäfen Genf-Cointrin und Zürich-Kloten: Personen, die an einem dieser Flughäfen ein Asylgesuch einreichen, werden für maximal 60 Tage in der internationalen Transitzone des Flughafens festgehalten, wenn ihre Einreise nicht sofort bewilligt werden kann. Die Festhaltung am Flughafen

⁷⁹ EGMR, *Amuur v. France*, 19776/92 (1996), Ziff. 49.

⁸⁰ EGMR, *Saadi v. the United Kingdom*, 13229/03 (2008), Ziff. 65. Siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 35; MEYER-LADEWIG, N 53 zu Art. 5 EMRK.

⁸¹ EGMR, *Saadi v. the United Kingdom*, 13229/03 (2008), Ziff. 65; siehe auch MEYER-LADEWIG, N 53 zu Art. 5 EMRK.

⁸² So u.a. CORNELISSE, S. 292 ff.; COSTELLO, S. 268; SCHEFER/RÜEGGER, Fn. 152; siehe insbesondere auch die Dissenting Opinion im Urteil *Saadi v. the United Kingdom*, 13229/03 (2008).

⁸³ EGMR, *Suso Musa v. Malta*, 42337/12 (2013), Ziff. 97; siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 35.

⁸⁴ So auch SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 145. Zur Rechtmässigkeit des Aufenthalts von Asylsuchenden in der Schweiz siehe auch BVGE 2016/1, E. 4.2.2. Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ergibt sich das Anwesenheitsrecht aus der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

fen und die Verweigerung der Einreise in die Schweiz werden der Person mittels Verfügung eröffnet (Art. 22 Abs. 4 AsylG).⁸⁵ Kann nicht innerhalb von 20 Tagen über das Asylgesuch der Person entschieden werden, muss die Person aus dem Transitbereich entlassen und einem Kanton zugewiesen werden (Art. 23 Abs. 2 AsylG). Die Überprüfung der Rechtmässigkeit und der Angemessenheit der Zuweisung eines Aufenthaltsortes am Flughafen kann jederzeit mittels Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht beantragt werden (Art. 108 Abs. 4 AsylG). Eine Person, die kein Asylgesuch gestellt hat, deren Einreise aus anderen Gründen verweigert wurde, kann für längstens 15 Tage im Transitraum festgehalten werden, sofern nicht die Ausschaffung oder die Ausschaffungshaft angeordnet wird (Art. 65 AuG).⁸⁶

Dass die Festhaltung in den Transitzentren in Genf und Zürich Freiheitsentzug darstellt, hat das Bundesgericht unter Bezugnahme auf das erwähnte Urteil *Amuur* des EGMR ausdrücklich bestätigt. Konkret qualifizierte es die 13-tägige Festhaltung von Ausländern in der Transitzone des Flughafens Zürich-Kloten als Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 EMRK.⁸⁷ Das CPT hat in seinen früheren Besuchen der Schweiz stets auch die Transitzonen der Flughäfen Genf und Zürich besucht und diese als Orte des Freiheitsentzugs bezeichnet.⁸⁸ Diese Ansicht wird von der Lehre gestützt⁸⁹ und auch der Bundesrat erachtet die Festhaltung der Transitzone als Freiheitsentzug.⁹⁰ Die in dieser Frage teilweise abweichende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁹¹ und der ehemaligen Asylrekurskommission⁹² ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts nicht haltbar und mittlerweile überholt.⁹³

Der Bundesrat begründet die Zulässigkeit der Festhaltung in den Transitzonen damit, dass Personen am Flughafen noch nicht in die Schweiz eingereist seien.⁹⁴ Das Bundesgericht stützt die Festhaltung rechtlich gleichzeitig auf lit. f Variante 1 (Verhinderung der unerlaubten Einreise) sowie Variante 2 (Durchführung eines Ausweisungsverfahrens) ab: Die Massnahme diene dazu, eine ausländische Person „am unberechtigten Betreten des Staatsgebietes zu hindern, und vermag den Vollzug einer (möglicherweise) bevorstehenden Wegweisung („schwebendes Auswei-

⁸⁵ Siehe zum Ablauf SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Art. C2: Das Asylverfahren am Flughafen.

⁸⁶ HUGI YAR, Rz. 10.127.

⁸⁷ BGE 123 II 193, u.a. E. 3. b), 3. c) und 4. c) (dieses Urteil erging noch in Bezug auf die altrechtliche Bestimmung von Art. 13c und 13d des Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979 [AsylG; SR 142.31]); so aber auch BGE 129 I 139, E. 4.4, wo das Bundesgericht die Sachlage unter Abstützung auf Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK beurteilt.

⁸⁸ CPT, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 5 octobre 2007, CPT/Inf (2008) 33, para. 93; Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 20 au 24 octobre 2003, CPT/Inf (2004) 38, para. 32 ff.

⁸⁹ TRECHSEL, S. 7; STÖCKLI, Rz. 11.188; WISARD, S. 71; HRUSCHKA, N 9 zu Art. 22 AsylG; SKMR, S. 231. Anders wohl BUSINGER, S. 16, jedoch nicht sehr spezifisch. Er hält nur fest, dass die Festhaltung in der Transitzone kein Freiheitsentzug im Sinne der ausländerrechtlichen Administrativhaft sei. Diese Unterscheidung ist jedoch formalistisch, da es für die Einstufung als Freiheitsentzug nicht auf die formelle Bezeichnung, sondern auf die Ausgestaltung im Einzelfall ankommt.

⁹⁰ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBI 2002 6845.

⁹¹ Vgl. bspw. BVGer-Urteil D-6502/2010 vom 16. September 2010.

⁹² Siehe ausdrücklich EMARK 1998/7 (Urteil vom 7.7.1997): „Das Festhalten von Asylbewerbern in der Transitzone des Flughafens stellt - innert einer bestimmten Maximaldauer - keine Freiheitsentziehung dar, sofern keine Einschliessung stattfindet, die Bewegungsfreiheit innerhalb des Transitbereichs gewährleistet ist und die Umstände der Unterbringung (konkret im Flughafen Zürich-Kloten) angemessen erscheinen.“

⁹³ Hierzu ausführlich TRECHSEL, S. 7.

⁹⁴ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBI 2002 6845, 6881.

sungsverfahren“) sicherzustellen“.⁹⁵ Letztere Möglichkeit bezieht sich auf den Fall, dass eine Person innerhalb des Flughafenverfahrens eine Wegweisungsverfügung erhält, die vollziehbar ist. In diesem Fall ist nach Ansicht des Bundesrats die weitere Festhaltung am Flughafen eine weniger einschneidende Massnahme als eine Inhaftierung in der Ausschaffungshaft und zudem administrativ mit weniger Aufwand verbunden.⁹⁶ Dafür muss der Asylentscheid allerdings innerhalb von 20 Tagen getroffen werden, damit die gesetzlich vorgeschriebene Gesamtdauer in der Transitzone (inklusive eines allfälligen Beschwerdeverfahrens) von 60 Tagen (Art. 22 Abs. 5 AsylG) nicht überschritten wird. Andernfalls muss für die Person – sofern dafür die Voraussetzungen erfüllt sind – Haft nach den Voraussetzungen von Art. 75 ff. AuG angeordnet werden.

Da sich die Festhaltung im Transitzentrum auf den Haftgrund der Verhinderung der unerlaubten Einreise bezieht, entfällt der Haftgrund in dem Moment, wenn die Person eingereist ist, d.h. nach dem Durchqueren der Passkontrollen am Flughafen oder (bei aus einem Schengen-Land ankommenden Flügen) nach dem Übertritt von der Transitzone in die öffentliche Zone. U.E. ist eine Festhaltung in der Transitzone ab diesem Moment unter diesem Rechtstitel nicht mehr zulässig. Für diese Einschätzung spricht auch, dass gemäss Art. 21 Abs. 1 AsylG die Asylsuchenden, die auf dem Landweg kommend an der Grenze oder nach Anhaltung bei der illegalen Einreise im grenznahen Raum um Asyl nachsuchen, in der Regel an ein Empfangs- und Verfahrenszentrum weiterverwiesen werden (und eben nicht in ein geschlossenes Transitzentrum kommen).

Anderer Ansicht war das Bundesverwaltungsgericht: Im Urteil D-6502/2010 erachtete das Gericht die Festhaltung eines russischen Staatsangehörigen im Transitbereich als zulässig, der im öffentlichen Shoppingbereich des Flughafens Zürich-Kloten kontrolliert und aufgegriffen worden war.⁹⁷ Die Aussage des Beschwerdeführers, er sei bereits am Tag davor auf dem Landweg in die Schweiz eingereist und habe sich am Flughafen aufgehalten, um dort Einkäufe zu tätigen, erachtete das Gericht als nicht glaubhaft und ging deshalb davon aus, dass er über den Luftweg am Flughafen eingereist sei. Da er folglich „in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der mutmasslichen Grenzüberschreitung“ angehalten worden sei, stelle die Festhaltung in der Transitzone keine widerrechtliche Freiheitsentziehung dar. Diese Auslegung des Haftgrundes ist u.E. problematisch, da – wie bereits ausgeführt – in einem solchen Fall die Einreise bereits erfolgt ist und es sich somit nicht mehr um eine Verhinderung der unerlaubten Einreise handeln kann. Die Auslegung des Gerichts – und Teilen der Literatur⁹⁸ – erlaubt es, noch in einem gewissen zeitlichen und räumlichen Parameter nach der Grenzüberschreitung Personen anzuhalten und zur Verhinderung ihrer unerlaubten Einreise zu inhaftieren. Diese wohl eher pragmatisch begründete Auslegung zieht aber die schwierige Abgrenzungsfrage nach sich, wie gross dieser zeitliche und räumliche Abstand zur Grenze noch sein darf. U.E. ist deshalb die Festhaltung in der Transitzone nach Überschreiten der Landesgrenzen nicht mehr zulässig.

⁹⁵ BGE 123 II 193, E. 4b; ebenso beide Varianten bejaht in BGE 129 I 139, E. 4.4.

⁹⁶ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBl 2002 6845, 6881 f.: „Eine weitere Festhaltung im Flughafen ist insofern erforderlich, als eine mildere Massnahme nach einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid zur grotesken Situation führen würde, dass einer Person die Einreise zum Zwecke des Vollzugs eines rechtskräftigen Wegweisungsentscheides ermöglicht werden müsste. Soll sowohl der inzwischen rechtskräftig feststehenden Verweigerung der Einreise und der Vollzug eines rechtskräftigen Wegweisungsentscheides effizient umgesetzt werden, so kann dies allein mit der weiteren Festhaltung im Flughafen oder in einem Ausschaffungsgefängnis erfolgen.“

⁹⁷ BVGer-Urteil D-6502/2010 vom 16. September 2010.

⁹⁸ LANG, S. 10, verweist darauf, dass in diesem Fall die Einreise weder rechtlich noch faktisch bewilligt worden ist und darum illegal bleibt. Es sei deshalb rechtlich möglich, die Person, die in der Schweiz aufgegriffen wird, an den Flughafen zurückzuführen. Lang bezieht sich allerdings nur auf Fälle, in denen sich die Personen einem bereits begonnenen Flughafenverfahren entzogen haben; nicht jedoch auf den Fall, in dem eine Person gar kein Asylgesuch am Flughafen gestellt hat.

Im Zusammenhang mit diesem Haftgrund stellt sich weiter die Frage, ob die Einreise auch dann noch unerlaubt ist, wenn die betroffene Person aus einem Schengen-Land kommend einreist oder ob umgekehrt die Festhaltung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise nur zulässig ist bei Personen, die in der Non-Schengen-Zone des Flughafens ein Asylgesuch stellen. Gemäss Art. 22 Schengener Grenzkodex dürfen nämlich die Schengen-Binnengrenzen an jeder Stelle überschritten werden. Das Obergericht Zürich hat sich hierzu in einem Urteil von 2011 geäussert: Auch wenn der Grundsatz der freien Überschreitung der Schengen-Binnengrenzen auch für Asylsuchende gelte, bleibe deren Einreise in die Schweiz dennoch unrechtmässig, wenn sie ohne die erforderlichen Ausweispapiere und Visa erfolge. Aus der in Art. 7 Abs. 2 AuG statuierten Möglichkeit, die Einreise in die Schweiz bei einer Grenzkontrolle zu verweigern, lasse sich sodann schliessen, dass bei einer Einreise ohne gültige Reisedokumente der betroffenen Person die Einreise verweigert resp. diese weggewiesen werden kann.⁹⁹ Diese Ansicht hatte zuvor auch das Bundesverwaltungsgericht in zwei zusammenhängenden Fällen vertreten.¹⁰⁰

4.2. Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung

Im Migrationskontext weiter von potenziell erheblicher Bedeutung erscheint zumindest auf den ersten Blick der Haftgrund von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK Variante 2, d.h. der Freiheitsentzug zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung.¹⁰¹ Dieser Haftgrund setzt eine klar umrissene, gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung des Einzelnen voraus. Er ist folglich keine Generalklausel zur Durchsetzung der Einhaltung allgemeiner Bürgerpflichten. Das Gesetz selber muss überdies den Freiheitsentzug als Durchsetzungsmittel zur Erfüllung dieser Pflicht vorsehen; eine Rechtsgrundlage etwa in einer Verordnung reicht nicht.¹⁰² Es muss weiter für alle Betroffenen verständlich sein, welches Verhalten im Einzelnen als Unterlassung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Inhaftierung führt.¹⁰³ Als solche Pflichten haben der EGMR und die ehemalige EKMR etwa die Wehrpflicht resp. die Pflicht zum Ersatzdienst bezeichnet,¹⁰⁴ ebenso eine gesetzlich vorgesehene Identitätsfeststellung durch die Pflicht, einen Pass bei sich zu tragen,¹⁰⁵ eine Vorladung als Zeugin oder Zeuge in einem Gerichtsverfahren¹⁰⁶ oder die (gesetzlich verankerte) Pflicht, sich während eines Fussballspiels friedlich zu verhalten und keine strafbaren Handlungen zu begehen.¹⁰⁷

Dieser Haftgrund hat keinen Strafcharakter. Er kann nur nach einer Einzelfallprüfung angenommen werden, wenn feststeht, dass der oder die Betroffene sich nicht an die gesetzliche Verpflichtung hält oder gehalten hat. Dazu muss der oder die Betroffene vorher Gelegenheit gehabt haben, die gesetzliche Pflicht von sich aus freiwillig zu erfüllen.¹⁰⁸ Die Haft darf denn auch einzig

⁹⁹ Obergericht Zürich vom 4.11.2011, ZR 110/2011, S. 310 E. 3.3.5.

¹⁰⁰ BVGer-Urteile E-6934/2010 und E-6935/2010 vom 29. September 2010 („que les Etats parties à "l'Espace Schengen" gardent la compétence d'opérer des contrôles d'identité, en particulier aux frontières aéroportuaires, et de refuser l'entrée sur leur territoire à des étrangers provenant d'Etats tiers, lesquels ne sauraient se prévaloir du principe de libre circulation des personnes, dont bénéficient en principe seulement les ressortissants des parties contractantes“).

¹⁰¹ Siehe dazu etwa EGMR, O.M. v. Hungary, 9912/15 (2016).

¹⁰² Siehe dazu oben Ziff. IV.2.

¹⁰³ SCHEFER/RUEGGER, Rz. 140.

¹⁰⁴ EKMR, Johansen v. Norway, 10600/83 (1985), DR 44, 155 (163).

¹⁰⁵ EKMR, B. v. France, 10179/82 (1987), DR 52, 111 (118).

¹⁰⁶ GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 21.

¹⁰⁷ EGMR, Ostendorf v. Germany, 15598/08 (2013), Ziff. 93.

¹⁰⁸ BGE 137 I 31, E. 7.4.

dem Ziel dienen, die Person dazu anzuhalten, diese Verpflichtung zu erfüllen. Der Haftgrund entfällt damit, sobald der oder die Betroffene der Verpflichtung nachgekommen ist.¹⁰⁹

Der Freiheitsentzug nach lit. b muss ferner verhältnismässig sein. Das heisst, er muss notwendig sein, um den angestrebten Zweck (die Pflichterfüllung) zu erreichen und darf hierfür nur als letztes Mittel angewendet werden, wenn mildere Massnahmen nicht zum Ziel führen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt zudem, dass ein Ausgleich hergestellt wird zwischen der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft, die sofortige Erfüllung der Verpflichtung sicherzustellen, und der Bedeutung des Rechts auf Freiheit für die betroffene Person. Dabei ist auch die Dauer des Freiheitsentzugs von Bedeutung.¹¹⁰

Im Kontext von Asylverfahren bedürfen dabei insbesondere drei mögliche Anwendungsbereiche dieses Haftgrundes einer näheren Überprüfung. Erstens ist zu klären, ob während einer sehr kurzen Dauer in der initialen Phase des Asylverfahrens dieser Haftgrund anrufbar ist, um Asylsuchende zu registrieren, ihre Identität festzustellen und ihre Asylgründe aufzunehmen. Zweitens ist zu evaluieren, ob die Missachtung behördlicher Anordnungen während des Aufenthaltes in der Schweiz, d.h. etwa die Missachtung von Hausordnungen oder von Ein- oder Ausgrenzungsverfügungen, eine Anrufung von lit. b rechtfertigen kann. Drittens wird in der Schweiz die Durchsetzungshaft nach erfolgter Wegweisung (Art. 78 AuG) als eine Form der Beugehaft ebenfalls auf diesen Haftgrund abgestützt. Auch die Zulässigkeit dieser Begründung ist näher zu untersuchen.

4.2.1. Inhaftierung zu Beginn des Asylverfahrens

Eine Inhaftierung zu Beginn des Asylverfahrens ist unter dem Haftgrund von lit. b grundsätzlich möglich, um die Einhaltung gesetzlicher Verpflichtungen der Asylsuchenden zu erreichen. Die Zulässigkeit eines sich auf diesen Haftgrund stützenden Freiheitsentzugs wird für den Asylbereich generell anerkannt. So hat der Menschenrechtsausschuss in Anwendung von Art. 9 Pakt II (welcher selber allerdings keine abschliessende Auflistung der Haftgründe kennt¹¹¹), festgehalten, dass Asylsuchende, die ohne Einreiseerlaubnis auf das Territorium eines Staates gelangen, für eine kurze Anfangsdauer inhaftiert werden dürfen, um ihre Einreise zu dokumentieren, ihre Asylgesuche aufzunehmen und ihre Identität abzuklären, sofern diese umstritten ist.¹¹² Dabei ist aber, wie erwähnt, stets eine Einzelfallprüfung notwendig.¹¹³ Auch Soft-Law-Vorgaben anerkennen diese Möglichkeit.¹¹⁴ Die Inhaftierung darf aber nur für eine kurze Dauer und nur als letztes Mittel erfolgen. Sofern keine besonderen Umstände im Einzelfall vorliegen, wie z.B. das Risiko, dass die antragstellende Person untertaucht, Straftaten oder Akte gegen die nationale Sicherheit begeht, ist eine Inhaftierung, die über diese kurze Anfangsdauer hinausgeht, gemäss dem Menschenrechtsausschuss willkürlich und damit rechtswidrig.¹¹⁵

¹⁰⁹ EGMR, *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71 u.a. (1976), Ziff. 69; GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz. 21; MEYER-LADEWIG, N 30 zu Art. 5 EMRK.

¹¹⁰ MEYER-LADEWIG, N 17 zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT, N 51 zu Art. 5 EMRK.

¹¹¹ Siehe dazu oben, Ziff. IV.4.

¹¹² HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 18; *Bakhtiyari v. Australia*, 1069/2002 (2003), paras. 9.2–9.3; *M.M.M. et al. v. Australia*, 2136/2012 (2013), para. 10.3.

¹¹³ CM, Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum-seekers, para. 4.

¹¹⁴ Vgl. CM, Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum-seekers, para. 3. UNHCR, Detention Guidelines, para. 24 ff.

¹¹⁵ HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 18; *Tarlue v. Canada*, 1551/2007 (2009), paras. 3.3 and 7.6; *Ahani v. Canada*, 1051/2002 (2004), para. 10.2; *M.M.M. et al. v. Australia*, 2136/2012 (2013), para. 10.3.

Im Übrigen erlaubt auch Art. 31 Abs. 2 Genfer Flüchtlingskonvention (FK)¹¹⁶ die Inhaftierung von Asylsuchenden nur für eine anfängliche, sehr kurze Periode, in welcher die Identität und Umstände der asylsuchenden Person geprüft werden.¹¹⁷ Sobald eine Person in das Asylverfahren aufgenommen worden ist und sich somit rechtmässig aufhält¹¹⁸, ist Art. 26 FK anwendbar, welcher die Bewegungsfreiheit von Flüchtlingen regelt, die sich rechtmässig aufhalten, und welcher eine Inhaftierung nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässt, wie sie bei ausländischen Staatsangehörigen im Allgemeinen gelten.

Gesetzliche Pflichten zu Beginn des Asylverfahrens, deren Erfüllung allenfalls mittels Haft durchgesetzt werden könnte (sofern dafür eine genügende gesetzliche Grundlage besteht), sind nach schweizerischem Recht insbesondere die in Art. 8 AsylG festgelegten Mitwirkungspflichten. Dazu gehören die Offenlegung der Identität, die Mitwirkung bei der Erhebung biometrischer Daten, die Abgabe von Reise- und Identitätsdokumenten, die Angabe der Asylgründe sowie die vollständige Bezeichnung und Einreichung oder – soweit zumutbar – Beschaffung von Beweismitteln (Art. 8 Abs. 1 lit. a-e AsylG). Zur Erfüllung dieser Pflichten werden zu Beginn des Asylverfahrens insbesondere folgende Massnahmen vorgenommen (Art. 26 Abs. 2 AsylG): Erhebung der Personalien, daktyloskopische Erhebungen und Fotografien, allenfalls Erhebung weiterer biometrischer Daten, Erstellung von Altersgutachten, Überprüfung von Beweismitteln und Reise- und Identitätspapieren, Vornahme herkunfts- sowie identitätsspezifischer Abklärungen sowie eine erste Befragung zu Identität, Reiseweg und summarisch zu den Gründen, warum sie ihr Land verlassen haben. Die Asylsuchenden sind zudem verpflichtet, sich während des Verfahrens den Behörden von Bund und Kantonen zur Verfügung zu halten (Art. 8 Abs. 3 AsylG).

Unter Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK wäre es folglich grundsätzlich zulässig, bestimmten Asylsuchenden während einer zeitlich klar begrenzten und kurzen Dauer zu Beginn des Asylverfahrens die Freiheit zu entziehen, um die Erfüllung der Mitwirkungspflichten durchzusetzen.¹¹⁹ Dazu müssen zusätzlich die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Möglichkeit der Inhaftierung zur Durchsetzung dieser Mitwirkungspflichten muss gesetzlich vorgesehen sein;
- Die Inhaftierung muss im Einzelfall angeordnet werden und es muss eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Anordnung bestehen;
- Die Person muss bereits die Möglichkeit gehabt haben, der gesetzlichen Pflicht freiwillig nachzukommen;
- Die Inhaftierung muss verhältnismässig sein.

Damit erscheint eine routinemässige Inhaftierung aller Asylsuchenden zu Beginn des Asylverfahrens – selbst wenn sie nur wenige Tage dauert – unverhältnismässig und folglich rechtswidrig, insbesondere weil den Betroffenen keine Möglichkeit gegeben wird, zunächst freiwillig ihren Mitwirkungspflichten nachzukommen.¹²⁰

¹¹⁶ Diese Bestimmung ist auch auf Asylsuchende anwendbar: HATHAWAY, S. 388 ff.

¹¹⁷ HATHAWAY, S. 421 ff.

¹¹⁸ Einen „rechtmässigen Aufenthalt“ im flüchtlingsrechtlichen Sinn haben auch Asylsuchende, solange sie ordnungsgemäss ein Asylgesuch gestellt haben und dieses noch nicht abgewiesen wurde, siehe HATHAWAY, S. 175. Siehe dazu auch oben, Ziff. IV.4.1.2. (zu Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK).

¹¹⁹ EGMR, O.M. v. Hungary, 9912/15 (2016).

¹²⁰ Siehe dazu auch SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 150, welche eine generelle Präventivhaft für Asylsuchende als „unter keinen Umständen zulässig“ erachten.

4.2.2. Inhaftierung während des Aufenthalts?

Es fragt sich weiter, ob der Haftgrund der Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung nach lit. b auch noch während des Aufenthalts von Asylsuchenden in der Schweiz Anwendung finden kann. Diese Frage stellt sich primär im Zusammenhang mit der Diskussion um sogenannte „renitente“ Asylsuchenden. Einige Stimmen aus der Politik fordern denn auch explizit die Schaffung der Möglichkeit der Einweisung dieser Personen in geschlossene Zentren und damit die Anordnung von Freiheitsentzug.¹²¹

Wie erwähnt,¹²² setzt der Haftgrund nach lit. b eine klar umrissene, gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung des Einzelnen voraus. Zudem muss im Gesetz selber der Freiheitsentzug als Durchsetzungsmittel zur Erfüllung dieser Pflicht vorgesehen sein und die Haft muss verhältnismässig sein.¹²³

Klar erscheint deshalb, dass ein allgemeiner Verweis auf eine „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, wie er sich etwa in Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG für die Einweisung in ein besonderes Zentrum findet, den Erfordernissen von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK nicht entspricht. Die dahinter stehende Unterlassungspflicht („die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden“) ist, selbst unter Berücksichtigung der Präzisierung dieses Tatbestandes in Art. 16b Abs. 2 AsylV 1, deutlich zu wenig konkret gefasst, um als Grundlage für einen Freiheitsentzug zu dienen.¹²⁴

Der zweite mögliche Grund für eine Einweisung in ein besonderes Zentrum greift nach Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG, wenn Asylsuchende durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb in den Empfangs- und Verfahrenszentren erheblich stören. Art. 16b Abs. 3 AsylV 1 präzisiert, dass eine erhebliche Störung des Betriebs insbesondere dann vorliegt, wenn die asylsuchende Person die Hausordnung des Empfangs- und Verfahrenszentrums grob verletzt, insbesondere weil sie Waffen oder Betäubungsmittel besitzt oder aufbewahrt, oder ein Ausgangsverbot wiederholt missachtet (lit. a), sich den Verhaltensanweisungen des Leiters oder der Leiterin des Empfangs- und Verfahrenszentrums oder der Stellvertretung widersetzt und dadurch insbesondere das Personal oder andere Asylsuchende wiederholt belästigt, bedroht oder gefährdet (lit. b); oder wiederholt den ordentlichen Betrieb des Empfangs- und Verfahrenszentrums behindert, insbesondere durch die Verweigerung von Hausarbeiten oder die Missachtung der Nachtruhe (lit. c). Diese Verpflichtungen sind zwar wesentlich präziser formuliert, doch fehlt es etwa der groben Verletzung der Hausordnung oder der Missachtung von Verhaltensanweisungen der Leitung eines Zentrums trotz den genannten Einzelbeispielen immer noch an der notwendigen Bestimmtheit. Zudem ist die Normstufe der Verordnung ungenügend, d.h. die „Verfehlungen“ müsste in einem formellen Gesetz verankert sein. Noch deutlicher gilt dieser Befund, wenn auf eine grobe Verletzung der Hausordnung verwiesen wird, denn Hausordnungen sind erst recht keine formellen Gesetze.¹²⁵ Das Gesetz muss konkret und abschliessend die Verpflichtungen aufzählen, deren Nichteinhalten zu einem Freiheitsentzug führen kann. In dieser Hinsicht ist deshalb auch die nicht abschliessende Auflistung in Art. 16b Abs. 3 AsylV1 („insbesondere“) problematisch. Hinzu kommt, dass ein

¹²¹ Siehe etwa die Debatte im Nationalrat in der Sommersession 2012, AB 2012 N 1104 (Votum Pantani Roberta) sowie AB 2012 N 1107 (Votum Fehr Hans). Siehe dazu auch generell oben, Ziff. I.1.

¹²² Siehe oben, Ziff. IV.4.2.

¹²³ So etwa EGMR, Engel and Others v. the Netherlands, 5100/71 u.a. (1976), Ziff. 69; siehe auch MEYER-LADEWIG, N 30 zu Art. 5 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 21; FROWEIN/PEUKERT, N 55 zu Art. 5 EMRK.

¹²⁴ Siehe auch SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 154, und WIDMER, S. 23.

¹²⁵ So auch SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 154.

solcher Freiheitsentzug zumindest auch pönale Elemente enthalten würde, was unter Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK nicht zulässig ist.

Als gesetzliche Verpflichtung von Asylsuchenden während ihres Aufenthalts, welche einen Freiheitsentzug begründen kann, wird ferner auch die Einhaltung eines angeordneten Rayonverbots, d.h. einer Ein- oder Ausgrenzungsverfügung nach Art. 74 AuG, diskutiert. Dass ein Rayonverbot eine gesetzliche Verpflichtung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK darstellen kann, hat das Bundesgericht in einem Urteil zum sog. „Hooligan-Konkordat“ bestätigt.¹²⁶ Bereits heute besteht überdies die Möglichkeit, bei einer Person im laufenden Asylverfahren, die eine Ein- oder Ausgrenzungsverfügung missachtet, Vorbereitungshaft (Art. 75 Abs. 1 lit. b AuG) anzuordnen. Diese Bestimmung erscheint aber nicht unproblematisch, weil auch sie einen gewissen Strafcharakter aufweist, der unter Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK gerade zu vermeiden wäre.

Aktuell fehlt indes im Asylgesetz eine Rechtsgrundlage, um auf die Missachtung eines Rayonverbots auch mit einer Einweisung in ein geschlossenes Asylzentrum reagieren zu können. Selbst wenn eine solche bestünde, dürfte die Einweisung aber nur vorgenommen werden, wenn gegen die Person bereits ein Rayonverbot ergangen ist und sie keine Anstalten macht, dieses zu befolgen.¹²⁷ Zudem müsste die Person freigelassen werden, sobald angenommen werden kann, dass sie die Verfügung nicht mehr verletzt.

Damit wird klar, dass menschenrechtlich kein Raum dafür besteht, asylsuchenden Personen allein aufgrund störenden Verhaltens die Freiheit zu entziehen. Massnahmen, die an ein solches Verhalten anknüpfen, dürfen – sofern sie verhältnismässig sind – eine Freiheitsbeschränkung, nicht aber einen Freiheitsentzug darstellen. Auch „Renitentenzentren“ dürfen also die Schwelle zu einem Freiheitsentzug nicht überschreiten.

4.2.3. Inhaftierung im Zusammenhang mit der Wegweisung

Eine weitere Konstellation, für welche der vorliegende Haftgrund der Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung einschlägig sein kann, ist die *Durchsetzungshaft* (Art. 78 AuG).¹²⁸ Diese kann angeordnet werden, wenn eine Person ihrer Pflicht zur Ausreise (welche mittels einer formalen Wegweisungsverfügung festgestellt worden sein muss) nicht innerhalb der ihr angesetzten Frist selbständig nachkommt und die Wegweisung aufgrund des Verhaltens der Person nicht vollzogen werden kann. „Um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen“, kann die Person deshalb in Haft genommen werden, wenn keine mildereren Massnahmen vorhanden sind und die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist (Art. 78 Abs. 1 AuG). Letzteres ist insbesondere dann erfüllt, wenn die Ausschaffung aufgrund des „unkooperativen Verhaltens“ der Person (z.B. Nichtmitwirkung bei der Papierbeschaffung, eine Pflicht, die gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG resp. Art. 90 lit. c AuG nach Vorliegen eines Wegweisungsentscheides besteht) nicht absehbar ist und deshalb die Haft nicht angeordnet werden kann.

Die Menschenrechtskonformität der Durchsetzungshaft wird in der Schweiz kontrovers diskutiert.¹²⁹ Das Bundesgericht vertritt die Meinung, diese Haftform lasse sich konventionsrechtlich sowohl auf Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK (Variante 2, dazu sogleich unten, Ziff. IV.4.3.) als auch auf

¹²⁶ BGE 137 I 31, E. 7.5.2.

¹²⁷ WIDMER, S. 25.

¹²⁸ Vgl. ZÜND, N 1 zur Vorbemerkung zu Art. 75–78 AuG.

¹²⁹ Siehe HUGI YAR, Rz. 10.11 ff.; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER, S. 57; SCHEFER/RÜEGGER, Rz. 141.

lit. b stützen.¹³⁰ Sie setze ein schwebendes Ausweisungsverfahren voraus und sei deshalb nur zulässig, um eine rechtskräftige Weg- oder Ausweisung sicherzustellen; sie könne zudem – anders als die Ausschaffungshaft – bloss angeordnet werden, wenn die betroffene Person ihrer Ausreisepflicht nicht fristgerecht nachgekommen sei. Die Durchsetzungshaft nehme auf Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK Bezug, indem der Betroffene dazu verhalten werden soll, sein renitentes Verhalten aufzugeben und seiner Ausreisepflicht nachzukommen.

Die Lehre weist demgegenüber teilweise darauf hin, dass die Rechtsprechung des EGMR¹³¹ eine solche Beugehaft nach lit. b nur für sehr kurze Dauer (in der Regel wenige Tage) als zulässig erachtet und sie weiter keinen Strafcharakter haben darf. Die Durchsetzungshaft, die bis zu 18 Monate dauern kann (Art. 79 Abs. 2 AuG), sei in dieser Hinsicht nicht verhältnismässig.¹³²

In der Tat erscheint die Durchsetzungshaft konventionsrechtlich problematisch: Unter lit. f (Durchführung eines Ausweisungsverfahrens) ist fraglich, ob die Durchsetzungshaft, die ja gerade an die aktuelle Unmöglichkeit der Ausschaffung anknüpft, unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten überhaupt geeignet ist, die Durchführung der Ausschaffung zu erreichen. Unter lit. b wiederum erscheint eine mehrmonatige Dauer der Durchsetzungshaft, wie auch in der Literatur moniert wird, kaum verhältnismässig angesichts der Rechtsprechung des EGMR, welcher die Inhaftierung zum Zwecke der Durchsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung in der Regel nur für wenige Tage als verhältnismässig gelten lässt.¹³³

4.3. Durchführung eines Ausweisungsverfahrens

Der letzte im Migrationskontext einschlägige Haftgrund ist derjenige der Durchführung eines Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahrens gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. f Variante 2 EMRK. Unter dem Begriff „Ausweisung“ wird jedes Verfahren verstanden, das bezweckt, eine ausländische Person vom Staatsgebiet zu entfernen und das keine Auslieferung ist.¹³⁴

Ob die Ausweisung oder Auslieferung selbst rechtmässig ist, ist für die Anrufung dieses Haftgrundes irrelevant.¹³⁵ Es genügt, dass die Ausweisung oder Auslieferung prima facie weder unzulässig noch unbegründet ist.¹³⁶ Auch für das Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren schreibt dieser Haftgrund nichts vor. Allerdings kann eine Verletzung der EMRK vorliegen, wenn das Verfahren nicht mit der notwendigen Sorgfalt geführt wird, insbesondere auch, wenn die Beschaffung der für eine Auslieferung notwendigen Reisepapiere nicht mit Nachdruck verfolgt wird.¹³⁷ Die Behörden müssen zielstrebig auf die Ausweisung hinarbeiten, damit die Inhaftierung

¹³⁰ BGE 134 I 92, E. 2.3; ebenso BGer-Urteil 2C.22/2007 vom 22. Februar 2007, E. 2.2.2.

¹³¹ So etwa in EGMR, Azimov v. Russia, 67474/11 (2013), Ziff. 172.

¹³² ZÜND, N 4 zu Art. 78 AuG, sowie HRUSCHKA (Haft in Schengen- und Dublin-Fällen), S. 347. Zudem wird teilweise argumentiert, dass die Durchsetzungshaft auf jeden Fall europarechtswidrig ist, da sie nicht mit den Vorgaben der für die Schweiz bindenden Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABI. L 348 vom 24.12.2008, S. 98 ff.) übereinstimmt. Die Rückführungsrichtlinie sieht eine Inhaftierung im Kontext eines Wegweisungsverfahrens nämlich einzig dann vor, wenn eine hinreichende Aussicht auf eine Ausschaffung besteht (Art. 15 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie). Siehe auch das Urteil des EuGH im Fall Mahdi: EuGH, Rs. C-146/14 PPU, Mahdi, Urteil vom 5.6.2014, ECLI:EU:C:2014:1320.

¹³³ EGMR, Azimov v. Russia, 67474/11 (2013), Ziff. 172.

¹³⁴ Vgl. BUSINGER, S. 27.

¹³⁵ EGMR, Slivenko v. Latvia, 48321/99 (2003), Ziff. 146; siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 37; MEYER-LADEWIG, N 54 zu Art. 5 EMRK; BUSINGER, S. 27.

¹³⁶ EGMR, Sanchez-Reisse v. Switzerland, 9862/82 (1986), Ziff. 57.

¹³⁷ EGMR, Kim v. Russia, 44260/13 (2014), Ziff. 50.

möglichst kurz dauert, wobei ihnen die durch die ausländische Person verursachten Verzögerungen nicht anzulasten sind.¹³⁸

Auch diese Haftform muss dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit genügen. Insbesondere sind mildere Massnahmen in Betracht zu ziehen, bevor Haft angeordnet werden kann. Ebenfalls hat der Vollzug der Ausweisung oder Auslieferung konkret möglich zu sein; andernfalls ist die Haft nicht mehr verhältnismässig und sie muss beendet werden.¹³⁹ Namentlich wenn die Ausweisung aus Gründen, die nicht in der Kontrolle der inhaftierten Person liegen, unmöglich geworden ist, ist die Haft aufzuheben.¹⁴⁰

In der Schweiz bildet dieser Haftgrund die Grundlage für die *Vorbereitungshaft* (Art. 75 AuG), die beiden Arten der *Ausschaffungshaft* (Art. 76 und 77 AuG) sowie für die *Dublin-Haft* (Art. 76a AuG; siehe dazu oben, Ziff. II.4.).¹⁴¹ Die Durchsetzungshaft wird von der Rechtsprechung auf die Doppelgrundlage von lit. f und lit. b gestützt (siehe dazu oben, Ziff. IV.4.2.3.).

5. Zwischenfazit

Die bisherige Analyse hat aufgezeigt, in welchen Konstellationen ein Freiheitsentzug im Migrationskontext – und insbesondere im Rahmen eines Asylverfahrens – zulässig ist und wie diese Haftgründe in der Schweiz umgesetzt werden. Aufgrund des abschliessenden Charakters der Auflistung der Haftgründe in Art. 5 Abs. 1 EMRK können keine weiteren Gründe als die hier behandelten angerufen werden, um einen Freiheitsentzug zwecks Migrationskontrolle vor dem Hintergrund der EMRK und der nationalen Rechtsvorgaben zu rechtfertigen. Zulässig sind folglich nur die Einreisehaft in den Transitzentren zur Verhinderung der irregulären Einreise, ein (kurzer) Freiheitsentzug zu Beginn des Asylverfahrens, ein Freiheitsentzug aufgrund der Missachtung von Ein- oder Ausgrenzungsverfügungen sowie ein Freiheitsentzug zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs, wobei in der Schweiz die EMRK-Konformität der Durchsetzungshaft fraglich ist.

Beschränkungen der Bewegungsfreiheit gestützt auf andere Motive dürfen die Schwelle des Freiheitsentzugs damit nicht überschreiten. Diese Schlussfolgerung unterstreicht erneut die fundamentale Bedeutung der Abgrenzung zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung im Kontext der Unterbringung von Asylsuchenden. Im Folgenden wird deshalb diese Abgrenzung näher untersucht (Ziff. V.), und es werden weitere freiheitsbeschränkende Massnahmen des Asylverfahrens auf ihre Qualifikation als Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung überprüft (Ziff. VI.).

¹³⁸ Vgl. EGMR, *Alim v. Russland*, 39417/07 (2011), Ziff. 59; *Jusic v. Switzerland*, 4691/06 (2010), Ziff. 74; *Saadi v. the United Kingdom*, 13229/03 (2008), Ziff. 72; *Kolompar v. Belgium*, 11613/85 (1992), Ziff. 42; *Frowein/Peukert*, N 89 zu Art. 5 EMRK.

¹³⁹ EGMR, *A. and Others v. the United Kingdom*, 3455/05 (2009), Ziff. 167 ff.; siehe auch Working Group on Arbitrary Detention, Annual Report 2010, A/HRC/13/30, para. 64.

¹⁴⁰ HRC, General comment No. 35 (2014), para. 18; siehe auch Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24 (2012), para. 24.

¹⁴¹ ZÜND, N 1 zur Vorbemerkung zu Art. 75–78 AuG; HUGI YAR, Rz. 10.7.

V. DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN FREIHEITSBESCHRÄNKUNG UND –ENTZUG

1. Übersicht

Die Begriffe Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug beschreiben beide eine Einschränkung des Rechts auf Bewegungsfreiheit. Die Unterscheidung zwischen den zwei Begriffen erfolgt aufgrund der Intensität dieser Einschränkung. Je nach Grad der Schwere des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit liegt eine Freiheitsbeschränkung oder ein Freiheitsentzug vor.

Im Folgenden werden zunächst die abstrakten Kriterien zur Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug dargestellt. Damit eine genauere Grenzziehung erfolgen kann, wird anschliessend die bestehende Abgrenzungskasuistik beigezogen.

2. Die Intensität des Eingriffs als Abgrenzungskriterium zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug

Ausgehend von der Definition des Begriffs Freiheitsentzug als „Massnahmen der staatlichen Gewalt, durch die jemand gegen seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer festgehalten wird“¹⁴², sind zu dessen Differenzierung gegenüber der blossen Freiheitsbeschränkung Abgrenzungskriterien erforderlich.

Die Unterscheidung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug ist gradueller Natur. Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug unterscheiden sich nämlich einzig hinsichtlich der *Intensität* des Eingriffs, nicht aber hinsichtlich ihres Charakters oder ihrer Rechtsnatur.¹⁴³ Die Intensität der jeweiligen Massnahme ist dabei in einer Gesamtwürdigung der konkreten Lage zu prüfen.¹⁴⁴

Nach der Rechtsprechung des EGMR sind hierbei die Art, Dauer, Wirkung und Modalitäten der Massnahme zu berücksichtigen.¹⁴⁵ In welchem Verfahren und unter welcher Bezeichnung die Freiheit entzogen wird, ist nicht von Belang.¹⁴⁶ Insbesondere ist nicht erforderlich, dass ein Freiheitsentzug, um als solcher qualifiziert zu werden, etwa in Form einer expliziten Haftanordnung erfolgt.¹⁴⁷ Der Begriff Freiheitsentzug ist demnach weit zu verstehen, sodass nicht nur straf- und administrativrechtliche Haftformen, sondern auch eine Vielzahl weiterer freiheitsbeschränkender Massnahmen, welche eine gewisse Intensitätsschwelle überschreiten, darunter fallen können.¹⁴⁸

Die genannten abstrakten Kriterien bieten freilich oft kaum eine verlässliche Leitlinie zur Beurteilung konkreter Einzelfälle. Um die hier interessierende Frage beantworten zu können, ob

¹⁴² FROWEIN/PEUKERT, N 10 zu Art. 5 EMRK; siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 21 Rz. 5; BAUMANN, S. 513. Betreffend das subjektive Element des Freiheitsentzugs vgl. auch EGMR, H.M. v. Switzerland, 39187/98 (2002), Ziff. 40 ff.; EGMR, Storck v. Germany, 61603/00 (2005), Ziff. 74 ff.

¹⁴³ BAUMANN, S. 532; EGMR, Guzzardi v. Italy, 7367/76 (1980), Ziff. 93, und Khlaifia et al. vs. Italy (Grosse Kammer), 16483/12 (2016), Ziff. 64.

¹⁴⁴ EGMR, Epple v. Germany, 77909/01 (2005), Ziff. 42 ff.

¹⁴⁵ EGMR, Guzzardi v. Italy, 7367/76 (1980), Ziff. 92; vgl. auch BGE 136 I 87, E. 6.5.3; VEST, N 8 zu Art. 31 BV.

¹⁴⁶ BAUMANN, S. 513; Vgl. FROWEIN/PEUKERT, N 10 zu Art. 5 EMRK.

¹⁴⁷ Vgl. HRC, Yklymova v. Turkmenistan, 1460/2006 (2009), paras. 7.2–7.3 (de facto house arrest); Kurbanova v. Tajikistan, 1096/2002 (2003), para. 7.2 (detention prior to arrest warrant).

¹⁴⁸ KALIN/KÜNZLI, Rz. 1305; vgl. auch HRC, General Comment No. 35 (2014), para. 5.

Asylsuchenden aufgrund der Modalitäten ihrer Unterbringung i.S.v. Art. 5 EMRK die Freiheit entzogen wird, ist daher näher auf die Kasuistik einzugehen, anhand derer sich eine klarere Abgrenzungslinie zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung zeichnen lässt. Ein besonderes Augenmerk ist hierbei auf beurteilte Sachverhalte zu legen, die aufgrund ähnlicher Rahmenbedingungen Analogien zur Unterbringung von Asylsuchenden zulassen.

3. Kasuistik

Als Ausgangspunkt einer Abgrenzungsprüfung bieten sich zunächst die quantitativ auf den ersten Blick einfach beschreibbaren Kriterien der Dauer und der räumlichen Ausdehnung der Massnahme an. Im Folgenden wird daher zunächst auf die Kasuistik betreffend Abgrenzungsfragen in zeitlicher sowie in räumlicher Hinsicht eingegangen, bevor die weiteren in der Rechtsprechung herbeigezogenen Kriterien dargestellt werden. Wie gezeigt werden wird, sind sowohl quantitative (zeitliche/räumliche) wie auch qualitative Kriterien massgeblich.

3.1. Zeitliche Dimension

Ein wesentliches Abgrenzungskriterium stellt die Dauer der freiheitsbeschränkenden Massnahme dar. Abgrenzungsfragen in zeitlicher Hinsicht stellen sich namentlich bei Massnahmen von relativ kurzer Dauer sowie bei regelmässigen Unterbrechungen der freiheitsbeschränkenden Massnahme.

Als untere zeitliche Grenze hat der EGMR das Einsperren in einer Zelle bzw. in einem Apartment während insgesamt 2 Stunden bereits als Freiheitsentzug eingestuft.¹⁴⁹ Auch das „nur“ eine halbe Stunde dauernde Festhalten verbunden mit einer Durchsuchung von Personen¹⁵⁰ oder eine 45-minütige Festhaltung von Personen auf einem Polizeiposten¹⁵¹ können nach dem EGMR bereits Freiheitsentzug darstellen. Hingegen lehnte es das Strassburger Gericht ab, eine mehrstündige Festhaltung durch Grenzbeamte zwecks Durchführung einer Sicherheitsüberprüfung als Freiheitsentzug zu qualifizieren. Entscheidend für diese Einstufung war der Kontext der Festhaltung: Anders als bei einer Polizeiintervention könne nämlich auf Flughäfen vom Vorliegen eines Konsenses hinsichtlich der Durchführung von Sicherheitskontrollen ausgegangen werden.¹⁵² Auch eine rund sieben Stunden andauernde Einkesselung in einem Polizeikordon qualifizierte der EGMR als „blosse“ Freiheitsbeschränkung.¹⁵³ Bezugnehmend auf letzteres Urteil beurteilte auch das Bundesgericht die Einkesselung von Demonstrierenden in einem Polizeikordon während zweieinhalb Stunden noch als „blosse“ Freiheitsbeschränkung.¹⁵⁴ Gegenüber denjenigen Personen, die nach der Einkesselung abgeführt, in ein Polizeigebäude transportiert, mit 30 Personen in eine Zelle gesperrt und sechs Stunden nach Beginn der Einkesselung entlassen wurden, ging das Bundesgericht hingegen von einem Freiheitsentzug aus.¹⁵⁵ Begründet wurde diese Einordnung insbesondere mit den einschneidenden Modalitäten des Eingriffs in die persönliche

¹⁴⁹ EGMR, Rantsev v. Cyprus and Russia, 25965/04 (2010), Ziff. 318.

¹⁵⁰ EGMR, Gillan and Quinton v. the United Kingdom, 4158/05 (2010), Ziff. 57.

¹⁵¹ EGMR, Shimovolos v. Russia, 30194/09 (2011), Ziff. 48–50. Auch in seiner Entscheidung Novotka v. Slovakia, 47244/99 (2003), Ziff. 2 ging der EGMR bei der Inhaftierung in einer Polizeistation während einer Stunde von einem Freiheitsentzug aus.

¹⁵² EGMR, Gahramanov v. Azerbaijan, 26291/06 (2013), Ziff. 40.

¹⁵³ EGMR, Austin and Others v. the United Kingdom, (2012), Ziff. 67.

¹⁵⁴ BGer-Urteil 1C.350/2013, 1C.352/2013 und 1C.354/2013 vom 22.1.2014, E. 3.6.1.

¹⁵⁵ Ibid., E. 3.6.2.

Freiheit der Beschwerdeführenden aufgrund deren Fesselung, des Gefangenentransports sowie der Einsperrung in eine Zelle. Das Bundesgericht bezog sich damit auf die Art, Wirkung und Modalitäten des Eingriffs. In seiner früheren Rechtsprechung betrachtete das Bundesgericht eine mehrstündige Festnahme unter Abnahme der persönlichen Utensilien, eine Unterbringung in einer Zelle während 4 Stunden oder eine 20-stündige Zurückhaltung als Freiheitsentzug.¹⁵⁶ Das bloss Verbringen auf den Polizeiposten oder die bloss einige Minuten dauernde polizeiliche Anhaltung zwecks Identitätskontrolle werden indes noch nicht per se als Freiheitsentzug eingestuft.¹⁵⁷

Dieser Blick auf die Rechtsprechung zeigt, dass bereits bei zeitlich kurzen, wenige Stunden dauernden, freiheitsbeschränkenden Massnahmen grundsätzlich von Freiheitsentzug ausgegangen werden kann, sofern der einer Person während dieser Zeit zugängliche Raum von relativ kleiner Dimension ist. Weiter wird deutlich, dass nicht alleine die zeitliche und die räumliche Dimension ausschlaggebend sind, sondern dass – gerade bei Grenzfällen – darüber hinaus weitere Kriterien wie etwa die Modalitäten einer Verhaftung oder des Transports oder gar die Annahme eines impliziten Einverständnisses, kontrolliert zu werden, entscheiderelevantes Gewicht haben können.¹⁵⁸

Die Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und -entzug kann in temporaler Hinsicht weiter schwierig vorzunehmen sein, wenn eine auf kleinem Raum vonstattengehende Festhaltung regelmässig – z.B. jeweils tagsüber – unterbrochen wird. Das dauerhafte Verbot, die eigene Wohnung zu verlassen, d.h. Hausarrest, wird vom EGMR aber in konstanter Rechtsprechung als Freiheitsentzug bewertet.¹⁵⁹ Hierbei ist es nicht erforderlich, dass die Wohnung physisch abgeschlossen ist. Der Gerichtshof lässt vielmehr das formelle Verbot, die Wohnung nicht zu verlassen, genügen. So wurde etwa ein gegenüber einem Grenzwächter als Disziplinarstrafe ausgesprochener sechstägiger Hausarrest als Freiheitsentzug eingestuft, obwohl es diesem erlaubt war, sein Haus ausnahmsweise für Arztbesuche, wichtige Besorgungen oder den Besuch des Gottesdienstes zu verlassen.¹⁶⁰

Nächtliche Ausgangsverbote, auch in Verbindung mit weiteren Auflagen, sind demgegenüber nach der Praxis des Gerichtshofs grundsätzlich nicht als Freiheitsentzug einzustufen.¹⁶¹ So wurde die Anordnung einer nächtlichen Ausgangssperre von 21:00 bis 07:00 Uhr während der Dauer von gesamthaft fünf Monaten, verbunden mit der Auflage, die eigene Wohnung auch tagsüber nur mit polizeilicher Erlaubnis zu verlassen, als bloss Freiheitsbeschränkung eingestuft.¹⁶² In gleicher Weise qualifizierte der EGMR gar eine zweijährige, jeweils von 22:00 bis 06:00 Uhr dauernde Ausgangssperre, verbunden mit einer wöchentlichen Meldepflicht bei der Polizei sowie

¹⁵⁶ Urteil P 1758/86 vom 15. Dezember 1987, in: ZBI 89/1988, S. 357; BGE 113 Ia 177, E. 1; BGE 116 Ia 149.

¹⁵⁷ BGE 136 I 87, E. 6.5.3; BGE 109 Ia 146, E. 4b. S. dazu auch TSCHENTSCHER, N 64 zu Art. 10 BV.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 136 I 87, E. 6.5.3, wonach nicht allein die Stundenanzahl der Freiheitsbeschränkung massgebend ist, sondern die gesamten Umstände wie Art, Wirkung, Modalitäten und Dauer.

¹⁵⁹ EGMR, Lavents v. Latvia, 58442/00 (2002), Ziff. 63; N.C. v. Italy, 24952/94 (2002), Ziff. 50; Pekov v. Bulgaria, 50358/99 (2006), Ziff. 71; Vachev v. Bulgaria, 42987/98 (2014), Ziff. 64; Buzadji v. the Republic of Moldova, 23755/07 (2016), Ziff. 105; auch das HRC qualifiziert Hausarrest als Freiheitsentzug (Ngalula Mpandanjila v. Democratic Republic of the Congo, 138/1983 [1986], para. 8.2; Gorji-Dinka v. Cameroon, 1134/2002 [2005], para. 5.4).

¹⁶⁰ EGMR, Dacosta Silva v. Spain, 69966/01 (2006), Ziff. 13 und 42.

¹⁶¹ EGMR, Raimondo v. Italy, 12954/87 (1994), Ziff. 13 und 39; Tommaso v. Italy, 43395/09 (2017), Ziff. 17 und 89. Siehe auch BAUMANN, der nächtliche Ausgangssperren zwar als Freiheitsbeschränkung aber dennoch als schweren Grundrechtseingriff qualifiziert, der einer klaren gesetzlichen Grundlage bedarf (BAUMANN, S. 523).

¹⁶² EGMR, Raimondo v. Italy, 12954/87 (1994), Ziff. 13 und 39.

dem Verbot, ein Mobiltelefon zu benutzen und Bars oder Nachtclubs zu besuchen sowie öffentlichen Versammlungen beizuwohnen, nur als Freiheitsbeschränkung.¹⁶³

Daraus lässt sich für die hier interessierende Fragestellung ableiten, dass das Setting in der Asyl-Unterkunft mitentscheidend ist für die Qualifikation als Freiheitsentzug. Ist die Unterkunft, ähnlich wie in den vom EGMR behandelten Fällen von Hausarrest, mit einer eigenen Wohnung vergleichbar, so kann eine bloss nächtliche Ausgangssperre eher für eine bloss Freiheitsbeschränkung sprechen und es müssten weitere einschränkende Umstände vorliegen, um einen Freiheitsentzug zu bejahen (siehe sogleich unten, Ziff. V.3.2. und V.3.3.). Ist hingegen die Unterkunft bereits an sich „gefängnisähnlich“ ausgestaltet, so wird schon ein vergleichsweise kurzer zwangsweiser Aufenthalt in dieser als Freiheitsentzug gewertet werden.

3.2. Räumliche Dimension

Eine nächtliche Ausgangssperre, die isoliert betrachtet noch keinen Freiheitsentzug darstellen würde, kann in Kombination mit weiteren Einschränkungen also durchaus zu einem Freiheitsentzug werden. Dies insbesondere dann, wenn während den „Ausgangszeiten“ eine weitere (faktische oder rechtliche) räumliche Eingrenzung besteht.

In einem wegweisenden Urteil hatte der EGMR die dreijährige Verbannung von *Michele Guzzardi*, einem mutmasslichen Mafioso, in eine Gemeinde mit der Fläche von 2.5 km² auf der italienischen Insel Asinara zu beurteilen.¹⁶⁴ Dieser durfte sich tagsüber innerhalb der Gemeinde frei bewegen, musste sich allerdings zwei Mal täglich bei den Behörden melden. Von 22:00 bis 07:00 Uhr musste er sich in seiner Wohnung aufhalten, wo er mit seiner Familie leben durfte. Weiter war es dem Beschwerdeführer untersagt, Bars und Nachtclubs zu besuchen oder öffentlichen Versammlungen beizuwohnen und er war verpflichtet, Telefonate über weite Distanzen zu melden.¹⁶⁵ Innerhalb der Gemeinde lebten fast ausschliesslich andere Verbannte und Sicherheitsbeamte. Der Gerichtshof hielt fest, dass die einzelnen Einschränkungen für sich gesehen keinen Freiheitsentzug darstellen würden. Zur Qualifikation seien allerdings die gesamten Umstände in ihrer Wirkung auf den Beschwerdeführer im Einzelfall zu würdigen. Die Kombination der genannten Massnahmen wurde vom EGMR als Freiheitsentzug eingestuft.¹⁶⁶

In einem auf den ersten Blick ähnlich gelagerten Fall hatte der Gerichtshof die Situation von *Youssef Moustafa Nada* einzustufen, der in der von schweizerischem Territorium umgebenen italienischen Enklave Campione d'Italia lebte.¹⁶⁷ Aufgrund des Verdachts der Finanzierung terroristischer Aktivitäten verweigerte ihm die Schweiz während sieben Jahren die Einreise, womit er die 1.6 km² grosse Enklave in diesem Zeitraum nicht mehr verlassen konnte. Der Beschwerdeführer wurde aber weder überwacht noch wurden ihm Meldepflichten auferlegt.¹⁶⁸ Er lebte weiterhin in seinem langjährigen Wohnsitz und konnte ohne Einschränkungen soziale Kontakte pflegen. Hier verneinte der EGMR das Vorliegen eines Freiheitsentzugs.¹⁶⁹ Im Vergleich zum Fall

¹⁶³ EGMR, *Tommaso v. Italy*, 43395/09 (2017), Ziff. 17 und 89. Zu berücksichtigen bleibt allerdings, dass bei beiden genannten Konstellationen jeweils Ausnahmen für das nächtliche Verlassen der Unterkunft erteilt werden konnten.

¹⁶⁴ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980).

¹⁶⁵ Zu den Eingrenzungsbedingungen vgl. EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 12.

¹⁶⁶ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 95.

¹⁶⁷ EGMR, *Nada v. Switzerland*, 10593/08 (2012).

¹⁶⁸ Vgl. EGMR, *Nada v. Switzerland*, 10593/08 (2012), Ziff. 11 ff.

¹⁶⁹ EGMR, *Nada v. Switzerland*, 10593/08 (2012), Ziff. 233.

Guzzardi zeigt sich vorliegend, dass die räumliche und die zeitliche Dimension der Einschränkung in Grenzfällen nicht alleine ausschlaggebend für die Qualifikation der freiheitsbeschränkenden Massnahme sind. Trotz einer länger andauernden „Eingrenzung“ auf einem kleineren Gebiet lag im Fall *Nada* kein Freiheitsentzug vor. Entscheidend war vielmehr, inwiefern der Betroffene den ihm zur Verfügung stehenden Raum nutzen konnte¹⁷⁰ bzw. inwiefern er durch die Einschränkung in der Ausübung seiner Grundrechte – namentlich in seiner Möglichkeit, soziale Kontakte zu pflegen – zusätzlich eingeschränkt wurde. Insofern ist bei der räumlichen Dimension einer freiheitsbeschränkenden Massnahme nicht bloss der physisch zugängliche Raum, sondern eher der verfügbare soziale Raum ausschlaggebend. Um diesen sozialen Raum fassen zu können, sind neben dem zeitlichen und dem räumlichen Aspekt weitere Kriterien beizuziehen (dazu sogleich unten, Ziff. V.3.3.).

In einem weiteren für die vorliegende Studie wichtigen Urteil ging der EGMR schliesslich von einem Freiheitsentzug aus, obwohl der Beschwerdeführer, *Rusi Kosev Stanev*, im rechtlichen Sinne explizit nur in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt wurde: Ein wegen Schizophrenie für teilweise unmündig erklärter Mann wurde während acht Jahren in einem offen geführten, abgelegenen Pflegeheim in den Bergen untergebracht. Dieses durfte er zwar unter Erlaubnis der Heimleitung verlassen. Seine finanziellen Verhältnisse erlaubten es ihm aber nicht, die weite Reise in die nächste Stadt auf sich zu nehmen, um etwa seine Familie treffen zu können.¹⁷¹ Die fehlenden faktischen Möglichkeiten, sich vom abgelegenen Heim wegbewegen zu können und die damit verbundene soziale Isolation liessen den Gerichtshof schlussfolgern, dass in dieser Konstellation ein Freiheitsentzug vorliegt.¹⁷²

Freiheitsentzug umfasst daher nicht nur eine direkte Festhaltung, die auf physischem Zwang (Einsperren, Fesseln, körperliches Zurückhalten) oder auf staatlichen Anordnungen (Verboten, Befehlen) beruht, sondern ein Freiheitsentzug kann auch durch indirekte staatliche Mittel bewirkt werden, wenn diese zur Folge haben, dass eine Personen einen räumlich begrenzten Ort, an dem sie sich gegen ihren Willen aufhält, nicht verlässt resp. verlassen kann. Das Mittel, mit welchem diese räumliche Abgrenzung geschieht, ist daher nicht von Relevanz.

3.3. Weitere Kriterien

Die dargestellte Rechtsprechung macht deutlich, dass weitere Kriterien dann relevant werden, wenn die zeitliche und räumliche Dimension der freiheitsbeschränkenden Massnahme keine eindeutige Qualifikation zulassen. In seiner Rechtsprechung belässt es der Gerichtshof zwar jeweils bei einer Nebeneinanderstellung der einzubeziehenden Kriterien und einem abschliessenden Fazit, ohne eine Rangordnung zwischen den Kriterien herzustellen.¹⁷³ Dennoch können gestützt auf die Kasuistik Kategorien identifiziert werden, bei welchen aufgrund der Betrachtung eines bestimmten Kriteriums auf einen Freiheitsentzug zu schliessen ist. Klar eingeordnet werden können Situationen wie das Einsperren in einer Zelle (auch während kurzer Zeit), oder das längere ununterbrochene Festhalten in anderen Räumlichkeiten wie etwa der eigenen Wohnung. Bei Anordnungen wie nächtlichen Ausgangssperren kombiniert mit (rechtlichen oder faktischen) Eingrenzungen auf einem grösseren Gebiet sind indes weitere Kriterien herbeizuziehen. Mehrere

¹⁷⁰ Vgl. EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 91; DEMKO, S. 174.

¹⁷¹ Vgl. EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 10 ff.

¹⁷² EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 132.

¹⁷³ Vgl. DEMKO, S. 175.

Aspekte, die für sich gesehen jeweils eine blosser Freiheitsbeschränkung bedeuten würden, können in einer Art und Weise zusammenspielen, dass sie in der Kombination einen Freiheitsentzug bewirken.¹⁷⁴

Neben der quantitativ messbaren Dauer sowie dem räumlichen Umfang der Einschränkung kommen damit auch qualitative Kriterien zum Tragen, d.h. die Frage, wie der zur Verfügung stehende Raum genutzt werden kann.¹⁷⁵ In der Rechtsprechung stehen als weitere Kriterien das Vorliegen von Meldepflichten, das Ausmass der Aufsicht und Überwachung sowie die Möglichkeit, soziale Kontakte zu pflegen, im Vordergrund.¹⁷⁶

Allgemein gesprochen wird die Schwelle zum Freiheitsentzug dann überschritten, wenn die gesamten Umstände den Betroffenen derart intensiv treffen, dass er in elementaren Aspekten seiner Persönlichkeitsentfaltung oder in der Ausübung anderer Grundrechte betroffen wird.¹⁷⁷ Der Begriff des Freiheitsentzugs lässt sich also nicht allein mit dem Aspekt der Beschränkung der *körperlichen* Bewegungsfreiheit fassen, sondern es sind die mit der – zunächst körperlichen – Einschränkung einhergehenden *materiellen Begleitumstände* zu beachten, die eine Beschränkung der selbstbestimmten Lebensführung bedeuten können.¹⁷⁸

4. Exkurs: „Gelockerte“ Formen des Strafvollzugs als Freiheitsentzug

Der Strafvollzug in einer Haftinstitution gilt als die typische Form des Freiheitsentzugs. Die Verurteilung durch ein zuständiges Gericht aufgrund einer gesetzlich verbotenen Straftat ist der erste in Art. 5 Abs. 1 EMRK genannte zulässige Haftgrund (lit. a). Im Unterschied etwa zur ausländischer rechtlichen Administrativhaft (vgl. hierzu oben, Ziff. II.4. und IV.4.3.) liegt der Zweck der Strafvollzugshaft gerade im Freiheitsentzug selbst; der Entzug der Freiheit dient als Strafe. Diesen Strafzweck zu erfüllen vermögen nach Auffassung des Gesetzgebers auch gelockerte Formen des Strafvollzugs wie das Arbeitsexternat gemäss Art. 77a Abs. 2 StGB (Arbeit ausserhalb der Anstalt; Ruhe- und Freizeit in der Anstalt), das Wohn- und Arbeitsexternats gemäss Art. 77a Abs. 3 StGB (Arbeiten und Wohnen ausserhalb der Anstalt, aber weiterhin den Anweisungen der Strafvollzugsbehörde unterstehend), die Halbgefängenschaft gemäss Art. 77b StGB (Arbeit ausserhalb der Anstalt; Ruhe- und Freizeit in der Anstalt) sowie das Electronic Monitoring¹⁷⁹ (per Fussfessel elektronisch überwachter Vollzug einer Freiheitsstrafe ausserhalb der Vollzugseinrichtung).

In der Lehre werden diese Formen des Strafvollzugs ebenfalls als Freiheitsentzug qualifiziert.¹⁸⁰ WYSS begründet dies damit, dass den betroffenen Personen substanziell verunmöglicht werde, ihren normalen Alltag ohne fremde Aufsicht zu führen.¹⁸¹ Zwar kann nicht von der Anordnung einer Freiheitsstrafe auf die Qualifikation sämtlicher Vollzugsarten als Freiheitsentzug geschlossen werden, ist doch wie erwähnt bei der Abgrenzungsfrage gerade nicht der Anordnungsgrund oder deren Form entscheidend, sondern die inhaltliche Ausgestaltung der freiheitsbeschränken-

¹⁷⁴ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 95.

¹⁷⁵ Vgl. DEMKO, S. 175.

¹⁷⁶ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 21 N 8.

¹⁷⁷ Vgl. MÜLLER/SCHÉFER, S. 85, zu Ein- und Ausgrenzungen; siehe auch BAUMANN, S. 525.

¹⁷⁸ Vgl. DEMKO, S. 174.

¹⁷⁹ Siehe dazu den Beschluss des Bundesrates vom 2. September 2015, BBl 2015 6925 f.

¹⁸⁰ BAUMANN, S. 526, mit Hinweis auf WYSS, S. 136.

¹⁸¹ WYSS, S. 136.

den Massnahme. Zumindest bei der Halbgefangenschaft und dem Arbeitsexternat vermag die Qualifikation als Freiheitsentzug indes zu überzeugen, da Betroffene hier mit Ausnahme der Arbeitszeit sämtliche Zeit in einer Vollzugseinrichtung verbringen und insofern in ihrer Lebensgestaltung weitgehend eingeschränkt bleiben. Zudem wirkt sich die bei einer Verletzung von Auflagen drohende Rückversetzung in den geschlossenen Strafvollzug in erheblichem Masse limitierend auf die selbstbestimmte Lebensführung aus.

Obwohl die Frage, inwieweit diese Strafvollzugsformen noch als Freiheitsentzug i.S.v. Art. 5 EMRK zu qualifizieren sind, bislang nicht gerichtlich beantwortet wurde, kann der Vergleich u.E. wichtige Anhaltspunkte für die vorliegende Studie liefern.¹⁸²

VI. DIE UNTERBRINGUNG VON ASYLSUCHENDEN ZWISCHEN FREIHEITSBESCHRÄNKUNG UND –ENTZUG

1. Übersicht

In Ziff. IV wurde nachgewiesen, dass ein Freiheitsentzug im Migrationskontext in der Schweiz nur in eng begrenzten Konstellationen, nämlich in Form einer Einreisehaft zur Verhinderung der irregulären Einreise, als (kurzer) Freiheitsentzug zu Beginn des Asylverfahrens, als Freiheitsentzug aufgrund der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzungsverfügung sowie als Freiheitsentzug zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs zulässig ist. Ausserhalb dieser Konstellationen müssen sich demzufolge einschränkende Massnahmen und Anordnungen unterhalb der Schwelle zum Freiheitsentzug bewegen, sollen sie in Konformität mit Art. 5 EMRK stehen. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, welche die Schwelle dieser Bestimmung überschreiten, können sich, umgekehrt formuliert, nicht auf einen zulässigen Haftgrund stützen und sind damit rechtswidrig.

Basierend auf den in Kapitel IV eruierten Kriterien soll hier daher konkret abgeklärt werden, wie verschiedene Formen der Unterbringung von Asylsuchenden im Grenzbereich zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug rechtlich zu qualifizieren sind.¹⁸³

Aufgrund der sich (bereits auf Bundesebene, und erst recht auf kantonaler Ebene) stark unterscheidenden Ausgestaltung der Unterbringungsformen im Asylbereich, lassen sich keine für eine bestimmte Unterkunftsform allgemein gültigen Schlüsse ziehen. Vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die konkreten Modalitäten der Unterbringung als Freiheitsentzug zu qualifizieren ist. Die Studie konzentriert sich vorliegend auf die Unterbringung in Bundeszentren. Die Schlussfolgerung können aber analog auch auf entsprechende Unterbringungsformen in kantonalen oder kommunalen Unterkünften angewendet werden.

¹⁸² Siehe dazu insbesondere unten, Ziff. VI.3.4.

¹⁸³ In der Literatur wird die Frage nach der Qualifikation als Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung in Graubereichen denn auch gelegentlich offen gelassen; vgl. etwa CARONI/SCHNEIDER, S. 61 f.; KIENER/MEDICI, Rz. 32.

2. Die Unterbringung von Asylsuchenden in Zentren des Bundes

2.1. Aktuelle und zukünftige Ausgangslage

Alle Personen, die ein Asylgesuch in der Schweiz einreichen¹⁸⁴, werden in einer ersten Phase in einem *Empfangs- und Verfahrenszentrum* untergebracht (EVZ, vgl. Art. 21 Abs. 1 AsylG). Die EVZ werden vom SEM geführt (Art. 26 Abs. 1 AsylG).

Aktuell existieren fünf EVZ mit Kapazitäten für jeweils 200 bis 300 Personen. Diese befinden sich an folgenden Standorten in Grenznähe: Chiasso, Altstätten, Basel, Kreuzlingen sowie Vallorbe. Der Aufenthalt in einem EVZ dauert maximal 90 Tage (Art. 16 Abs. 2 AsylV 1). Danach werden die Asylsuchenden auf die Kantone verteilt. Der Betrieb in den EVZ und den Aussenstellen wird geregelt durch die EJPD-VO, die Hausordnung¹⁸⁵ sowie die Geschäftsordnung. In den Bundeszentren werden erste Verfahrensschritte vorgenommen, so u.a. die grenzsanitarischen Massnahmen¹⁸⁶, die erkenntnisdienliche Behandlung¹⁸⁷, die Kurzbefragung¹⁸⁸, sowie die Eröffnung eines Dossiers und die Erfassung der Personalien im ZEMIS- System.

Mit der Neustrukturierung des Asylbereichs¹⁸⁹ werden die Unterbringungskapazitäten des Bundes erhöht, um die Kantone und die Gemeinden zu entlasten. Künftig wird der Bund in den sechs sog. Verfahrensregionen Nordwestschweiz, Bern, Westschweiz, Zentral- und Südschweiz, Ostschweiz, Zürich Bundesasylzentren mit insgesamt 5000 Unterbringungsplätzen betreiben. Zukünftig wird der Aufenthalt in einem Zentrum des Bundes maximal 140 Tage betragen (Art. 24 Abs. 4 nAsylG); anders als im bisherigen Modell werden nicht bloss die ersten Verfahrensschritte, sondern – mit Ausnahme von Fällen die ins sog. erweiterte Verfahren überwiesen werden – das gesamte Asylverfahren im Zentrum des Bundes durchgeführt.

Die zukünftigen Zentren des Bundes werden in drei verschiedene Kategorien unterteilt: „normale“ Verfahrenszentren, in welchen Asylgesuche eingereicht, vom SEM geprüft und entschieden werden, Ausreisezentren, die für Personen im Dublin-Verfahren sowie solche mit einem ablehnenden Asylentscheid konzipiert sind, und „besondere Zentren“.

2.2. „Besondere Zentren“

Eine Person kann einem „besonderen Zentrum“ zugewiesen werden, wenn sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet oder durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb des EVZ erheblich stört (Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG). Konkretisiert werden diese Zuweisungsgründe wie oben¹⁹⁰ dargestellt in Art. 16b Abs. 2 und 3 AsylV 1.

¹⁸⁴ Mit Ausnahme derjenigen Personen, die ihr Gesuch am Flughafen stellen.

¹⁸⁵ Bundesamt für Migration (BFM; heute: SEM), Hausordnung der Empfangs- und Verfahrenszentren für Asylsuchende und Schutzbedürftige, Bern 2008, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/weiteres/hausordnung-evz-d.pdf> (zuletzt besucht am 10.6.2017).

¹⁸⁶ Epidemienprävention, Erkennen von Tuberkulose, Information über HIV-Prävention etc.

¹⁸⁷ Daktyloskopie: Abnahme von Fingerabdrücken und deren Abgleich mit nationalen und europäischen Datenbanken, insb. Eurodac zur Feststellung einer allfälligen Dublin-Zuständigkeit.

¹⁸⁸ „Befragung zur Person“/Erstbefragung, bei welcher erste Informationen über die Identität, den Reiseweg, eine allfällige Dublin-Zuständigkeit sowie erste Informationen über die Ausreise- und Asylgesuchsgründe erhoben werden.

¹⁸⁹ Änderung vom 25. September 2015, nAsylG, Inkrafttreten voraussichtlich am 1.1.2019.

¹⁹⁰ Siehe dazu oben Ziff. IV.4.2.2. für Details.

Die Zuweisung in ein besonderes Zentrum kann durch eine Beschwerde gegen die Endverfügung an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 16b Abs. 6 AsylV 1). Da es noch keine besonderen Zentren gibt, existiert bislang auch noch keine Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur Auslegung der Zuweisungsgründe.

Vorgesehen ist die Errichtung von zwei besonderen Zentren des Bundes.¹⁹¹ Bislang ist einer der Standorte öffentlich bekannt: Der Bund hat im Herbst 2016 eine Liegenschaft in Les Verrières im Kanton Neuenburg erworben und mit dem Kanton und der Gemeinde eine Absichtserklärung unterzeichnet.¹⁹²

Über die spezifische Ausgestaltung der besonderen Zentren besteht noch wenig Klarheit; zudem wird die massgebliche EJPD-Verordnung derzeit revidiert. Öffentlich bekannt sind bisher die folgenden Aspekte:

- Die maximale Aufenthaltsdauer in einem besonderen Zentrum beträgt 140 Tage (Art. 16c Abs. 2 AsylV 1).
- Die Ausgangszeiten sind verkürzt: Asylsuchende, die in einem besonderen Zentrum untergebracht werden, können das Zentrum lediglich von Montag bis Sonntag von 09.00 bis 17.00 Uhr verlassen (Art. 11 Abs. 2^{bis} EJPD-VO).
- Mit der Unterbringung in einem besonderen Zentrum soll gleichzeitig auch eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 74 Absatz 1^{bis} AuG angeordnet werden (Art. 24a Abs. 1 nAsylG). Dafür ist der Standortkanton des Zentrums zuständig, respektive, wenn es sich um eine Ausgrenzung von einem bestimmten Gebiet handelt, derjenige Kanton in dem dieses Gebiet liegt (Art. 74 Abs. 2 AuG).¹⁹³
- Das Betreuungs- und Sicherheitspersonal wird in den besonderen Zentren verstärkt, um – so die Begründung des Bundesrates – ein geordnetes Zusammenleben mit der Bevölkerung der betroffenen Gemeinden zu ermöglichen.¹⁹⁴ Entsprechend hat der Bundesrat beschlossen, an die Standortkantone der besonderen Zentren einen vier Mal so hohen Pauschalbeitrag zur Deckung der Sicherheitskosten zu leisten wie für die Standortkantone der Bundesasylzentren.¹⁹⁵ Diese Erhöhung wird begründet mit den Mehraufwänden, die bei Standortkantonen für besondere Zentren anfallen können.¹⁹⁶
- Gemäss Art. 6a Abs. 4 EJPD-VO können auch in den besonderen Zentren Beschäftigungsprogramme angeboten werden. Im Gegensatz zu den Asylsuchenden in Bundes-

¹⁹¹ Vgl. EJPD/KKJPD/SODK, Gemeinsame Erklärung der Asylkonferenz vom 28. März 2014, Bern 2014, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2014/2014-03-28/erklarung-d.pdf> (zuletzt besucht am 11.6.2017).

¹⁹² Siehe Medienmitteilung des Bundesrats vom 8.11.2016: „Asyl: besonderes Bundeszentrum in Les Verrières (NE)“, <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2016/2016-11-080.html> (zuletzt besucht am 11.6.2017).

¹⁹³ Das SEM informiert die für die Anordnung einer Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 74 AuG zuständige kantonale Behörde unverzüglich über die Gründe der Zuweisung in ein besonderes Zentrum (Art. 16b Abs. 4 AsylV 1). Das SEM ist verpflichtet, der zuständigen kantonalen Behörde unverzüglich mitzuteilen, wenn nach seiner Auffassung die Voraussetzungen für die Anordnung einer Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 74 AuG erfüllt sein könnten (Art. 16b Abs. 5 AsylV 1). Gegen die Ein- oder Ausgrenzung kann bei einer kantonalen richterlichen Behörde Beschwerde geführt werden (Art. 74 Abs. 3 AuG); gegen deren Entscheidung steht der Rechtsweg ans Bundesgericht offen. Der Rechtsweg gegen die Anordnung der Ein- oder Ausgrenzung unterscheidet sich also vom Rechtsweg gegen die Einweisung in ein besonderes Zentrum.

¹⁹⁴ Medienmitteilung des Bundesrats vom 8.11.2016: „Asyl: besonderes Bundeszentrum in Les Verrières (NE)“, <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2016/2016-11-080.html> (zuletzt besucht am 11.6.2017).

¹⁹⁵ So Art. 41 Abs. 1 AsylV 2: Der Jahresansatz von 110 000 Franken wird pro 100 Unterbringungsplätze in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum oder pro 25 Unterbringungsplätze in einem besonderen Zentrum ausgerichtet.

¹⁹⁶ Medienmitteilung des Bundesrats vom 16.11.2016: „Höherer Pauschalbeitrag des Bundes an die Sicherheitskosten der Kantone für besondere Asylzentren“, https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2016/ref_2016-11-160.html (zuletzt besucht am 10.6.2017).

zentren erhalten Asylsuchende in besonderen Zentren zwar ebenfalls eine „Motivationsentschädigung“ für die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm, jedoch wird diese ausschliesslich in Form von Sachleistungen gewährt. Es findet also keine Barauszahlung statt.¹⁹⁷

- Die Kapazitäten der Zentren sind auf maximal 60 Personen ausgerichtet. Im ersten Betriebsjahr wird die Kapazität des Zentrums in Les Verrières auf maximal 20 Personen beschränkt. Danach wird sie schrittweise erhöht bis zur Höchstkapazität von 60 Plätzen.¹⁹⁸
- Das Zentrum in Les Verrières liegt ausserhalb einer abgelegenen Ortschaft: Diese liegt im Val de Travers und ist Grenzort zu Frankreich und hat ca. 700 Einwohnerinnen und Einwohner.¹⁹⁹ Der Ort hat einen Bahnhof, der aber nicht mehr ans Regionalzugnetz angeschlossen ist. Um nach Neuchâtel, die nächste grössere Stadt, zu gelangen, muss ein Bus bis Fleurier genommen werden, wo auf den Zug umgestiegen werden kann. Die Fahrt dauert je nach Verbindung mindestens 1 Stunde und 7 Minuten. Die französische Kleinstadt Pontarlier ist mit dem Bus ohne Umsteigen in 20 Minuten erreichbar. Dies ist für Asylsuchende aber nur theoretisch eine Option, da sie keine grenzüberschreitende Freizügigkeit geniessen.

3. Prüfung der Abgrenzung von Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei der Unterbringung von Asylsuchenden

Ausgangspunkt der Abklärung, ob die Unterbringung von Asylsuchenden Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung darstellt, bilden (entsprechend der Strukturierung von Ziff. V) die Einschliesszeiten, also die Zeitspanne, während der sich Asylsuchende innerhalb der Unterkunft aufhalten müssen (Ziff. 3.2.). Wird gestützt auf dieses zentrale Kriterium kein Freiheitsentzug festgestellt, so wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob die Einschliesszeiten in Kombination mit den konkreten Möglichkeiten der Ausübung der Bewegungsfreiheit ausserhalb der Unterkunft als Freiheitsentzug einzuordnen sind (Ziff. 3.3.). Ist auch dies zu verneinen, ist in einem dritten Schritt die Ausgestaltung der Unterbringung genauer zu untersuchen (Ziff. 3.4.). Kommt die Ausgestaltung derjenigen einer Haftanstalt nahe, so kann dies – in Kombination mit den im ersten und zweiten Prüfschritt festgestellten Aspekten – eine Qualifikation als Freiheitsentzug nahelegen. Vorfrageweise ist zunächst zu prüfen, ob das subjektive Element eines Freiheitsentzugs allenfalls aufgrund einer Einwilligung der Asylsuchenden als fehlend zu betrachten ist.

Die Studie prüft dabei in erster Linie die aktuelle Unterbringungssituation in den Empfangs- und Verfahrenszentren und versucht, eine Einschätzung anhand der bekannten Modalitäten der zukünftigen „besonderen Zentren“ vorzunehmen. Nicht näher eingegangen wird auf die Ausgestaltung der Ausreisezentren; es sei hier aber darauf hingewiesen, dass die Schlussfolgerungen auch auf diese zutreffen: Auch Ausreisezentren dürfen in ihrer Ausgestaltung nicht die Schwelle eines Freiheitsentzugs überschreiten. Andernfalls müsste Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Dublin-Haft nach den Voraussetzungen von Art. 75 ff. AuG verfügt werden und es müssten die Haftbedingungen nach Art. 81 AuG garantiert sein.

¹⁹⁷ So bereits in den Ratsdebatten: „Dort sollen sie nur Sachleistungen erhalten“, Votum Bundesrätin Sommaruga im Nationalrat (13.6.2012), AB 2012 N 1084.

¹⁹⁸ Siehe Medienmitteilung des Bundesrats vom 8.11.2016: „Asyl: besonderes Bundeszentrum in Les Verrières (NE)“, <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2016/2016-11-080.html> (zuletzt besucht am 11.6.2017).

¹⁹⁹ Bundesamt für Statistik, Ständige und nichtständige Wohnbevölkerung im Jahr 2015.

3.1. Vorfrage: Einwilligung in die Unterbringung?

Ein Freiheitsentzug kann nur vorliegen, wenn die Festhaltung gegen den Willen oder ohne die Einwilligung der betroffenen Person erfolgt.²⁰⁰ Im vorliegenden Kontext stellt sich daher die Frage, ob die Unterbringung in einem Asylzentrum gegen den Willen der betroffenen Asylsuchenden erfolgt. Asylsuchende sind grundsätzlich verpflichtet, in der ihnen zugewiesenen Unterkunft zu wohnen²⁰¹ und sich den Behörden zur Verfügung zu halten (Art. 16 Abs. 1 AsylV 1). Eine Ausnahme von der Pflicht, im EVZ zu wohnen, kann in begründeten Fällen gewährt werden. Das Bundesgericht hat im Fall einer asylsuchenden Frau, die bei ihrem Ehemann im Kanton Bern Wohnsitz nehmen wollte, festgehalten, die Pflicht zum Aufenthalt im EVZ bestehe nur solange, bis diejenigen Registrierungsmassnahmen abgeschlossen sind, für welche die asylsuchende Person zwingend im EVZ anwesend sein muss.²⁰² Diese lassen sich, so das Bundesgericht, im Normalfall innerhalb von ein bis zwei Arbeitstagen erledigen.²⁰³ Danach können Asylsuchende also im Grunde auch eine eigene Wohnung beziehen. Von der theoretischen Möglichkeit, ausserhalb eines Asylzentrums Wohnsitz nehmen zu dürfen, kann allerdings nicht auf eine für sämtliche Asylsuchende geltende Einwilligung geschlossen werden. Die Mehrzahl der Asylsuchenden verfügt faktisch schon mangels finanzieller Mittel über keine entsprechende Option und sieht sich daher gezwungen, auch nach Abschluss der Registrierungsmassnahmen im Asylzentrum wohnhaft zu bleiben, zumal in der Praxis meist auch die Ausrichtung der (finanziellen) Sozialhilfeleistungen von der Anwesenheit in der Unterkunft abhängig gemacht wird. Ebenso kann nicht von der Entscheidung, in der Schweiz ein Asylgesuch zu stellen, auf eine Einwilligung in einschränkende Unterbringungsmodalitäten geschlossen werden.²⁰⁴ Insgesamt kann daher nicht von einer Einwilligung ausgegangen werden und das subjektive Element eines allfälligen Freiheitsentzugs ist als gegeben zu betrachten.

3.2. Einschlusszeiten

In Bundeszentren untergebrachte Asylsuchende können diese grundsätzlich verlassen, sobald die dringendsten Registrierungsmassnahmen, namentlich die Erstellung der Fingerabdruckbogen und der Fotografien, abgeschlossen sind (Art. 11 Abs. 1 EJPD-VO).²⁰⁵ Dazu muss ihnen vom Personal eine schriftliche Ausgangsbewilligung erteilt werden. Mit dieser Bewilligung können die Asylsuchenden das Zentrum wochentags zwischen 9:00 und 17:00 Uhr verlassen. Den Abend und die Nacht müssen sie im Zentrum verbringen. Am Wochenende können sie von Freitag 9.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr ausgehen und auch auswärts übernachten (Art. 11 Abs. 2 EJPD-VO).

Ein Freiheitsentzug kann unter Umständen bereits aufgrund der Dauer, während der eine Person den ihr zugewiesenen Ort nicht verlassen darf, festgestellt werden.²⁰⁶ In der Rechtsprechung ist

²⁰⁰ Vgl. oben, Ziff. IV.1. und V. 2.

²⁰¹ BGE 128 II 156, E. 2a, und EGMR, Ilias and Ahmed v. Hungary. 47287/15 (2017), Ziff. 53.

²⁰² BGer-Urteil 2A.282/2003 vom 29.9.2003, E. 3.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Die hier vorliegende Situation unterscheidet sich wesentlich von der Einwilligung zur Durchführung von Sicherheitskontrollen vor einem Flug (vgl. hierzu EGMR, Gahramanov v. Azerbaijan, 26291/06 [2013], Ziff. 40). Vielmehr kann auf das Urteil Amuur v. France verwiesen werden, wonach die bloss theoretische Möglichkeit, wieder in ein anderes Land zu fliegen, einen Freiheitsentzug nicht ausschliesst (EGMR, Amuur v. France, 19776/92 [1996], Ziff. 48). So auch EGMR, Ilias and Ahmed v. Hungary. 47287/15 (2017), Ziff. 54.

²⁰⁵ Gemäss SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Art. C1 Die Empfangs- und Verfahrenszentren, S. 1, werden auch die Massnahmen zur Prüfung des Gesundheitszustandes vor der Erteilung der Ausgangsbewilligung getroffen.

²⁰⁶ Vgl. oben, Ziff. V.3.1.

die Mindestdauer für die Annahme eines Freiheitsentzugs insbesondere von der Grösse und der Qualität des während der Festhaltung zur Verfügung stehenden Raums abhängig. Bei der Festhaltung auf engem Raum – etwa in einer Gefängniszelle – ist bereits bei wenigen Stunden von einem Freiheitsentzug auszugehen.²⁰⁷ Darf eine Person hingegen die eigene Wohnung jeweils nur in der Nacht nicht verlassen, so liegt grundsätzlich noch kein Freiheitsentzug vor.²⁰⁸ Die ununterbrochene Festhaltung in der eigenen Wohnung im Sinne eines Hausarrests stellt allerdings spätestens nach sechs Tagen einen Freiheitsentzug dar.²⁰⁹

Die Unterbringung in einem Asylzentrum ist zwischen diesen beiden Konstellationen zu verorten. Sie beschränkt die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen weit weniger schwerwiegend als die Festhaltung in einer Gefängniszelle. Im Unterschied zur Festhaltung in der eigenen Wohnung befinden sich die Asylsuchenden allerdings nicht in ihren privat eingerichteten Räumlichkeiten, und sie können beispielsweise nur eingeschränkt Besuch empfangen.²¹⁰ Folglich ist der Einschluss in einer Asylunterkunft bereits bei kürzerer Dauer als im Falle des Hausarrests in der eigenen Wohnung als Freiheitsentzug zu qualifizieren.

Bei Gewährung der Ausgangsbewilligung entspricht das Ausgangsregime in den EVZ einem während der Wochentage geltenden nächtlichen Ausgangsverbot. Dieses vermag mit Blick auf die Rechtsprechung zum Hausarrest mit *nur nächtlichem Ausgangsverbot* für sich noch keinen Freiheitsentzug zu begründen.²¹¹ Auch die *verkürzten Ausgangszeiten in einem „besonderen Zentrum“*, welche bei Gewährung der Ausgangsbewilligung von Montag bis Sonntag von 09.00 bis 17.00 Uhr gelten (Art. 11 Abs. 2^{bis} EJPD-VO), sind isoliert betrachtet noch nicht als Freiheitsentzug zu qualifizieren. Demgegenüber wäre etwa bei einer Streichung des Wochenendausgangs in besonderen Zentren und einer damit verbundenen Ausgangssperre von Freitag 17:00 Uhr bis Montag 09:00 Uhr u.E. von einem Freiheitsentzug auszugehen. Diese Qualifikation drängt sich insbesondere vor dem Hintergrund auf, dass auch die Ausgangssperrenzeiten unter der Woche bereits von relativ langer Dauer sind und sich die 64-stündige Ausgangssperre jedes Wochenende wiederholen würde.

Weiter kann allein aufgrund der Einschlusszeiten dann auf einen Freiheitsentzug geschlossen werden, wenn *während mehrerer Tage keine Ausgangsbewilligung* erteilt wird. Dies kann zum einen eintreffen, wenn die Erstellung der Fingerabdruckbogen und der Fotografien erst mehrere Tage nach Beginn der Unterbringung abgeschlossen wird (vgl. Art. 11 Abs. 1 EJPD-VO). Zum anderen kann die Ausgangsbewilligung gestützt auf die in Art. 12 Abs. 1 EJPD-VO genannten Gründe verweigert werden. Eine Verweigerung der Ausgangsbewilligung ist nach dieser Bestimmung möglich, wenn sich die Asylsuchenden am entsprechenden Tag zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zur Verfügung halten müssen (beispielsweise weil sie einen Befragungstermin haben), wenn sie Hausarbeiten zu erledigen haben oder wenn sie Auflagen

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Wie auch für die Transitzentren am Flughafen gilt für die Bundeszentren, dass diese für die Öffentlichkeit im Prinzip nicht zugänglich sind (Art. 2 EJPD-VO). Seelsorgerinnen und Seelsorger haben nach vorgängiger Akkreditierung während der Öffnungszeiten (d.h. von 8.00 bis 17.00 Uhr, Art. 8 Abs. 1 EJPD-VO) Zutritt; Rechtsvertreterinnen und Rechtsberater können ihre Mandantinnen und Mandanten während der Besuchszeiten treffen (Art. 9 EJPD-VO). Die Besuchszeiten dauern täglich von 14.00 bis 16.30 Uhr. Asylsuchende können mit der Zustimmung des Personals Besuch empfangen, sofern das Bestehen einer Beziehung glaubhaft gemacht werden kann (Art. 10 Abs. 1 EJPD-VO). Besucherinnen und Besucher können sich nicht frei im Zentrum bewegen: der Besuch findet nur in den dafür bezeichneten Räumen statt (Art. 10 Abs. 4 EJPD-VO).

²¹¹ Dass nächtliche Ausgangssperren einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit Asylsuchender darstellen, ist hingegen unbestritten (vgl. SCHEFER/RUEGGER, Rz. 108 ff.; GORDZIELIK, Rz. 130 ff.; BGE 128 II 156, E. 2c).

missachten, die ihnen zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung erteilt wurden (Art. 12 Abs. 1 lit. a-c EJPD-VO). Mit der Verweigerung der Ausgangsbewilligung kann gleichzeitig ein Verbot auferlegt werden, bestimmte Räume des Zentrums zu betreten, die für Asylsuchende und Schutzbedürftige sonst allgemein zugänglich sind (Art. 12 Abs. 2 EJPD-VO). Die Ausgangsbewilligung kann formlos verweigert werden (Art. 12 Abs. 1 und 3 EJPD-VO). Wird die Ausgangsbewilligung für mehr als einen Tag verweigert oder geschieht dies mehrmals hintereinander, so ist der betroffenen Person auf ihr Verlangen hin eine beschwerdefähige Verfügung auszustellen (Art. 12 Abs. 4 EJPD-VO). Eine mehrtägige Verweigerung der Ausgangsbewilligung ist u.E. ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Freiheitsentzugs mit pönalem Charakter. Da sich ein solcher, wie oben gezeigt, nicht auf einen Haftgrund der EMRK stützen kann, wäre er folglich rechtswidrig.

Ferner kann eine allfällige *Eingrenzung*²¹² auf die unmittelbare Umgebung einer Kollektivunterkunft praktisch einer umfassenden Ausgangssperre gleichkommen, womit ebenso ein unzulässiger Freiheitsentzug vorliegen würde.²¹³ Dies wird – soweit ersichtlich – im Rahmen der Bundesunterbringung derzeit nicht praktiziert. Allerdings sieht das revidierte Asylgesetz in Art. 24a Abs. 1 vor, dass bei einer Einweisung in ein „besonderes Zentrum“ durch den Standortkanton eine Ein- oder Ausgrenzungsverfügung auszusprechen ist. Für die künftige Praxis bedeutet dies, dass, sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, das Gebiet der Eingrenzung auf jeden Fall substantiell grösser als das blosses Areal der Unterkunft sein muss, um einen unzulässigen Freiheitsentzug zu vermeiden (siehe dazu auch sogleich unten, Ziff. VI.3.3.2.).

3.3. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit ausserhalb der Unterkunft

Kann die freiheitsbeschränkende Massnahme aufgrund der bekannten Einschlusszeiten nicht eindeutig zugeordnet werden, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Möglichkeiten der untergebrachten Personen, sich ausserhalb der Unterkunft zu bewegen und ihre Freiheitsrechte auszuüben, in qualifizierter Weise eingeschränkt werden. Hierbei lassen sich wiederum verschiedene relevante Gesichtspunkte unterscheiden, die nachfolgend dargestellt werden.

3.3.1. Standort des Zentrums

Der Standort einer Unterkunft ist für die Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug besonders bedeutend. Gemäss Praxis des EGMR kann die Unterbringung in einer grundsätzlich offenen Anstalt trotz theoretischer Möglichkeit, sich frei zu bewegen, als Freiheitsentzug bewertet werden, wenn es an faktischen Möglichkeiten fehlt, an einen Ort zu gelangen, der etwa das Pflegen von sozialen Kontakten ermöglicht, beispielsweise wegen der Abgelegenheit des Standorts oder wegen fehlender finanzieller Möglichkeiten.²¹⁴ In solchen Konstellationen wird der Freiheitsentzug damit nicht im formellen Sinne angeordnet, indem den Betroffenen der Zugang zu bestimmten Gebieten bzw. die Möglichkeit ein bestimmtes Gebiet zu verlassen per Verfügung verweigert würde, sondern er ist Resultat der faktischen Umstände der Unterbringung.²¹⁵

²¹² Vgl. hierzu unten, Ziff. VI.3.3.2.

²¹³ Vgl. ZÜND, N 3 zu Art. 74 AuG; WIDMER, S. 22.

²¹⁴ Vgl. oben, Ziff. V.3.2.

²¹⁵ Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen zu Ein- und Ausgrenzungen, Ziff. V.3.3.2.

Dasselbe hat für die Unterbringung von Asylsuchenden zu gelten: Werden diese beispielsweise in einer abgelegenen Unterkunft auf einem Passübergang untergebracht, von wo aus die nächste belebte Ortschaft nur mit Verkehrsmitteln erreichbar ist, die sich die Asylsuchenden mit den ihnen zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln nicht leisten können, so kann in der Regel von einem Freiheitsentzug im Sinne der Strassburger Rechtsprechung ausgegangen werden.²¹⁶ Der freiheitsentziehende Charakter der Unterbringung ergibt sich hier auch aus der Tatsache, dass die in einer abgelegenen Unterkunft untergebrachten Asylsuchenden weitgehend unter sich bleiben und – abgesehen vom Betreuungs- und Sicherheitspersonal – kaum über die Möglichkeit verfügen, mit Personen, die sich nicht im Asylverfahren befinden, Kontakte zu pflegen.²¹⁷

Verschärft wird diese Problematik, wenn Asylsuchende – wie bei der Unterbringung in besonderen Zentren vorgesehen (Art. 6c E-EJPD-VO) – kein Taschengeld erhalten und somit derart stark in der Gestaltung ihrer Freizeitbeschäftigungen ausserhalb des Zentrums limitiert sind, weil in aller Regel auf legalem Weg kein Verlassen der unmittelbaren Umgebung der Unterkunft möglich ist. Die Möglichkeit, zum Zeitvertrieb auf Wanderwegen zu spazieren, ändert nichts an der Qualifikation einer Freiheitsentziehung.²¹⁸

Im Einzelfall kann die Qualifikation der Unterbringung aufgrund des Standorts dort Schwierigkeiten bereiten, wo eine Unterkunft zwar abgelegen ist, aber nicht in dem Ausmass, dass jeglicher sozialer Austausch zu Personen ausserhalb des Zentrums verunmöglicht würde. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die Qualifikation jeweils unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen hat. Mit einzubeziehen sind hierbei sämtliche weiteren hier beschriebenen Kriterien wie etwa die zeitliche Ausgestaltung der Ausgangszeiten oder die Modalitäten der Unterbringung.²¹⁹ Darüber hinaus sind auch die der betroffenen Person – beispielsweise aufgrund ihrer körperlichen Verfassung – zukommenden Möglichkeiten zu berücksichtigen. Bei vulnerablen Personen wie Kindern, Betagten oder körperlich beeinträchtigten Menschen kann sich daher trotz Unterbringung in derselben Unterkunft eine andere Qualifikation aufdrängen, wenn es diesen etwa nicht möglich ist, einen längeren Fussweg zurückzulegen.²²⁰

3.3.2. Rayonverbote

Bei der Unterbringung in einem besonderen Zentrum wird nach Inkrafttreten des neuen Rechts gleichzeitig auch eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 74 Abs. 1^{bis} AuG anzuordnen sein (Art. 24a Abs. 1 nAsylG).²²¹ Die Verfügung einer Ein- oder Ausgrenzung kann nicht per se als Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung qualifiziert werden. Entscheidend ist hierbei vielmehr die Qualität des der betroffenen Person zugänglichen Raums. Zur Beurteilung kann wiederum auf die vorangehend aufgeführte Frage zurückgegriffen werden, inwiefern eine solche Anordnung es der betroffenen Person verunmöglicht, einem „normalen“, selbstbestimmten Alltag nachzu-

²¹⁶ Vgl. EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 125. Zum selben Schluss kommen auch CARONI/SCHNEIDER, S. 61 f.; SCHNEIDER/RÜEGGER, Rz. 29. ff, 106 f.; TRECHSEL, S. 7; WIDMER S. 22 f.

²¹⁷ Dieses Faktum wurde vom EGMR im Urteil *Guzzardi* als für einen Freiheitsentzug sprechend einbezogen (vgl. *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 [1980], Ziff. 95).

²¹⁸ TRECHSEL, S. 7.

²¹⁹ Zu Letzterem siehe unten, Ziff. IV.3.3.3.

²²⁰ Betreffend vulnerable Personen ist zudem darauf hinzuweisen, dass diesen nur als ultima ratio die Freiheit entzogen werden darf (siehe vorne Ziff. III.1.).

²²¹ Gestützt auf Art. 74 Abs. 1 AuG können Ein- und Ausgrenzungen gegenüber Asylsuchenden auch nach geltendem Recht angeordnet werden.

kommen und insbesondere auch soziale Kontakte zu pflegen. Erfolgt die Eingrenzung etwa innerhalb eines städtischen Gebiets, das den Untergebrachten eine Vielzahl von Handlungs- und Beschäftigungsmöglichkeiten offen lässt, so kann alleine aufgrund des Rayonverbots nicht von einem Freiheitsentzug ausgegangen werden. Ein länger dauernde Eingrenzung auf ein Gebiet, das neben der Asylunterkunft kaum weiteren, von Menschen genutzten Raum umfasst, wie beispielsweise eine grossflächige Wiese und einen Wald mit einigen Landwirtschaftsbetrieben, wäre u.E. in aller Regel als Freiheitsentzug einzuordnen.²²² Schwieriger gestaltet sich die Qualifikation bei einer Eingrenzung auf ein Gebiet mit einem kleinen Dorf, das beispielsweise zwar einige, aber doch sehr begrenzte Möglichkeiten bietet, soziale Kontakte pflegen zu können, oder wenn zusätzlich kein Taschengeld ausbezahlt wird und somit den untergebrachten Personen jegliche kostenpflichtigen Aktivitäten ausser Hauses unterbunden werden. Hier sind wiederum sämtliche weiteren relevanten Kriterien beizuziehen.

3.3.3. Modalitäten des Ausgangs

Weiter kann relevant sein, unter welchen Bedingungen sich Asylsuchende aus dem Zentrum begeben dürfen. So kann ein kompliziertes Bewilligungsprozedere für die Gewährung des Ausgangs abschreckend und damit zusätzlich freiheitsbeschränkend wirken.²²³ Auch eine ständige oder punktuelle Begleitung durch Sicherheitsleute während des Ausgangs wäre ein starkes Indiz für einen Freiheitsentzug, wirkte doch diese Ausgangsform wie ein begleiteter Ausgang aus einer Haftanstalt im Sinne einer Vollzugslockerung. Zudem würde bei einer solchen Ausgangsmodalität die betroffene Person nahezu stets unter Beaufsichtigung stehen, was wiederum faktisch ein Hindernis für die Gestaltung der persönlichen Kontakte darstellt.

3.4. Ausgestaltung der Unterkunft

Führen die genannten Prüfschritte zu keiner eindeutigen Qualifikation als Freiheitsentzug, so ist weiter die konkrete Ausgestaltung der Unterkunft zu untersuchen. Je näher diese derjenigen eines Gefängnisses kommt, desto eher muss – in einer Gesamtbetrachtung unter Einbezug der Einschlusszeiten, der Modalitäten und der Beschränkungen während des Ausgangs – von einem Freiheitsentzug ausgegangen werden und nicht mehr von einer blossen Freiheitsbeschränkung. Hierbei kann insbesondere auch der Vergleich zu Halbgefangenschaft²²⁴ aufschlussreich sein: Kann die Unterkunft etwa nur tagsüber während eingeschränkter Zeiten verlassen werden und ist sie darüber hinaus ähnlich wie eine Haftanstalt ausgestaltet, so liegt der Schluss nahe, dass es sich – wie bei der Halbgefangenschaft – um einen Freiheitsentzug handelt. Bezüglich der Ausgestaltung der Unterkunft sind in einer Gesamtwürdigung neben der eigentlichen räumlichen Gestaltung der Unterkunft namentlich die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

3.4.1. Besuchszeiten und weitere Kommunikationsmöglichkeiten

Von grosser Bedeutung für die vorliegende Fragestellung ist, ob und in welchem Ausmass in der Unterkunft *Besuche empfangen* werden dürfen. Keine oder bloss restriktiv ausgestaltete Be-

²²² Auch die Eingrenzung auf die Parzelle der Unterkunft bedeutet einen Freiheitsentzug (vgl. oben, IV.3.2.).

²²³ KIENER/MEDICI, Rz. 32.

²²⁴ Vgl. hierzu oben V.4.

suchszeiten und -möglichkeiten schränken die Freiheit der in der Unterkunft wohnhaften Asylsuchenden zusätzlich ein. Asylsuchende können in den Bundeszentren mit Zustimmung des Personals Besucherinnen und Besucher empfangen, sofern sie das Bestehen einer Beziehung zu diesen glaubhaft machen können. Die Besuchszeiten dauern täglich von 14.00 bis 16.30 Uhr (Art. 10 Abs. 1 und 2 EJPD-VO). Diese Besuchszeiten am Nachmittag erschweren in Kombination mit dem ab 17:00 Uhr geltende Ausgangsverbot die Kontaktpflege zu berufstätigen Personen unter der Woche erheblich.

Ebenso von einiger Relevanz ist die Möglichkeit, *telefonisch oder über Internet* – beispielsweise mit im Ausland lebenden Angehörigen – *kommunizieren* zu können. Hierbei nehmen heute insbesondere Smartphones und andere elektronische Geräte einen wichtigen Platz ein, da diese eine kostengünstige und effektive Kommunikation auch über weite Distanzen ermöglichen. Nach Art. 3 Abs. 1 EJPD-VO können den in EVZ eintretenden Asylsuchenden „elektronische Geräte, welche die Ruhe stören“ abgenommen werden. Mit Blick auf die grosse Bedeutung von entsprechenden Geräten für das Pflegen sozialer Kontakte ist bei der Anwendung dieser Bestimmung u.E. Zurückhaltung geboten, zumal störende Effekte etwa mittels der Nachtruheregelung und allfälligen weiteren Nutzungsregeln eingedämmt werden können. Jedenfalls kann ein Entzug oder eine erhebliche Einschränkung des Gebrauchs dieser Kommunikationsmittel einen Mosaikstein zur Gesamtbeurteilung einer Konstellation als Freiheitsentzug bilden.

3.4.2. Sicherheitsdispositiv

Infrastruktur zur „Fluchtverhinderung“ (wie Zäune, Mauern, Kameras, Sicherheitspersonal an den Ausgängen) oder regelmässige Polizeikontrollen und -durchsuchungen sowie ein striktes Kontrollprozedere beim Ein- und Ausgang führen dazu, dass sich in der Unterkunft wohnhafte Personen eher in einer Haftsituation wähnen. In besonderen Zentren soll das Betreuungs- und Sicherheitspersonal verstärkt werden, um – so die Begründung des Bundesrats – ein geordnetes Zusammenleben mit den Einwohnerinnen und Einwohnern der betroffenen Gemeinden zu ermöglichen.²²⁵ Bauliche und personelle Massnahmen zur Erhöhung der äusseren und inneren Sicherheit der Unterkünfte sind daher ebenso in die Gesamtwertung miteinzubeziehen.

3.4.3. Disziplinarregime

Auch die Existenz eines Disziplinarregimes kann die Unterbringung in einer Asylunterkunft näher an die Modalitäten einer Inhaftierung führen.²²⁶ Mit der revidierten EJPD-Verordnung soll das Disziplinarregime für Bundeszentren neu auf Verordnungsstufe geregelt werden. Zu beachten ist auch, dass eine konkrete Verfügung einer Disziplinar-massnahme – wie etwa die mehrtägige Verweigerung der Ausgangsbewilligung oder die Verweigerung von Fahrausweisen für den öffentlichen Verkehr in einer abgelegenen Unterkunft – bereits für sich dazu führen kann, dass die Schwelle zu einem unzulässigen Freiheitsentzug überschritten wird.

²²⁵ Siehe Medienmitteilung des Bundesrats vom 8.11.2016: „Asyl: besonderes Bundeszentrum in Les Verrières (NE)“, <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2016/2016-11-080.html> (zuletzt besucht am 11.6.2017).

²²⁶ Nach der aktuellen Rechtslage sind die in Asylzentren des Bundes angewandten Disziplinar-massnahmen nicht alle auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe kodifiziert. Geregelt ist hingegen etwa die Verweigerung der Ausgangsbewilligung, vgl. hierzu oben, VI.3.2.

3.4.4. Vorgegebene Tagesabläufe

Zu berücksichtigen ist letztlich, inwieweit den in der Unterkunft wohnhaften Asylsuchenden ein klarer Tagesablauf vorgegeben wird. Relevant ist beispielsweise die Möglichkeit, selbst kochen zu können. In Bundeszentren sind Asylsuchende und Schutzbedürftige zudem verpflichtet, auf Anordnung des Betreuungspersonals bei Hausarbeiten mitzuhelfen (Art. 6 EJPD-VO). Problematisch wäre in dieser Hinsicht etwa eine exzessive Anordnungspraxis, die ein freies Gestalten des eigenen Alltags erschwert oder gar verunmöglicht.

4. Zwischenfazit: Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung bei Fehlen absolut geltender Kriterien

Grundsätzlich ist zur Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug eine Analyse sämtlicher hier genannter Kriterien notwendig. Gleichwohl können verschiedene Konstellationen der Unterbringung identifiziert werden, die für sich alleine bereits einen Freiheitsentzug darstellen. Dazu gehört der Einschluss in einem Zentrum über mehrere Tage, etwa als Folge einer mehrmaligen Verweigerung der Ausgangsbewilligung. Als Freiheitsentzug ist auch die Unterbringung in einem abgelegenen Zentrum oder die Verhängung eines Rayonverbots zu qualifizieren, soweit die betroffene Person dadurch derart isoliert wird, dass sie keinem gewöhnlichen Alltag mehr nachkommen und etwa kaum mehr soziale Kontakte mit Personen, die nicht in derselben Unterkunft leben, pflegen kann. Wie oben erwähnt, sind solche Formen der Freiheitsentziehung mangels Vorliegens eines anwendbaren Haftgrundes unzulässig.

In vielen weiteren Fällen sind hingegen die Umstände des Einzelfalls in ihrer Gesamtwirkung zu würdigen. Betreffend die Zentren des Bundes zeigt sich, dass die restriktiveren Bedingungen in „besonderen Zentren“ je nach Ausgestaltung der durch den Gesetzestext offengelassenen Faktoren einen Freiheitsentzug bedeuten könnten.²²⁷ Ein abgelegener Standort in Kombination mit einer Eingrenzung oder mit einer Streichung des Taschengeldes kann beispielsweise faktisch einen Freiheitsentzug darstellen; gleiches gilt für eine restriktive, gefängnisähnliche Ausgestaltung des besonderen Zentrums.

Damit wird klar, dass der Spielraum für eine restriktivere Ausgestaltung der „besonderen Zentren“ im Vergleich zu derjenigen der Empfangs- und Verfahrenszentren sehr begrenzt ist.

VII. EXKURS: FREIHEITSBESCHRÄNKUNGEN IM ASYLBEREICH

1. Übersicht und Voraussetzungen

Erreicht die Intensität einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit die Schwelle zum Freiheitsentzug nicht, ist die Prüfung ihrer Rechtskonformität keinesfalls abgeschlossen. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Freiheitsbeschränkung gemäss Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV gerechtfertigt ist. Die rechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung sind das Vorhandensein einer genügenden gesetzlichen Grundlage, ein öffentliches Interesse sowie die Ver-

²²⁷ In den Ratsdebatten über die besonderen Zentren wurde darauf hingewiesen, dass die Unterkünfte nicht so ausgestaltet werden dürfen, dass dies einem Freiheitsentzug gleichkommen würde (vgl. AB 2012 N 1084 ff.).

hältnismässigkeit (Art. 36 BV). Ähnliche Voraussetzungen ergeben sich im Wesentlichen auch aus Art. 12 Abs. 3 UNO-Pakt II.²²⁸

Nach Art. 36 BV und Art. 12 Abs. 3 UNO-Pakt II muss sich eine Freiheitsbeschränkung auf eine *gesetzliche Grundlage* stützen können. Je schwerer der Eingriff, desto höher sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. Schwere Eingriffe bedürfen einer Grundlage in einem formellen Gesetz. Allerdings sind schwere Eingriffe in die Bewegungsfreiheit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stets Freiheitsentzüge und nicht mehr Freiheitsbeschränkungen²²⁹. Die gesetzliche Grundlage muss ferner genügend bestimmt sein.²³⁰ Die Freiheitsbeschränkung muss zwar nicht im Gesetz selbst vorgesehen sein, auf dessen Grundlage aber willkürfrei angeordnet werden können.²³¹ Da sich Asylsuchende in einem Sonderstatusverhältnis zum Staat befinden,²³² gelten nach der Praxis herabgesetzte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage, jedenfalls insoweit als sich die vorgenommenen Beschränkungen mit dem klar umschriebenen Zweck des Sonderstatusverhältnisses begründen lassen.²³³

Freiheitsbeschränkungen müssen sich ferner mit einem legitimen Motiv rechtfertigen lassen. Dabei muss das *öffentliche Interesse* für den konkret in Frage stehenden Eingriff relevant sein.²³⁴ Schliesslich müssen auch Freiheitsbeschränkungen *verhältnismässig* sein, um den Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 Abs. 3 BV zu genügen. Enthalten sind darin die Erfordernisse der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit.

Das Recht auf *Bewegungsfreiheit* für Flüchtlinge und Asylsuchende ist auch in Art. 26 FK verankert: Demnach räumt jeder vertragschliessende Staat den Flüchtlingen, die sich rechtmässig auf seinem Gebiet aufhalten (somit auch – aufgrund der Vermutung der Flüchtlingseigenschaft – Asylsuchenden²³⁵), das Recht ein, dort ihren Aufenthaltsort frei zu wählen und sich frei zu bewegen, vorbehaltlich der Bestimmungen, die unter den gleichen Umständen für Ausländer im Allgemeinen gelten. Mit anderen Worten dürfen für Flüchtlinge und Asylsuchende keine besonderen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit aufgestellt werden, die nicht auch für Ausländer im Allgemeinen gelten.²³⁶

2. Freiheitsbeschränkungen im Asylbereich: Hinweise

Dass die Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz grundsätzlich die Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden tangiert, ist in Lehre,²³⁷ und Praxis des Bundesgerichts²³⁸ sowie des Bundes-

²²⁸ Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Notwendigkeit; zudem muss die Einschränkung mit den übrigen im UNO-Pakt II anerkannten Rechten vereinbar sein.

²²⁹ BGE 128 I 184, E. 2.1.

²³⁰ Siehe insb. MÜLLER/SCHÉFER, S. 86 f.

²³¹ BGE 90 I 29, E. 4; 107 Ia 138, E. 4a; 110 Ia 117, E. 5; siehe auch BAUMANN, S. 525.

²³² Vgl. BGE 128 II 156, E. 3b, und jüngst BVGer-Urteil F-4036/2016 vom 9.3.2017, E. 3.2.2.1.

²³³ KIENER/MEDICI, Rz. 28; allgemein siehe KIENER/KÄLIN, S. 107 f. Siehe aber auch GORDZIELIK, Rz. 166, wonach das Sonderstatusverhältnis mit zunehmender Dauer des Asylverfahrens zu relativieren ist, da dann die Interessen der Betroffenen an sozialer Teilhabe, Privatsphäre oder freier Gestaltung ihres Privatlebens in den Vordergrund treten und die öffentlichen Interessen an einem effektiven Asylverfahren und der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik zurückdrängen.

²³⁴ KIENER/KÄLIN, S. 115.

²³⁵ Siehe oben, Fn. 26.

²³⁶ MARX, Rz. 38.

²³⁷ Siehe etwa GORDZIELIK, Rz. 129 ff.; KIENER/MEDICI, passim; WIDMER, S. 27; CARONI/SCHÉIBER, S. 58 ff.

²³⁸ BGE 128 II 156; BVer-Urteil 2A.282/2003 vom 29.9.2003, E. 3.1; 2A.264/2001 vom 9.4.2002, E. 2c und 3b.

verwaltungsgerichts²³⁹ allgemein anerkannt. Ob diese Freiheitsbeschränkungen auch gerechtfertigt und somit rechtskonform sind, lässt sich allerdings nur unter Betrachtung des jeweiligen konkreten Falles beurteilen. Dabei muss sich die Prüfung auf die *einzelne Massnahme*, die freiheitsbeschränkend wirkt, konzentrieren. Anders als bei der Prüfung eines Freiheitsentzugs wird also nicht die Gesamtsituation (welche auch aus Elementen oder Massnahmen besteht, die isoliert betrachtet die Freiheit nicht tangieren, wie z.B. restriktive Besuchszeiten oder mangelnde Beschäftigungsmöglichkeiten) überprüft, sondern eben nur die einzelnen Anordnungen. Die Gesamtsituation, d.h. das Zusammenspiel freiheitsbeschränkender Massnahmen, kann allerdings im Rahmen der Verhältnismässigkeitsabwägung eine Rolle spielen, insbesondere bei der Prüfung der Zumutbarkeit.

Im Kontext der Unterbringung von Asylsuchenden heisst dies, dass nicht die Unterbringung in einem bestimmten EVZ oder einem bestimmten besonderen Zentrum, d.h. nicht die Gesamtsituation an sich, sondern die einzelnen freiheitsbeschränkenden Massnahmen geprüft werden müssen. Solche einzelnen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit sind u.a. das in den Zentren des Bundes geltende nächtliche Ausgangsverbot (Art. 11 Abs. 2 und 2^{bis} EJPD-VO), das Bestehen einer grundsätzlichen Bewilligungspflicht für den Ausgang in den Zentren des Bundes (Art. 11 Abs. 1 EJPD-VO), die Verweigerung einer Ausgangsbewilligung im Einzelfall (Art. 12 EJPD-VO), ein angeordnetes oder auch nur faktisch wirkendes Rayonverbot (Art. 74 AuG) sowie andere faktische Beschränkungen der Bewegungsfreiheit.

Andere Faktoren, die bei der Beurteilung eines Freiheitsentzugs eine wichtige Rolle spielen, sind für die Freiheitsbeschränkung nur relevant, wenn sie die Bewegungsfreiheit tangieren. Tun sie dies nicht, sind sie allenfalls unter anderen Grundrechtsgarantien zu prüfen, z.B. unter dem Recht auf Privatleben, der Religionsfreiheit oder dem Recht auf Familienleben. Solche Einschränkungen sind u.a.: Restriktive Besuchszeiten, die den Kontakt jedenfalls zu arbeitstätigen Personen unter der Woche erheblich erschweren oder gar verunmöglichen; die mangelnde Möglichkeit, für sich selber kochen zu können; die obligatorische Abnahme der Mobiltelefone; ein „gefängnisähnliches“ Setting; regelmässige Polizeikontrollen oder das Vorhandensein eines Disziplinarregimes. Sofern dadurch Freiheitsrechte betroffen sind, müssen auch diese Einschränkungen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.²⁴⁰

Die erwähnten einzelnen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit waren in jüngster Zeit Untersuchungsgegenstand mehrerer juristischer Studien.²⁴¹ Dabei wurde in der Regel die Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen geprüft. Da die Thematik rechtlich damit bereits weit durchdrungen ist, wird hier einzig auf die Ergebnisse dieser Untersuchungen hingewiesen.

2.1. Nächtliches Ausgangsverbot und Bewilligungspflicht des Ausgangs

Das in den Bundeszentren geltende *nächtliche Ausgangsverbot* (Art. 11 Abs. 2 und 2^{bis} EJPD-VO) sowie die *grundsätzliche Bewilligungspflicht des Ausgangs* (Art. 11 EJPD-VO) werden als leichte, allenfalls mittlere Eingriffe in die Bewegungsfreiheit bezeichnet.²⁴² Insofern ist die Rechtsgrundlage in der EJPD-VO hinsichtlich der Normstufe genügend.

²³⁹ So jüngst BVGer-Urteil F-4036/2016 vom 9.3.2017, E. 2.2.3.

²⁴⁰ So erscheint etwa fraglich, ob die Pflicht, das Mobiltelefon in einer Unterkunft abzugeben, einen ungerechtfertigten Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt.

²⁴¹ Siehe dazu unter anderem TRECHSEL, GORDZIELIK, SCHEFER/RÜEGGER, CARONI/SCHIEBER und KIENER/MEDICI.

²⁴² GORDZIELIK, Rz. 131; ebenso CARONI/SCHIEBER, S. 58.

Kritisch beurteilt wird aber die Verhältnismässigkeit dieser Einschränkungen. Insbesondere wird moniert, es bestünden auch mildere Mittel, um die Sicherstellung eines geordneten Betriebs in den Zentren zu gewährleisten, so etwa eine generelle Ausgangserlaubnis, welche nur bei Vorliegen von Verweigerungsgründen (z.B. bei Nichtbefolgung von Verfahrensterminen²⁴³) entzogen wird, in Verbindung mit einer einfachen Meldepflicht beim Verlassen und bei der Rückkehr ins Zentrum.²⁴⁴ Auch im Hinblick auf das öffentliche Interesse der Sicherstellung eines effizienten Verfahrensablaufs des Asylverfahrens erscheint die generelle Bewilligungspflicht des Ausgangs nicht erforderlich.²⁴⁵ Als mildere Mittel kommen hier z.B. moderne Kommunikationsmittel in Betracht, mit welchen die betroffenen Personen vor Verfahrensterminen informiert und ins Zentrum bestellt werden können.²⁴⁶ Unter dem Aspekt der Zumutbarkeit fällt gemäss diesen Studien auch ins Gewicht, dass das Ausgangsregime die Ausübung der übrigen Grundrechte erheblich einschränkt.²⁴⁷ So wird etwa die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erschwert, wenn die Asylsuchenden die Unterkunft nicht vor 9 Uhr verlassen dürfen und bereits um 17 Uhr wieder zurück sein müssen.²⁴⁸ Auch die Kontaktpflege zu berufstätigen Freundinnen und Freunden oder Verwandten nach Feierabend wird verunmöglicht (resp. auf das Wochenende verschoben).²⁴⁹ Im Ergebnis gehen damit die in der EJPD-VO enthaltenen Regeln über das zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebs und zur Durchführung effektiver Asylverfahren personell und zeitlich Notwendige hinaus.²⁵⁰

2.2. Verweigerung einer Ausgangsbewilligung

Für eine *Verweigerung einer Ausgangsbewilligung* im Einzelfall (sofern nicht bereits ein Freiheitsentzug vorliegt²⁵¹) liegt mit Art. 12 EJPD-VO grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Freiheitsbeschränkung vor.²⁵² Fragen stellen sich aber zum öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit. Verweigert werden darf die Ausgangsbewilligung gemäss Art. 12 Abs. 1 EJPD-VO nur, wenn sich die Asylsuchenden an diesem Tag zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zur Verfügung halten müssen (lit. a); Hausarbeiten zu erledigen haben (lit. b) oder Auflagen missachten, die ihnen zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung erteilt wurden (lit. c). Ziel dieser Verweigerungsgründe ist die Sicherstellung eines effizienten Verfahrensablaufs (lit. a) respektive eines geordneten Betriebs in den Zentren (lit. b und c). Insbesondere lit. c (Missachtung von Auflagen) enthält aber ein klar disziplinarisches Element. In der Literatur wird vereinzelt bereits die Verhältnismässigkeit der Verweigerungsgründe angezweifelt.²⁵³ Auch im Einzelfall stellt sich sodann zumindest die Frage, ob das öffentliche Interesse den

²⁴³ CARONI/SCHNEIDER, S. 59.

²⁴⁴ GORDZIELIK, Rz. 132 f.; KIENER/MEDICI, Rz. 36.

²⁴⁵ CARONI/SCHNEIDER, S. 59.

²⁴⁶ *Ibid.*, S. 60.

²⁴⁷ KIENER/MEDICI, Rz. 36; SCHEFER/RUEGGGER, Rz. 113; CARONI/SCHNEIDER, S. 59 ff., und GORDZIELIK, Rz. 130 ff.

²⁴⁸ KIENER/MEDICI, Rz. 36.

²⁴⁹ *Ibid.*, Rz. 36; ähnlich auch GORDZIELIK, Rz. 130.

²⁵⁰ KIENER/MEDICI, Rz. 37.

²⁵¹ Siehe dazu oben, Ziff. VI. 3.2.

²⁵² Vgl. GORDZIELIK, Rz. 131, die davon ausgeht, dass die (einmalige) Verweigerung der Ausgangsbewilligung einen mittelschweren Eingriff darstellt.

²⁵³ GORDZIELIK, Rz. 132.

Eingriff in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person zu überwiegen vermag.²⁵⁴ Abschliessend kann diese Frage nur unter Kenntnis der Umstände des Einzelfalls beantwortet werden.

2.3. Rayonverbote

Ein verfügtes oder ein faktisches²⁵⁵ *Rayonverbot* (Art. 74 AuG), das *kollektiv* gegen alle Asylsuchende einer bestimmten Unterkunft bzw. einer bestimmten Gemeinde ausgesprochen wird, verletzt mutmasslich die Bewegungsfreiheit. Hier bestehen zum einen keine hinreichenden gesetzlichen Grundlagen. Zudem erscheinen das Bestehen eines genügenden öffentlichen Interesses sowie die Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips fraglich.²⁵⁶ Auch individuell angeordnete Rayonverbote haben den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu wahren: Die angeordnete Ein- oder Ausgrenzung muss geeignet sein, um das damit verfolgte Ziel erreichen zu können, und sie darf nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen. Dies ist insbesondere bei der Festlegung der Grösse des Rayons und der Dauer der Massnahme zu berücksichtigen.²⁵⁷

²⁵⁴ CARONI/SCHNEIDER, S. 60 f.

²⁵⁵ Ein faktisches Rayonverbot kann entstehen, wenn Asylsuchenden beispielsweise von der Zentrumsleitung nahegelegt wird, bestimmte Gebiete nicht zu betreten, ohne dass formell und individuell eine Ausgrenzungsverfügung erlassen worden wäre. Vgl. dazu auch KIENER/MEDICI, Rz. 79.

²⁵⁶ KIENER/MEDICI, Rz. 45.

²⁵⁷ BGE 142 II 1, E. 2.3. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat in mehreren Urteilen gegenüber abgewiesenen Asylsuchenden gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG angeordnete Rayonverbote für unverhältnismässig befunden. So wurde etwa die Eingrenzung auf die Gemeinde Urdorf mit einer Grösse von 10'000 Einwohnern während zweier Jahre als unverhältnismässig beurteilt, die Ausdehnung auf den Bezirk Dietikon (rund 90'000 Einwohner) sowie auf den unmittelbar an die Standortgemeinde Urdorf angrenzenden Kreis 9 der Stadt Zürich mit rund 45'000 Einwohnern aber für angemessen befunden; VB.2016.00538, Urteil vom 13.10.2016, E. 3.4 und 4. In einem anderen Urteil wurde die Dauer der Eingrenzung von zwei Jahren für zu lange befunden und auf eineinhalb Jahre gekürzt; VB.2016.00459, Urteil vom 11.01.2017, E. 2.4.2. Ferner ist auch die Eingrenzung zwecks Durchsetzung eines Weg- oder Ausweisungsentscheidens gegenüber einer Person, deren Ausschaffung als unmöglich im Rechtssinn zu werten ist, unverhältnismässig und damit als unzulässig.

LITERATURVERZEICHNIS

- BAUMANN FELIX, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), in: ZBI 105/2004, S. 505–535.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, Zürich 2007.
- BUSINGER MARTIN, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Zürich 2015.
- CARONI MARTINA/GRASDORF-MEYER TOBIAS/OTT LISA/SCHIEBER NICOLE, Migrationsrecht, 3., stark überarbeitete Auflage, Bern 2014.
- CARONI MARTINA/SCHIEBER NICOLE, Gutachten im Auftrag der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS-JDS) betreffend rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Neustrukturierung im Asylbereich und der Beschleunigung im Asylverfahren, Luzern 2015.
- DEMKO DANIELA, Zum Begriff der „Freiheitsentziehung“ des Art. 5 Abs. 1 EMRK im Fall Amuur gegen Frankreich (Anwendung auf sog. Transitzone), in: HRRS 2004 5/5, S. 171–177.
- EFIONAYI-MÄDER DENISE/SCHÖNENBERGER SILVIA/STEINER ILKA: Leben als Sans-Papier in der Schweiz, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Bern 2010.
- FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009.
- GORDZIELIK TERESIA, Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, Ein Beitrag zu flüchtlings- und sozialhilferechtlichen Aspekten, in: Jusletter vom 14. März 2016.
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 6. Auflage, München/Basel/Wien 2016.
- HATHAWAY JAMES C., The Rights of Refugees under International Law, Cambridge 2005.
- HRUSCHKA CONSTANTIN, Art. 22 AsylG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015, S. 501–506.
- HRUSCHKA CONSTANTIN, Die rechtliche Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben für die Haft in Schengen- und Dublin-Fällen in der Schweiz, in: Breitenmoser Stephan/Gless Sabine/Lagodny Otto (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis: Aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 341–358 (zit. Haft in Schengen- und Dublin-Fällen).
- HUGI YAR THOMAS, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Auflage, Basel 2009, S. 417–519.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Auflage, Basel/Baden-Baden 2013.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013.
- KIENER REGINA/MEDICI GABRIELA, Asylsuchende im öffentlichen Raum, Rechtsgutachten im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, Bern 2017.
- LANG WALTER, Das Flughafenverfahren, in: ASYL 2000 15/3, S. 3–17.

- MARX REINHARD, Article 26 (Freedom of Movement/Liberté de Circulation), in: Zimmermann Andreas (Hrsg.), The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary, Oxford 2011, S. 1145–1164.
- MEYER-LADEWIG JENS, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK; Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017.
- MOTZ STEPHANIE/NUFER SERAINA, Die Rechte von Kindern in Nothilfe, in: Jusletter vom 18. März 2013.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.
- SCHEFER MARKUS/RÜEGGER VANESSA, Geschlossene Asylunterkünfte, Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen, in: Jusletter vom 4. Mai 2015.
- SCHÜRMAN FRANK, Art. 31 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, S. 667–686.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, S. 278–308.
- SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR), Handbuch Migrationsrecht Schweiz, Europa- und bundesrechtliche Grundlagen des schweizerischen Asyl- und Ausländerrechts, Bern 2015.
- STÖCKLI WALTER, Asyl, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Auflage, Basel 2009, S. 521–588.
- TRECHSEL STEFAN, Die Unterbringung von Asylsuchenden zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug, in: ASYL 2014/3, S. 3–9.
- TSCHENTSCHER AXEL, Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, S. 232–254.
- VEST HANS, Art. 31 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, S. 725–744.
- WIDMER RAPHAEL, Vereinbarkeit besonderer Zentren für renitente Asylbewerber mit der Bewegungsfreiheit und den Garantien beim Freiheitsentzug, in: Sicherheit & Recht 1/2013, S. 17–28.
- WISARD NICOLAS, Rétention et détention dans les aéroports, in: ASYL 1995 10/3, S. 67–78.
- WYSS MARTIN PHILIPP, Miranda Warnings im schweizerischen Verfassungsrecht? Inhalt und Tragweite von Art. 31 Abs. 2 BV, in: recht 2011/4, S. 132–147.
- ZÜND ANDREAS, Art. 74 AuG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015, S. 282–285.
- ZÜND ANDREAS, Art. 78 AuG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015, S. 301–304.
- ZÜND ANDREAS, Vorbemerkung zu Art. 75-78 AuG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015, S. 287.