www.jusletter.ch

Teresia Gordzielik

Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz

Ein Beitrag zu flüchtlings- und sozialhilferechtlichen Aspekten

Actuellement, la situation d'hébergement des requérant-e-s d'asile donne matière à débat. La contribution donne un aperçu de certaines aspects juridiquement critiques au regard de la situation actuelle d'hébergement et les oppose au cadre juridique régissant le droit des réfugiés et de l'aide sociale au niveau fédéral et cantonal. En outre, les dispositions et les mesures de la pratique d'hébergement examinées seront vérifiées quant à leur compatibilité avec certaines prescriptions en matière des droits fondamentaux et des droits humains. (nse)

Catégories d'articles: Contributions
Domaines juridiques: Droit des étrangers et d'asile; Droit de l'aide sociale; Droits fondamentaux

Proposition de citation: Teresia Gordzielik, Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz , in : Jusletter 14 mars 2016

Inhaltsübersicht

I. Einführung und Überblick
II. Aktuelle Unterbringungssituation Asylsuchender…
III. … und einige rechtliche Fragestellungen
IV. Bundesrecht
1. Zur Kompetenz des Bundes im Bereich der Unterbringung Asylsuchender
2. Art. 82 AsylG – Ausrichtung von Sozial- und Nothilfe im Asylbereich
a) Sachleistungsvorrang
b) Unterstützungsansatz unter der Sozialhilfe
3. Art. 28 AsylG – Kollektive Unterbringung und Zuweisung einer Unterkunft
4. Art. 26 AsylG und EJPD-Verordnung – Unterbringung in Zentren des Bundes
5. Art. 9 AsylG – Durchsuchung – und Sicherstellung?
6. Art. 55 AsylG – «Notstandsklausel»
V. Kantonale Ebene
1. Unterbringung von Asylsuchenden in den Kantonen im Überblick
2. Unterbringung bei höheren Gesuchzahlen
VI. Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben an die Unterbringung Asylsuchender
1. Fürsorge für Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention
2. Angemessener Lebensstandard nach Art. 11 Pakt I
3. Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV i.V.m. Art. 7 BV
4. Achtung der Privatsphäre
a) Sachleistungsvorrang
b) Kollektive Unterbringung
c) Gemeinschaftliche Nutzung von Küchen- und Sanitäreinrichtungen
d) Unterbringung in provisorischen und nicht zweckdienlichen Einrichtungen
e) Durchführung von Personen- und Sachkontrollen
5. Schutz der persönlichen Freiheit
a) Durchsuchung von Personen und Sachen
b) Zuweisung zu einem bestimmten Aufenthaltsort und einer bestimmten Unterkunft
c) Pflicht zur Anwesenheit in einer Unterkunft
d) Ausgabe von Mahlzeiten
6. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot
a) Kollektive Unterbringung
b) Sachleistungsvorrang
c) Nutzung nicht zweckdienlicher Einrichtungen und weitere Aspekte der Unterbringung
7. Diskriminierungsverbot
VII. Exkurs zum Europäischen Asylrecht
1. Vorgaben der EU-Qualifikationsrichtlinie
2. Vorgaben der EU-Aufnahmerichtlinie
3. Fazit
VIII. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

I. Einführung und Überblick

[Rz 1] Im Zuge der wachsenden Zahl an Personen, die um Schutz in der Schweiz nachsuchen, nimmt auch die politische und gesellschaftliche Diskussion um ihre Unterbringung zu. Nachdem ab 2006 auf Initiative des Bundesrates massiv Reserveplätze für die Aufnahme Asylsuchender abgebaut

wurden, stieg die Zahl der Asylgesuche in der Folgezeit wieder an.[1] Der Bund erarbeitete daraufhin 2012 ein Notfallkonzept Asyl, welches u.a. die erneute Aufstockung sowie Vorkehrungen für die kurzfristige Bereitstellung von Unterbringungskapazitäten bei starkem Anstieg von Asylgesuchen vorsah.[2] Die Fluchtbewegungen nach Europa im Jahr 2015 brachte jedoch auch in der Schweiz die vorhandenen Unterbringungsstrukturen im Asylbereich unter hohen Druck. Bund, Kantone und Gemeinden unternehmen seither weitreichende Anstrengungen, den Herausforderungen an die kurzfristige Bereitstellung von angemessenem Wohnraum für Asylsuchende gerecht zu werden.

[Rz 2] Zahlreiche Beiträge in den Medien zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden zeugen von ihren Bemühungen, aber auch von den damit verbundenen Debatten in Politik und Gesellschaft. Sie kreisen um Fragen zu Zuständigkeiten, Kompetenzen, baurechtlichen Vorgaben oder Sicherheitsvorschriften.[3] Mehr noch wird diskutiert, ob, wo und inwieweit (vorübergehend) weitere Zivilschutzanlagen geöffnet, Spitäler, Turn- oder Messehallen zum Zwecke der Unterbringung umfunktioniert oder mit Hütten ausgestattet, Hotels oder Kasernen in Betrieb genommen werden, Containerdörfer oder Zeltlager auf freien Bauflächen oder neben bestehenden Asylunterkünften entstehen, um die Unterbringung der Asylsuchenden sicherzustellen.[4] Gleichwohl zentral für die Diskussion, wird die Einhaltung der flüchtlings- und sozialhilferechtlichen Unterbringungsstandards für Asylsuchende dabei wenig beleuchtet. Ebenso scheint die stets aktuelle Frage nach der Achtung der grund- und menschenrechtlichen Vorgaben bei der Unterbringung Asylsuchender angesichts der derzeitigen Herausforderungen teilweise aus dem Blick zu geraten.[5]

[Rz 3] Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, die rechtlichen Rahmenbedingungen in Erinnerung zu rufen, welche Flüchtlings- und Sozialhilferecht an die Unterbringung Asylsuchender stellen, und

---

1 S. EJPD/BFM, Ausführungsbestimmungen zur Teilrevision des Asylgesetzes v. 16. Dezember 2005, Bericht zur Änderung der AsylV 1, 2 und 3 sowie der VVWA v. 28. März 2007, 17; vgl. dies., Notfallkonzept Asyl v. 28. November 2012, 10.

2 EJPD/BFM, Notfallkonzept Asyl v. 28. November 2012.

3 Siehe für Auseinandersetzungen in den Gemeinden, zwischen Bund und Kantonen resp. Kanton und Gemeinden etwa über Standortentscheidungen, Le Temps v. 19. Dezember 2015, 14 (neues Bundeszentrum im Kantone SZ geplant, Widerstand seitens der Schwyzer Regierung); Le Temps, v. 16. Dezember 2015, 5 (Auseinandersetzungen zwischen Gemeinde Meyrin und Kanton GE über Wahl der Unterbringung – Vorschlag Kaserne gegen Entscheid für ZSA); betreffend Sicherheitsvorschriften s. etwa Pressemitteilung des Kantons ZG v. 13. Januar 2016, «Der Kanton Zug wappnet sich für das Asyljahr 2016» (Lockerung der Brandschutzvorschriften z. 1. Januar 2016, sodass Militär-, Zivilschutz- und weitere Anlagen ohne grosse bauliche Anpassungen «rasch und dennoch brandschutzkonform» als Unterkünfte zur Verfügung stehen); s. auch Vorhaben des Bundes zur Erarbeitung einer Verordnung, welche dem Zivilschutz das Requisitionsrecht von (Gemeinde-)Eigentum erleichtern soll, wie es das Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz des Bundes bei Katastrophen und in Notlagen sowie im Falle bewaffneter Konflikte vorsieht, La Tribune v. 11. Januar 2016, 4 ; vgl. Art. 32 BZG, SR 520.1; zu erwähnen ist zudem Diskussion um Unterbringung in privaten Unterkünften, die Einzelpersonen zur Verfügung stellen wollen, s. Le Matin v. 8. Januar 2016, 8 (850 Angebote seit 2013; SFH, welche für vier Kantone Angebote bearbeitet, kommt nicht nach).

4 Siehe statt vieler Le Courrier v. 15. Januar 2016, 7 (alte Post in Buchs/AG) ; La Tribune v. 14. Januar 2016, 5 (altes Spital in Niederbipp/BE); dies., 5 (Kaserne in Grandvillard/FR); Le Temps v. 4. Januar 2016, 7 (keine IKEA-, dafür Holzhütten in Messehalle in der Stadt Zürich); La Tribune v. 14. Dezember 2015, 21 (Planung für ein Containerdorf in Onex/GE); Le Temps v. 16. Dezember 2015, 5 (Unterbringung von 150 Personen, v.a. Familien und älteren Personen, in Hotels im Kanton GE); Der Bund v. 20. November 2015 (neue ZSA in Bremgarten), http://www.derbund.ch/bern/nachrichten/Bremgarten-oeffnet-Zivilschutzanlage-fuer-Asylsuchende/story/19056178 (Website zuletzt besucht am 6. Februar 2016).

5 Hingewiesen sei aber auf Kommentare von Vertretenden der Kantone und Gemeinden zur Unterbringung in ZSA, s. etwa Le Matin v. 8. Januar 2016, 8, Interview mit Erich Dürst, Direktor des EVAM (VD) («nicht ideal und schwierig auf lange Sicht»); Le Temps v. 16. Dezember 2015, 5, Bürgermeister der Gemeinde Meyrin: «Unterbringungsbedingungen für Notsituationen, nicht menschenwürdig für Personen, die vor Konflikten fliehen und eine Weile hier leben werden»).

sie auf ihre Einhaltung in der Praxis einerseits und ihre Vereinbarkeit mit grund- und menschenrechtlichen Vorgaben andererseits untersuchen.[6]

[Rz 4] Auf der Grundlage von Medienbeiträgen wird zunächst ein Einblick in die aktuelle Unterbringungssituation in der Schweiz gewährt (II.). Die Darstellung konzentriert sich für die Zwecke der nachfolgenden Untersuchung auf kritische Aspekte, welche Fragen nach der Vereinbarkeit mit dem Recht aufwerfen (III.). Im Anschluss daran werden einschlägige bundesrechtliche (IV.) und kantonale (V.) Bestimmungen des Flüchtlings- und Sozialhilferechts zur Unterbringung Asylsuchender näher beleuchtet, die möglicherweise Antworten geben können, bevor sie ihrerseits auf ihre Vereinbarkeit mit ausgewählten grund- und menschenrechtlichen Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrechts überprüft werden (VI). Zudem soll ein Seitenblick auf das Europäische Asylrecht geworfen werden (VII.). Der Beitrag schliesst mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung, welche auch die neuesten Änderungen des Asylgesetzes zur Unterbringung im Asylbereich in den Blick nimmt (VIII.).

II. Aktuelle Unterbringungssituation Asylsuchender...

[Rz 5] Angesichts der Vielfalt an geographisch, infrastrukturell, finanziell und personell bedingten Herausforderungen bei der Unterbringung, an rechtlichen und praktischen Massnahmen, die Bund, Kantone und Gemeinden zur Bewältigung der Unterbringungsaufgabe treffen, sowie an politischen und zivilgesellschaftlichen Reaktionen darauf kann der nachfolgende Überblick zwangsläufig nur ein unvollständiges Bild der aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz abgeben. Hinzukommt, dass die Wahl der Medienbeiträge den Blick subjektiv beschränkt.

[Rz 6] Allgemein kann wohl nur festgehalten werden, dass Bund, Kantone und Gemeinden mehrheitlich am Ende ihrer verfügbaren Unterbringungskapazitäten für Asylsuchende angelangt sind und sich vor die Situation gestellt sehen, weitere, häufig provisorische, Unterbringungsmöglichkeiten zu schaffen.[7] Nachfolgend wird bewusst auf kritische Aspekte eingegangen, welche im Hinblick auf die Wahl alternativer Unterbringungsmöglichkeiten, auf die Art und Weise der Unterbringung sowie die Betreuung der Betroffenen in den Einrichtungen Fragen nach der Vereinbarkeit mit rechtlichen Standards aufwerfen.

[Rz 7] *Unterbringung unter Tage und in Notschutzeinrichtungen?* Die Unterbringung in Zivilschutzanlagen, wie sie ein Grossteil von Kantonen und Gemeinden bzw. der von ihnen beauftragten Dritten derzeit favorisiert,[8] bringt mit sich, dass die Betroffenen unter Tage wohnen in Räumen, die für Notlagen wie Kriege oder Umweltkatastrophen ausgerichtet sind und eine Unterbringung vieler Personen an einem eng umgrenzten Ort bedingen ohne Rückzugsmöglichkeit.

---

6 Es sei erwähnt, dass bei den Anforderungen an die Unterbringung zwangsläufig auch bau(verordnungs)rechtliche Vorgaben eine relevante Rolle spielen und damit einher Vorgaben der Feuerschutzgesetzgebung, generell zur Gebäudesicherheit, zur Abwasser- und Abfallentsorgung, zum Immissionsschutz oder zu den sanitären Einrichtungen. Der Beitrag geht auf dies nicht ein.

7 Siehe Le Temps v. 19. Dezember 2015, 14 (neues Bundeszentrum im Kanton SZ geplant); Le Courrier, v. 17. Dezember 2015, 17 (200 neue Plätze in ZSA im Kanton NE, nachdem verfügbare 340 Plätze ausgelastet sind); Le Matin v. 8. Januar 2016, 8 (mittlerweile 14 ZSA im Kanton VD); Le Temps v. 16. Dezember 2015, 5 (500 Männer in ZSA, 150 Personen, v.a. Familien und Ältere in Hotels im Kanton GE, 1000 Plätze zusätzlich notwendig); NZZ v. 12. Dezember 2015 (seit 10/2015 fünf neue Zentren im Kanton ZH; zusätzliche 2500 Plätze in den Gemeinden gut zur Hälfte schon belegt), http://www.nzz.ch/zuerich/notloesung-zivilschutzanlage-1.18661709 (Website zuletzt besucht am 6. Februar 2016).

8 Siehe vorstehende Fn.

[Rz 8] *Unterbringung in nicht festen Gebäuden?* Ähnlich gestaltet sich vielerorts die Situation, in denen nicht feste Gebäude wie Zelte als Wohnstätte dienen.[9] Auch hier gibt es regelmässig keinen privaten Raum. Zudem sind die Betroffenen über einen längeren Zeitraum, in dem die Zelte an einem Ort aufgestellt sind, gehalten, für die Nutzung der Kochcontainer und sanitärer Einrichtungen bei Tag und Nacht ins Freie zu treten.[10] Bei der Unterbringung in Zelten kommt baurechtlich bedingt hinzu, dass sie nur für kurze Dauer aufgestellt werden können und danach deplatziert werden müssen, sollen nicht baubewilligungsrechtliche Bestimmungen greifen.[11]

[Rz 9] *Unterbringung in nicht zweckdienlichen Einrichtungen?* Was sich bei der Unterbringung in Zivilschutzanlagen und Zelten schon andeutet, wird bei der Nutzung von Turn- bzw. Messehallen oder Spitälern offensichtlich – hier werden Einrichtungen umfunktioniert, welche ihrem Zweck nach für die (längerfristige) Unterbringung von Personen weder vorgesehen noch geeignet sind.[12] Die Lösung, in den Hallen Hütten einzurichten, welche als Wohnraum dienen, schafft weitere Herausforderungen, wie kollektive, beengte Wohnverhältnisse und eine geringe Zufuhr an Licht und Luft.[13]

[Rz 10] *Unterbringung in Provisorien?* Im Überblick der kantonalen und kommunalen Massnahmen zeigt sich, dass grösstenteils nicht auf Dauer angelegte Unterbringungsmöglichkeiten geschaffen werden, die Einrichtungen – jedenfalls in der derzeitigen Umsetzung und im Diskurs – vom Provisorium zum Normalfall tendieren; beispielhaft seien die Genehmigungen zum Bau von Containerdörfern erwähnt, welche Mitte/Ende 2017, in Betrieb genommen werden sollen.[14] Wenig ist dagegen die Rede von Investitionen in den Bau bzw. Umbau von Wohngebäuden und Wohnungen, welche Asylsuchenden zur Verfügung gestellt werden sollen.[15]

[Rz 11] *Kollektive Unterbringung, ohne Privatsphäre und Möglichkeit selber zu kochen?* Ob Zivilschutzanlage, Messehalle, Spital, Hotel, Zelt- oder Containerdorf – grundsätzlich ist allen gemein, dass sie als kollektive Unterbringung für einen Zeitraum von regelmässig mehreren Monaten genutzt werden sollen, wenn nicht Jahren. Der verfügbare Raum für eine Person umfasst in der Regel kein eigenes Zimmer, eine Privatsphäre ist in den wenigsten der genannten Unterbringungseinrichtungen gewährleistet.[16] In den meisten Unterkünften besteht auch keine Möglichkeit, sich selber

---

9 Siehe etwa hierzu und nachfolgend Der Bund v. 2. September 2015, «Zehn Armeezelte für 250 Flüchtlinge», http://www.derbund.ch/bern/region/kanton-bringt-bis-zu-250-asylsuchende-in-armeezelten-unter/story/10685982 (Website zuletzt besucht am 6. Februar 2016); s. auch NZZ v. 21. Juli 2015 (Zelte im Kanton Aargau als Notunterkünfte), http://www.nzz.ch/schweiz/asylsuchende-werden-erstmals-in-zelten-einquartiert-1.18583445 (Website zuletzt besucht am 6. Februar 2016).

10 Ibid. (Dusch- und Kochcontainer).

11 Vgl. Art. 1b Baugesetz BE v 9. Juni 1985 (Stand 1. Januar 2016), BSG, SR 721.0.

12 Siehe insb. NZZ v. 8. Juli 2015 (Inbetriebnahme von unterirdisch gelegenen sogenannten geschützten Operationsstellen in den Spitälern Baden, Laufenburg und Muri im Kanton Aargau), http://www.nzz.ch/schweiz/unterbringung-von-asylbewerbern-sorgt-fuer-aerger-1.18576509, zuletzt abgerufen am 6. Februar 2016.

13 Siehe etwa Le Temps v. 4. Januar 2016, 7 (Holzhütten in Messehalle in der Stadt Zürich mit vier Betten, vier Schränken, einem Tisch und vier Stühlen, kleine vergitterte Öffnungen für das Tageslicht, aber keine Fenster).

14 Siehe etwa La Tribune v. 14. Dezember 2015, 21 (Planung für ein Containerdorf in Onex/GE); Le Courrier v. 2. Dezember 2015, 5 (temporäre Unterkünfte aufgeteilt auf sechs Bauprojekte für 1200 bis 1500 Betten, Inbetriebnahme geplant für Sommer/Herbst 2017).

15 Siehe lediglich Forderung nach zukünftigen oberirdischen Bauten, La Tribune v. 30. Januar 2016, 14, «Meyrin est prêt à loger 50 nouveau requérants».

16 Siehe etwa Le Temps v. 4. Januar 2016, 7 (Holzhütten von maximal ca. 20 qm in Messehalle in der Stadt Zürich mit vier Betten, vier Schränken, einem Tisch und vier Stühlen).

Essen zu kochen, allenfalls sind Küchen (und Sanitäreinrichtungen) gemeinschaftlich zu nutzen;[17] vielmehr werden Mahlzeiten ausgegeben.[18]

[Rz 12] *Schliesszeiten? Personen- und Sachenkontrollen? Fernhalten von bestimmten Orten?* Teilweise werden in den Einrichtungen Schliesszeiten vorgesehen, in denen die Betroffenen keinen Zugang zur Unterkunft erhalten bzw. nicht aus ihr heraustreten können,[19] oder die Unterbringungseinrichtung ist umgrenzt und das ungehinderte Entfernen nicht möglich bzw. erschwert.[20] Damit einher werden in vielen Einrichtungen Personenkontrollen bei Ein- und Auslass sowie die Möglichkeit der Durchsuchung von Privatsachen vorgesehen.[21] Schliesslich wird mancherorts festgehalten, dass sich die Betroffenen etwa vom Schulhausareal oder einem Kinderspielplatz fernzuhalten haben, in deren Nähe sich die Unterbringungseinrichtung befindet.[22]

[Rz 13] Es ist hervorzuheben, dass viele der dargestellten Aspekte (kollektive Unterbringung, Nutzung von Zivilschutzanlagen, gemeinsame Mahlzeiten usw.) nicht erst ein Element der Unterbringungssituation von Asylsuchenden in Zeiten hoher Gesuchzahlen darstellen. Der Beitrag bietet jedoch Gelegenheit, ihre rechtlichen Rahmenbedingungen gleichermassen zu beleuchten.

III. ... und einige rechtliche Fragestellungen

[Rz 14] Die dargestellten Aspekte der Unterbringungssituation Asylsuchender werfen eine Reihe von Fragen auf.[23] Hier wird eine kleine Auswahl getroffen, welche flüchtlings- und sozialhilferechtliche Aspekte in den Blick nimmt, aber auch angrenzende und sich nach der obigen Darstellung aufdrängende Fragen einbezieht. Zuvorderst stellt sich die Frage nach der rechtlichen Verankerung: Erlaubt das geltende Recht die kollektive Unterbringung von Personen in den genannten Einrichtungen und unter den erwähnten Bedingungen? Welche rechtlichen Standards stellen Bundes- und kantonales Recht hinsichtlich der Art und Weise der Unterbringung von Asylsuchenden auf? Ist rechtlich vorgesehen, die Privatsphäre der Betroffenen sowie ihre persönliche Freiheit und insbesondere ihre Bewegungsfreiheit beim Betrieb von Unterkünften wie beschrieben einschränken zu können? Gibt es allenfalls Ausnahmevorschriften, die ein Abweichen von grundsätzlich einzuhaltenden Vorgaben in Bezug auf die Unterbringung im Asylwesen erlauben und welche Voraussetzungen stellen sie auf? Auf diese Fragen wird in den Abschnitten IV. zu den bundesrechtlichen Vorgaben und in V. zu kantonalen Grundlagen eingegangen.

---

17 Siehe oben Fn. 10.

18 Vgl. etwa Le Matin v. 8. Januar 2016, 8, Interview mit Erich Dürst, Direktor des EVAM (VD) (Beschwerden über Essen, das zur Verfügung gestellt wird).

19 Siehe etwa Neue Luzerner Zeitung v. 14. Januar 2016, «Neue Asyl-Notunterkünfte in Ruswil und Buchrain» (dort vorgesehen in der Hausordnung für eine Zivilschutzanlage), http://www.luzernerzeitung.ch/nachrichten/zentralschweiz/lu/luzern/Kanton-eroeffnet-Asyl-Notunterkunft-in-Ruswil;art92,665760 (Website zuletzt besucht am 19. Januar 2016).

20 Vgl. etwa Le Matin v. 8. Januar 2016, 8, Interview mit Erich Dürst, Direktor des EVAM (VD) (Einschluss in ZSA 24/24h mit der Gefahr, einen Tagesrhythmus zu verlieren).

21 Siehe dazu unten IV.5. und VI. 5.

22 Siehe Neue Luzerner Zeitung v. 14. Januar 2016, (Fn. 19) – ebenso Verweis auf Fn. 19 in Fn 105 (am Ende), 119, 234.

23 Unter anderem nach der Rechtmässigkeit der Unterbringung von Asylsuchenden an abgeschiedenen Orten, den Anforderungen an die Umgestaltung von Unterbringungseinrichtungen u.v.m, von den Fragen, welche weitere Rechtsbereiche tangieren (Baurecht, Lärmschutz, Zivilschutz, Gesundheitswesen etc.), einmal abgesehen; s. dazu auch Fn. 7.

[Rz 15] In einem weiteren Schritt geht es um die Vereinbarkeit der dargestellten Aspekte und ihrer rechtlichen Grundlagen mit höherrangigem Recht. Hier ergibt sich ebenfalls ein grosser Fragenkreis. Nachfolgend wird vor allem auf folgende Fragen eingegangen: Entsprechen die Massnahmen sowie ihre Rechtsgrundlagen den Vorgaben des internationalen Flüchtlingsrechts? Kommen Bund und Kantone im Hinblick auf die Unterbringungsbedingungen dem Menschenrecht auf einen angemessenen Lebensstandard nach Art. 11 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I)[24] sowie dem Grundrecht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 Bundesverfassung (BV) i.V.m. Art. 7 BV nach? Von welchen Vorgaben darf auch in aussergewöhnlichen Situationen nicht abgewichen werden? Welche Grenzen setzen das Recht auf Achtung der Privatsphäre sowie das Recht auf Schutz der persönlichen Freiheit den Massnahmen von Bund und Kantonen? Und sind diese mit dem verfassungs- sowie völkerrechtlich verankertem allgemeinem Gleichbehandlungsgebot sowie dem Diskriminierungsverbot vereinbar? Die Vorgaben des höherrangigen Rechts werden in Abschnitt VI. näher beleuchtet.

[Rz 16] Die Frage nach der Einhaltung der Vorgaben des Europäischen Asylrechts in Bezug auf die Unterbringung Schutzsuchender tangiert die Schweiz nicht direkt. Gleichwohl lohnt der Exkurs aus Gründen, auf die in Abschnitt VII. näher eingegangen wird.

IV. Bundesrecht

1. Zur Kompetenz des Bundes im Bereich der Unterbringung Asylsuchender

[Rz 17] Vor einer weitergehenden Betrachtung des Bundes- und kantonalen Rechts drängt sich die Frage nach der Kompetenzausscheidung im Bereich der Unterbringung Asylsuchender auf. Schliesslich zeigt ein Blick in die Praxis, dass die Unterstützung Bedürftiger grundsätzlich durch die Kantone besorgt wird und der Bund bei deren Ausgestaltung und Festsetzung über keine Kompetenz verfügt.

[Rz 18] Gemäss Art. 121 Abs. 1 BV ist der Bund für die Gesetzgebung im Asylbereich zuständig. Danach kommt ihm auch die Befugnis zur Regelung sozialhilferechtlicher Fragestellungen, einschliesslich jener zur Unterbringung, betreffend Personen im Asylbereich zu.[25]

[Rz 19] Art. 115 BV bestimmt, dass die Unterstützung Bedürftiger durch den Wohnkanton erfolgt. Die neuere Lehre geht davon aus, dass der Verfassungsnorm die kantonale Pflicht zu entnehmen ist, Bedürftige zu unterstützen und Sozialhilfe auszurichten, die im Rahmen der materiellen Grundsicherung auch den Unterbringungsbedarf sichern soll.[26] Dem Bund kommt aus Art. 115 BV in diesem Bereich keine Kompetenz ausser zur Regelung der Ausnahmen und Zuständigkeiten zu,[27]

---

24 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.1.

25 Siehe Wizent, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, Zürich/St. Gallen 2014, 138 m.w.H., u.a. zur Frage, ob es sich um eine ausschliessliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz handelt; Botschaft zum AsylG v. 10. Oktober 1977, BBl 1977 III 105, 131; skeptisch Waldmann, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBl (107) 2006, 341, 364 Fn. 107.

26 Ibid.; näher zur Sozialhilfe unten V. Kantonale Ebene; s. zum Inhalt der Sozialhilfe auch SKOS-RL 2015, A.3–1.

27 Hunold in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 115 BV Rn. 3 ff.; Belser/Bächler, 6/2015, 310.

die im Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger Niederschlag gefunden hat.[28]

[Rz 20] Im Asylbereich wird die kantonale Zuständigkeit für die Sozialhilfe aber teilweise von der zuvor erwähnten Bundeskompetenz für das Asylwesen überlagert. Mit dem Zuständigkeitsgesetz sucht der Bundesgesetzgeber dieses aufzulösen: er bestimmt, dass hinsichtlich der Unterstützung von Asylsuchenden Bundesgesetzgebung zur Anwendung kommt (Art. 1 Abs. 3 Zuständigkeitsgesetz; ZUG). Verwiesen wird dabei insbesondere auf das bundesrechtliche Asylgesetz.

[Rz 21] Allen voran ist Art. 82 Asylgesetz (AsylG) betreffend Sozialhilfeleistungen und Nothilfe im Asylbereich zu erwähnen (2.). Darüber hinaus bildet die Unterbringung Asylsuchender einen bedeutenden Aspekt der Bundesgesetzgebung im Rahmen des Asylverfahrens; hier soll hinsichtlich der Vorgaben an die Unterbringung in den Kantonen im Wesentlichen auf Art. 28 AsylG eingegangen werden (3.). Bezüglich der Unterbringung in den Zentren des Bundes werden, insbesondere gestützt auf Art. 26 Abs. 3 AsylG, die Bestimmungen der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich[29] näher erläutert (4.), bevor auf Art. 9 AsylG eingegangen wird, welcher die Durchsuchung von Asylsuchenden und von ihnen mitgeführten Sachen erlaubt (5.).[30] Da die aktuelle Unterbringungssituation sich vor dem Hintergrund steigender Asylgesuchzahlen abzeichnet, soll zudem auf die Möglichkeit des Art. 55 AsylG eingegangen werden, Ausnahmeregelungen in Notsituationen zu treffen (6.).

2. Art. 82 AsylG – Ausrichtung von Sozial- und Nothilfe im Asylbereich

[Rz 22] Mit Art. 82 AsylG setzt der Bundesgesetzgeber rechtliche Rahmenbedingungen zur Ausgestaltung der Sozial- und Nothilfe im Asylwesen. Der grundsätzlichen Kompetenzzuweisung im Sozialhilfebereich Rechnung tragend, schlägt er dabei gleich im ersten Absatz des Art. 82 AsylG den Bogen zurück zu den Kantonen: für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen und Nothilfe gilt kantonales Recht.[31] Vorbehalten bleiben in Bezug auf Asylsuchende (und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung)[32] die Regelungen nach Art. 82 Abs. 3 AsylG.[33] Danach ist die Unterstützung für sie nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen auszurichten (a)). Zudem hat der Ansatz für die Unterstützung unter jenem in der allgemeinen Sozialhilfe für die inländische Bevölkerung zu liegen (b)).[34]

---

28 ZUG, SR 851.1.

29 EJPD-VO v. 24. November 2007 (Stand 29. September 2015), SR 142.311.23.

30 Vorgaben betreffend die Unterbringung von Asylsuchenden in Bundeszentren, nach den die EJPD-VO zur Anwendung gelangt, finden sich in: Art. 22 (Verfahren am Flughafen), Art. 26 (Empfangs- und Verfahrenszentren, besondere Zentren des Bundes, Testphase), Art. 26a (Nutzung von Anlagen und Bauten des Bundes zur Unterbringung Asylsuchender).

31 Art. 82 Abs. 1 S. 1 AsylG, Art. 3 Abs. 2 AsylV2.

32 Vgl. Art. 4, 66 ff. AsylG; die Regelungen kamen bislang nicht zur Anwendung; auf diese Personengruppe wird daher nicht weiter eingegangen.

33 Siehe ausdrücklich Art. 3 Abs. 2 S. 2 AsylV2.

34 Es sei im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot mit der einheimischen Bevölkerung erwähnt, dass entsprechend den Ausführungen zum Völkerrecht auf bundesrechtlicher Ebene dieses ebenso ausdrücklich Flüchtlingen sowie vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen vorbehalten bleibt, vgl. Art. 82 Abs. 5 AsylG, Art. 86 Abs. 1 S. 3 AuG, Art. 3 Abs. 1 S. 2 AsylV2.

a) Sachleistungsvorrang

[Rz 23] Der Sachleistungsvorrang gemäss Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG kommt in Bund und Kantonen grundsätzlich zur Anwendung, dies jedoch in unterschiedlich starker Ausprägung.[35] Viele Kantone etwa gewähren nur teilweise Sachleistungen und ergänzen diese durch Geldleistungen, wenn erstere «nicht möglich oder nicht sinnvoll» sind.[36] Die alleinige Ausrichtung von Sachleistungen erweist sich für die meisten von ihnen «aus administrativen Gründen als schwierig».[37]

[Rz 24] Die Unterkunft für Asylsuchende ist aber typischerweise eine Leistung, die auf Bundes- wie auch kantonaler Ebene grundsätzlich zu Beginn des Asylverfahrens, und nach Zuweisung in die Kantone als Sachleistung zur Verfügung gestellt wird.[38] Erst nach einer längeren Aufenthaltsdauer in den Kantonen, nach Übersiedlung in die Gemeinden, gehen (auch nur) einige Kantone dazu über, Asylsuchenden die finanziellen Mittel für die Suche nach eigenem Wohnraum zur Verfügung zu stellen.[39]

[Rz 25] Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG bietet den Behörden also eine rechtliche Grundlage, statt der Gewährung von Geldleistungen zur individuellen Deckung des Wohnraumbedarfs Unterkünfte für Asylsuchende als Sachleistung zur Verfügung zu stellen. Die Unterbringung Asylsuchender in Zivilschutzanlagen oder Zelten, Hotels oder Containern, ob unter Tage, in nicht festen Gebäuden, provisorisch, kollektiv, ohne Privatsphäre, mit Schliesszeiten usw. stellt sich als Sachleistung dar und entspricht insoweit der bundesrechtlichen Vorgabe des Sachleistungsprinzips. Der Handlungsspielraum der zuständigen Stellen bei der Art und Weise der Ausgestaltung von Sachleistungen ist allerdings nicht unbegrenzt, sondern wird durch den verfassungs- und völkerrechtlich vorgegebenen Rahmen beschränkt; dies gilt auch für die Unterbringung von Asylsuchenden. Ob sich die konkret erwähnten Aspekte bei der Gewährung des Unterbringungsbedarfs noch innerhalb dieses Rahmens bewegen, wird durch Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG nicht festgehalten, sondern ist nach den Massstäben des Verfassungs- und Völkerrechts zu beurteilen.[40]

[Rz 26] Darüber hinaus kommen, im Vergleich, in der allgemeinen Sozialhilfe Sachleistungen insgesamt nur sehr zurückhaltend zum Einsatz; gefordert wird vielmehr, dass sie lediglich als *ultima ratio* in Betracht zu ziehen sind.[41] Vor diesem Hintergrund stellt sich die weitere Frage, ob der Sachleistungsvorrang im Asylbereich auch für sich betrachtet den Anforderungen des höherrangigen Rechts entspricht, insbesondere an den Schutz der persönlichen Freiheit sowie das Gleichbehandlungsgebot.[42]

b) Unterstützungsansatz unter der Sozialhilfe

[Rz 27] Die Vorgabe von Art. 82 Abs. 3 S. 2 AsylG, wonach der Ansatz für die Unterstützung Asylsuchender unter jenem für die inländische Bevölkerung zu liegen hat, nimmt «nach oben hin»

---

35 Vgl. für den Bund etwa Art. EJPD-VO; für einen Überblick über die Kantone SODK-Umfrage zu kantonalen Unterstützungsleistungen im Asylbereich, 2012, Anhang. Zu den kantonalen Beispielen näher s. unten.

36 Ibid.

37 Ibid.; s. auch Hruschka in: Spescha et al., Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2015, Art. 82 AsylG Rn. 8.

38 Ibid.

39 Ibid.; siehe näher zu den Kantonen unten V.

40 Siehe dazu die weitere Prüfung des Verfassungs- und Völkerrechts unten VI.

41 So Wizent, 2014 (Fn. 25), 293 (zum Grundbedarf für den Lebensunterhalt in der allgemeinen Sozialhilfe).

42 Siehe ebenso weitere Prüfung des Verfassungs- und Völkerrechts unten VI.

die allgemeine Sozialhilfe als Massstab. Zugleich wird «nach unten hin» – im Umkehrschluss der Vorgaben zur Ausrichtung von Nothilfe, die nach Art. 82 Abs. 4 S. 2 AsylG unter dem Ansatz der Sozialhilfe für Asylsuchende liegen soll – bestimmt, dass sich die Sozialhilfe für Asylsuchende oberhalb des Nothilfeunterstützungsansatzes zu bemessen hat.

[Rz 28] Voraussetzung für die Bestimmung des niedrigeren Ansatzes ist also zunächst die Ermittlung des Unterstützungsansatzes für die inländische Bevölkerung. Diese umfasst auch die Deckung des Unterkunftsbedarfs.[43] Nach allgemeinem sozialhilferechtlichem Verständnis geht es dabei nicht nur darum, ein «Dach über dem Kopf» zu finden, das vor jeglichen Witterungsbedingungen schützt.[44] Die Sozialhilfe soll ein soziales Existenzminimum sicherstellen, welches eine angemessene Unterkunft als Teil der materiellen Grundsicherung beinhaltet.[45] Den Betroffenen soll folglich ermöglicht werden, einen Wohnraum zu finden und zu nutzen, der angemessen, finanziell tragbar und den eigenen Vorstellungen und Bedürfnissen entsprechend eingerichtet ist, sowie eine Rückzugsmöglichkeit, in welcher die Privatsphäre gewahrt wird.[46] Dies entspricht den beiden sozialhilferechtlichen Grundprinzipien der Bedarfsdeckung und der Individualisierung, denen zufolge, der individuelle Bedarf einer Person massgeblich für die Bestimmung der zu gewährenden Leistung ist.[47]

[Rz 29] Letztlich können all jene Räumlichkeiten, welche das Bedürfnis nach einem angemessenen Wohnraum befriedigen können, also Mietwohnungen und Wohneigentum, aber etwa auch Wohnwagen oder Hotelzimmer,[48] dazu gezählt werden.[49] Gemeint ist damit, dass die zuständigen Institutionen die Wahl der Betroffenen für diese Unterbringungsart zu achten und die entstehenden Unterkunftskosten zu übernehmen haben, soweit sichergestellt ist, dass wenigstens die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft gewahrt bleiben.[50] Die längerfristige Unterbringung in Obdachlosenunterkünften entspricht den Anforderungen hingegen nicht mehr.[51] Praktisch werden die Kosten für die Unterkunft gewährt, die sich nach den ortsüblichen Obergrenzen für die Wohnungsmiete bemessen.[52] Diese können angesichts unterschiedlicher Wohnsituationen und entsprechender Wohnungs-(miet-)preise in Bezug auf die Unterbringungskosten von Kanton zu Kanton und teilweise von Wohnort zu Wohnort variieren.

[Rz 30] Sind die Vorgaben des Ansatzes für die inländische Bevölkerung «nach oben hin» ermittelt, ist wie erwähnt die Grenze «nach unten hin», der Nothilfeansatz nach Art. 82 Abs. 4 S. 2 AsylG zu bestimmen. Dieser Ansatz darf das Mindestmass an existenzsichernden Leistungen nicht unterschreiten, welche das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV garantiert. Darauf sei nachfolgend näher eingegangen.[53] In Bezug auf die Unterbringung wird mindestens ein trocke-

43 Siehe SKOS-RL, 2015, B.3–1.

44 Vgl. Belser/Bächler, 6/2015, 310.

45 Siehe dazu die SKOS-RL 2015, A.6–1, an denen sich alle Kantone orientieren; vgl. Belser/Bächler, 6/2015, 310.

46 Vgl. Wizent, 2014 (Fn. 25), 304 ff.

47 Zu den weiteren Strukturprinzipien der sozialhilferechtlichen Bedürftigkeit, Wizent, 2014 (Fn. 25), 209 ff.

48 Grube in: Grube/Wahrendorf, § 35, Rn. 12 m.w.H.. S. auch Wizent, 2014 (Fn. 25), 304 m.w.N..

49 Urteil des Bundesgerichts 8C_95/2007 vom 13. August 2007, E. 3.3; s. Wizent, 2014 (Fn. 25), 304 m.w.N..

50 Siehe unten zum Recht auf Hilfe in Notlagen VI.3.

51 Siehe Wizent, 2014 (Fn. 25), 304, Grube in: Grube/Wahrendorf, § 35 Rn. 12 m.w.H..

52 Vgl. Hänzi, Richtlinien, 375; siehe Wizent, 2014 (Fn. 25), 306 m.w.N.; SKOS-RL, 2015, B.3-2.

53 Dazu eingehender unter VI.3.

nes, beheizbares Obdach mit sanitären Anlagen verlangt.[54] Bei Personen im Nothilfebezug ist in der Umsetzung dieser Vorgaben die kollektive Unterbringung, in Zivilschutzanlagen und teilweise abgelegenen Einrichtungen weit verbreitet, es gibt Schliess- bzw. Ausschliesszeiten und mehrmals täglich erfolgen Mahlzeitenausgaben.[55] Im Weiteren variiert die Unterbringungssituation im Nothilfebezug mitunter aber ebenso nach Kantonen, Gemeinden und den jeweiligen Unterkünften.[56]

[Rz 31] Innerhalb des Spielraums, den der Gesetzgeber, wie zuvor grob umrissen, für die Ausgestaltung der Sozialhilfe für Asylsuchende setzt, ist weiterhin unklar, ob und inwieweit ein niedrigerer «Ansatz» sich auf die Ausgestaltung der Unterbringung auswirkt und auswirken soll. Ausgehend von den vorgenannten Vorgaben der allgemeinen Sozialhilfe kann ein niedrigerer Ansatz quantitativ ausgestaltet sein, so wenn Unterbringungskosten an die Asylsuchenden ausgerichtet werden, indem diese geringer ausfallen.[57] Da die Unterbringung von Asylsuchenden regelmässig in Form von Sachleistungen zur Verfügung gestellt wird, ist unmittelbar gegenüber den Asylsuchenden ein niedrigerer Ansatz in qualitativer Hinsicht denkbar. Hier kommt im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Spielraums eine Vielzahl an Möglichkeiten der Ausgestaltung der Unterbringung in Betracht, die von den oben erwähnten Mietwohnungen, Hotelzimmern und Wohnwagen – soweit von den Betroffenen angestrebt – bis oberhalb des Niveaus der Nothilfe reichen und weitere Aspekte der Art und Weise der Ausgestaltung der Unterbringungssituation umfassen kann.

[Rz 32] Im Hinblick auf die bei allen eingangs genannten Einrichtungen vorgezogene kollektive Unterbringung sei erwähnt, dass diese nicht nur dem Bereich der Nothilfegewährung vorbehalten bleibt, jedenfalls, wenn sie gesetzlich für Asylsuchende vorgesehen wird (s. näher sogleich). Dann aber muss sich die Ausgestaltung der Unterbringungssituation in der Gesamtsicht qualitativ vom Nothilfeniveau abgrenzen können, will sie dem gesetzlichen Rahmen des Art. 82 Abs. 3 AsylG entsprechen. Dies könnte etwa – unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen an einem geregelten Unterkunftsbetrieb und an der effektiven Durchführung des Asylverfahrens – durch grösseren Wohnraum, mehr Privatsphäre, insgesamt einen grösseren Einflussbereich auf die individuelle Gestaltung der eigenen Wohnsituation z.B. im Hinblick auf die Wahl des Wohnortes (nahe von Verwandten), Aufenthaltszeiten, Essenszubereitung u.v.m. ermöglicht werden. Die aktuelle Unterbringungssituation spiegelt diesen Spielraum nicht hinreichend wieder oder fällt mitunter gar dahinter zurück:

[Rz 33] Die Nutzung von Hotels scheint sich auf den ersten Blick noch in den verfügbaren Spielraum einordnen; in der allgemeinen Sozialhilfe ist aber die Übernahme von Kosten für Übernachtungen in Zimmern etablierter Hotels angedacht worden,[58] nicht die Inbetriebnahme mitunter bereits stillgelegter Hotelgebäude wie derzeit der Fall. So dürften sich Komfort und Einrichtung als auch die Belegung der Zimmer voneinander unterscheiden. Die Unterbringung von Asylsuchenden in Containern oder Zivilschutzanlagen mit Schliesszeiten und Essenausgaben entspricht ihrerseits sehr der

54 Siehe die bundesgerichtliche Rechtsprechung, BGE 121 I 367; näher zu Umfang und Art der Nothilfe vgl. Gächter/Werder in: Basler Kommentar, Art. 12 BV Rn. 1 ff.; Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, 2002, 215 ff.; zur Ausgestaltung der Nothilfeleistungen in den Kantonen vgl. Belser/Waldmann, «Nothilfe: Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt?», in: Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS Erwin Murer, 2010, 41 ff.

55 Vgl. für eine konkretere Angaben zu den einzelnen Kantonen SODK-Umfrage zu kantonalen Unterstützungsleistungen im Asylbereich, 2012, Anhang.

56 Ibid.

57 Siehe dazu unten V.1.

58 Siehe Wizent, 2014 (Fn. 25), 304.

Unterbringungssituation im Nothilfebezug.[59] Der Unterschied zur Situation von Asylsuchenden macht sich wohl eher an weitergehenden Sach- und Geldleistungen fest, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Unterbringung stehen, wie etwa ein Taschengeld oder Auslagen für Transportkosten.[60] In Bezug auf die enge Belegung vor allem in Zivilschutzanlagen oder die Unterbringung in Zelten stellt sich zudem die Frage, welches Mass an Privatsphäre damit überboten werden kann, dass nicht wenigstens im Nothilfebezug zum Tragen kommt. Die Unterbringung in provisorischen, teilweise gar nicht festen Einrichtungen, wie etwa Zelten, oder nicht dem Zweck der Unterbringung dienlichen Einrichtungen, wie Spitälern, dürfte noch weiter hinter das Nothilfeniveau zurückfallen.

[Rz 34] In der Tendenz orientiert sich die aktuelle Unterbringungssituation für Asylsuchende danach vielmehr an jener auf Nothilfeniveau, teilweise bleibt sie gar dahinter zurück.[61] Bereits auf bundesrechtlicher Ebene sind daher erhebliche Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der rechtlichen Vorgaben von Art. 82 Abs. 3 AsylG anzubringen. Die Ausgestaltung der Unterbringung von Asylsuchenden unterhalb des Ansatzes für die inländische Bevölkerung muss sich im Weiteren aber auch an den Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrecht messen lassen; dies erscheint aus leistungs-, freiheits-, gleichbehandlungs- und auch diskriminierungsrechtlichen Erwägungen heraus zumindest fraglich.

[Rz 35] Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob und inwieweit das zuvor dargestellte dreistufige Unterstützungssystem – Sozialhilfe, abgesenkte Sozialhilfe für Asylsuchende, Nothilfe für abgelehnte Asylsuchende – seinerseits den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen genügt. Sie zu beantworten, bietet allerdings Anlass für eine umfassendere wissenschaftliche Auseinandersetzung, welche die rechtlichen Standards der «Stufen» umfassender herausarbeitet und sie kritisch beleuchtet auf Überschneidungen, Abgrenzungsfragen und verbleibende Handlungsspielräume.[62]

3. Art. 28 AsylG – Kollektive Unterbringung und Zuweisung einer Unterkunft

[Rz 36] Die Möglichkeit, Asylsuchenden eine Unterkunft zuzuweisen, sie kollektiv unterzubringen und entsprechende Bestimmungen und Massnahmen für einen «geordneten Betrieb» zu erlassen, wie sie oben angesprochen wurde, findet ihre gesetzliche Grundlage in Art. 28 AsylG. Bund und Kantone machen von dieser Sonderregelung für den Wohnbedarf, wie schon mehrfach erwähnt, Gebrauch.[63] Die kollektive Unterbringung kommt dem staatlichen Interesse an der effektiven Durchführung des Asylverfahrens entgegen und erleichtert verwaltungsökonomisch die Gewährung des

59 Vgl. SODK-Umfrage zu kantonalen Unterstützungsleistungen im Asylbereich, 2012, Anhang.

60 Ibid.

61 Zur Kritik der Reduzierung der Sozialhilfe für Asylsuchende auf Nothilfeniveau vgl. auch Hruschka, (Fn 36), Art. 82 AsylG Rn. 7.

62 Im Vorgriff auf die Ausführungen zum Völker- und Verfassungsrecht sei allenfalls generell angemerkt, dass diese eine unterschiedliche Behandlung von eigenen und fremden Staatsangehörigen, auch in Bezug auf die sozialhilferechtliche Unterstützung, grundsätzlich nicht verbieten, solange sie diskriminierungsfrei erfolgt und wenigstens die Kernverpflichtungen nach Gewährung eines angemessenen Lebensstandards nach Art. 11 Pakt I bzw. nach einer menschenwürdigen Existenzsicherung nach Art. 12 BV eingehalten werden.

63 Siehe EJPD-VO und Überblick SODK-Umfrage zu kantonalen Unterstützungsleistungen im Asylbereich, 2012, Anhang.

Unterbringungsbedarfs ebenso wie den Zugang zu den betroffenen Personen. Die aktuell genutzten Einrichtungen stellen in der Mehrzahl kollektive Einrichtungen dar.

[Rz 37] Zu berücksichtigen ist, dass Art. 28 AsylG eine «Kann»-Bestimmung darstellt und folglich Bund und Kantonen ein Entscheidungsermessen einräumt.[64] Nehmen sie es wie oben erwähnt wahr, müssen sie das Ermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform, ausüben.[65] Auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben wird unten weiter ausgeführt.[66] Gesetzeskonform und von Art. 28 AsylG gedeckt ist etwa der Entscheid für die Unterbringung in kollektiven Einrichtungen nach Abs. 2, wenn er im Einzelfall rechtmässig, insbesondere verhältnismässig, und angemessen ist.[67] Ein besonderer Bedarf oder eine Vulnerabilität einer Person ist demnach bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Wie Bund und Kantone dem Rechnung tragen, wird nachfolgend beleuchtet.[68]

[Rz 38] Die gesetzliche Grundlage muss gleichwohl ihrerseits im Lichte der verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben betrachtet und angewendet werden.[69] Dies betrifft auch die Art und Weise der Ausgestaltung der Unterbringung ebenso wie die Bestimmungen und Massnahmen, welche zur Regelung eines geordneten Betriebs erlassen werden können.

4. Art. 26 AsylG und EJPD-Verordnung – Unterbringung in Zentren des Bundes

[Rz 39] Das EJPD hat, insbesondere gestützt auf Art. 26 Abs. 3 AsylG, eine Verordnung über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich(EJPD-VO) erlassen, welche den geordneten Betrieb und ein rasches Asylverfahren in Zentren des Bundes sicherstellen sollen.[70] Zu den Zentren des Bundes sind insbesondere die Empfangs- und Verfahrenszentren (Art. 26 Abs. 1 AsylG), die besonderen Zentren des Bundes für Asylsuchende, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder die durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb der Empfangs- und Verfahrenszentren erheblich stören (Art. 26 Abs. 1bis AsylG), und die im Rahmen des beschleunigten Verfahrens betriebenen Zentren des Bundes (vgl. Art. 112b AsylG) zu zählen.

[Rz 40] Die EJPD-VO enthält zahlreiche konkrete Bestimmungen, welche vor allem den Aufenthalt in den Bundeszentren regeln sollen, hingegen weniger Vorgaben zur Ausgestaltung der Unterbringung an sich machen. Zuvor ist aber zu erwähnen, was die EJPD-VO nicht vorsieht – sie macht keine Angaben, ob und unter welchen Umständen Asylsuchende von der kollektiven Unterbringung in Bundeszentren ausgenommen werden können.[71]

[Rz 41] Art. 4 EJPD-VO etwa bestimmt, dass Asylsuchende in nach Geschlecht getrennten Schlafräumen unterzubringen sind und zudem den besonderen Bedürfnissen von Kindern, Familien und betreuungsbedürftigen Personen nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist.

---

64 Siehe Tschannen/Müller/Zimmerli, 4. Aufl., § 26 Rn. 7.

65 Ibid., § 26 Rn. 11.

66 Siehe VI.4. zum Schutz der Privatsphäre.

67 Ibid., § 26 Rn. 13 ff.

68 Siehe IV.4. und V.1.

69 Vgl. Hruschka, (Fn. 37), Art. 28 AsylG Rn. 2.

70 Siehe auch Art. 18 AsylV 1, SR 142.311.

71 Siehe Art. 28 AsylG, IV.3.

[Rz 42] Abgesehen davon ist gemäss Art. 8 EJPD-VO eine Nachtruhe von 22 bis 6 Uhr einzuhalten. Personen, die in den Zentren untergebracht sind, dürfen sie gemäss Art. 11 EJPD-VO erst nach den erforderlichen Massnahmen zur Identitätsbestimmung und regelmässig nur werktags von 9 bis 17 Uhr und am Wochenende sowie an Feiertagen von 9 bis 19 Uhr und auch nur nach schriftlicher Bewilligung verlassen; für Asylsuchende in besonderen Zentren gelten Ausgangszeiten täglich von 9 bis 17 Uhr.[72] Eine Ausgangsbewilligung kann u.a. verweigert werden (Art. 12 EJPD-VO), wenn die Betroffenen sich nicht an Hausarbeiten in den Zentren beteiligen. Zu letzteren können Personen in den Bundeszentren nach Art. 6 EJPD-VO vom Betreuungspersonal verpflichtet werden. Art. 3 EJPD-VO erlaubt schliesslich dem Sicherheitspersonal in den Bundeszentren die Durchsuchung der Personen und ihrer mitgeführten Sachen; darüber hinaus dürfen Reise- und Identitätspapiere, gefährliche Gegenstände, Vermögenswerte, elektronische Geräte, welche die Ruhe stören, alkoholische Getränke, Betäubungsmittel sowie Lebensmittel sichergestellt werden.

[Rz 43] In der Gegenüberstellung mit der aktuellen Unterbringungssituation bilden die verordnungsrechtlichen Vorgaben demnach Grundlagen u.a. für das Festhalten von Personen sowie Personen- und Sachkontrollen in Bundeszentren; für entsprechende Massnahmen auf kantonaler Ebene sind Vorgaben im kantonalen Recht zu suchen.

[Rz 44] Hinsichtlich der Durchsuchung und Sicherstellung von Personen und Sachen, welche mit erheblichen Eingriffen in die persönliche Freiheit und teilweise auch der Bewegungsfreiheit verbunden sind,[73] drängt sich allerdings die Frage nach einem formellen Gesetz als Grundlage auf.[74] Abgesehen davon erscheint der Anwendungsbereich von Art. 3 EJPD-VO weit und undifferenziert im Hinblick auf die Gefährlichkeit der sicherzustellenden Gegenstände und ihre Bedeutung für die Lebensgestaltung der betroffenen Personen. Erstere könnte im nachfolgend dargestellten Art. 9 AsylG zu finden sein, während letzterer sich am höherrangigen Recht messen muss.

5. Art. 9 AsylG – Durchsuchung – und Sicherstellung?

[Rz 45] Art. 9 Abs. 1 AsylG erlaubt der zuständigen Behörde die Durchsuchung der asylsuchenden Person und von ihr mitgeführten Sachen, jederzeit und in allen Unterkunftsformen, mithin nicht nur wenn sie in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum untergebracht ist, sondern auch bei Unterbringung in einer Privat- oder Kollektivunterkunft. Damit bietet die Norm zugleich den kantonalen Behörden die erforderliche Gesetzesgrundlage für die Durchsuchung der betroffenen Personen und ihrer Sachen. Dem Wortlaut von Art. 9 AsylG nach kann die Durchsuchung zudem ohne Anfangsverdacht und richterliche Anordnung erfolgen kann und nicht allein bei Erstaufnahme der Betroffenen in den jeweiligen Zentren.[75] Art. 9 Abs. 2 AsylG verlangt immerhin, dass die Durchsuchung durch eine Person des gleichen Geschlechts vorgenommen wird.

[Rz 46] Art. 9 AsylG enthält allerdings keine Grundlage für die Sicherstellung von Sachen der durchsuchten Person; die Norm kann auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie die Sicherstellung als eingriffsintensivere Massnahme ohne ausdrückliche Erwähnung abdeckt. Dafür sprechen schliesslich auch asylrechtliche Vorschriften, die eine Sicherstellung ermöglichen. In Bezug auf

72 Bei Unterbringung in den Transitzentren der Flughäfen Genf und Zürich s. Art. 14 ff. EJPD-VO.

73 Siehe dazu unten IV.5.

74 Siehe Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 36 Rn. 16; s. auch unten VI.5.

75 Hruschka, (Fn. 36), Art. 9 AsylG Rn. 2.

Reise- und Identitätsdokumente erlaubt etwa Art. 10 Abs. 2 AsylG Behörden und Amtsstellen die Sicherstellung zuhanden des SEM.[76] Vermögenswerte können wiederum nach Art. 87 Abs. 2 AsylG unter den dort genannten Voraussetzungen zum Zwecke der Sicherung der Rückerstattungspflicht abgenommen werden.[77] Für andere Zwecken und in Bezug auf andere mitgeführte Sachen, wie sie in Art. 3 EJPD-VO Erwähnung finden, sind bei einem Überblick keine weiteren gesetzlichen Grundlagen im Asylrecht ersichtlich. Allenfalls könnten strafprozessrechtliche Vorschriften greifen, etwa soweit gefährliche Gegenstände oder Betäubungsmitteln als Beweismittel im Zusammenhang mit der Begehung von Straftaten sichergestellt werden sollen.[78] Dann bedarf es aber der Prüfung der Voraussetzungen und allenfalls der Einhaltung strafprozessrechtlicher Vorgaben wie Anfangsverdacht, staatsanwaltliche Anordnung etc. Bei elektronischen Geräten, alkoholischen Getränken und Lebensmitteln bleibt die Grundlage, auch mit Blick auf das Strafprozessrecht, unklar.

[Rz 47] Art. 9 AsylG erlaubt im Ergebnis nur die Durchsuchung von Personen und Sachen, während für die Sicherstellung von Sachen die Eingriffsgrundlagen gesucht werden müssen (vgl. Art. 10 Abs. 2, Art. 87 Abs. 2 AsylG) oder teilweise nicht zu finden sind. Darüber hinaus begegnet aber schon die Möglichkeit der Durchsuchung ohne Anfangsverdacht und richterliche Anordnung rechtlichen Bedenken.[79] Antworten darauf sind in den verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen vor allem zu den Verfahrensrechten zu finden.[80]

6. Art. 55 AsylG – «Notstandsklausel»

[Rz 48] Wie eingangs erwähnt, wird die aktuelle Unterbringungssituation vor dem Hintergrund steigender Gesuchzahlen diskutiert, welche die Schweiz vor besondere Herausforderungen stellt, einschliesslich in der Unterbringung der Asylsuchenden. Die vorangehenden Ausführungen zu den Bundesvorgaben von Art. 82 und 28 AsylG stellen demgegenüber auf eine Situation ab, auf die das aktuelle Asylsystem der Schweiz einschliesslich seiner Infrastruktur in «Normalzeiten» ausgerichtet ist.[81]

[Rz 49] Art. 55 AsylG enthält eine Notstandsklausel, welche dem Bund die Möglichkeit einräumt, u.a. «bei ausserordentlich grossem Zustrom von Asylsuchenden in Friedenszeiten», die Asylgewährung und Rechtsstellung von Flüchtlingen einzuschränken und besondere Verfahrensbestimmungen aufzustellen.[82] In Bezug auf die Beherbergung von Flüchtlingen kann, soweit diese die Möglichkeiten der Schweiz übersteigt, auch nur vorübergehend Asyl gewährt werden, bis die Betroffenen weiterreisen können.

[Rz 50] Die Norm wirft verschiedene Fragen auf. Zu dieser Bestimmung existiert bislang keine Praxis.[83] So ist nicht hinreichend klar, ob der derzeitige Anstieg der Zahl asylsuchender Personen

76 Zu Art. 10 Abs. 2 AsylG vgl. Hruschka, (Fn. 37), Art. 10 AsylG Rn. 2.

77 Weitergehend zur Vermögenswertabnahme vgl. Hruschka, (Fn. 37), Art. 87 AsylG Rn. 1 ff.

78 Vgl. Art. 263 Abs. 1 StPO, SR 312.0.

79 Siehe unten V.

80 Auf sie wird in diesem Beitrag nicht näher eingegangen.

81 S. zur «Normallage» Ziff. 2 EJPD/BFM, Notfallkonzept Asyl v. 28. November 2012.

82 Für allfällige verfassungsrechtliche Grundlagen für mögliche Massnahmen in ausserordentlichen Situationen s. Übersicht in Ziff. 5.2 EJPD/BFM, Notfallkonzept Asyl v. 28. November 2012 verwiesen (Kompetenzen von Bundesversammlung und Bundesrates betreffend das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen insgesamt).

83 Vgl. hierzu und nachfolgend Hruschka, (Fn. 37), Art. 55 AsylG Rn. 1 ff.

ein Ausmass erreicht hat, das die Aktivierung der Klausel rechtfertigen könnte. Bei einem relativen Vergleich von Gesuchzahlen, gemessen an der Bevölkerungsgrösse und Infrastruktur, mit denen sich andere europäische Staaten wie etwa Deutschland oder Schweden derzeit konfrontiert sehen, dürften Zweifel aufkommen, ob die Norm einschlägig ist.

[Rz 51] Des Weiteren ist fraglich, inwieweit die Bestimmung – ein aussergewöhnlich grosser Zustrom unterstellt – erlaubt, abweichende Vorgaben für die Unterbringungsbedingungen für Asylsuchende zu betreffen. Schliesslich wird «nur» auf Flüchtlinge Bezug genommen. Angesichts des deklaratorischen Charakters der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und des Umstands, dass die Betroffenen bis dahin als Asylsuchende in der Schweiz aufgenommen werden, muss die Norm denklogisch auch sie erfassen. In der Botschaft zum Asylgesetz wurde darauf hingewiesen, dass gerade auch bei Fragen «versorgungstechnischer Natur» die Anrufung der Klausel in Betracht gezogen werden könnte.[84] Die ursprünglich weitergehende Ermächtigung des Bundes, wenn nötig in Abweichung vom Gesetz, «die erforderlichen Bestimmungen»[85] zu treffen, einschliesslich einer «kollektiven Unterbringung von Flüchtlingen unter Einbeziehung von zivilen und militärischen Stellen», [86] wurde in der Beschlussfassung[87] aber auf die oben erwähnten Aspekte der Asylgewährung, der Rechtsstellung und den Verfahrensbestimmungen beschränkt. Die Herausforderungen bei der Unterbringung können demnach wohl nicht (mehr) über Art. 55 AsylG geregelt werden.[88]

[Rz 52] Selbst wenn Abweichungen zur Unterbringungssituation von Asylsuchen letztlich eine Grundlage in Art. 55 AsylG finden sollten, bleibt doch festzuhalten, dass die Klausel in der jetzigen Situation (noch) nicht angerufen wurde und sich, jedenfalls im europäischen Vergleich, (noch) nicht rechtfertigt.[89] Abgesehen davon stünde zur Diskussion, von welchen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Unterbringung selbst bei Anrufung von Art. 55 AsylG gleichwohl nicht abgewichen werden dürfte.[90]

[Rz 53] Die Unternehmungen von Bund und Kantonen zur Erarbeitung einer Verordnung, welche dem Zivilschutz das Requisitionsrecht von Eigentum erleichtern soll, wie es bei Katastrophen und in Notlagen sowie im Falle bewaffneter Konflikte vorgesehen werden kann, um Zugriff auf Unterbringungskapazitäten zu erhalten, geben immerhin einen (Vor-)Geschmack auf die Lageeinschätzung durch Bund und Kantone.[91] Verwiesen sei zudem auf das Notfallkonzept Asyl, welches der Bund bereits Ende 2012 ausarbeitete und Handlungsspielräume aufzeigt, wie in Zeiten hoher Gesuchzahlen zu reagieren ist.[92] Schliesslich zielen die im Zuge der Asylrevision vom 25. September 2015 eingeführten Änderungen des Asylgesetzes auf eine Ausweitung der Kompetenzen des Bundes

84 Botschaft zum AsylG v. 10. Oktober 1977, BBl 1977 III 105, 121; vgl. Art. 67 Abs. 1 lit. e MG, SR 510.10.

85 Ibid, siehe Art. 8 Abs. 3 AsylG idF der Botschaft v. 10. Oktober 1977.

86 Ibid.

87 Art. 9 Abs. 2 AsylG, Beschluss v. 1. Mai 1979, BBl 1979 II 993.

88 Vgl. Amarelle in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté des migrations, Volume IV: LAsi, Art. 55 pt. 6.

89 Sehr instruktiv zur Rhetorik der hohen Gesuchzahlen zur Rechtfertigung besonderer Unterbringungsmassnahmen del Baggio/Malka, «Hébergement: médias et public enfumés par la rhétorique de la hausse des demandes, in: Vivre Ensemble, 2015, Nr. 151, 21–28.

90 Siehe dazu unten VI.

91 Siehe oben in der Einführung; vgl. Art. 32 BZG, SR 520.1.

92 EJPD/BFM, Notfallkonzept Asyl v. 28. November 2012.

zur Nutzung militärischer Bauten und Anlagen des Bundes, sofern bestehende Unterbringungskapazitäten nicht ausreichen.[93]

V. Kantonale Ebene

[Rz 54] Die vorgehenden Ausführungen, insbesondere zum niedrigeren Unterstützungsansatz in Bezug auf den Unterbringungsbedarf für Asylsuchende, gingen bereits näher auf die allgemeinen Vorgaben zur Ausgestaltung desselben auf kantonaler Ebene ein (s. IV.2.a)). Unter dem Einfluss des Bundesrechts erfolgt die Unterbringung danach in erster Linie als Sachleistung, wobei der niedrigere Ansatz vor allem durch qualitative Abstufungen in der konkreten Ausgestaltung der Unterbringungsmodalitäten zum Tragen kommt. Nachfolgend wird ein kleiner Überblick über die kantonale Rechtsetzung zur Unterbringung Asylsuchender gegeben (1.). Einige Kantone sehen zudem besondere Regelungen zur Unterbringung in Zeiten höherer Gesuchzahlen vor; auf sie soll in einem gesonderten Abschnitt ebenfalls eingegangen werden (2.).

1. Unterbringung von Asylsuchenden in den Kantonen im Überblick

[Rz 55] Regulär gestaltet sich die Unterbringung in den Kantonen, unterteilt in eine erste und zweite Phase, in etwa wie nachfolgend dargestellt. Art. 28 AsylG räumt wie erwähnt den Kantonen ausdrücklich die Möglichkeit ein, Asylsuchende nach Zuweisung in kollektiven Einrichtungen unterzubringen und Bestimmungen zu ihrem Betrieb zu erlassen.

[Rz 56] In einer ersten Phase der kantonalen Unterbringung sieht die Mehrheit der Kantone die Unterbringung von Asylsuchenden entsprechend in Durchgangszentren, Asylzentren, Kollektivunterkünften etc. vor.[94] Diese Phase dient ausweislich einiger kantonaler Bestimmungen als Eingewöhnungszeit, in der viele Kantone darauf abzielen, die Betroffenen «mit den schweizerischen Lebensverhältnissen vertraut zu machen und auf eine eigenständige Lebensführung vorzubereiten».[95]

[Rz 57] In einer zweiten Unterbringungsphase, differenziert sich die Unterbringung aus.[96] Regelmässig geht die Zuständigkeit für die Unterbringung auf die Gemeinden über.[97] Teilweise werden weiterhin Kollektivunterkünfte geführt und Zimmer oder auch Wohnungen darin als Sachleistung

93 Vgl. Art. 24c AsylG (neu) in der Beschlussfassung v. 25. September 2015, BBl 2015 7181; siehe dazu auch unten VIII. Schlussbetrachtungen.

94 Siehe etwa Art. 8 KR AsylVO AR, § 7 AsylVO ZG; Ziff. A.3 Asylrichtsätze FR; § 2 AsylV LU; vgl. auch § 16 Abs. 2 AsylfürsorgeVO ZH; Art. 8 LAsi; Art. 35 Abs. 2 Verordnung zum Einführungsgesetz zur Ausländer- und Asylgesetzgebung GR;s. aber Art. 28 LARA VD (Aufnahmezentren oder Wohnungen).

95 Siehe entsprechende Formulierungen etwa in § 6 Abs. 3 AsylV LU; Art. 16 Arrêté normes asile NE; Art. 2 Abs. 2 AsylAufnahmeVO SG; § 7 AsylVO ZG.

96 Vgl. etwa Ziff. 3.1 und 4.1 Weisung Asylsozialhilfe BE 2015 (kollektive Unterbringung 1. Phase, individuell 2. Phase); Ziff. B.1 und B.2 Asylrichtsätze FR; einige machen die individuelle Unterbringung von der genügenden Eigenständigkeit und finanziellen Unabhängigkeit der Betroffenen abhängig, vgl. etwa § 8 AsylVO ZG; § 7 Abs. 1 AsylV LU; siehe auch Ziff. 2.1 Unterbringungs- und Begleitkonzept Asyl GL 2008 (dezidierte Darstellung von Unterbringung in drei Phasen: Durchgangszentrum; Aussenstation Durchgangszentrum oder Wohnung; letzte bei Arbeitsaufnahme mit Möglichkeit des Umzugs in eigene Wohnung); Art. 3 Abs. 2 Verordnung über die Aufnahme von Asylsuchenden SG (nach Zuweisung in Gemeinden Unterbringung in individuellen oder in Kollektivunterkünften).

97 Siehe nur § 10 AsylVO LU, teilweise siehe auch Nachweise in vorangehenden und nachfolgenden Fn.

zur Verfügung gestellt.[98] Ebenso finden sich Vorgaben, wonach Wohnungen auf dem freien Wohnungsmarkt angemietet werden und den Betroffenen der Wohnraum überlassen wird, während die Abrechnung der Wohn- und Nebenkosten unmittelbar zwischen Gemeinwesen und Vermieter erfolgt.[99] Insgesamt ist zu erwähnen, dass in vielen Kantonen und Gemeinden (private) Dritte mit der Unterbringung Asylsuchender beauftragt werden und damit einher auch den Erwerb und die Unterhaltung von Unterbringungsmöglichkeiten sowie die Zuteilung von Wohnraum an die Betroffenen besorgen.[100] Teilweise gewähren die Gemeinden den Betroffenen aber auch weitergehenden Freiraum bei der Unterbringung; so ermöglichen sie die eigenständige Suche und den Bezug von Wohnraum, allenfalls assistiert, auf dem freien Wohnungsmarkt und leisten dann Unterstützung zum Mietzins in Form von Geldbeträgen.[101] Dabei werden regelmässig Abstufungen nach Familien- bzw. Haushaltsgrösse vorgenommen;[102] hinzukommen abgesenkte Sätze gegenüber den ortsüblichen Mietzinssätzen wie etwa im Kanton Freiburg, in dem maximal eine Mietkostenpauschale von 300 Franken ausgekehrt wird, wenn eine Wohnung auf dem freien Wohnungsmarkt angemietet werden soll.[103] Andere Kantone sehen die Übernahme der reellen Mietkosten für frei angemietete Wohnungen vor, allerdings bis zur Grenze von Höchstbeträgen, wie etwa der Kanton Genf.[104]

[Rz 58] Weitergehende Vorgaben zur Art und Weise Unterbringung sind demgegenüber weniger dezidiert und vor allem seltener öffentlich zugänglich.[105] Der Kanton Zug hält immerhin eine

98 Siehe etwa Art. 9 KR AsylVO AR; § 8 Abs. 2 Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Ausländerrecht NW; § 8 AsylVO ZG; vgl. auch die Richtlinien und Anwendungsmodalitäten der Finanzhilfe für Asylsuchende und Personen mit einer vorläufigen Aufnahmebewilligung im Kanton Wallis 2008, einmal bei «Unterbringung in Wohnfoyers mit Gemeinschaftsküche» und einmal bei «Unterbringung in Wohnfoyers mit eigener Küche und Appartements».

99 Siehe etwa Ziff. 4.1 Weisung Asylsozialhilfe BE 2015 («Die Asylsozialhilfestellen akquirieren Wohnungen und schliessen Mietverträge ab.»); § 18 Abs. 5 SPF AG; vgl. § 13 AsylVO LU (individuelle Unterkünfte in Gemeinden); siehe auch die «Zwischenlösung» in Ziff. 5 der Weisungen Finanzhilfe Asylsuchende VS 2008 bei «Unterbringung in Wohnfoyers mit eigener Küche und Appartements» (Anmietung von Wohnraum (durch Koordinationsstelle) und Bereithaltung für Betroffene mit der Möglichkeit, mit diesen Untermietverträge abzuschliessen).

100 Vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 3, Art. 30 Abs. 2 AsylG: Möglichkeit der Beauftragung Dritter, einschliesslich der vom Bund zugelassenen Hilfswerke. Vgl. statt vieler Ziff. A.1. Sozialhilferichtsätze Asylbereich FR (Beauftragung einer Privatfirma); Art. 22 Abs. 2 lit. d Vollziehungsverordnung zum Ausländerrecht OW; Art. 3 Abs. 3 Verordnung über die Aufnahme Asylsuchender SG. Wohlgemerkt wird diese Möglichkeit auch bereits in der ersten Phase der Unterbringung in den Kantonen genutzt.

101 Siehe etwa Ziff. B.6 Sozialhilferichtsätze Asylbereich FR; Art. 8 RLARA VD (Übernahme private Wohnungsmiete sowie Pauschale für Nebenkosten); Ziff. 9.5 Directive Asile GE (individuelle Wohnungsunterbringung); Ziff. 6 Weisung Sozialhilfe Asyl LU (Übernahme v. Mietkosten bei privat angemieteten Wohnraum abhängig v Einhaltung d. Mietzinsrichtlinien); vgl. auch Art. 9 Abs. 4 und 5 AsylSozialhilfeVO TI.

102 Siehe etwa Art. 9 Abs. 4 AsylSozialhilfeVO TI.

103 Dies inklusive Haushaltsversicherung, Nebenkosten, Strom, Ziff. B.6 Asylrichtsätze FR. Siehe für weitere Kantone mit geringen Mietkostenpauschalen etwa Ziff. 2. URL BS, Anhang RL Asylbereich («Mietzinsgrenzwerte inkl. Nebenkosten» für 1 bis 9 und mehr Personen: 1 Person:340.00 CHF, 2:680.00, 3:1020.00, 4:1340.00, 5:1550.00, 6:1750.00, 7:1950.00, 8:2100.00, 9+mehr:2300.00); Ziff. 3.2 KS SKOS-RL GL (Übernahme allenfalls der effektiven Kosten, höchstens aber max. 300 CHF/Person, ab 2 Personen Minimalansätze (Abzug von 20%)).

104 Ziff. 9.5 Directive Asile GE (individuelle Wohnungsunterbringung bei 1 bis 6 und mehr Personen, max. Beiträge: 1 Person:800.00 CHF, 2:1000.00, 3:1200.00, 4:1400.00, 5:1600.00, 6:1800.00, max. Übernahme der reellen Kosten, so diese unter den Höchstsätzen bleiben).

105 Nachstehende Ausführungen basieren auf kantonalen Bestimmungen, welche öffentlich eingesehen werden konnten; dies schliesst nicht aus, dass ausführlichere und aktuellere Informationen existieren.

Rechtsgrundlage für die Festsetzung von Mindeststandards für die Räumlichkeiten und für die Aufstellung von Hausordnungen in Kollektiveinrichtungen vor.[106]

[Rz 59] Der Kanton Thurgau empfiehlt den Gemeinden, dass sie Asylsuchende in eigenen Kollektivunterkünften oder bescheidenen Wohnungen unterbringen können, wobei es «durchaus zumutbar [ist], dass einzelne Asylsuchende sich ein Zimmer oder sich zwei Familien eine Wohnung teilen.»[107] Hinsichtlich der Ausstattung wird darauf hingewiesen, dass die «Mobiliaranschaffung für die Mietwohnungen […] auf das Notwendigste zu beschränken [ist].» Nach «Möglichkeit sollen gebrauchte Möbel, Küchengeschirr, Bettwäsche» usw. genutzt werden.

[Rz 60] Häufiger stellen Kantone generell zu berücksichtigende Aspekte bei der Zuweisung und Unterbringung von Asylsuchenden in die Gemeinden auf. So soll im Kanton Appenzell-Ausserrhoden primär der Grundsatz der Einheit der Familie Berücksichtigung finden.[108] Teilweise ist auch «der Gefahr ethnischer, kultureller, politischer oder religiöser Konflikte soweit möglich vorzubeugen».[109] Die meisten Kantone sehen in medizinisch oder anderweitig indizierten Fällen, die einen besonderen Schutzbedarf der Betroffenen manifestieren, die Unterbringung in besonderen Einrichtungen vor.[110]

[Rz 61] Die Möglichkeit, Asylsuchende in unterirdischen Notunterkünften unterbringen zu können, wurde zwar bereits vor dem Anstieg der Gesuchzahlen von vielen Kantonen wahrgenommen;[111] der Kanton Bern dürfte allerdings, soweit ersichtlich, einer der wenigen sein, der dafür bislang eine Grundlage in den Weisungen zur Asylsozialhilfe vorgesehen hat.[112] Scheinbar wird dabei davon ausgegangen, dass die Zivilschutzanlagen entsprechend ihrer Zwecksetzung als Notunterkunft zum Einsatz kommen können, ohne weitere Anpassungen für ihre Nutzung als Unterkünfte für Asylsuchende.

[Rz 62] Wie und mit wem Asylsuchende im Einzelnen zusammen zu wohnen und welche Räumlichkeiten sie gegebenenfalls mit anderen zu teilen haben, etwa eine Gemeinschaftsküche oder Aufenthaltsräume, wird häufig pragmatisch bestimmt und den aktuellen Bedürfnissen und den Unterbringungskapazitäten angepasst;[113] Grundlagen des Handelns in Unterbringungseinrichtungen sind allerdings kaum zugänglich; hier dürften u.a. Leistungsvereinbarungen zwischen Betreibern und Gemeinde bzw. Kanton, Weisungen oder Richtlinien massgebliche Quellen der Ausgestaltung

---

106 § 8 Abs. 2 und 3 AsylVO ZG; siehe auch § 16 Abs. 2 AsylfürsorgeVO ZH. Praktisch verfügen weitgehend alle kollektiven Unterbringungseinrichtungen über eine Hausordnung, welche regelmässig Rechte und Pflichten der untergebrachten Personen zur Regelung des Lebens und der Sicherheit in der Unterkunft beinhaltet; vgl. etwa Neue Luzerner Zeitung v. 14. Januar 2016, (Fn. 23).

107 Siehe hierzu und nachfolgend Ziff. 3.3 Leitfaden Asyl TG 2013.

108 Siehe Art. 9 KR AsylVO AR.

109 Ibid.

110 So halten viele Kantone besondere Einrichtungen für unbegleitete Minderjährige vor (s.o.) oder in medizinisch notwendigen Situationen, siehe etwa Ziff. 1.1. Unterstützungsrichtlinien BS, Anhang Richtlinien Asylbereich 2015 (stationäre Unterbringung); Ziff. 5.1 und 5.2 Weisung Asylsozialhilfe BE 2015 (aus medizinischen Gründen angeordnete Sonderunterbringung oder als präventive Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme); siehe auch Ziff. C.2 Asylrichtsätze FR (sozialpädagogische Unterbringung), Art. 7 Übereinkommen zwischen Staatsrat des Kantons Freiburg und der ORS Service AG Zürich v. 16. Dezember 2008 (UMA); Ziff. 9.2 Asylrichtlinien GE (Unterbringung in besonderen Situationen).

111 Siehe SODK-Umfrage zu kantonalen Unterstützungsleistungen im Asylbereich, 2012, Anhang.

112 Siehe Ziff. 3.1.1 Weisung Asylsozialhilfe BE 2015.

113 Siehe beispielhaft zum Kanton SG: Darstellung der Tagesstruktur in den kantonalen Zentren http://www.migrationsamt.sg.ch/home/asyl-fluechtlinge/zentren-fuer-asylsuchende/zentren-allgemein.html (Website zuletzt besucht am 23. Februar 2016).

der Unterbringung darstellen.[114] Aus einer Selbstauskunft der Kantone gegenüber der SODK ist allenfalls bekannt, dass die Verpflegung in der ersten Phase der Unterbringung von Asylsuchenden regelmässig in Form von Mahlzeitenausgaben durch die jeweilige Unterbringungseinrichtung sichergestellt ist.[115] Oftmals ergeben sich weitere Vorgaben im Zusammenhang mit der Unterbringung indirekt aus Bestimmungen zur Gewährung des Grundbedarfs. So wird im Kanton Wallis etwa festgehalten, dass Küchenutensilien und Bettzeug bereitgestellt werden; insgesamt unterscheidet der Kanton betreffend der weiteren Ausgestaltung der Aufnahmebedingungen in Weisungen zur Unterbringung in Wohnfoyers mit Gemeinschaftsküche und solchen mit eigener Küche oder Appartements.[116] Im Kanton Solothurn findet ebenso nebenbei Erwähnung, dass eine gemeinsame Nutzung von Küche oder anderen Wohnräumen in Betracht kommt und Personen der «ähnlichen Ethnie» in diesen Fällen zu einer Haushaltseinheit zusammengerechnet werden.[117] In wenigen Kantonen werden schliesslich rechtliche Bestimmungen vorgehalten, nach denen die Unterbringung bei Dritten erfolgen kann.[118] Ausdrückliche Vorgaben zu Schliesszeiten finden sich, soweit ersichtlich, nicht. Dies gilt auch für die Durchsuchung von Personen sowie die Sicherstellung von Sachen.[119]

[Rz 63] Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Kollektivunterbringung weitestgehend umgesetzt wird, mit stärkerer Differenzierung insbesondere nach Zuweisung der Asylsuchenden in die Gemeinden bzw. generell in der zweiten Phase der Unterbringung. Die aktuelle Nutzung von Kasernen, Spitälern, Zivilschutzanlagen, Containern, Zelten usw. ordnet sich ohne weiteres in die kollektive Unterbringungsform ein. Abgesehen davon sehen die meisten Kantone Ausnahmen für anderweitige Unterbringungsmöglichkeiten bei individuellem (Schutz-)Bedarf vor. Die wenigen Angaben zur Ausgestaltung der Unterbringung offenbaren ihrerseits, dass dem Sachleistungsvorrang und der Vorgabe des niedrigeren Unterstützungsansatzes qualitativ und – soweit die Mietzinskosten ausgerichtet werden – quantitativ Rechnung getragen wird; dies trifft u.a. auch auf die Mahlzeitenausgabe zu. Zur Unterbringung von Asylsuchenden in unterirdischen Notunterkünften findet sich, jedenfalls nach den Ergebnissen dieser Recherche, nur im Kanton Bern eine rechtliche Grundlage; dabei dürften die Unterkünften entsprechend ihrer ursprünglichen Zwecksetzung zum Einsatz kommen, also ohne weitergehende Anpassung an die Situation von Asylsuchenden.

[Rz 64] Wohlgemerkt ist die Grundlage zur Nutzung von Notunterkünften in Weisungen enthalten und wirft damit einher Fragen nach der Vereinbarkeit mit den Anforderungen an eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Einschränkung durch eine kollektive und eng ausgestaltete Unter-

---

114 Siehe nur Art. 4 Abs. 1 Übereinkommen zwischen Staatsrat des Kantons Freiburg und der ORS Service AG Zürich v. 16. Dezember 2008 (Struktur und Infrastruktur, die zur Verfügung gestellt werden, sind nur im Pflichtenheft beschrieben).

115 S. etwa SODK-Umfrage 2012, Anhang zum Kanton TI (Verpflegung neben Unterkunft und einem Barbetrag von 3 CHF/Tag); dies. zum Kanton BS (drei Mahlzeiten täglich bei Unterbringung in Zivilschutzanlage); dies. zum Kanton FR (Unterbringung in 1. Phase und drei Mahlzeiten pro Tag plus 4.00 CHF/Tag); dies. zum Kanton SH (im Durchgangszentrum Essen gestellt) dies. zum Kanton SO (Mahlzeitenausgabe in Zivilschutzanlage SO); im Kanton SG (bei Unterbringung in Kollektivunterkünften: drei Mahlzeiten pro Tag), http://www.migrationsamt.sg.ch/home/asyl-fluechtlinge/zentren-fuer-asylsuchend e/zentrum-bommerstein.html (Website zuletzt besucht am 23. Februar 2016).

116 Siehe Weisungen Finanzhilfe Asylsuchende VS 2008 (Fn. 87); vgl. auch Ziff. 1 Anhang Asyl der Unterstützungsrichtlinien des Kantons BS (einmalige Ausgabe von Bettwäsche in den Gemeinschaftsunterkünften).

117 Mit der Folge, dass geringere Unterstützungsansätze an die Betroffenen ausgegeben werden, siehe Ziff. 2.2 RRB RL Sozialhilfe Asyl SO.

118 Siehe etwa Ziff. 31.4 und 8.1.3 Weisung Asylsozialhilfe BE 2015.

119 Siehe aber oben IV.5. die bundesrechtlichen Grundlagen, welche auch für kantonale Institutionen zum Tragen kommen.

bringung unter Tage auf.[120] Ähnliches lässt sich für andere Formen der kollektiven Unterbringung anbringen, welche grundsätzlich nicht der (längerfristigen) Unterbringung von Personen dienen, wie Spitäler, Messehallen oder Zelte. Hier ist letztlich, wie oben zum Bundesrecht bereits ausgeführt, fraglich, inwieweit die qualitative Ausgestaltung dieser Unterbringungsweise und – soweit Mietzinskosten ausgerichtet werden – die quantitative Ausgestaltung des Unterbringungsbedarfs auch in den Kantonen verfassungs- und völkerrechtlichen Standards an die Unterbringung Asylsuchender entspricht.

[Rz 65] Schliesslich erweist sich der Umstand, dass ein Grossteil jener Bestimmungen, der Aufschluss über die konkrete Ausgestaltung der Unterbringungsbedingungen geben könnte, augenscheinlich in Weisungen, Richtlinien, Leistungsvereinbarungen und dergleichen festgehalten ist, die nicht öffentlich zugänglich oder nur schwer auffindbar sind, als bedenkenswert.[121] Hier stellt sich die Frage, ob rechtsstaatlichen Anforderungen an Rechtssicherheit und Transparenz der Rechtsetzung und des Verwaltungshandelns noch genügt wird.[122]

2. Unterbringung bei höheren Gesuchzahlen

[Rz 66] Der Kanton Waadt ist, soweit ersichtlich, der einzige, der eine Grundlage für die Anordnung der Inbetriebnahme von Zivilschutzanlagen bei grossem Zustrom von Asylsuchenden in einem Gesetz bietet.[123] Wohlgemerkt darf das zuständige Departement danach die Öffnung nur für eine vorübergehende Unterbringung der Betroffenen in den Anlagen anordnen. Im Kanton Freiburg wird demgegenüber im Leistungsauftrag der kantonalen Behörden mit dem drittbeauftragten Unternehmen geregelt, dass letzteres bei hohem Zustrom von Personen die erforderlichen Schritte zur Bereitstellung neuer Unterbringungsmöglichkeiten zu unternehmen hat.[124] Im Kanton Appenzell-Innerrhoden ist es Aufgabe der Standeskommission, die Verteilung von Asylsuchenden auf die Bezirke zu veranlassen, wenn die kantonalen Unterbringungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind, und die Unterbringung und Betreuung von schutzsuchenden Personen in «ausserordentlichen Lagen» zu regeln.[125] Nach dem auf dieser Grundlage ergangenen Standeskommissionsbeschluss kann eine «ausserordentliche Lage kantonal, regional oder landesweit auftreten und ist wahrscheinlich, wenn infolge einer rasch ansteigenden Zahl von schutzsuchenden Ausländern die bestehenden Unterbringungs-, Versorgungs- und Betreuungskapazitäten erschöpft sind, so dass besondere Mass-

[120] Noch dazu wenn wie oben erwähnt (Beispiel Kanton Luzern, Fn. 23), die Hausordnungen der ZSA weitergehende Pflichten für die Betroffenen vorsehen (Fernbleiben von Kinderspielplätzen und Schulhausarealen, Pflicht zur Nutzung des Seiteneingangs, um die Benutzer der Mehrzweckhalle, unter der sich die ZSA befindet, nicht zu stören).

[121] Vgl. zur entsprechenden Kritik in der allgemeinen Sozialhilfe Wizent 2014 (Fn. 25), 157; angesichts des teilweise noch vulnerableren Status von Asylsuchenden, dürfte diese auch auf den Asylbereich übertragbar sein.

[122] Ibid.

[123] Art. 28 Abs. 2 LARA VD.

[124] Vgl. Art. 4 Abs. 4 Übereinkommen zwischen Staatsrat des Kantons Freiburg und der ORS Service AG Zürich v. 16. Dezember 2008.

[125] Art. 2 Abs. 2 lit. b und d AsylVO AI.

nahmen erforderlich werden.»[126] Bei der Unterbringung von Schutzsuchenden sollen «soweit möglich» oberirdische Unterkünfte, etwa Truppenunterkünfte, genutzt werden.[127]

[Rz 67] Einige weitere Kantone stellen nicht explizit auf die Situation steigender Gesuchzahlen ab, sondern sehen allgemeine Regelungen vor, wenn sich praktische Herausforderungen bei der Unterbringung ergeben;[128] sie beziehen sich dabei im Wesentlichen auf das Verhältnis der Kantone zu den Gemeinden. Im Kanton Graubünden etwa, in dem die Unterbringung von Asylsuchenden in der Regel Sache der kantonalen Behörden ist, weist das zuständige Amt den Gemeinden bei Fehlen von genügend Kollektivzentren Personen des Asylbereichs zur Unterbringung zu.[129] Bei vorübergehend unmöglicher Platzierung im Kanton Bern ist die zuständige Asylsozialhilfestelle gehalten, bei anderen Stellen um eine Unterbringungsmöglichkeit nachzusuchen, bis die Platzierung in einer Kollektivunterkunft der eigenen Zuständigkeit wieder möglich ist.[130] Das Amt für Migration des Kantons Schwyz wiederum «beurteilt laufend die Lage im Asylwesen und legt die Ausnützungsziffern der Maximalzahlen fest», die für die Zuweisung von Asylsuchenden in die Gemeinden massgeblich sind.[131]

[Rz 68] Die vorangehenden Beispiele sehen überwiegend als Lösung von Unterbringungsproblemen der Kantone die verstärkte Zuweisung in die Gemeinden vor; allein die Kantone Waadt, Freiburg und Appenzell-Innerrhoden schaffen Grundlagen für die Inbetriebnahme weitergehender Unterbringungsmöglichkeiten. Mindeststandards, denen auch nur provisorische Einrichtungen zu genügen haben, sind – mit Ausnahme des direkten Verweises auf die Nutzung von Zivilschutzanlagen oder Truppenunterkünfte – hingegen nicht vorgesehen. Insoweit dürfte auch hier das im vorangehenden Abschnitt Gesagte zur mangelnden Öffentlichkeit sowie Zugänglichkeit der Vorgaben zur Ausgestaltung der Unterbringung gelten und müssen grundsätzlich die Vorgaben des höherrangigen Rechts für die nähere Ausgestaltung der Unterbringung in neuen zusätzlichen Unterkünften zum Tragen kommen.

VI. Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben an die Unterbringung Asylsuchender

[Rz 69] Die vorangehenden Ausführungen verdeutlichen, dass Art und Weise der Ausgestaltung der Unterbringung Asylsuchender massgeblich durch verfassungs- und völkerrechtliche Standards beeinflusst werden. Sie beinhalten Vorgaben zur Konkretisierung der rechtlichen Grundlagen und ihrer Anwendung in der Praxis, vor allem indem sie dem Handlungsspielraum von Gesetzgeber und Verwaltung Grenzen setzen. Deutlich wird auch, dass sich weitergehende rechtliche Fragen stellen, wie etwa jene nach den (strafprozessrechtlichen) Garantien und Verfahrensgrundrechten bei der Durchsuchung von Personen und Sachen sowie der Sicherstellung von Sachen, nach der Vereinbarkeit des dreistufigen Sozialhilfesystems im Asylbereich insbesondere mit menschenrecht-

126 Art. 1 Abs. 1 Standeskommissionsbeschluss über die Betreuung schutzsuchender Ausländer in ausserordentlichen Lagen v. 25. Juni 1996 (Stand 16. September 2014), Gesetzessammlung AI 142.211 (SKB ausserordentliche Lagen AI).

127 Art. 5 Abs. 1 SKB ausserordentliche Lagen AI.

128 Die sich aber aus steigenden Gesuchzahlen ergeben können.

129 Art. 40 Verordnung zum Einführungsgesetz zur Ausländer- und Asylgesetzgebung GR.

130 Ziff. 3.1.2.1 Weisung Asylsozialhilfe BE 2015.

131 § 14 Abs. 1 Migrationsverordnung SZ.

lichen Vorgaben oder nach der Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen an die Rechtsetzung, Rechtssicherheit und Transparenz des Rechts.

[Rz 70] Im Weiteren sollen die Vorgaben des internationalen Flüchtlingsrechts interessieren (1.) sowie die Grund- und Menschenrechte, welche Aufschluss geben können über die gegenüber Asylsuchenden geltenden Unterbringungsstandards und ihre Einhaltung in den zuvor diskutierten Konstellationen (2. und 3.). Zudem wird auf jene Garantien eingegangen, die dem Schutz und der Achtung ihrer Privatsphäre (4.) sowie ihrer Bewegungsfreiheit (5.) dienen. In geringerem Umfang werden schliesslich Gleichbehandlungsgebote (6.) sowie Diskriminierungsverbote (7.) diskutiert.

1. Fürsorge für Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention

[Rz 71] Hinsichtlich der öffentlichen Fürsorge stellt Art. 23 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)[132] ein Gleichbehandlungsgebot von Flüchtlingen mit den eigenen Staatsangehörigen auf. Davon ist auch die Gewährung eines entsprechenden Unterbringungsbedarfs erfasst.[133] Ausgehend von dem Umstand, dass der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nicht konstitutiver, sondern lediglich deklaratorischer Charakter zukommt, wird teilweise vertreten, dass Personen, die um die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nachsuchen und sich rechtmässig im Aufnahmestaat aufhalten, die Rechte aus Art. 23 GFK nach einer gewissen Aufenthaltsdauer zukommen sollen.[134] Der überwiegende Teil der Lehre und die Rechtsprechung argumentieren jedoch, dass das Gleichbehandlungsgebot erst mit Feststellung der Flüchtlingseigenschaft greifen soll.[135]

[Rz 72] Aus Art. 23 GFK und weiteren Rechten[136], die Flüchtlingen nach der Konvention zukommen sollen, lässt sich aber die Bedeutung für Schutzsuchende ermessen, nicht nur physisch aufgenommen zu werden, sondern auch für die Zeit ihrer Zuflucht ein Leben führen zu können, dass ihre physische und psychische Integrität schützt. Daher kann aus dem internationalen Flüchtlingsrecht die Aufforderung gelesen werden, Schutzsuchenden auch dann, wenn ihre Flüchtlingseigenschaft noch nicht festgestellt wurde, wenigstens Zugang zu subsistenziellen Bedürfnissen wie Nahrung und Obdach zu gewähren.[137]

[Rz 73] In der aktuellen Situation wird zweifellos für Nahrung und Obdach von Asylsuchenden gesorgt. Ob die Art und Weise der Unterbringung völkerrechtlichen Standards im Weiteren entspricht, ist anhand anderer Vorgaben zu prüfen, so insbesondere dem Menschenrecht auf einen angemessenen Lebensstandard aus Art. 11 Pakt I.

---

132 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28. Juli 1951, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. April 1955, SR 0.142.30.

133 Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, 2005, 800 ff.

134 Lester, Art. 23, in: Zimmermann (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary, Oxford 2011, 1053, Rn 33. Für das Non-Refoulement-Prinzip des Art. 33 GFK ist diese Interpretation jedenfalls unbestritten, so wohl auch Kälin/Achermann/Künzli, SKMR, Gutachten zur Vereinbarkeit der Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht, v. 22. August 2012, 2 .

135 Siehe Kälin/Achermann/Künzli, (Fn. 135) 2012, 2 mit Verweis auf BGE 115 V 4 E. 2b; Goodwin-Gill/McAdam, The Refugee in International Law, 3rd ed., 2007, 526; Eckert, Begriff und Grundzüge des schweizerischen Flüchtlingsrechts, Zürich 1977, 117; Hathaway, 2005, 800 ff.

136 Siehe Art. 24 (Soziale Sicherheit), Art. 20 (Rationierung), aber auch Art. 33 GFK (Non-Refoulement-Prinzip).

137 Vgl. Hathaway, 2005, 279, 460 ff.

2. Angemessener Lebensstandard nach Art. 11 Pakt I

[Rz 74] Art. 11 Pakt I gibt Aufschluss über die menschenrechtlichen Mindestanforderungen an die subsistenziellen Bedürfnisse. Er verankert das Recht eines jeden, also auch von Asylsuchenden, auf einen «angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie […], einschließlich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen». Die Garantie ist individuell auf die betroffene Person und ihre Familie ausgerichtet. Die Justiziabilität dieses Rechts wird in der Schweiz von Bundesrat und Bundesgericht verneint,[138] während etwa der Überwachungsausschuss des Paktes und Teile der Lehre diese Haltung zunehmend kritisieren und darauf verweisen, dass der Pakt auch subjektive und einklagbare Rechte des Einzelnen begründe.[139] Jedenfalls würden vor allem wirtschaftliche und soziale Rechte einen justiziablen Kern aufweisen, der neben den programmatischen Vorgaben des Paktes I zum Tragen komme;[140] dazu ist auch Art. 11 Pakt I zu zählen.

[Rz 75] Das Recht auf einen «angemessenen Lebensstandard» soll nach den General Comments des Ausschusses Asylsuchenden und Flüchtlingen in gleicher Weise zukommen wie der übrigen Bevölkerung.[141] Den Staaten sei zwar ein gewisser Spielraum belassen, welche Leistungen als angemessen zu werten und auszurichten sind.[142] Der Pakt I gebe ihnen allerdings die «Kernverpflichtung» auf, wenigstens einen bestimmten Mindeststandard an Leistungen zu gewährleisten, welche nicht diskriminierend ausgestaltet sind und grundlegende Existenzbedarfe abdecken, einschliesslich einer einfachen Wohnung und Unterkunft.[143] Entsprechend kritisierte der Ausschuss im Rahmen der Prüfung von Staatenberichten bezüglich Sozialhilfeleistungen für Asylsuchende in der Vergangenheit mehrfach, dass etwa Frankreich, Österreich und Deutschland dieser Personengruppe erheblich niedrigere Unterstützung gewährten als den eigenen Staatsangehörigen.[144] In Bezug auf die Unterbringung stellte er fest, dass Asylsuchende in Deutschland in nicht adäquaten und überbelegten Unterkünften leben müssen.[145] Nach dem letzten Staatenbericht der Schweiz zeigte sich der Ausschuss zudem besorgt über die Unterbringung Asylsuchender für unbestimmte Dauer in unterirdischen Bunkern.[146]

---

138 Dazu Belser/Bächler, 6/2015, 308 mit Verweis auf BGE 120 Ia 1 E. 5; BGE 135 I 161 E. 2.2; BGE 130 I 113 E. 3.3 und BGE 126 I 240 E. 2.c sowie Botschaft des Bundesrates (u.a. betreffend Beitritt zu den beiden UN-Pakten von 1966) v. 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189.

139 So ausdrücklich Belser/Bächler, 6/2015, 308 m.w.H.; s. eingehend zur Justiziabilität von wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Rechten in der Schweiz die gleichlautende SKMR-Studie zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Künzli/Eugster/Spring v. 21. Februar 2014.

140 Vgl. Künzli/Eugster/Spring, (Fn. 65) 2014, 27 ff. m.w.H.; Belser/Bächler, 6/2015, 308.

141 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 19, Ziff. 38.

142 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 19, Ziff. 59; die General Comments beziehen sich neben Art. 11 Pakt I auch auf das Recht auf Gesundheitsversorgung (Art. 12 Pakt I) und auf soziale Sicherheit (Art. 9 Pakt I).

143 Ibid.

144 Vgl. Kälin/Achermann/Künzli, 2012, 3 mit Nachweisen zu Frankreich, Österreich und Deutschland; zu letzterem s. bestätigend auch Urteil des Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 132, 134, Urteil v. 18. Juli 2012.

145 Consideration of Reports Submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Germany, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/DEU/CO/5, 12 July 2011, Ziff. 13; vgl. Kälin/Achermann/Künzli, (Fn. 135) 2012, 4.

146 Consideration of Reports Submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Switzerland, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc E/C.12/CHE/CO/2-3, 26 November 2010, Ziff. 18.

[Rz 76] Über die Gewährleistung des Mindestniveaus hinaus verlangt der Pakt I nach Ansicht des Ausschusses von den Vertragsstaaten, dass sie soweit als möglich «Massnahmen treffen, um sukzessive mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen» (Art. 2 Abs. 1 Pakt I). Die zu gewährenden Leistungen müssen danach verfügbar, zugänglich, annehmbar, d.h. kulturell und kontextbezogen zumutbar, sowie adaptierbar sein, d.h. sich an veränderte Verhältnisse anpassen lassen.[147] Schliesslich stellt der Ausschuss hohe Anforderungen an die Zulässigkeit von Massnahmen, mit denen in den durch den Pakt geschützten Bereichen Leistungen wieder abgebaut werden sollen; insbesondere haben die Staaten nachzuweisen, dass alle Alternativen geprüft wurden und die getroffenen Massnahmen verhältnismässig und nicht diskriminierend sind.[148] Die General Comments des Ausschusses sowie die Abschliessenden Beobachtungen zu den Staatenberichten haben lediglich empfehlenden Charakter; gleichwohl kommt ihnen international eminente Bedeutung zu.[149]

[Rz 77] Bezogen auf die Unterbringung Asylsuchender lässt sich nach den vorstehenden Ausführungen schliessen, dass die Schweiz gehalten ist, ihnen adäquaten Wohnraum und Unterkunft zu gewähren, die nicht unter Tage liegen und ihrer individuellen Situation angepasst sowie zumutbar sind. Die Gewährung der Unterbringung als Sachleistung dürfte sich dabei noch im Rahmen des den Staaten eingeräumten Spielraums hinsichtlich der Art und Weise Ausrichtung der Leistungen bewegen, ebenso die Unterbringung in Einrichtungen wie Kasernen oder Hotels, soweit sie ein zumutbares Obdach bieten können. Dafür entspricht die Unterbringung in Schutzanlagen unter Tage klar nicht den genannten Anforderungen; diese Unterbringungsweise ist entwürdigend und zudem gesundheitsschädigend, da sie Personen ihr Zeitgefühl nimmt und sie damit erheblichen psychischen Belastungen aussetzt.[150] Auch die Unterbringung in provisorischen und nicht zweckdienlichen Einrichtungen, wie Zelten, Hütten in Messehallen oder Spitälern, stösst sich an den Anforderungen an eine zumutbare Unterkunft, wenn sie vorgesehen wird, ohne dass zeitnah alternative Unterbringungsmöglichkeiten bereitgestellt werden.

[Rz 78] Die kollektive Unterbringung gerät mit den Vorgaben von Art. 11 Pakt I wiederum in Konflikt, wenn bei individuellem Bedarf nicht auch anderweitige Unterbringungsmöglichkeiten vorgesehen werden. So ist sie nicht in jedem Einzelfall geeignet, dem individuellen Wohnbedarf zu entsprechen. Besonders deutlich wird dies bei Personen, die besonderen Schutzbedarf aufweisen, wie etwa Familien, (unbegleitete) Minderjährige, ältere oder kranke Personen.

[Rz 79] In vielen Fällen, in denen in den Medien die Inbetriebnahme weiterer kollektiver Einrichtungen, insbesondere von Zivilschutzanlagen, diskutiert wird, heisst es, dass sie generell für junge, alleinstehende Männer vorgesehen sind.[151] Die damit verbundene staatliche Einschätzung,

---

147 Statt vieler Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13: The right to education (art. 13), Ziff. 6, deutsche Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte, Die «General Comments» zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Baden-Baden 2005, 265; vgl. Vgl. Kälin/Achermann/Künzli, (Fn. 135) 2012, 5.

148 Vgl. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3, Ziff. 9 und General Comment No. 19, Ziff. 42; gemäss letzterem geht der Ausschuss von einer starken Vermutung («strong presumption») der Unzulässigkeit solcher regressiver Massnahmen aus.

149 Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., 638 ff.

150 Siehe dazu del Baggio/Malka, Hébergement, (Fn. 88), 28.

151 Siehe etwa das Beispiel in der Gemeinde Lully, in der sich die Besorgnis über die Inbetriebnahme der Zivilschutzanlage unter einer Primarschule gerade darin äusserte, dass ausschliesslich junge, alleinstehende Männer dort untergebracht werden sollten.

für die Personengruppe sei diese Art der Unterbringung regelmässig angemessen, überspannt hinsichtlich der Unterbringung in Zivilschutzanlagen unter Tage allerdings schon den eingeräumten Handlungsspielraum; im Übrigen kann sie vor Art. 11 Pakt I nur bestehen, wenn gleichwohl in Ausnahmefällen eine andere Unterbringungsart eröffnet bleibt.

[Rz 80] Bei der Unterbringung vor allem von Familien wird versucht, ihrer besonderen Situation Rechnung zu tragen.[152] Dabei geht es aber eher darum, sie in überirdischen Einrichtungen und gemeinsam in Räumlichkeiten unterbringen zu können, und weniger um die Frage der kollektiven Unterbringung. Angesichts der stark gestiegenen Zahl unbegleiteter Minderjähriger sehen sich Bund und Kantone veranlasst, weitere spezifisch dieser Personengruppe dienende Einrichtungen in Betrieb zu nehmen.[153] Auch diese sind regelmässig als kollektive Unterkunft ausgerichtet; immerhin sehen sie aber eine besondere, altersgerechte Betreuung vor. Soweit die Kantone bei besonderen Schutzbedürfnissen von Asylsuchenden also besondere Unterbringungsformen vorsehen, kann darin ein Lösungsansatz gesehen werden, jedoch auch nur, wenn die Unterbringung in der individuellen Situation zumutbar und vor allem effektiv zugänglich ist.

[Rz 81] Abgesehen davon stellt sich die Frage, ob die Unterbringung von Personen, die vor Krieg und Verfolgung geflohen sind, in Notunterkünften, auf engem Raum und ohne hinreichende Privatsphäre, ebenso ohne Möglichkeit, Mahlzeiten nach ihren kulturellen Bedürfnissen zuzubereiten, der Vorgabe noch entspricht, wonach die Leistungen auch annehmbar sein sollen, also kulturell und kontextbezogen zumutbar.

[Rz 82] Der Kritik zu niedrigeren Unterstützungsleistungen in einigen Vertragsstaaten lässt sich zudem entnehmen, dass ein Abstand in Art und Umfang der Gewährung von Unterstützungsleistungen, einschliesslich Wohnraum, für eigene Staatsangehörige mit Unterstützungsbedarf zu jenem für Asylsuchende zu vermeiden ist, um den Anforderungen an die Angemessenheit des jeweiligen Mindeststandards nach dem Pakt zu entsprechen. Das Schweizer Recht kennt das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV, s. unten) als verfassungsrechtlich garantiertes absolutes Existenzminimum, welches schweizerischen und ausländischen Staatsangehörigen gleichermassen zukommt, die in Not geraten; insoweit wird angenommen, dass ein angemessener Lebensstandard nach Art. 11 Pakt I mindestens dem Niveau der Nothilfe entspricht.[154] Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Nothilfe als kurzfristige «Überlebenshilfe»[155] gedacht ist und bei längerfristiger Bedürftigkeit von Schweizer Staatsangehörigen regelmässig der sozialhilferechtliche Unterstützungsbedarf zum Tragen kommt, welcher weit über dem Nothilfeniveau angesetzt wird und ein soziales Existenzminimum sichern soll.[156] Ein zu grosser Abstand vom Unterstützungsbedarf für Schweizer Staatsangehörige, erst recht über einen längeren Zeitraum, in dem soziale Belange an Bedeutung gewinnen, dürfte letztlich nicht mehr angemessen sein und auch in Konflikt zum Erfordernis der Adaptierbarkeit der zu gewährenden Leistungen an sich verändernde Situationen geraten.

[Rz 83] Die Notwendigkeit, innert kurzer Zeit für eine Vielzahl von Asylsuchenden Wohnraum zu schaffen, könnte möglicherweise einen Abbau von einmal erreichten Standards bei der Aufnahme

---

152 Die Situation kranker oder älterer Personen ist weniger Gegenstand der Diskussionen in den Medien; soweit einschlägig, sollten und dürften hier die besonderen Verfahren und Massnahmen der sozialen Sicherheit und des Gesundheitswesens zum Tragen kommen.

153 Siehe etwa Le Courrier v. 23. November 2015, 3 (neues Zentrum ausschliesslich für UMA in Kriens/LU).

154 Vgl. Kälin/Achermann/Künzli, (Fn. 135) 2012, 3.

155 BGE 138 V 310, E. 2.1.

156 Siehe oben IV.2.b) bei der Abgrenzung des Unterstützungsansatzes für Asylsuchende gegenüber der Sozialhilfe.

von Asylsuchenden, rechtfertigen. Es stellt sich aber schon die Frage, ob die dargestellten Unterbringungsverhältnisse diskriminierungsfrei, gemessen an der Situation von bedürftigen Schweizerinnen, ausgestaltet sind.[157] Wenig klar ist zudem, ob und inwieweit «alle» Alternativen, einschliesslich der Unterbringung bei Privaten, die sich dafür angeboten haben, geprüft wurden[158] und demgegenüber die vermehrte Unterbringung in Zivilschutzanlagen als verhältnismässig, vor allem als ebenso mildes Mittel, zu erachten ist.

3. Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV i.V.m. Art. 7 BV

[Rz 84] Auf verfassungsrechtlicher Ebene bildet das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen den massgeblichen Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Unterbringungsstandards (Art. 12 BV). Danach hat jeder, der in Not gerät und nicht in der Lage ist für sich zu sorgen, unabhängig von Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus, Anspruch auf Hilfe und Betreuung sowie auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Das Grundrecht findet seine Stütze auch in Art. 7 BV, welcher die Menschenwürde jeder Person, mithin auch von Asylsuchenden, schützt.[159] Aus Art. 7 BV lässt sich aus sozialhilferechtlicher Perspektive zugleich ableiten, dass die Achtung der Menschenwürde eine dem individuellen Bedarf der betroffenen Person entsprechende Hilfe verlangt, unabhängig davon, ob sie die Notlage selber verschuldet hat.[160]

[Rz 85] An einem Ort Unterkunft zu finden, entspricht einem existentiellen Grundbedürfnis des Menschen. Wird es nicht erfüllt, würde er in eine «menschenunwürdige Bettelexistenz» gedrängt und müsste damit der erforderlichen Existenzgrundlage entbehren, die ihn erst in die Lage versetzen kann, weitergehende Grundrechte in Anspruch nehmen zu können.[161] Art. 12 BV kennt insoweit keine Einschränkungsmöglichkeiten; Schutzbereich und Kerngehalt des Grundrechts fallen praktisch zusammen, sodass jeder Eingriff verfassungswidrig ist.[162] Damit gibt das Recht auf Hilfe in Notlagen eine verfassungsrechtliche Untergrenze vor, die Bund und Kantone bei den Vorgaben zur Unterbringung von Asylsuchenden in keinem Fall, auch nicht in einer Ausnahmesituation, unterschreiten dürfen. Die Bundesverfassung macht allerdings keine näheren Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung der verfassungsrechtlich mindestens gebotenen Unterbringung und wann diese als verletzt anzusehen sind, sondern überlässt die Aufgabe wiederum dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung. Angesichts der Bindung der Schweiz an die internationalen Menschenrechtsgarantien des Pakts I haben sie die Anforderungen des Art. 12 i.V.m. Art. 7 BV im Lichte der Vorgaben des Art. 11 Pakt I an einen angemessenen Lebensstandard zu definieren.

---

157 Siehe unten VI. 7.

158 Siehe oben Fn. 3 am Ende zur Bereitschaft Privater, Asylsuchenden Unterkunft zu gewähren. Den Anträgen kann häufig aufgrund administrativer Herausforderungen, nicht in der gebotenen Weise, vor allem nicht zeitnah, entsprochen werden.

159 Mastronardi in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 7 BV Rn. 53; für den Zusammenhang von Art. 12 und 7 BV vgl. BGE 131 I 166 E.7,1; 129 I 12 E. 6.3.

160 Vgl. Wizent, 2014 (Fn. 25), 83, unter Verweis auf die Menschenwürde als zentrales Leitbild und Grundlage der Strukturprinzipien der Sozialhilfe; vgl. auch Müller, in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 12 BV Rn. 26, 28.

161 Vgl. Belser/Bächler, 6/2015, 310; Egbuna-Joss/Belser, Ein Rahmengesetz für die Sozialhilfe? Institutionelle Überlegungen zum Harmonisierungsbedarf in einem grundrechtssensiblen Bereich, in: SKMR-Newsletter Nr. 26 v. 19. Mai 2015.

162 Urteil des Bundesgerichts 2P.298/2006 vom 20. März 2007 E. 2.1; BGE 131 I 166 E. 5.3; vgl. Müller, in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 12 BV Rn. 35 m.w.H.

[Rz 86] Zu den Mitteln, die eine menschenwürdige Existenz sichern sollen, werden nach der Rechtsprechung jedenfalls dem Wetter angepasste Kleidung, hinreichende und angemessene Nahrung, medizinische Grundversorgung sowie ein trockenes, allenfalls beheiztes Obdach mit sanitären Anlagen gerechnet.[163] Strittig ist, ob darüber hinaus auch ein Mindestmass an sozialer Teilhabe und an persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten durch Art. 12 BV geschützt werden soll.[164] Hinsichtlich letzterer kommt dem Recht auf Achtung der Privatsphäre aus Art. 13 BV Bedeutung zu.[165] Jedenfalls bei zunehmender Aufenthaltsdauer drängt sich der Einbezug sozialer Elemente bei der Gewährung einer menschenwürdigen Existenzsicherung nach Art. 12 BV auf.[166] Die Wertungen decken sich im Ergebnis mit den vorangehenden Ausführungen zum Recht auf einen angemessenen Lebensstandard nach Art. 11 Pakt I.

[Rz 87] Auf die Ausführungen zu Art. 11 Pakt I kann insoweit auch bei der Beurteilung der Unterbringungssituation in der Schweiz weitestgehend abgestellt werden. Einige Aspekte, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Kontext sowie dem Schutzbereich des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen ergeben, seien hier ergänzt.

[Rz 88] Art. 12 BV ordnet sich in das Gesamtgefüge der Grundrechte und Verfassungsprinzipien der Bundesverfassung ein. Bei seiner Auslegung kommt, wie erwähnt, der Achtung der Menschenwürde (Art. 7 BV) umfassende Bedeutung zu;[167] sie bildet den innersten Kern der Grundrechte, von dem nicht abgewichen werden darf, und dient zugleich ihrer Auslegung und Konkretisierung.[168] Während den General Comments des Ausschusses über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu Art. 11 Pakt I lediglich empfehlender Charakter zukommt,[169] kann sich etwa die Argumentation zur Notwendigkeit der Berücksichtigung des individuellen Bedarfs bei der Unterbringung von Asylsuchenden mit Art. 7 BV auf die Grundsatznorm[170] der Schweizerischen Bundesverfassung stützen. Gleiches gilt für die Argumentation, zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz bedürfe es auch eines Mindestmasses an sozialer Teilhabe und persönlicher Entfaltungsmöglichkeit, jedenfalls bei fortdauerndem Aufenthalt.

[Rz 89] Damit wird bereits einer weiterer Aspekt angesprochen. So ist das Recht auf Hilfe in Notlagen eng mit den weiteren Grundrechten verwoben und in seinen Wechselwirkungen mit ihnen zu bewerten.[171] Die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz versetzt die Betroffenen zum einen

---

163 Siehe die bundesgerichtliche Rechtsprechung, BGE 121 I 367; näher zu Umfang und Art der Nothilfe vgl. Gächter/Werder, in: Basler Kommentar, Art. 12 BV Rn. 1 ff.; Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, 2002, 215 ff.zur Ausgestaltung der Nothilfeleistungen in den Kantonen vgl. Belser/Waldmann, «Nothilfe: Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt?», in: Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS Erwin Murer, 2010, 41 ff.

164 Befürwortend Müller, in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 12 BV Rn. 30 m.w.H.; Wizent, 2014 (Fn. 25), 111; vgl. auch BVerfGE 125, 175, 223 und 132, 134 in Deutschland zur Anerkennung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums («…denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen»).

165 Siehe.. nachfolgend VI.4.

166 Zur Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer bei der Ausgestaltung der Nothilfe siehe etwa BGE 138 V 310 E.2.1; 135 I 119 E. 5.4.; ähnlich, bezogen auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV (Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung), BGE 138 I 246 E. 3.3.2; siehe dazu auch VI.4. zum Recht auf Achtung der Privatsphäre.

167 Zur Diskussion über die Rechtsnatur von Art. 7 BV, Mastronardi in: St. Galler Kommentar, Art. 7 BV Rn. 13 ff.

168 S. BGE 127 I 6 E. 5b m.w.N..

169 Siehe dazu oben VI.2.

170 Vgl. Mastronardi in: St. Galler Kommentar, Art. 7 BV Rn. 20.

171 Vgl. Müller in: St. Galler Kommentar, Art. 12 BV Rn. 6.

erst in den Stand, die anderen Grundrechte wahrnehmen zu können.[172] Zum anderen nehmen Grundrechte, wie etwa die nachfolgend dargestellten Rechte auf Achtung der Privatsphäre oder auf Schutz der persönlichen Freiheit zeigen, Einfluss auf eine menschenwürdige Ausgestaltung der Nothilfe. Der nach Art. 7 BV zu wahrende Kerngehalt an freier Entfaltung der Persönlichkeit oder an Bewegungsfreiheit muss danach Beachtung finden. Zudem ist unter dem Einfluss von Art. 8 Abs. 1 und 2 BV Sorge zu tragen, dass die Nothilfe nicht zu einer Ungleichbehandlung führt und diskriminierungsfrei ausgestaltet ist.[173] Die Vorgaben der weiteren Grundrechte werden in den nachfolgenden Abschnitten gesondert ausgeführt.

[Rz 90] Hinsichtlich der oben erwähnten Frage, ob und inwieweit der Abstand zur verfassungsrechtlich gewährleisteten Nothilfe bei der Ausgestaltung der Unterbringung von Asylsuchenden Nachachtung findet, ist ebenfalls auf die folgenden Grundrechte zu verweisen. Aus den Ausführungen zu Art. 12 BV i.V.m. Art. 7 BV kann jedenfalls geschlossen werden, dass sich die Leistungsgewährung in viel stärkerem Masse den Anforderungen an ein soziales Existenzminimum annähern muss und nicht erst nach einem längeren Aufenthalt, wenn schon beim menschenwürdigen Existenzminimum ein Mindestmass an sozialer Teilhabe längerfristig nicht ausgeschlossen werden kann.

[Rz 91] Aus der Übereinstimmung von Schutz- und Kernbereich ergibt sich schliesslich, dass ein Eingriff in Art. 12 BV selbst in Ausnahmesituationen nicht gerechtfertigt werden kann. Höchstens im Rahmen der sozialen Teilhabe sowie freien Entfaltung der Persönlichkeit und höchstens zu Beginn des Aufenthalts scheinen nach dem aktuellen Meinungsstand auch der Rechtsprechung Einschränkungen möglich. Da vor allem dieser Teil des menschenwürdigen Existenzminimums, wie erwähnt, durch andere Grundrechte beeinflusst und konkretisiert wird, sollte bei der Prüfung von Eingriffen darauf abgestellt werden, ob sie unter dem Blickwinkel der tangierten Grundrechte gerechtfertigt werden können.[174] Nachfolgend wird auf das Recht auf Achtung der Privatsphäre näher eingegangen.

4. Achtung der Privatsphäre

[Rz 92] Art. 13 Abs. 1 BV gewährt jeder Person einen Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre, einschliesslich der Achtung des Privat- und Familienlebens sowie der Wohnung einer Person. Das Grundrecht entspricht Art. 8 Abs. 1 EMRK. Diese Übereinstimmung wurde bei der Nachführung der Bundesverfassung bewusst gewählt;[175] der Schutzbereich beider Garantien ist danach deckungsgleich, weshalb in Auslegung und Anwendung durch die nationalen Gerichte auch die Rechtsprechung des EGMR herangezogen wird.[176] Der Schutzbereich ist angesichts der vielen aufgeführten Begriffe und Bereiche weitgefasst; «eine präzise und abschliessende Definition […] ist

[172] Ibid.

[173] Dazu unten VI.6. und VI.7.

[174] Hier kommen eine Reihe von Grundrechten in Betracht, die die Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft berühren, wie etwa die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), der Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV), die Glaubensfreiheit (Art. 15 BV) oder die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV).

[175] Botschaft zum Verfassungsentwurf v. 20. November 1996, BBl 1996 I 1, 152.

[176] Vgl. Breitenmoser in: St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 2.

angesichts der Vielfältigkeit der Lebenssachverhalte nicht möglich».[177] Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sei dazu in gebotener Kürze wie folgt ausgeführt.[178]

[Rz 93] Das Recht auf Achtung des Privatlebens soll dem Einzelnen ermöglichen, unter Ausschluss des Staates und in Rahmen der privaten Sphäre über die eigene Person und die Gestaltung seines Lebens entscheiden zu können.[179] In Bezug auf das Recht auf Achtung des Familienlebens ist festzuhalten, dass es auf jeden Fall das Recht auf Zusammenleben oder auf persönliche Kontakte zwischen minderjährigen Kindern und beiden Elternteilen schützt.[180] Der Anspruch auf Achtung der Wohnung wiederum bezieht sich auf jede Räumlichkeit, die eine gewisse Privatsphäre sichert und auf einen Lebensmittelpunkt schliessen lässt.[181]

[Rz 94] Hinsichtlich der freien Gestaltung des Privat- und Familienlebens sowie der Achtung der Privat-, Geheim- und Intimsphäre wird Art. 13 BV als spezielleres Grundrecht gegenüber Art. 10 Abs. 2 BV angesehen, welcher eine Auffangfunktion für Bereiche erfüllt, die in einem weiteren Sinne die Rechte aus Art. 13 BV betreffen.[182] Die Rechtsprechung tendiert in neuerer Zeit dazu, beide Grundrechte parallel zu prüfen, da sich ihr Schutzbereich überschneide und eine genauere Abgrenzung daher unterbleiben könne.[183] Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend auch Aspekte unter Art. 13 Abs. 1 BV geprüft, für die Art. 10 Abs. 2 BV gleichermassen in Betracht kommt, und andersherum.

[Rz 95] Das Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Art. 13 BV kann, anders als Art. 12 BV, unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden,[184] wenn ein öffentliches Interesse an der Einschränkung besteht, sie gesetzlich vorgesehen und verhältnismässig ist.[185] Bei Personen im Asylverfahren ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass sie sich in einem Sonderstatusverhältnis befinden, welches weitergehende Einschränkungen erlaubt.[186]

[Rz 96] Die oben untersuchten gesetzlichen Vorgaben zur Unterbringung von Asylsuchenden sowie ihre Umsetzung in der Praxis werfen eine Reihe von Fragen der Vereinbarkeit mit Art. 13 Abs. 1 BV auf.[187] Auf gesetzlicher Ebene kommt durch die Vorgabe des Sachleistungsvorrangs nach Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG (a) ein Eingriff in das Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Art. 13

---

177 Ibid., Rn. 8 m.w.H..

178 Für weitergehende Ausführungen sei statt vieler auf die hier ausschnittsweise zitierte Kommentierung der Bundesverfassung verwiesen.

179 Breitenmoser in: St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 9; BGE 133 I 58 E. 6.1 m.w.H..

180 Breitenmoser in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 38 ff. m.w.H.; zum Begriff der Familie ibid., Rn. 33 ff.

181 Ibid., Rn. 61 ff. m.w.H.; Villiger, Handbuch EMRK, Rn. 584 f.

182 Vgl. zur Abgrenzung und Diskussion u.a. Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 10 Rn. 40 sowie Breitenmoser in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 4 f., 25 ff.; s. auch unten VI.5.

183 BGE 133 I 58 E.6.1; 138 I 331 E- 5.1; vgl. auch BGE 127 I 6 E.5; zu allem Breitenmoser, in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 4 f.

184 Siehe auch den Hinweis auf die angestrebte inhaltliche Übereinstimmung von Art. 13 i.V.m. Art. 36 BV und Art. 8 Abs. 2 EMRK, Breitenmoser in: St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 3.

185 Weiterführend dazu Schweizer in: St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 36 Rn. 14 ff.; zur Praxis des EGMR ibid., Rn. 20 ff.

186 Vgl. 128 II 156 E. 3b; 133 I 49 E. 3.2.; Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-5762/2012 vom 7. Februar 2013 E. 8.1.2; zur Diskussion um die Notwendigkeit des Rechtsinstitut vgl. z.B. Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 333.

187 Art. 8 EMRK wird nicht weitergehend erwähnt; ist aber ebenso als einschlägig zu erachten, soweit der Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV eröffnet ist.

Abs. 1 BV und zugleich das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV in Betracht.[188] Auch die kollektive Unterbringung nach Art. 28 AsylG (b) ist an beiden Grundrechten zu messen. Des Weiteren ruft die konkrete Ausgestaltung der Unterbringung, u.a. in provisorischen und nicht zweckdienlichen Einrichtungen (c), die Notwendigkeit der gemeinschaftlichen Sanitäreinrichtungen oder Küchen (d) oder auch die Durchführung von Personen- und Sachkontrollen (e) in der Unterbringung das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auf den Plan.[189]

a) Sachleistungsvorrang

[Rz 97] Die Gewährung von Leistungen, welche existentielle Aspekte des Lebens wie Unterbringung, Versorgung mit Nahrungs- oder Hygienemitteln betreffen, in Form von Sachleistungen beschränken die freie Gestaltung des eigenen Lebens in erheblicher Weise. Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG verankert das Sachleistungsprinzip gesetzlich. Die Norm muss aber ihrerseits einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismässig sein, um einen Eingriff in Art. 13 BV rechtfertigen zu können.

[Rz 98] Die effiziente Durchführung des Asylverfahrens, zu dem sich die Asylsuchenden zur Verfügung zu halten haben,[190] wird als ein Beweggrund für die Bereitstellung der Unterkunft an Asylsuchende durch Bund, Kantone und Gemeinden angeführt.[191] Der Sachleistungsvorrang diente von Anfang an aber (auch) der Abschreckung von Asylsuchenden durch Verminderung der Attraktivität der Schweiz.[192] Asylsuchende davon abzuhalten, Schutz in der Schweiz zu suchen, dürfte mit Blick auf die humanitäre Tradition der Schweiz und ihrer Bindung an das internationale Flüchtlingsrecht hingegen schwer als legitime Zielsetzung erachtet werden. Nach der Rechtsprechung stellen hingegen beide, die Verfolgung einer restriktiven Einwanderungspolitik und die Sicherstellung eines effektiven Asylverfahrens, öffentliche Interessen dar, welche einen Eingriff in Grundrechte rechtfertigen können.[193]

[Rz 99] Es fragt sich weiter, ob das Sachleistungsprinzip ein geeignetes Mittel für die Verfolgung der genannten Ziele darstellt. Jedenfalls haben vor allem die Kantone vielerorts wieder auf Geldleistungen im Rahmen der Unterstützung von Asylsuchenden umgestellt, da Sachleistungen sich ausser ihrer Sicht gerade nicht als geeignet, weil verwaltungsintensiv, erwiesen haben.[194] Dies betrifft, wie oben erwähnt, regelmässig nicht die Unterbringung. Demgegenüber deuten die Schwankungen bei den Gesuchzahlen in der Schweiz in Abhängigkeit von Krisen und Konflikten, welche Menschen zur Flucht veranlassen darauf hin, dass die Gewährung der Unterbringung als Sachleistung Betroffene nicht von der Asylgesuchstellung abhält. Zu berücksichtigen bleibt, dass dem Gesetzeber eine gewisse Einschätzungsprärogative bei der Geeignetheit eines gewählten Mittels zukommt,

188 Siehe unten VI.5.

189 Auch hier kommt Art. 10 Abs. 2 BV gleichermassen in Betracht.

190 Vgl. Art. 8 Abs. 3 AsylG.

191 Vgl. Art. 28 AsylG.

192 Vgl. den Rückblick in Botschaft zur Totalrevision vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1, 88 f.; siehe auch schon Botschaft vom 2. Dezember 1985, BBl 1986 I 1, 7, 1985 Motion 84.383, Asylgesetz, Revision, N 20. Juni 1984, S 11. März 1985, Lüchinger – Forderung nach «Massnahmen, mit denen die Attraktivität der Schweiz als Gastland für diejenigen Gesuchsteller vermindert werden kann».

193 Vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.2, bezüglich abgelehnter Asylsuchender, welche einem Arbeitsverbot und zugleich der Nothilfe unterliegen.

194 Siehe oben IV.2.a) und V.1.

welche weitere Aspekte einbezieht; der Sachleistungsvorrang erscheint jedenfalls nicht vollkommen ungeeignet, die verfolgten Ziele zu erreichen.

[Rz 100] Als milderes Mittel käme im Hinblick auf die Gewährung der Dispositionsfreiheit die Mietkostenübernahme in Betracht. Dem steht jedoch entgegen, dass diese mit dem Sachleistungsvorrang gerade ausgeschlossen werden soll, aus Perspektive des Gesetzgebers also nicht den Zielsetzungen dient, die mit dem Sachleistungsvorrang erreicht werden sollen.

[Rz 101] Der Sachleistungsvorrang muss auch angemessen sein. Dabei ist das Interesse der Betroffenen an der Achtung der Privatsphäre gegen die erwähnten öffentlichen Interessen an der Durchsetzung des Sachleistungsvorrangs unter Beachtung des Sonderstatusverhältnisses abzuwägen. Die Unterbringung als Sachleistung ebenso wie die Mahlzeitenausgabe oder die Bereitstellung von Sanitäreinrichtungen betreffen existentielle Aspekte des menschlichen Lebens. Asylsuchende dabei in ihrem Recht zu beschränken, ihr Leben nach ihren Vorstellungen und Bedürfnisse zu gestalten, wird bereits unter dem Blickwinkel von Art. 7 und Art. 12 BV in Frage gestellt.[195] In Bezug auf Art. 8 EMRK argumentiert die Rechtsprechung ähnlich und verlangt bei Personen im Nothilfebezug, dass mit zunehmender Aufenthaltsdauer die öffentlichen Interessen (in konkreten Fall an der Gewährleistung des Wegweisungsvollzugs) hinter dem Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung zurückzutreten zu haben.[196] Dies sollte erst recht bei Asylsuchenden gelten, die sich im Asylverfahren befinden.

[Rz 102] Ihr Sonderstatusverhältnis erlaubt allerdings gewisse Einschränkungen ihrer Grundrechte, soweit diese sich in akzeptablen Grenzen bewegen und keine schweren Eingriffe darstellen.[197] Die Rechtsprechung geht dabei vornehmlich auf informelle Realakte ein wie z.B. die Zuteilung der Zimmer oder Festsetzung von Essenszeiten.[198] Eine Einschränkung durch einen umfassenden Sachleistungsvorrang erscheint demgegenüber allenfalls zu Beginn des Aufenthalts noch gerechtfertigt, wenn die wesentlichen Abschnitte des Asylverfahrens durchlaufen werden oder wenn dem hohen Bedarf an Unterbringungsmöglichkeiten kurzfristig nicht entsprochen werden kann. Ziel der staatlichen Institutionen sollte es aber sein, den Betroffenen zeitnah die Möglichkeit zur eigenständigen Lebensführung in Bezug auf Unterbringung, Nahrung und weiteren Leistungen, die in Form von Sachleistungen gewährt werden, allenfalls abgestuft nach Leistungsbereichen. Damit einher ist das Ziel der Verminderung der Attraktivität der Schweiz zurückzuweisen, wenn sich Betroffene längere Zeit in der Schweiz aufhalten, der Entscheid über ihr Asylbegehren aber aus von ihnen nicht zu verantwortenden Gründen noch aussteht und ihr Aufenthalt für die Dauer des Asylverfahrens weiterhin erlaubt ist (Art. 42 AsylG).[199]

[Rz 103] Immerhin steht es den Behörden angesichts der weiten Fassung von Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG frei, im Rahmen der Umsetzung des Sachleistungsvorrangs Massnahmen zu wählen, welche den Betroffenen weitergehende Entfaltungsmöglichkeiten eröffnen, etwa durch Unterbringung der Betroffenen in angemieteten Wohnungen statt durch kollektive Unterbringung. Ebenso kann die Unterbringung bei Privatpersonen dem Sachleistungsprinzip entsprechen und zugleich den Betrof-

195 Ibid.

196 BGE 138 I 246, E. 3.3.2.

197 Vgl. 128 II 156 E. 3b; 133 I 49 E. 3.2.; Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-5762/2012 vom 7. Februar 2013 E. 8.1.2.

198 Ibid.

199 Siehe zu den administrativen Gründen, welche die Kantone für die vermehrte Gewährung von Geldleistungen anführen, oben V.1.

fenen mehr Raum für die eigene Lebensgestaltung bieten. Letztlich ist der Einzelfall nicht ausser Acht zu lassen und verbieten sich generelle Annahmen, Asylsuchende seien nicht zur freien selbstbestimmten Lebensgestaltung in einem fremden Land in der Lage oder es bestünde die Gefahr der zweckwidrigen Verwendung von zur Verfügung gestellten Leistungen, zur Rechtfertigung des Sachleistungsvorrangs.[200]

[Rz 104] Schliesslich bleibt in der Umsetzung des Sachleistungsvorrangs zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG Sachleistungen «nach Möglichkeit» auszurichten sind. Dies ermöglicht den Behörden, von der Sachleistungsgewährung abzuweichen, etwa wenn sie sich aus administrativen Gründen als schwierig erweist oder aber in der Person der Betroffenen sich andere Formen der Leistungsgewährung aufdrängen.[201]

[Rz 105] Nach allem kann der Sachleistungsvorrang gerechtfertigt werden, wenn – unter Beachtung des Sonderstatusverhältnisses – Ausnahmen vorbehalten bleiben, die zeitlichen, persönlichen und sachlichen Umständen Rechnung tragen können und die staatlichen Behörden den von Art. 82 Abs. 3 S. 1 AsylG selber eingeräumten Ermessensspielraum nutzen.

b) Kollektive Unterbringung

[Rz 106] Die Möglichkeit zur Nutzung kollektiver Unterbringungseinrichtungen, welche in Art. 28 Abs. 2 AsylG vorgesehen wird, steht in Zusammenhang mit dem Sachleistungsvorrang, als sie diesen unterstellt und eine Art und Weise der Sachleistungsgewährung gesetzlich festhält. Die vorstehende Argumentation kann für die Zwecke der Prüfung der Vereinbarkeit der kollektiven Unterbringung mit Art. 13 Abs. 1 BV daher herangezogen werden.

[Rz 107] Die kollektive Unterbringung beschränkt schon ihrem Wesen nach die Privatsphäre der Betroffenen erheblich, da sie auf die gemeinschaftliche Unterbringung von Asylsuchenden und regelmässig auch die gemeinschaftliche Nutzung von Küchen- und Sanitäreinrichtungen zielt und somit den Privatbereich des Einzelnen verkleinert. Art. 28 Abs. 2 AsylG könnte eine ausreichende gesetzliche Grundlage dafür bieten. Die kollektive Unterbringung dient, wie der generelle Sachleistungsvorrang, dem Ziel der Verfahrensökonomie und der Attraktivitätsminderung der Schweiz.[202] Unter Beachtung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers erscheint die kollektive Unterbringung auch nicht vollkommen ungeeignet, diese Ziele zu verwirklichen. Als mildere Mittel kommen möglicherweise andere Formen der Unterbringung in Betracht, die ebenfalls dem Sachleistungsprinzip entsprechen könnte, wie die Unterbringung in angemieteten Wohnungen oder bei Privatpersonen. Ob diese gleich geeignet sind wie die kollektive Unterbringung, ein effektives Asylverfahren sicherzustellen, ist fraglich. Die kollektive Unterbringung sorgt immerhin für eine zentrale Unterbringung an einem Ort von einer Vielzahl von Asylsuchenden. Soweit verfahrensökonomische Aspekte im Vordergrund stehen, dürfte sich die kollektive Unterbringung allenfalls als eher geeignet erweisen, solange sich die Betroffenen für wesentliche Verfahrensabschnitte wie etwa die Anhörung zur Verfügung halten müssen. Dies trifft allerdings weniger für die fortgesetzte kollektive Unterbringung nach Abschluss der wesentlichen Verfahrenselemente zu, also insbesondere, wenn die Betroffenen in

[200] Das Argument findet in der allgemeinen Sozialhilfe Anwendung, um in Ausnahmefällen einen Sachleistungsvorrang zu rechtfertigen, s. Wizent, 2014 (Fn. 25), 293.

[201] So SODK-Umfrage zu kantonalen Unterstützungsleistungen im Asylbereich, 2012.

[202] Die Norm wurde im parlamentarischen Verfahren in das Asylgesetz aufgenommen, vgl. BBl 2002 6845 und AS 2006 4745; zur Legitimität der Zielsetzungen s. die Ausführungen beim Sachleistungsvorrang.

die Kantone umverteilt werden. Hier steht eher im Vordergrund, den Aufenthalt der Betroffenen so wenig attraktiv wie möglich zu gestalten; dafür eignet sich die kollektive Unterbringung aufgrund ihres intensiveren Eingriffs in die Privatsphäre eher als die Unterbringung in Wohnungen.

[Rz 108] Im Rahmen der Angemessenheit der kollektiven Unterbringung ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass das Sonderstatusverhältnis weitergehende Grundrechtseinschränkungen erlaubt, solange diese nicht erheblich sind. Die Durchführung des Asylverfahrens bildet den Kern dieses Sonderstatusverhältnisses. Das Interesse der Betroffenen an der Wahrung ihrer Privatsphäre hat demgegenüber zurückzutreten, soweit das Verfahren in wesentlichen Abschnitten noch nicht abgeschlossen ist, insbesondere solche, an denen die Betroffenen mitzuwirken haben. Ist dies jedoch der Fall und halten sich die Betroffenen bis zum Asylentscheid längere Zeit in der Schweiz auf, ist ihrem Recht auf Achtung der Privatsphäre zunehmend mehr Bedeutung einzuräumen, umso mehr, da Ziel und Zweck des Sonderstatusverhältnisses, die effektive Durchführung des Asylverfahrens, in den Hintergrund drängen. Erst recht muss dies hinsichtlich des öffentlichen Interesses an der Attraktivitätsminderung der Schweiz gelten.[203] Da Art. 28 Abs. 2 AsylG als «Kann»-Bestimmung ausgestaltet ist und folglich Bund und Kantonen ein Entschliessungsermessen über die Nutzung kollektiver Unterkünfte einräumt,[204] kann die Norm, soweit sie unter Berücksichtigung der vorgehenden Überlegungen zur Verhältnismässigkeit sowie weiterer Umstände des Einzelfalls Anwendung findet, gerechtfertigt werden.

[Rz 109] Dem zunehmenden Interesse an Achtung der Privatsphäre lässt sich durch abgestufte und individuellen Bedürfnissen entsprechende Massnahmen entgegenkommen, wie sie viele Kantone in den zwei Phasen der Unterbringung vorsehen[205] und die im Rahmen der praktischen Möglichkeiten und Kapazitäten abstrakt von mehr Rückzugsmöglichkeiten für die Betroffenen in einer kollektiven Einrichtung, etwa durch Einzelzimmerunterbringung oder gesonderte Unterbringung von vulnerablen Personen, hin zu anderen Unterbringungsformen tendieren können, wie angemietete Wohnungen oder die Unterbringung bei Privatpersonen.

[Rz 110] Dies leitet über zur Frage, ob und inwieweit die weiteren erwähnten bundes- und kantonalrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der Unterbringung mit Art. 13 Abs. 1 BV vereinbar sind. Auf sie soll in Kürze eingegangen werden.

c) Gemeinschaftliche Nutzung von Küchen- und Sanitäreinrichtungen

[Rz 111] Soweit die Notwendigkeit der gemeinschaftlichen Sanitäreinrichtungen oder Küchen angesprochen ist, verhindert die Ausgestaltung der Unterbringung, dass sich die Betroffenen an einem bestimmten Ort zurückziehen können, der dem unmittelbaren Einblick und Zugriff Dritter verborgen bleibt. Entsprechende Vorgaben in Bund und Kantonen können auf Art. 28 Abs. 2 AsylG gegründet werden, zum einen, da die gemeinschaftliche Nutzung von Küchen- und Sanitäreinrichtungen Teil und Ausdruck der kollektiven Unterbringung ist, zum anderen, da die Bestimmung die Kantone zum Erlass von Massnahmen ermächtigt, die einen ordentlichen Betrieb der Unterbringungseinrichtungen sicherstellen (Art. 28 Abs. 2 S. 2 AsylG). Schliesslich stellt diese Art und Weise der kollektiven Unterbringung vor allem in grossen Zentren zugleich eine Massnahme dar,

[203] Siehe Ausführungen beim Sachleistungsvorrang.

[204] Siehe oben IV.3.

[205] Siehe oben V.1.

den Betrieb der Einrichtung zu regeln. Im Rahmen insbesondere der Verhältnismässigkeitsprüfung kann im Wesentlichen auf die vorangehenden Ausführungen zur Rechtfertigung der kollektiven Unterbringung abgestellt werden. Die gemeinschaftliche Nutzung von Küchen- und Sanitäreinrichtungen ist danach im Sonderstatusverhältnis hinzunehmen, soweit und solange die kollektive Unterbringung gerechtfertigt werden kann. Das bedeutet aber, wie oben erwähnt, auch die fortgesetzte Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer und des Verfahrensstands sowie der individuellen Situation beim konkreten Entscheid über die kollektive Unterbringung in der hier betrachteten Art und Weise.

d) Unterbringung in provisorischen und nicht zweckdienlichen Einrichtungen

[Rz 112] Die Unterbringung in provisorischen und nicht zweckdienlichen Einrichtungen, wie Zelten, Holzhütten in Messehallen, Spitälern oder Zivilschutzanlagen, berührt das Recht auf Achtung der Privatsphäre insoweit, als die Betroffene gezwungen sind, ihr Privatleben in je nach Dauer des Provisoriums und der Übersiedlung in eine weitere Unterkunft ständig wechselndem Umfeld zu gestalten und sich in einer Umgebung einzurichten, die grundsätzlich nicht zum Wohnen geeignet ist. Auch hier kommt Art. 28 AsylG in doppelter Hinsicht als rechtliche Grundlage für entsprechende Massnahmen in Betracht. Der Fokus der Prüfung liegt auf der Frage nach der Angemessenheit dieser Unterbringung; dazu wurde bereits im Lichte von Art. 11 Pakt I ausgeführt.[206] Angemessen dürfte die Unterbringungsweise aber auch nach Art. 13 Abs. 1 BV nicht mehr sein, wenn das Privatleben fortgesetzt durch Umsiedlungen gestört wird, die nicht dem Ziel dienen, die Betroffenen in besser geeignete Unterkünfte unterzubringen. Auch dürfte es, selbst unter Berücksichtigung des Sonderstatusverhältnisses, nicht mehr akzeptabel sein, wenn Provisorien und die Unterbringung in nicht zweckdienlichen Einrichtungen von staatlicher Seite weiterhin hingenommen werden, etwa aus baurechtlichen Gründen, ohne langfristige und geeignete Lösungen zu suchen und bereitzustellen. Dort, wo Bund und Kantone sich dieser Herausforderung in der aktuellen Unterbringungssituation stellen, lassen sich diese Einschränkungen vorübergehend rechtfertigen.

e) Durchführung von Personen- und Sachkontrollen

[Rz 113] Bei der Durchführung von Personen- und Sachkontrollen und der Sicherstellung von Sachen in der Unterbringung sind Eingriffe in die Privat- und Intimsphäre der Betroffenen zu befürchten. Die Eingriffshandlungen richten sich zugleich gegen die persönliche Freiheit. Dabei wird nicht nur das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit tangiert, mit dem Art. 13 Abs. 1 BV Überschneidungen des Schutzbereiches aufweist. Auch die körperliche Integrität sowie die Bewegungsfreiheit werden berührt. Daher wird die Frage der Vereinbarkeit der Durchführung von Personen- und Sachkontrollen mit höherrangigem Recht im nachfolgenden Abschnitt behandelt.[207]

[Rz 114] Abschliessend sei zu Art. 13 Abs. 1 BV erwähnt, dass das Recht auf Achtung der Wohnung in Fällen, wie sie die eingangs dargestellte Unterbringungssituation umfasst, gar nicht zum Tragen kommen kann, wenn ein gewisses Mass an Privatsphäre nicht gewährleistet wird und die Räumlichkeiten, die der Unterbringung dienen, nicht als Wohnung i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV qualifiziert werden können. Wird der Schutzbereich dagegen im Interesse der Betroffenen weit ausgelegt,

[206] Siehe oben VI.2.

[207] Siehe unten VI.5.

können die Unterbringungseinrichtungen für Asylsuchende ebenso als Wohnung aufgefasst werden. Die Rückzugsmöglichkeit, welche sie bieten soll, wird dann durch die kollektive Unterbringungsweise erheblich verkleinert; ebenso, wenn in die «Wohnung» eingedrungen wird, um Personen- und Sachkontrollen durchzuführen. Zur Rechtfertigung der kollektiven Unterbringungsweise kann im Wesentlichen auf die vorangehende Argumentation dazu verwiesen werden. So ist dem Sonderstatusverhältnis zu entnehmen, dass für eine gewisse Dauer die Einschränkung dieser Rückzugsmöglichkeit hinzunehmen ist. Für die Frage der Rechtfertigung von Personen- und Sachkontrollen sei ebenso auf den nachfolgenden Abschnitt verwiesen.[208]

[Rz 115] Schliesslich wird das Recht auf Achtung des Familienlebens tangiert, wenn Familien in bestimmte Unterkünfte zugewiesen werden. Eine gemeinsame Unterbringung von Familienangehörigen wird in der Praxis aber grundsätzlich vorgenommen bzw. wird diesem Aspekt zumindest Vorrang eingeräumt, sodass allenfalls in Einzelfällen geprüft werden muss, ob das Recht auf Achtung der Familie verletzt wird.[209]

5. Schutz der persönlichen Freiheit

[Rz 116] Der Schutz der persönlichen Freiheit, wie ihn Art. 10 Abs. 2 BV garantiert, beinhaltet das Recht auf körperliche und geistige Integrität, die Bewegungsfreiheit sowie das das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.[210] Ihr Schutzbereich hat insbesondere durch den Einfluss von Art. 5 (in Bezug auf die Bewegungsfreiheit) und Art. 8 EMRK (in Bezug auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit) eine Vertiefung und Ausdehnung erfahren.[211] Die Bewegungsfreiheit gewährt jedem Menschen das Recht, sich nach seinem Willen und ohne staatliche Eingriffe zu bewegen.[212] Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK verleihen ihrerseits das Recht «zur eigenen Gestaltung der wesentlichen Aspekte des Lebens».[213] Dazu gehören u.a. Gesundheits- und Ernährungsbedürfnisse aber auch die Gelegenheit, Beziehungen zu anderen Menschen zu knüpfen und am sozialen Leben teilzunehmen ebenso wie das Recht allein zu sein.[214] Zur Abgrenzung des Art. 10 Abs. 2 BV von Art. 13 Abs. 1 BV sei auf oben verwiesen.[215]

[Rz 117] Auch das Recht auf persönliche Freiheit kann unter Beachtung von Art. 36 BV eingeschränkt werden.[216] Der Verhältnismässigkeitsprüfung kommt in der Rechtsprechungspraxis besondere Bedeutung zu.[217] Das asylrechtliche Sonderstatusverhältnis ist dabei ebenso zu berücksichtigen.[218]

---

208 Idem.

209 Vgl. Art. 4 EJPD-VO ; s. auch Le Courrier v. 28. Januar 2016, 4, «Des citoyens se mobilisent pour des familles réfugiées» (Unterbringung von Familien in einer Jugendherberge).

210 Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 10 Rn. 33 ff. und 38 ff.

211 Ibid., Rn. 7.

212 Ibid., Rn. 33 m.w.N. zur Rechtsprechung und Literatur, u.a. BGE 130 I 369 E.2; Mahon in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 10 CF Rn. 17.

213 Ibid., Rn. 38; Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 22 Rn. 6.

214 Ibid., Rn. 38 und 40 m.w.N..

215 Siehe oben VI.4.

216 Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 10 Rn. 56; s. auch zuvor VI.4.

217 Ibid., Rn. 58.

218 Siehe oben VI.4.

[Rz 118] Wie zuvor erwähnt kommt Art. 10 Abs. 2 BV als Auffanggrundrecht in einer Vielzahl der unter Art. 13 Abs. 1 BV untersuchten Massnahmen ebenfalls zum Tragen.[219] Mit Ausnahme der Durchführung von Personen- und Sachkontrollen (a) soll auf diese nicht weiter eingegangen werden. Darüber hinaus könnte die persönliche Freiheit von Asylsuchenden durch die Zuweisung zu einem bestimmten Aufenthaltsort und einer bestimmten Unterkunft nach Art. 28 Abs. 1 AsylG (b), durch die Pflicht zum Aufenthalt in der Einrichtung, einschliesslich nächtlicher Schliesszeiten (c), wie sie ausdrücklich in den Bundeszentren vorgesehen werden, sowie durch die Ausgabe von Mahlzeiten (d) betroffen sein.

a) Durchsuchung von Personen und Sachen

[Rz 119] Die Durchsuchung von Personen und Sachen sowie die Sicherstellung persönlicher Sachen erfasst den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV in mehrfacher Hinsicht: die Betroffenen haben für die Zeit der Durchsuchung, mitunter erhebliche, Eingriffe in ihre Privat- und Intimsphäre zu dulden;[220] bei der Durchsuchung der Person ist zugleich die körperliche Integrität der Betroffenen tangiert. Für die Zeit der Durchsuchung werden sie zudem in ihrer Bewegungsfreiheit behindert. Es sei ergänzend erwähnt, dass die Sicherstellung von persönlichen Sachen des Weiteren das Verfügungsrecht über ihr Eigentum einschränkt.[221] Darauf sowie insgesamt auf die Frage der Vereinbarkeit der Sicherstellung von Sachen mit höherrangigem soll angesichts des Umfangs der Prüfung nicht näher eingegangen werden.[222]

[Rz 120] Intensive Grundrechtseingriffe erfordern ein formelles Gesetz als Eingriffsgrundlage.[223] Im Strafrecht stellt der Gesetzgeber Durchsuchungen unter den Vorbehalt des Gesetzes und setzt regelmässig einen hinreichenden Verdacht für das Vorliegen einer Straftat sowie allenfalls eine vorgängige Anordnung der Strafbehörde voraus.[224] Wie oben ausgeführt, werden im Asylbereich solche weitergehenden materiellen und formellen Anforderungen an die Rechtmässigkeit einer Durchsuchung nicht aufgestellt.[225] Umso mehr scheint eine formell-gesetzliche Verankerung angezeigt. Art. 3 EJPD-VO, der auf verordnungsrechtlicher Ebene die Möglichkeit für das Personal in Bundeszentren vorsieht, erfüllt diese Voraussetzung nicht; er kann sich lediglich auf Art. 26 AsylG stützen, der den Bund zum Erlass von Bestimmungen für einen «geordneten Betrieb» ermächtigt. Durchsuchungen können der Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs dienen, wenn dadurch etwa Verstösse gegen Ordnungs- und Sicherheitsbestimmungen verhindert werden können. Je schwerer der Eingriff in die persönliche Freiheit der Betroffenen stellt sich allerdings – auch unter Beachtung weniger strenger Anforderungen an die Normstufe im Sonderstatusverhältnis[226] – die Frage, ob die materiell-gesetzliche Ermächtigung als ausreichend erachtet werden kann. So dürfte die

219 Siehe oben VI.4., s. insb. Sachleistungsvorrang, Personen- und Sachenkontrollen.

220 Hinsichtlich dieses Teils des Schutzbereiches dürfte Art. 13 Abs. 1 BV wie oben erwähnt das speziellere Grundrecht sein; Art. 10 Abs. 2 BV erfasst sie aufgrund seines Auffangcharakters ebenso.

221 Vgl. Art. 26 Abs. 1 BV, SR 101.

222 Siehe nur zu den gesetzlichen Grundlagen u.a. Art. 10 Abs. 2 AsylG, Art. 87 Abs. 5 AsylG; strafprozessrechtliche Vorgaben, zuvor IV.5.

223 Siehe Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 36 Rn. 16 m.w.H.

224 Vgl. Art. 241 StPO (grundsätzlich schriftlicher Befehl für Durchsuchung) und 249 StPO (Durchsuchung von Personen und Sachen nur bei Vermutung, Tatspuren, zu beschlagnahmende Gegenstände und Vermögenswerte zu finden), SR 312.0.

225 Siehe oben IV.5.

226 Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Aufl., 107.

vorübergehende Einschränkung der Bewegungsfreiheit bei der Durchsuchung als Eingriff leichterer Intensität zu bewerten sein. Bei der Durchsuchung von Sachen ist von einem leichten Eingriff auszugehen.[227] Das Abtasten einer Person wie sie auch am Flughafen durchgeführt wird, wird ebenfalls als leichter Eingriff eingestuft.[228] Soweit hingegen gezielt Geschlechtsorgane und After, auch über den Kleidern, abgetastet werden, wird tendenziell von einem schweren Eingriff ausgegangen, der eine formell-gesetzliche Grundlage erfordert.[229] Immerhin kann auf Art. 9 AsylG als eine solche verwiesen werden.

[Rz 121] Wie die gesetzlichen Grundlagen zur Sicherstellung von Sachen (Reisedokumente und Identitätspapiere für die Identifizierung im Asylverfahren, Art. 10 Abs. 2 AsylG; Vermögenswerte zur Sicherung der Verfahrens- und weiterer Kosten, Art. 87 Abs. 5 AsylG) andeuten, steht hier wiederum in erster Linie die Gewährleistung eines effektiven Asylverfahrens als Ziel hinter der Ermächtigung zur Durchsuchung von Personen nach Art. 9 AsylG.[230] Der fortdauernden Möglichkeit der Durchsuchung, auch in den Kantonen und nicht nur bei Aufnahme in einem Zentrum des Bundes, kommt zudem ein abschreckender Charakter zu, welcher der Attraktivitätsminderung der Schweiz dienlich ist.[231] Die Durchsuchung von Person und Sachen als notwendige Zwischenmassnahme für die spätere Sicherstellung von persönlichen Sachen erscheint nicht vollkommen ungeeignet, die erwähnten Ziele zu erreichen. Als mildere Mittel kommen allenfalls Auflagen an die Betroffenen in Betracht, sicherzustellende Gegenstände auszuhändigen, doch bedürfte es dafür ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage und dürften diese in der Praxis nicht ebenso effektiv sein wie eine Durchsuchung.

[Rz 122] Fraglich ist aber, ob die Durchsuchung in der generellen Ausgestaltung von Art. 9 AsylG und – dies sei hier ergänzend erwähnt – von Art. 3 EJPD-VO als angemessen zu erachten ist. Aus dem Vergleich mit dem Strafrecht geht hervor, dass selbst bei einem hinreichenden Verdacht auf eine Straftat in jedem Einzelfall und Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen besonders geprüft werden muss, ob eine Durchsuchung durchgeführt werden darf. Bei der Durchsuchung nach Art. 9 AsylG oder Art. 3 EJPD-VO sollte ebenso zu verlangen sein, dass die eingeräumte Möglichkeit zur Durchsuchung («darf» in Art. 9 AsylG; «kann» in Art. 3 EJPD-VO) nur bei begründetem Anlass genutzt wird und sich generelle Durchsuchungen, etwa bei jedem Ein- und Austritt einer Unterkunft, verbieten.

[Rz 123] Mit Blick die umfangreiche Liste von Art. 3 EJPD-VO und Art. 9 AsylG an Sachen, die anschliessend sichergestellt werden können, drängt sich im Weiteren eine differenzierte Betrachtung auf: Bei Verdacht auf eine Straftat (gefährliche Gegenstände, Drogen) sind ohnehin die strafrechtlichen Verfahrensvorgaben zu achten. Bei Dokumenten oder Gegenständen, die im Asylverfahren von Nutzen sein können, sollte ebenso darauf abgestellt werden, ob ein hinreichender Anhaltspunkt vorliegt, dass die Betroffenen diese bei sich führen. Art. 3 EJPD-VO ermöglicht schliesslich

227 Siehe Bundesamt für Justiz, Gutachten «Zutrittskontrollen in Stadien: Durchsuchungen im Intimbereich» v. 3. Februar 2011, 12.

228 Vgl. BGE 109 Ia 149 f.

229 Siehe Bundesamt für Justiz, Gutachten (Fn. 224), 12.

230 Wie erwähnt, dürfte Art. 3 EJPD-VO darüber hinaus auf die Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung in den Bundeszentren ausgerichtet sein; letztlich dient dies zugleich der ordnungsgemässen Durchführung des Asylverfahrens insgesamt.

231 Letztlich soll Art. 9 AsylG allfällige Sicherstellungen von Dokumenten vorbereiten, die zu späterem Zeitpunkt die problemlose Rückkehr ins Herkunftsland ermöglichen sollen, vgl. Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes v. 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1, 45, die Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 AsylG.

noch die Sicherstellung von Lebensmitteln, elektronischen Geräten, welche die Ruhe stören, und alkoholischen Getränken. Eine Durchsuchung, welche augenscheinlich allein dem Zweck dient, die Ordnung des Bundeszentrums sicherzustellen, kann allenfalls noch hingenommen werden, wenn sie sich auf die mitgeführten Sachen beschränkt. Darüber hinaus sind auch im Sonderstatusverhältnis konkrete Anhaltspunkte zu verlangen, etwa, dass die betroffene Person wiederholt infolge Alkoholkonsums auffällig geworden ist oder durch Radiogeräte andere Personen gestört hat, soll das öffentliche Interesse an der Durchführung einer Durchsuchung in Bezug auf diese Gegenstände das individuelle Interesse an der Wahrung der persönlichen Freiheit überwiegen können.

[Rz 124] Schliesslich sei im Rahmen der Angemessenheitsprüfung erwähnt, dass gemäss Art. 3 Abs. 2 EJPD-VO die Durchsuchung nur von Personen des gleichen Geschlechts durchgeführt werden darf.

[Rz 125] Als «Darf»- bzw. «Kann»-Bestimmung räumen Art. 9 AsylG und Art. 3 EJPD-VO der Behörde einen Ermessensspielraum ein. Das Interesse der Betroffenen an der Achtung ihrer persönlichen Freiheit kann folglich entsprechend der differenzierten Betrachtungsweise im Rahmen der individuellen Ermessensausübung eingestellt werden. Sofern jedoch weitergehende, insbesondere strafprozessrechtliche Anforderungen im Raum stehen, die über den Ermessensspielraum für die Durchsuchung im Asylbereich hinausreichen, müssen diese befolgt werden. Mit dieser Massgabe kann die Durchsuchung von Personen und Sachen nach Art. 9 AsylG und Art. 3 EJPD-VO als vereinbar mit Art. 10 Abs. 2 BV angesehen werden.

b) Zuweisung zu einem bestimmten Aufenthaltsort und einer bestimmten Unterkunft

[Rz 126] Die Zuweisung zu einem bestimmten Aufenthaltsort und einer bestimmten Unterkunft nach Art. 28 Abs. 1 und 2 AsylG beschränkt die Freiheit von Asylsuchenden ein, ihr Leben an dem Ort und in der Unterkunft ihrer Wahl zu führen.[232] Sie stellen insoweit einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV dar, welcher auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Die Zuweisung dient dem Zweck, eine gleichmässige Verteilung der Asylsuchenden auf die Kantone und innerhalb der Kantone auf die Gemeinden zu erreichen und damit einher eine Verteilung der finanziellen und verwaltungstechnischen Lasten, der mit der Aufnahme von Asylsuchenden und der Durchführung des Asylverfahrens einhergeht.[233] Dies ist grundsätzlich als legitimes Ziel zu bewerten, zu dessen Erreichung die Massnahme auch geeignet erscheint. Mildere Mittel sind ebenfalls nicht erkennbar.

[Rz 127] Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung findet wiederum das Sonderstatusverhältnis Beachtung, welches weitergehende Einschränkungen ermöglicht. Gleichwohl können individuelle Interessen eingestellt werden, etwa einem Ort zugewiesen zu werden, an dem sich Familienangehörige aufhalten, oder in eine Unterkunft, in der individuelle Bedürfnisse, etwa gesundheitlicher Natur, berücksichtigt werden;[234] ihnen wird im Rahmen des Sonderstatusverhältnisses lediglich ein geringeres Gewicht bei der Interessenabwägung beigemessen. Bei längerfristigem Aufenthalt ist zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Betroffenen bei entsprechender Erlaubnis einer Arbeit

[232] Bei der Zuweisung zu einer Unterkunft (und in einen bestimmten Kanton) kommt auf den ersten Blick eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit in Betracht, Art. 24 BV. Sie steht aber nur der Schweizer Bevölkerung zu.

[233] Vgl. auch Art. 27 AsylG.

[234] Vgl. Art. 27 Abs. 3 AsylG.

nachgehen, da dann das öffentliche Interesse an einer finanziellen Lastenteilung zurückgedrängt wird. Der verwaltungstechnische Aufwand, welcher mit der Unterbringung von Asylsuchenden einhergeht, dürfte sich demgegenüber weniger ändern. Selbstinitiative und Selbstbestimmung auch bei der Wahl des Aufenthaltsortes und der Unterkunft sind gleichwohl mit zunehmender Aufenthaltsdauer stärker zu gewichten, da letzlich auch auf diese Weise soziale Teilhabe befördert werden kann.

[Rz 128] Art. 28 Abs. 1 und 2 AsylG räumen den Behörden ein Entschliessungs- sowie ein Auswahlermessen für die Zuweisung zu einem Aufenthaltsort sowie zu einer bestimmten Unterkunft ein, welches pflichtgemäss auszuüben ist, insbesondere unter Berücksichtigung der individuellen Umstände. Vor diesem Hintergrund sind die Vorgaben als vereinbar mit Art. 10 Abs. 2 BV anzusehen.

c) Pflicht zur Anwesenheit in einer Unterkunft

[Rz 129] Die Pflicht zur Anwesenheit in einer Unterkunft einschliesslich von nächtlichen Einschlusszeiten berührt die Betroffenen insbesondere in ihrem Recht auf Bewegungsfreiheit.

[Rz 130] Ausdrückliche Bestimmungen dazu finden sich, soweit ersichtlich, nur auf Bundesebene. Art. 11 Abs. 1 EJPD-VO bestimmt, dass Personen in Empfangs- und Verfahrenszentren erst nach Abschluss von Identifizierungsmassnahmen eine Ausgangsbewilligung erhalten können. Diese kann nach Art. 12 EJPD-VO verweigert werden, wenn die Betroffenen im Asylverfahren mitzuwirken haben, Hausarbeiten nach Art. 6 EJPD-VO erledigen müssen oder Auflagen missachten, welche zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung erteilt wurden. Zudem wird in Art. 11 Abs. 2 und 3 EJPD-VO festgehalten, zu welchen Zeiten Asylsuchende mit Ausgangsbewilligung die Zentren verlassen können, und zwar werktags von 9 bis 17 Uhr und am Wochenende von Freitag 9 Uhr bis Sonntag 19 Uhr. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass sie unter der Woche zwischen 17 Uhr bis morgens 9 Uhr im Zentrum bleiben müssen.[235] Diese Vorgaben beeinträchtigen die Pflege sozialer Kontakte und die Teilhabe am sozialen Leben ausserhalb der Unterkünfte, umso mehr, wenn diese abgeschieden von gemeindlicher Infrastruktur liegen oder bei entsprechender Nähe gar Pflichten zum Fernhalten von bestimmten kommunalen Einrichtungen wie Kinderspielplätzen oder Schularealen auferlegt werden.[236]

[Rz 131] Alle erwähnten Vorgaben finden sich in einer Verordnung wieder, die insbesondere auf Art. 26 AsylG gestützt wird. Es stellt sich die Frage, ob dies den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage entspricht (Art. 36 Abs. 1 BV).[237] Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit bezieht sich in erster Linie auf die Nachtzeiten unter der Woche; insoweit ist sie als Eingriff leichterer, allenfalls mittlerer, Intensität zu einstufen. Soweit die Bewegungsfreiheit darüber hinaus eingeschränkt wird für die Zeit der Identifikationsmassnahmen oder bei Vorliegen von Gründen zur Verweigerung der

[235] Art. 8 EJPD-VO sieht zudem Öffnungszeiten für die Aufnahme neuankommender Asylsuchender vor und eine Nachtruhe von 22 bis 6 Uhr. Daraus ist aber nicht auf eine Pflicht zum Aufenthalt in der Unterkunft in dieser Zeit zu schliessen.

[236] Siehe Beispiel Luzern (Fn. 23). Hier handelt es sich um weitergehende Einschränkungen der persönlichen Freiheit, die wenigstens Erwähnung finden soll, um die das weitere Spektrum an Eingriffe aufzuzeigen und die Notwendigkeit weitergehender Prüfung von grundrechtsrelevanten Massnahmen im Asylbereich.

[237] Siehe Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Aufl., 99 ff.; s. auch bereits in diesem Abschnitt oben zur Durchsuchung von Personen und Sachen.

Ausgangsbewilligung, ist von mittelschweren Eingriffen auszugehen. Insoweit stellt die EJPD-VO als materielles Gesetz eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage dar.

[Rz 132] Ziel der Bestimmungen ist in erster Linie die Sicherstellung eines geordneten Betriebs in den Zentren des Bundes.[238] Sie sind auf den ersten Blick auch geeignet, einen geordneten Betrieb einer grossen Kollektivunterkunft zu erleichtern und für Ruhe und Ordnung insbesondere während der Nachtzeiten zu sorgen. Zudem ermöglicht die Pflicht zum Aufenthalt während der Identifizierungsmassnahmen und zur Mitwirkung im Asylverfahren die effektive Durchführung desselben. Es muss aber berücksichtigt werden, dass einfache Anzeigepflichten über das Verlassen und Zurückkehren dem verfolgten Zweck grundsätzlich ebenso, wenn auch weniger einschneidend, dienen könnten und nur bei der Notwendigkeit der persönlichen Anwesenheit für das Asylverfahren der Ausgang versagt wird. Das gleiche kann dadurch ermöglicht werden, dass schriftliche Ausgangsbewilligungen für den gesamten Zeitraum des Aufenthalts in den Bundeszentren gewährt werden und allenfalls bei Vorliegen von Verweigerungsgründen nachträglich verweigert, vorübergehend ausgesetzt oder mit entsprechenden Auflagen verbunden werden. Soweit die Angemessenheit der Vorgaben im Raum steht, ist vor allem fraglich, ob die Gründe, nach welchen eine Ausgangsbewilligung verweigert werden kann, ihrerseits rechtmässig und verhältnismässig sind. So ist insbesondere die Hausarbeitspflicht ihrerseits geeignet, die persönliche Freiheit einzuschränken.[239] Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit bei Durchführung wesentlicher Verfahrensschritte im Asylverfahrens und während der Nacht dürfte, dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses entsprechend, demgegenüber hinzunehmen sein.

[Rz 133] Bei der Pflicht zur Anwesenheit in einer Unterkunft des Bundes spricht einiges dafür, dass mildere Mittel zur Verfügung stehen bei Vorliegen von «Verweigerungsgründen» die Anwesenheit der Betroffenen in der Unterkunft durchzusetzen. Im Übrigen dürften die Bestimmungen gerechtfertigt sein.

d) Ausgabe von Mahlzeiten

[Rz 134] Durch die Ausgabe von Mahlzeiten schliesslich wird die Möglichkeit genommen, hinsichtlich der Ernährung kulinarischen Eigenheiten und Gewohnheiten nachzugehen. Die Massnahme wird auf Ebene der Rechtsanwendung ausgeführt; eine ausdrückliche, öffentlich zugängliche Grundlage findet sich, soweit ersichtlich, in Bundesvorschriften und auf Ebene des kantonalen Rechts nicht. Die Massnahme steht aber wiederum in unmittelbaren Zusammenhang mit der kollektiven Unterbringung;[240] insoweit ist auf Art. 28 AsylG zu rekurrieren, der den Kantonen das Recht einräumt, Massnahmen zum geordneten Betrieb der kollektiven Einrichtungen zu erlassen. Dem lässt sich auch das Ziel der Ausgabe von Mahlzeiten entnehmen. So können insbesondere in grossen Einrichtungen die Sicherheit und Hygiene auf diese Weise besser überwacht und gewahrt werden, als wenn individuelle Kochmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Daraus folgt, dass die Massnahme geeignet ist und zugleich weniger intensive Massnahmen nicht in gleicher Weise dem verfolgten Zweck dienen. Unter Berücksichtigung des Sonderstatusverhältnisses und der dazu

238 Siehe Art. 26 Abs. 5 AsylG, auf den sich die EJPD-VO massgeblich stützt.

239 Diese Bestimmung muss sich auch an weiteren Menschenrechten messen lassen, etwa dem Verbot der Zwangsarbeit, s. Art. 8 Abs. 3 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II), SR 0.103.2; Art. 4 EMRK (Verbot der Sklaverei).

240 Siehe bereits ähnlich zur gemeinschaftlichen Nutzung von Küchen- und Sanitäreinrichtungen, oben VI.4.

ergangenen Rechtsprechung werden insbesondere Massnahmen im Zusammenhang mit der Essenausgabe als hinnehmbar erachtet; gerade der Betrieb von grossen (Durchgangs-)Zentren erlaube Einschränkungen, die der Aufrechterhaltung des Betriebs dienen.[241] Wie oben zur kollektiven Unterbringung ausgeführt, sind bei Vorliegen individueller Umstände und erst recht bei zunehmender Aufenthaltsdauer höhere Anforderungen an die Rechtfertigung einer fortgesetzten kollektiven Unterbringung zu stellen und ist dem Interesse der Betroffenen an der freien Gestaltung ihrer Wohn- und Lebenssituation zunehmend mehr Raum zu geben.[242] Damit einher geht dann auch die freie Gestaltung in Bezug auf die Essgewohnheiten. Zudem erlaubt sie in grösserem Masse die Teilhabe am sozialen Leben – durch das Einkaufen selbst, das Kennenlernen allenfalls neuer Nahrungsmittel, die Kontaktaufnahme mit der Bevölkerung, welche die Einkaufsstätten aufsucht oder dort arbeitet. Ihr ist ebenfalls mit zunehmender Aufenthaltsdauer mehr Nachtachtung zu verschaffen.[243] Demnach ist die Mahlzeitenausgabe als gerechtfertigt zu erachten, solange sie im Rahmen der kollektiven Unterbringung den grund- und menschenrechtlichen Anforderungen entspricht.

6. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot

[Rz 135] Auf das aus der Genfer Flüchtlingskonvention fliessende, aber nicht auf Asylsuchende anzuwendende Gleichbehandlungsgebot wurde bereits eingegangen. Zudem fand Erwähnung, dass der Zugang zu einem Mindeststandard an Leistungen nach Art. 11 Pakt I diskriminierungsfrei zu gewähren ist. Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten sind wichtige Anleitungen im Hinblick auf das gesetzgeberische und verwaltungsrechtliche Handeln zu entnehmen, einschliesslich bei der Unterbringung Asylsuchender. Hier soll daher in Kürze auf einige entsprechende völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben eingegangen werden.

[Rz 136] Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Ohne sachlichen und vernünftigen Grund darf danach keine rechtliche Ungleichbehandlung von rechtlich gleichen und keine Gleichbehandlung von rechtlich ungleichen Verhältnissen vorgenommen werden.[244] Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Verhältnisse in wichtigen Aspekten derart verschieden sind, dass sich im Hinblick auf den Regelungszweck eine unterschiedliche Behandlung geradezu aufdrängt, bzw. dass sie umkehrt derart gleich sind, dass sich eine Gleichbehandlung aufdrängt.[245]

[Rz 137] Die Situation von bedürftigen Asylsuchenden, welche neu in der Schweiz ankommen, zunächst untergebracht werden müssen und das Asylverfahren zu durchlaufen haben, unterscheidet sich auf den ersten Blick von der Situation bedürftiger Personen, die über längere Zeit in der Schweiz leben, hier allenfalls geboren und/oder aufgewachsen und in das gesellschaftliche Leben weitestgehend integriert sind. Sie bildet letztlich die Grundlage für das von der Rechtsprechung etablierte Sonderstatusverhältnis, welches weitergehende Einschränkungen in ihre Grundrechte grundsätzlich erlaubt.[246] Eine Ungleichbehandlung drängt sich insoweit auf und ist vom Gesetzgeber so

[241] Vgl. 128 II 156 E. 3b; 133 I 49 E. 3.2.; Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-5762/2012 vom 7. Februar 2013 E. 8.1.2; s. bereits oben VI.4.

[242] Siehe oben VI.4. zur kollektiven Unterbringung.

[243] Siehe oben VI.3. zum Recht auf Hilfe in Notlagen.

[244] Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., § 24, Rn. 752 ff.

[245] Vgl. Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 8 BV Rn. 21.

[246] Siehe zum Sonderstatusverhältnis bereits oben VI.4.

gewollt. Die Frage stellt sich gleichwohl, ob einzelne Bestimmungen und Massnahmen, nach denen Asylsuchende eine unterschiedliche Behandlung erfahren, sachlich begründet werden kann.[247]

a) Kollektive Unterbringung

[Rz 138] So kommt im Hinblick auf die kollektive Unterbringung auch hier das effektive Funktionieren des Asylverfahrens und zudem der noch nicht gefestigte Aufenthaltsstatus als möglicher Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber bedürftigen Schweizer Staatsangehörigen in Betracht. Der gesetzgeberische Entscheid zur Unterbringung in kollektiven Zentren für die Zwecke des Asylverfahrens dürfte sich im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bewegen.[248] Im Hinblick auf den nicht gefestigten Aufenthaltsstatus als Grund für eine Ungleichbehandlung ist einzuwenden, dass das dahinter liegende Interesse an einem zügigen Wegweisungsvollzug im Fall der Ablehnung des Asylgesuchs grundsätzlich erst die Gruppe der abgelehnten Asylsuchenden betrifft; der Einbezug aller Asylsuchenden spricht für eine vorweggenommene Wertung im Hinblick auf die Erfolgsaussichten, die der Gesetzgeber Asylsuchenden generell einräumt. Dahinter dürfte sich der oben bereits erwähnte Aspekt der Attraktivitätsminderung verbergen, der von der Rechtsprechung im Rahmen der Umsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik gutgeheissen wird.[249] Die kollektive Unterbringung erscheint nicht vollkommen willkürlich und wie oben ausgeführt im Rahmen der Durchführung der wesentlichen Abschnitte des Asylverfahrens verhältnismässig.[250] Zu berücksichtigen ist zudem, dass in bestimmten Situation und unabhängig von der Frage, ob die inländische oder ausländische Bevölkerung betroffen ist, ebenfalls eine kollektive Unterbringung vorgesehen wird, so bei anderen Statusverhältnissen, wie die Unterbringung in einer Haftanstalt oder in medizinisch-psychiatrischen Einrichtungen, soweit und solange das besondere Statusverhältnis besteht.[251] Die Ungleichbehandlung gegenüber anderen bedürftigen Personen, die nicht einem solchen Sonderstatusverhältnis unterliegen, erscheint danach auch noch angemessen.[252]

b) Sachleistungsvorrang

[Rz 139] Des Weiteren ist der oben schon im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 BV behandelte Sachleistungsvorrang an den Vorgaben des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots zu messen. Ein Blick in die Handhabung des Prinzips in der allgemeinen Sozialhilfe zeigt, dass Geldleistungen dort die Regel sind und Sachleistungen insgesamt nur sehr zurückhaltend zum Einsatz kommen; gefordert wird vielmehr, dass sie lediglich als *ultima ratio* in Betracht zu ziehen sind.[253] Es wird argumentiert, dass dem Staat zwar ein gewisser Handlungsspielraum bei der Art und Weise der Ausgestaltung gebotener Mindestleistungen zukommt, die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde ihm aber die Gewährleistung der Dispositionsfreiheit auch von Bedürftigen über die ihnen zur Verfügung gestellten Mittel abverlangt, damit sie ihr Leben individuell und selbstbestimmt nach ihren Vorstellungen

---

247 Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Aufl., 417.

248 Siehe oben VI.4.

249 Vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.2.

250 Siehe oben VI.4.

251 Vgl. Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Aufl., 107 f.

252 Siehe aber unten VI.7. zur Gesamtbetrachtung.

253 So Wizent, 2014 (Fn. 25), 293 (zum Grundbedarf für den Lebensunterhalt in der allgemeinen Sozialhilfe).

und Bedürfnissen gestalten können.[254] Die Menschenwürde von Asylsuchenden ist gleichermassen zu achten, sodass sich die Frage stellt, ob die Gewährung von Sachleistungen an sie nicht ebenfalls als Ausnahme statt als vorherrschendes Prinzip auszugestalten ist. Die oben erwähnten Ziele der Verfahrensökonomie und Attraktivitätsminderung könnten als Gründe für eine Ungleichbehandlung angeführt werden. Soweit und solange vor allem die besondere Unterbringungssituation von Asylsuchenden eine Sachleistungsgewährung erforderlich machen und rechtfertigen kann, dürfte sich, wie oben ausgeführt,[255] auch eine Ungleichbehandlung in dieser Weise gegenüber der inländischen Bevölkerung rechtfertigen lassen.[256]

c) Nutzung nicht zweckdienlicher Einrichtungen und weitere Aspekte der Unterbringung

[Rz 140] Auf Rechtsanwendungsebene begegnet die Wahl von grundsätzlich für andere Zwecke bestimmten Einrichtungen und die weitere Ausgestaltung der Unterbringung (unter Tage, in nicht festen Gebäuden, beengte Wohnverhältnisse, kein Privatbereich usw.) erheblichen Bedenken an die Rechtfertigung einer derartigen Ungleichbehandlung gegenüber bedürftigen Schweizer Staatsangehörigen. Die Notwendigkeit der kurzfristigen Bereitstellung von Unterbringungsplätzen scheint als Rechtfertigungsgrund allenfalls ebenso kurzfristig in Betracht zu kommen. Selbst dann, wenn man als Vergleichsgruppe Personen wählt, die aus besonderem Anlass für einen bestimmten Zeitraum in kollektiven Einrichtungen platziert werden, ist bei der Verhältnismässigkeitsprüfung jedoch einzuwenden, dass etwa eine Unterbringung unter Tage selbst für einen vorübergehenden Zeitraum kaum in Betracht gezogen, wenn nicht sogar aus der besonderen Situation der Betroffenen heraus – etwa bei Personen, die in psychiatrischen Einrichtungen untergebracht sind – ausgeschlossen würde. Diese Art der Unterbringung kann daher auch nicht mit dem Vorliegen eines Sonderstatusverhältnisses gerechtfertigt werden. Hier drängt sich gar die Frage auf, ob sie gegen Diskriminierungsverbote verstösst.

7. Diskriminierungsverbot

[Rz 141] Ausländische Staatsangehörige dürfen – bei Vorliegen sachlicher und vernünftiger Gründe – anders als Schweizer Staatsangehörige behandelt werden.[257] Art. 8 Abs. 2 BV untersagt aber Diskriminierungen aufgrund der Herkunft oder der «Rasse»; das Verbot soll als spezielleres Gleichbehandlungsgebot Schutz gegen soziale Ausgrenzungen bieten.[258] Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe herabwürdigend behandelt bzw. allein aufgrund dieser Zugehörigkeit benachteiligt werden.[259]

[Rz 142] Zu dem verfassungsrechtlichen Verbot tritt Art. 2 Abs. 2 Pakt I hinzu, welches den Vertragsstaaten auf völkerrechtlicher Ebene auferlegt, die im Pakt verbürgten sozialen, wirtschaftlichen

[254] Ibid, 253 m.w.N..

[255] Siehe oben VI.4. zum Sachleistungsvorrang.

[256] Siehe aber auch unten VI.7. zur Gesamtbetrachtung.

[257] Siehe zuvor VI.6.

[258] Häfelin/Haller/Keller, (Fn. 103), § 24, Rn. 774.

[259] Ibid., Rn. 774 und 776.

und sozialen Rechte ohne Diskriminierung u.a. hinsichtlich der «Rasse», der nationalen Herkunft oder des sonstigen Status zu gewährleisten und verstärkt das oben erwähnte Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einem angemessenen Lebensstandard. Damit erweist sich Art. 2 Abs. 2 Pakt I als ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, dass nur zusammen mit einer materiellen Garantie – hier eben das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard aus Art. 11 Pakt I – geltend gemacht werden kann.[260]

[Rz 143] Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) hat sich insgesamt dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der «Rasse» verschrieben. Zwar soll das CERD nicht auf Unterscheidungen oder Beschränkungen Anwendung finden, welche Staaten zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen vornehmen (Art. 1 Abs. 2 CERD). Gleichwohl haben die Staaten das grundsätzliche Diskriminierungsverbot zu beachten und die in den UN-Menschenrechtspakten niedergelegten Rechte zu gewähren.[261] Einschränkungen sind danach nur zulässig, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismässig sind.[262]

[Rz 144] Auch im Fall von Art. 2 Abs. 2 Pakt I[263] und Art. 8 Abs. 2 BV[264] wird das Vorliegen eines legitimen Zwecks und die Verhältnismässigkeit vorausgesetzt, damit eine Einschränkung gerechtfertigt werden kann.

[Rz 145] Für sich genommen kommt ein Verstoss gegen die Diskriminierungsverbote im Hinblick auf die Unterbringung von Asylsuchenden in unterirdischen Einrichtungen, in nicht festen Gebäuden oder etwa Spitälern in Betracht, umso mehr, wenn diese Art der Unterbringung nicht für einen nicht näher bestimmten Zeitraum erfolgt, jedenfalls wenn davon ausgegangen wird, dass die Unterbringung in solchen Einrichtungen, die nicht dem Zweck dienen, Personen für einen längeren Zeitraum Wohnung zu geben, geeignet ist, sie in ihrem Menschsein herabzuwürdigen (und insoweit auch gegen die Achtung der Menschenwürde nach Art. 7 BV zu verstossen).

[Rz 146] Hinsichtlich der Anknüpfung an eines der verpönten Merkmale in Bezug auf Asylsuchende stellt sich die Frage, ob sie in ihrer Gesamtheit als eine Gruppe angesehen werden können, die aufgrund ihrer Herkunft oder ihrer «Rasse» benachteiligt werden. Immerhin zeichnet sich die Gruppe der Asylsuchenden diesbezüglich durch eine grosse Heterogenität aus. Es kann aber möglicherweise darauf abgestellt werden, dass sie von aussen als eine Gruppe (mit anderer Herkunft) wahrgenommen und als solche ihnen bestimmte Merkmale zugeschriebenen werden, die sie aus der Bevölkerung herausheben. Informationsveranstaltungen über die Inbetriebnahme von kommunalen Einrichtungen, z.B. Zivilschutzanlagen, für die Unterbringung von Asylsuchenden und die weitläufige Berichterstattung über die Unterbringungssituation von Asylsuchenden, insbesondere in Zivilschutzanlagen, können jedenfalls mit sich bringen, dass diese Personengruppe in der öffentlichen Wahrnehmung abgegrenzt wird von der einheimischen Bevölkerung durch ihren Status als Asylsuchender, ihrer Einbindung in das Asylverfahren und die damit für sie verbundenen Pflichten, in zur Verfügung gestellten Unterkünften zu wohnen bis zur Anerkennung oder allenfalls Ablehnung als Flüchtling.

---

260 Kälin/Künzli, (Fn. 150), 999. Praktisch ist zu berücksichtigen, dass die Schweiz das Fakultativprotokoll zum Pakt I v. 10. Dezember 2008 nicht ratifiziert hat, welches eine Individualbeschwerdemöglichkeit einrichtet.

261 Siehe Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Comment no. 30, Ziff. 2.

262 Ibid., Ziff. 4.

263 Vgl. Kälin/Künzli, (Fn. 150), 1011.

264 Schweizer in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 8 Rn. 48.

[Rz 147] Wohlgemerkt lässt sich einwenden, dass auch Obdachlose in Zivilschutzanlagen Unterkunft finden können, dass auch in besonderen Einrichtungen platzierte Personen davon ausgehen müssen, dass sie kollektiv untergebracht werden und eine Einschränkung in ihrer Privatsphäre zu dulden haben. Einzeln betrachtet könnten die verschiedenen Massnahmen in Bezug auf Asylsuchende, wie oben ausgeführt, Eingriffe unter den dort erwähnten Massgaben auch noch rechtfertigen.

[Rz 148] Doch sind all die Unterbringungsmodalitäten für Asylsuchende einschliesslich der Einschränkungen in der persönlichen Freiheit und der Privatsphäre, die spezifisch auf ihre Gruppe Anwendung finden, einmal in ihrer Gesamtheit und Wirkungsdauer zu betrachten. Ein Verstoss gegen die Diskriminierungsverbote drängt sich danach umso mehr auf, je länger die Betroffenen in solch einer Unterbringungssituation verbleiben müssen, da gerade ein längerfristiger Verbleib in solchen Einrichtungen entwürdigend erscheint, der nicht mehr durch eine unmittelbare prekäre Unterbringungssituation gerechtfertigt werden kann.

VII. Exkurs zum Europäischen Asylrecht

[Rz 149] Die Vorgaben des Europäischen Asylrechts sind als supranationales Recht der Europäischen Union, mit Ausnahme der durch das Dublin-Assoziierungsübereinkommen[265] der Schweiz mit der EU übernommenen Verordnungen, grundsätzlich nicht bindend für die Schweiz.[266] Um eine zu grosse Diskrepanz mit den unionsrechtlichen Vorgaben im Asylbereich zu vermeiden, orientiert sich der Bundesrat aber an ihnen.[267] Bei der Beurteilung von Standards für die Unterbringung im Asylbereich sind die Bestimmungen der EU-Qualifikationsrichtlinie[268] (1.) sowie insbesondere der EU-Aufnahmerichtlinie[269] von Interesse; letzterer kommt zudem über die Dublin-Assoziierung weitergehende rechtliche Bedeutung in der Schweiz zu (2.). Vor diesem Hintergrund lohnt ein Exkurs zu den europarechtlichen Vorgaben zur Unterbringung Asylsuchender.

1. Vorgaben der EU-Qualifikationsrichtlinie

[Rz 150] Art. 29 der EU-Qualifikationsrichtlinie sieht eine Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen im Hinblick auf Sozialhilfeleistungen nach Gewährung des sogenannten interna-

265 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 26. Oktober 2004 über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (DAA), ABl. L 53/5 v. 27. Februar 2008, SR 0.142.392.68.

266 Die Schweiz verpflichtete sich durch DAA zur dynamischen Übernahme der (jetzt) Dublin-III-Verordnung und der revidierten Eurodac-Verordnung sowie der jeweiligen Durchsetzungsverordnungen.

267 Vgl. etwa Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes v. 26. Mai 2010, BBl 2010 4455, 4525; so soll «grundsätzlich ein unnötiges Abweichen von den EU-Mindeststandards vermieden werden. Das Dublin-System kann nur dann funktionieren und Binnenwanderungen effizient vorbeugen, wenn die Standards im Asylwesen nicht zu stark voneinander abweichen».

268 Richtlinie 2011/95/EU v. 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), 2011 L 337, 9.

269 Richtlinie 2013/33/EU v. 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl. 2013 L 180, 96.

tionalen Schutzes vor, der jedenfalls auch die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft umfasst.[270] Aus der Systematik des Europäischen Asylsystems ergibt sich jedoch, dass bis zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder des subsidiären Schutzstatus die EU-Aufnahmerichtlinie und die darin enthaltenen Vorgaben zur Leistungsgewährung an international Schutzsuchende Anwendung finden. Darüber hinaus orientiert sich das Europäische Asylsystem hinsichtlich der Kriterien für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und den daraus fliessenden Rechten an den Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention,[271] deren Gleichbehandlungsgebot im Fürsorgebereich, wie oben erwähnt, erst nach Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gelten soll.

2. Vorgaben der EU-Aufnahmerichtlinie

[Rz 151] Die EU-Aufnahmerichtlinie, welche die Aufnahmebedingungen von Personen festlegt, die internationalen Schutz beantragen, hält eine Reihe von Vorgaben zur Gewährung materieller Leistungen an diese Personengruppe und insbesondere zu den Unterbringungsmodalitäten bereit, welche von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in innerstaatliches Recht umzusetzen sind. Sie ist nicht bindend für die Schweiz. Die neue Dublin-III-Verordnung, welche durch die Schweiz im Rahmen ihrer Dublin-Assoziierung zu übernehmen war, nimmt aber mittlerweile Bezug auf die EU-Aufnahmerichtlinie.[272] Nach der Rechtsprechung zur früheren Dublin-II-Verordnung sowie zur Aufnahmerichtlinie findet letztere zudem bereits während des sogenannten Dublin-Verfahrens als Teil des Asylverfahrens, mit welchem die Zuständigkeit des für die Prüfung des Asylgesuchs verantwortliche Mitgliedstaat bestimmt werden soll, Anwendung.[273] Abgesehen von der oben erwähnten Orientierung des Bundesrates an den Vorgaben des Unionsrechts im Asylbereich gewinnt sie dadurch zunehmend auch rechtlichen Einfluss auf die Schweiz, jedenfalls bei der Ausgestaltung der Aufnahmebedingungen im Dublin-Verfahren.[274]

[Rz 152] Nach Art. 17 Abs. 1 und 2 der EU-Aufnahmerichtlinie sollen Schutzsuchenden, die einen Asylantrag gestellt haben,[275] materielle Leistungen gewährt werden, die «*einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet.*» Insoweit finden sich hier Begrifflichkeiten des Völkerrechts wieder; sie werden gleichwohl unionsrechtlich autonom ausgelegt.[276] Der Umfang der Leistungen ist gemäss Art. 17 Abs. 5 der EU-Aufnahmerichtlinie auf der Grundlage des Unterstützungsniveaus zu ermitteln, das für die eigenen Staatsangehörigen zur Anwendung kommt; die Mitgliedstaaten können den Schutzsuchenden dabei eine weniger günstige Behandlung zukom-

---

[270] Der Internationale Schutz umfasst darüber hinaus den subsidiären Schutzstatus nach Art. 15 der Qualifikationsrichtlinie, der Parallelen mit der vorläufigen Aufnahme aufweist; dazu näher Petermann/Kaufmann, Die subsidiäre Schutzform, in: UNHCR/SFH (Hrsg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie, Bern 2009, 67 ff.

[271] Siehe insb. Erwägung 4 EU-Qualifikationsrichtlinie.

[272] Siehe Erw. 11 Verordnung Nr. 604/2013 v. 26. Juni 2013 (Dublin-III-Verordnung) zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABl. 2013 L 180, 31.

[273] Urteil des EuGH Cimade und Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) gegen Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration vom 27. September 2012.

[274] Siehe auch die Besprechung von *Cimade und GISTI* von Greiner, ASYL 4/12, 28 f.

[275] Siehe Art. 3 EU-Aufnahmerichtlinie.

[276] Siehe nur Urteil des EuGH Flaminio Costa gegen E.N.E.L. vom 15. Juli 1964.

men lassen als den eigenen Staatsangehörigen, insbesondere wenn sie (teilweise) Sachleistungen gewähren oder wenn der Lebensstandard für eigene Staatsangehörige über dem nach der Richtlinie vorgeschriebenen «angemessenen Lebensstandard» für Schutzsuchende liegen soll. Was einem angemessenen Lebensstandard entspricht, orientiert sich demnach an den innerstaatlichen Lebensbedingungen.[277]

[Rz 153] In Bezug auf die Unterbringungsmodalitäten finden sich konkretere Regelungsvorgaben in Art. 18 der EU-Aufnahmerichtlinie, wenngleich den Mitgliedstaaten natürlich auch hier ein gewisser Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung überlassen bleibt, soweit sie für die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben «Sorge tragen» bzw. sie anwenden «sollten».

[Rz 154] So sollte bei der Gewährung der Unterbringung als Sachleistung etwa dafür gesorgt werden, dass entweder Räumlichkeiten genutzt werden zur Unterbringung von Antragstellern für die Dauer der Prüfung eines an der Grenze oder in Transitzonen gestellten Antrags auf internationalen Schutz, Unterbringungszentren, die einen angemessenen Lebensstandard gewährleisten, oder Privathäuser, Wohnungen, Hotels oder andere für die Unterbringung von Antragstellern geeignete Räumlichkeiten; ebenso kann eine Kombination dieser Unterbringungsmöglichkeiten gewählt werden (Art. 18 Abs. 1). Der Schutz des Familienlebens sollte dabei gewährleistet werden (Art. 18 Abs. 2 lit. a) und geschlechts- und altersspezifische Aspekte sowie die Situation von schutzbedürftigen Personen sind zu berücksichtigen (Art. 18 Abs. 3). Die Verlegung in eine andere Unterkunft sollte zudem nur falls notwendig erfolgen (Art. 18 Abs. 6). Des Weiteren muss das in Unterbringungszentren eingesetzte Personal angemessen geschult sein (Art. 18 Abs. 7 1. Alt.). Hervorzuheben ist schliesslich die Vorgabe, wonach «in begründeten Ausnahmefällen […] für einen angemessenen Zeitraum, der so kurz wie möglich sein sollte, andere Modalitäten vorgesehen werden können, und zwar wenn die Prüfung der besonderen Schutzbedürftigkeit einer Person im Sinne der Aufnahmerichtlinie (s. Art. 22) dies erforderlich macht, oder wenn «die üblicherweise verfügbaren Unterbringungskapazitäten vorübergehend erschöpft sind» (Art. 18 Abs. 9).

[Rz 155] Inwieweit die unionsrechtlichen Bestimmungen ihrerseits den Vorgaben des Völkerrechts, aber auch den selbstgesetzten rechtlichen Massstäben gerecht werden, die die Europäische Union etwa mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union an die eigenen Rechtsakte und jene der Mitgliedstaaten stellt, soll hier nicht weiter verfolgt werden.[278]

[Rz 156] Wird der unionsrechtliche Massstab an die Schweiz angelegt, folgt für die Unterbringung Asylsuchender in der Schweiz[279], dass ihre Ausrichtung als Sachleistung und konkret in Wohnungen, Hotels und anderen geeigneten Räumlichkeiten, aber auch in Zentren grundsätzlich zulässig ist, wobei letztere einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten haben. Ausgehend von der Annahme, dass die Schweiz mit der Ausrichtung von Sozialhilfe einen höheren Lebensstandard für eigene Staatsangehörige vorsehen will, als verfassungsrechtlich durch das Recht auf Nothilfe geboten, kann dieser «angemessene Lebensstandard» weniger günstig ausgestaltet sein als für die inländische Bevölkerung.

---

277 Selbst die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in der Fassung v. 30. März 2010, ABl. 2010 C 83, 389 ff., welche gemeinsame grundrechtliche Standards in der EU niederlegt, orientiert sich bei der sozialen Unterstützung weiterhin an den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, vgl. Art. 34 Abs. 3 der Charta.

278 Siehe zur Untersuchung im Lichte des Völkerrechts Slingenberg, The reception of asylum seekers under international law, 2014, passim.

279 Ausgenommen bleiben soll die Situation an der Grenze oder in Transitzonen etwa eines Flughafens, auf die sich Art. 18 Abs. 1 lit. a EU-Aufnahmerichtlinie bezieht.

[Rz 157] In Bezug auf die Möglichkeit, in Ausnahmefällen selbst von diesem zu gewährenden Standard abweichen zu können, ist zum einen hervorzuheben, dass diese nur für eine kurze Zeit erlaubt sein soll. Mit Blick auf das in der Schweiz durch Art. 12 BV zu wahrende verfassungsrechtliche Minimum zur Lebenssicherung lässt sich zum anderen schlussfolgern, dass selbst bei Änderungen unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 9 der EU-Aufnahmerichtlinie diese nicht in den Schutz- und Kernbereich von Art. 12 BV eingreifen dürfen. Sollen die Änderungen nämlich auf eine Verschlechterung der Unterbringungsmodalitäten zielen können, muss der gewöhnlich vorzusehende angemessene Lebensstandard hinsichtlich der Unterbringung für Asylsuchende regelmässig einen Abstand zur verfassungsrechtlichen gezogenen Untergrenze bilden.

[Rz 158] Jedenfalls ist der Spielraum zu nutzen, um der individuellen Situation der Betroffenen Rechnung tragen zu können hinsichtlich Familie, Alter, Geschlecht und allfälliger Schutzbedürftigkeit. Wichtig erscheint auch die Aufforderung, Schutzsuchende nach Möglichkeit nicht an andere Orte oder in andere Unterkünfte zu verlegen, was bei der Vielzahl provisorischer Einrichtungen in der Schweiz von vornherein nicht ausgeschlossen wird.

[Rz 159] Zu beachten ist darüber hinaus, dass mit dem Europäischen Asylsystem (auch) das Ziel einer zügigen Bearbeitung von Anträgen auf internationalen Schutz verfolgt wird.[280] Davon zeugen die Fristen zur Durchführung des Asylverfahrens, welches nach der – ebenfalls für die Schweiz nicht bindenden – EU-Asylverfahrensrichtlinie[281] in sechs Monaten, unter besonderen Umständen in längstens neun Monaten abgeschlossen werden soll (Art. 31 Abs. 3 Asylverfahrensrichtlinie); der Zeitraum, in dem die Aufnahmebedingungen über das Dublin-Verfahren hinaus gelten sollen, ist also recht eng gefasst.[282] Ein länger dauerndes Verfahren muss folglich in der Gesamtschau des Europäischen Asylsystems auch Beachtung finden bei der Ausgestaltung der Aufnahmebedingungen. Mit Blick auf die Bestrebungen des Schweizer Gesetzgebers zur Beschleunigung des Asylverfahrens dürfte der zeitlichen Aspekte der Unterbringung in Bundes- und kantonalen Zentren ebenfalls Bedeutung zukommen.[283]

3. Fazit

[Rz 160] Gleichwohl grösstenteils nicht verbindlich für die Schweiz, kommt dem Europäischen Asylrecht einschliesslich seiner Bestimmungen zu den Aufnahmebedingungen von Schutzsuchenden zunehmend Bedeutung zu. Soweit der kurze Exkurs eine Einschätzung erlaubt, bewegt sich die Schweiz im Rahmen der Vorgaben zu den Standards und dem durch die EU-Aufnahmerichtlinie eingeräumten Handlungsspielraum für ihre Umsetzung in innerstaatliches Recht. Insbesondere zur Unterbringung findet die Schweiz dabei einige konkrete Bestimmungen vor, an denen sie ihre nationalen Vorgaben zur Unterbringung von Asylsuchenden ausrichten kann, wenn sie wie vom Bundesrat formuliert eine zu grosse Diskrepanz zum Europäischen Asylsystem vermeiden will.

---

280 Siehe u.a. Erw. 5 Dublin-III-Verordnung (Fn. 207).

281 Richtlinie 2013/32/EU v. 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. 2013 L 180, 60.

282 Die im Dublin-Verfahren geltenden Fristen sind hier nicht einbezogen, siehe Art. 21 ff. Dublin-III-Verordnung (Fn. 207).

283 Siehe Art. 112b AsylG über das Testverfahren, innerhalb dessen beschleunigte Verfahrensabläufe getestet wurden; kritisch dazu siehe u.a. Frei/Gordzielik, Schnell, aber fair? Kommentar zum Entwurf der «Testphasenverordnung», ASYL 2/2013, 21 ff.; sowie die dem Referendum unterliegenden Gesetzesänderungen zur Einführung des beschleunigten Verfahrens v. 25. September 2015 , siehe dazu unten VIII.

VIII. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

[Rz 161] Der vorliegende Beitrag hat – so zeigen die vorstehenden Ausführungen – nur einen begrenzten Ausschnitt der aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden unter die Lupe nehmen und ausgewählte rechtliche Fragen und Problemstellungen diskutieren können. Insbesondere die Analyse der grund- und menschenrechtlichen Vorgaben an die Unterbringung dieser Personengruppe verdeutlicht, dass sie vertiefender Betrachtung zugänglich sind und sich weitere rechtliche Aspekte ergeben, die an den hier behandelten aber auch an weitergehenden Grund- und Menschenrechten gemessen werden können. Wie erwähnt stellen sich weitergehende Fragen etwa nach der Vereinbarkeit des dreistufigen Sozialhilfesystems im Asylbereich mit menschenrechtlichen Vorgaben, nach der Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen an Rechtssicherheit und Transparenz des Rechts bei der Publikation und Zugänglichkeit von rechtlichen Grundlagen oder nach Geltung und Achtung (strafprozessrechtlicher) Garantien und Verfahrensgrundrechte bei der Durchsuchung von Personen und Sachen sowie der Sicherstellung von Sachen im Asylbereich. Ebenso lassen sich manche der untersuchten Massnahmen und Bestimmungen an weiteren Grundrechtegarantien messen, wie etwa dem Recht auf Eigentum, Wirtschaftsfreiheit oder Glaubens- und Gewissensfreiheit.[284] Darüber hinaus lassen sich weitere Aspekte im Zusammenhang mit der Aufnahme von Asylsuchenden während des Asylverfahrens in eine weitergehende Untersuchung einstellen, welche ihrerseits zu Wechselwirkungen mit der Ausgestaltung der Unterbringungssituation führen, wie etwa das Arbeitsverbot oder die Pflicht zur Teilnahme an gemeinnützigen Arbeiten in den Zentren.[285]

[Rz 162] Im Rahmen einer abschliessenden Betrachtung lassen sich gleichwohl einige vorläufige Schlussfolgerungen ziehen. So macht der Bund von seiner Kompetenz im Asylwesen insbesondere zur Regelung der Unterbringungssituation von Asylsuchenden Gebrauch. Soweit er selber den Betrieb von Zentren zur Unterbringung von Asylsuchenden zu besorgen hat, finden sich vor allem in der EJPD-VO konkretere Vorgaben an die Art und Weise der Unterbringung sowie Grundlagen zur Einschränkung von Grundrechten der Betroffenen während der Unterbringung in den Bundeszentren. Soweit die Vorgaben zur Art und Weise der Unterbringung von den Kantonen auszugestalten sind, werden diese vor allem auf Vollzugsebene näher konkretisiert. Eine Einschätzung zur Vereinbarkeit mit den Rahmenbedingungen, welche Völker-, Verfassungs- und Bundesrecht an kantonale Vorgaben richten, wird aber nicht selten dadurch erschwert, dass Weisungen, Richtlinien, Leistungsvereinbarungen usw. nicht öffentlich zugänglich oder nur schwer auffindbar sind; dies wirft Fragen an die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze nach Transparenz und Rechtssicherheit auf.[286]

[Rz 163] Der Prüfung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Unterbringung von Asylsuchenden am Massstab grund- und menschenrechtlicher Garantien können folgende zusammenfassende Schlussfolgerungen entnommen werden.

[Rz 164] Die Mindestanforderungen an die Unterbringung werden nicht konkret benannt; jedenfalls müssen sie eine menschenwürdige Existenz ermöglichen, die wenigsten Obdach, Nahrung und medizinische Versorgung erfasst. Die Achtung der Menschenwürde gebietet dabei, die individuelle Situation der Betroffenen zu beachten. Dieselbe bedingt die Gewährung eines Mindestmasses an sozialer Teilhabe, jedenfalls bei fortdauerndem Aufenthalt der Betroffenen. Die Sozialhilfe für

[284] S. oben Fn. 172.

[285] Vgl. Art. 43 AsylG (Arbeitsverbot von drei bis sechs Monaten); Art. 6 EJPD-VO (Pflicht zur Hausarbeit im Bundeszentrum).

[286] Ibid.

Asylsuchende und damit auch die Unterbringungssituation muss sich qualitativ und quantitativ von diesen Anforderungen abheben. Das Recht auf Existenzsicherung ist zudem in ihren Wechselwirkungen mit anderen Grundrechten zu betrachten und auszugestalten; nicht zuletzt versetzt erst die Sicherstellung existenzieller Bedürfnisse die Betroffenen in den Stand, die weitergehenden Grund- und Menschenrechte effektiv wahrzunehmen. Nach Art. 11 Pakt I ist der Abbau von einmal gesetzten Mindeststandards unter hohen Anforderungen an die Rechtfertigung möglich. Einschränkungen von Art. 12 BV sind dagegen stets unzulässig.

[Rz 165] Die Einschränkung weiterer Grundrechte steht massgeblich unter dem Eindruck des Sonderstatusverhältnisses. Es beruht auf dem Umstand, dass sich Asylsuchende während des Asylverfahrens in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat wiederfinden, aus dem weitergehende Pflichten für die Betroffenen erwachsen, die der effektiven Durchführung des Asylverfahrens dienen, allen voran Mitwirkungspflichten,[287] zugleich aber auch Ansprüche auf Schutzgewährung und Fürsorge für die Zeit der Prüfung ihres Asylgesuchs.[288] Das Sonderstatusverhältnis erlaubt damit weitergehende Einschränkungen der Grundrechte von Asylsuchenden. Einschränkungen im Asylbereich werden zugleich überwiegend damit begründet, ein effektives Asylverfahren zu ermöglichen und eine restriktive Einwanderungspolitik zu verwirklichen. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die weitergehende Frage, ob der Massstab der Verhältnismässigkeitsprüfung mit dem gleichen Argument herabgesetzt werden kann, welches überhaupt Grundlage für die Einschränkung der Grundrechte bildet.

[Rz 166] Jedenfalls zeigt die Untersuchung, dass selbst bei Beachtung des Sonderstatusverhältnisses die individuelle Situation der Betroffenen gleichwohl zu berücksichtigen ist, insbesondere wenn besondere Bedürfnisse im Raum stehen, und mit zunehmender Aufenthaltsdauer die Interessen der Betroffenen an sozialer Teilhabe, Privatsphäre oder freier Gestaltung ihres Privatlebens in den Vordergrund drängen und die öffentlichen Interessen an einem effektiven Asylverfahren und der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik zurückdrängen, ja sich in Widerspruch zum fortgesetzten Recht auf Aufenthalt bis zum Erlass des Asylentscheids setzen. Nur soweit und solange wesentliche Verfahrensschritte im Asylverfahren noch zu erfolgen haben, die eine räumliche Nähe der Asylsuchenden erforderlich machen, können die kollektive Unterbringung und die damit verbundenen Einschränkungen wie Schliesszeiten, Mahlzeitenausgabe, insgesamt Sachleistungsvorrang, allenfalls gerechtfertigt werden.

[Rz 167] In stark veränderten Situationen liegt es nahe, den handelnden Institutionen rechtliche Grundlagen an die Hand zu geben, die praktikable Lösungen ermöglichen, um den Bedarf an Unterbringungsmöglichkeiten überhaupt und vor allem zeitnah begegnen zu können. Will der Staat Abweichungen von den selbst gesetzten Vorgaben vorsehen, hat er diese aber vorab zu bestimmen. Die Bestimmungen müssen ihrerseits völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen.[289] Zudem kann der Staat sie erst anrufen, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Bislang hat der Staat jedenfalls von der oben diskutierten Notstandsklausel in Art. 55 AsylG keinen Gebrauch gemacht. Angesichts der vergleichsweise ruhigen Situation in der Schweiz wäre dies unter den derzeitigen

[287] Vgl. Art. 8 AsylG.

[288] Vgl. Art. 42 AsylG (Recht auf Aufenthalt während der Dauer des Asylverfahrens) und Art. 82 AsylG (Sozialhilfe).

[289] Zu möglichen verfassungsrechtlichen Grundlagen bei Notsituationen, auf die hier ebenso nicht weiter eingegangen wurde, s. das Notfallkonzept Asyl v. 28. November 2012 des EJPD (Bundesversammlung: Art. 173 Abs. 1 lit. a–c BV, Art. 165 BV; Bundesrat: Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV).

Umständen wohl auch nicht angemessen.[290] Darüber hinaus ist bei der Einschätzung der Umstände, die für oder gegen das Vorliegen einer Notstandssituation sprechen könnten, zu beachten, dass die Herausforderungen, denen sich Bund, Kantone und Gemeinden derzeit zu stellen haben, zu einem gewissen Grad auf staatlichen Entscheidungen in der Vergangenheit beruhen, vorhandene Reserveplätze massiv abzubauen.[291] Schliesslich zeigen die Auseinandersetzungen in einigen Kantonen und Gemeinden auf, dass adäquatere Einrichtungen wie Kasernen, Altenheime etc. mitunter vorhanden sind, ihre Inbetriebnahme für die Unterbringung Asylsuchender aber am Widerstand der Verantwortlichen oder allgemein der Wohnbevölkerung oder nicht näher erläuterten (unter Umständen auch berechtigten) Einwänden scheitert.[292]

[Rz 168] Wird eine solche Notstandssituation dennoch unterstellt, könnte ein Engpass in den Unterbringungskapazitäten die Inbetriebnahme von Unterbringungseinrichtungen wie Spitälern oder Zelten unter Umständen rechtfertigen, um wenigstens das Recht der Betroffenen auf ein Obdach befriedigen zu können. Zu beachten bleibt gleichwohl, dass Einschränkungen der nach Art. 12 BV zu achtenden Mindestanforderungen einschliesslich jener an die Unterbringung an die Existenzsicherung unzulässig sind. Art. 11 Pakt I verlangt seinerseits erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung von Massnahmen, mit denen einmal erreichte Standards wieder abgebaut werden sollen.

[Rz 169] Abgesehen davon sollte Ziel der Unterbringung Asylsuchender sein und bleiben, dass Personen entsprechend ihrem individuellen Bedarf adäquat und unter Anerkennung eines Mindestmasses an Achtung der Privatsphäre sowie der persönlichen Freiheit untergebracht werden, umso mehr, je schutzbedürftiger sie sind und je länger sie sich in inadäquaten Einrichtungen insbesondere und in der Schweiz insgesamt aufhalten. Daraus folgt letztlich die generelle Verpflichtung, die Unterbringungskapazitäten schnellstmöglich dem tatsächlichen Bedarf anzupassen, sodass eine angemessene Unterbringung entsprechend den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen gewährleistet werden kann. Die massiven Einschränkungen, welche die Unterbringung in Zivilschutzanlagen für die Betroffenen in der Gesamtheit mit sich bringen, dürften allerdings selbst unter Berücksichtigung der angespannten Unterbringungssituation diesen Anforderungen nicht genügen.

[Rz 170] Es bleibt festzuhalten, dass die Bestimmungen und Massnahmen der aktuellen Unterbringungssituation, welche in diesem Beitrag diskutiert wurden, bis auf einige Ausnahmen, bei Einzelbetrachtung den rechtlichen Rahmenbedingungen sowie den grund- und menschenrechtlichen Vorgaben weitestgehend entsprechen. Auch erscheint die Ungleichbehandlung von Asylsuchenden durch einzelne Massnahmen und Bestimmungen noch gerechtfertigt. Je mehr jedoch die einzelnen Vorgaben und Massnahmen in Bezug auf die Unterbringung von Asylsuchenden gesamthaft in den Blick genommen werden, desto stärker drängt sich die Einschätzung auf, dass die Personengruppe in rechtlicher und faktischer Hinsicht Aufnahme- und insbesondere Unterbringungsbedingungen ausgesetzt wird, die geeignet sind, sie in ihrem Menschsein herabzuwürdigen und mithin zu diskriminieren. Ob und inwieweit das vielfach erwähnte Sonderstatusverhältnis der Rechtfertigung dienen kann oder ob es nicht vielmehr Ausdruck der Diskriminierung der Gruppe der Asylsuchenden und als solches grundlegend in Frage zu stellen ist, sollte einer weitergehenden Untersuchung vorbehalten werden.

---

290 Siehe del Baggio/Malka, Hébergement, (Fn. 88), passim.

291 Siehe oben Fn. 1 zur Ausrichtung des Asylsystems auf maximal 10000 Gesuche pro Jahr.

292 Siehe etwa Le Temps v. 16. Dezember 2015, 5 (Vorschlag der Unterbringung in einer Kaserne in der Gemeinde Meyrin/GE statt in einer ZSA wurde vom Kanton abgelehnt).

[Rz 171] Die neuesten Änderungen des Asylgesetzes, über die Volk und Stände am 5. Juni 2016 abzustimmen haben,[293] lassen jedenfalls vermuten, dass der Bund mehr denn je an dem Sonderstatusverhältnis für Asylsuchende festzuhalten gedenkt.[294] Asylsuchende sollen künftig für die Durchführung des Asylverfahrens in erster Linie in Zentren des Bundes untergebracht werden, und zwar bis zu 140 Tagen, unter Umständen auch länger (Art. 24 AsylG neu). Nach den bisherigen Überlegungen müssten dann die vorstehend diskutierten Einschränkungen insbesondere der Privatsphäre und persönlichen Freiheit über einen längeren Zeitraum hingenommen werden. Als Antwort auf die aktuell prekäre Unterbringungssituation sieht der neue Art. 24c AsylG zudem ausdrücklich die Möglichkeit für den Bund vor, «militärische Bauten und Anlagen des Bundes» ohne kantonale oder kommunale Bewilligungen und ohne Plangenehmigungsverfahren zur Unterbringung von Asylsuchenden oder zur Durchführung von Asylverfahren für maximal drei Jahre zu nutzen, «sofern die bestehenden Unterbringungsstrukturen nicht ausreichen».[295] Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Unterbringung von Asylsuchenden bedeutet dies, dass bei geringen Unterbringungskapazitäten selbst Zivilschutzanlagen für einen längeren Zeitraum genutzt werden können und der Gesetzgeber folglich die Unterbringung von Asylsuchenden in solchen Einrichtungen – entgegen den vorstehenden Ausführungen insbesondere zu Art. 11 Pakt I und Art. 12 BV – als angemessen, zumindest aber für Asylsuchende als hinnehmbar erachtet.

Teresia Gordzielik, Ass. iur., ist Doktorandin im Unterprojekt 6 des NCCR – on the move, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Migrationsrecht ZFM und am Lehrstuhl für Europarecht und europäisches Migrationsrecht an der Universität Fribourg.

Der wissenschaftliche Beitrag basiert auf Forschung im Rahmen des NCCR-on the move, der durch den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) finanziert wird.

Besonders danken möchte ich Prof. Alberto Achermann und Stefan Schlegel sowie Prof. Sarah Progin-Theuerkauf für ihre konstruktive Kritik bei der Erstellung des Beitrags. Ein weiterer Dank geht an das Centre Social Protestant in Genf für seine (französischsprachige) Presseschau zum Asylwesen, auf die sich die Ausführungen zur aktuellen Unterbringungssituation, neben eigenen Recherchen, massgeblich stützen konnten.

---

293 Siehe Bundeskanzlei, Medienmitteilung v. 27. Januar 2016, https://www.bk.admin.ch/aktuell/media/03238/index.html?lang=de&msg-id=60463 (Website zuletzt besucht am 7. März 2016).

294 Siehe Abstimmung über Änderung des AsylG v. 25. September 2015, BBl 2015 7181; Botschaft v. 3. September 2014, BBl 2014 7991.

295 Art. 26a AsylG sieht bislang lediglich die Nutzung von «Anlagen und Bauten des Bundes» vor.