



Article scientifique

Article

2015

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Geschlossene Asylunterkünfte : Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen

Schefer, Markus; Ruegger, Vanessa Simone

How to cite

SCHEFER, Markus, RUEGGER, Vanessa Simone. Geschlossene Asylunterkünfte : Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen. In: Jusletter, 2015, n° 4 mai.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:181391>

Markus Schefer / Vanessa Rüegger

Geschlossene Asylunterkünfte

Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen

Die Organisation der Asylunterkünfte stellt den Bund, die Kantone und die Gemeinden vor grosse Herausforderungen. In der Gestaltung der Asylpolitik treten die geltenden Verpflichtungen der Behörden immer wieder mit den Forderungen nach geschlossenen Asylunterkünften zum Schutz der Bevölkerung in Konkurrenz. Der Beitrag prüft die Unterbringung von Asylsuchenden in geschlossenen Unterkünften auf ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung der Schweiz. Die Untersuchung führt zum Ergebnis, dass sich geschlossene Asylunterkünfte weder mit dem geltenden Bundesrecht noch mit den Grund- und Menschenrechten vereinbaren lassen.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht; Staatsangehörigkeit. Bürgerrecht; Bund und Kantone; EMRK

Zitiervorschlag: Markus Schefer / Vanessa Rüegger, Geschlossene Asylunterkünfte, in: Jusletter 4. Mai 2015

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
 - A. Asylwesen
 - B. Asylunterkünfte
 - 1. Übersicht über die Organisationsstruktur
 - 2. Rechtliche Grundlagen
 - 3. Neustrukturierung
 - 4. Kanton Aargau
 - C. Geschlossene Asylunterkünfte
 - 1. Politische Vorstösse
 - a) Auf Bundesebene
 - b) Im Kanton Aargau
 - c) Im Kanton Luzern
 - 2. Begriff
 - 3. Zielgruppe
 - 4. Zweck
- II. Kompetenzverteilung: Sind geschlossene kantonale Asylunterkünfte mit dem Bundesrecht vereinbar?
 - A. Grundzüge der Kompetenzverteilung im Ausländer- und Asylrecht
 - B. Kompetenzen für Asylunterkünfte nach AsylG
 - 1. Unterkunftsarten des Asylwesens im Detail
 - a) Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes (Art. 26 Abs. 1 AsylG)
 - b) Testphasenzentren (Art. 112b AsylG)
 - c) Unterkünfte für Asylsuchende der Kantone (Art. 28 AsylG)
 - d) Besondere Unterkünfte für Asylsuchende von Bund und Kantonen (Art. 26 Abs. 1bis AsylG)
 - e) Unterkünfte an Flughäfen (Art. 22 AsylG)
 - 2. Umfang der kantonalen Organisationskompetenzen nach Art. 28 Abs. 2 AsylG
 - 3. Umfang der kantonalen Organisationskompetenz nach Art. 26 Abs. 1bis AsylG
 - 4. Ergebnis
 - C. Kompetenzen für Zwangsmassnahmen nach AuG
 - 1. Zwangsmassnahmen nach AuG
 - a) Ein- und Ausgrenzung (Art. 74 AuG)
 - b) Administrativhaft
 - 1) Kurzfristige Festhaltung (Art. 73 AuG)
 - 2) Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG)
 - 3) Ausschaffungshaft (Art. 76 und 77 AuG)
 - 4) Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG)
 - 5) Haftanordnung und -bedingungen nach Art. 80 f. AuG
 - 2. Geschlossene Unterkünfte als eine besondere Form der Zwangsmassnahmen?
 - D. Schlussfolgerungen
- III. Grund- und Menschenrechtliche Anforderungen an geschlossene Asylunterkünfte
 - A. Bewegungsfreiheit
 - 1. Schutzbereich und Eingriff
 - a) Verhältnis zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 31 BV/Art. 5 EMRK
 - b) Freiheitsbegrenzung und -entzug
 - 1) Grundsatz
 - 2) Unterbringung in einer geschlossenen Asylunterkunft
 - 3) Unterbringung in einer normalen und einer besonderen Asylunterkunft
 - 4) Ein- und Ausgrenzungen
 - 2. Kerngehalt
 - 3. Rechtfertigung
 - a) Gesetzliche Grundlage für Tatbestand und Verfahren

- b) Rechtfertigende öffentliche und private Interessen
 - c) Haftgründe nach Art. 5 Ziff. 1 EMRK
 - 1) Art. 5 Ziff. 1 lit. a und c EMRK: Haft nach gerichtlicher Verurteilung oder Untersuchungshaft
 - 2) Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK: Beugehaft
 - 3) Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK: Verhinderung der illegalen Einreise oder Abschiebe- und Ausreisehaft
 - 4) Ergebnis
 - d) Verhältnismässigkeit
 - 1) Eignung
 - 2) Mildere Mittel
 - 3) Zweck-Mittel-Relation
 - 4. Verfahrensgarantien
 - B. Haftbedingungen und Grundversorgung
 - C. Schlussfolgerungen
- IV. Fazit

I. Ausgangslage

A. Asylwesen

[Rz 1] Die Organisation der Asylunterkünfte stellt den Bund, die Kantone und die Gemeinden vor grosse Herausforderungen. Sie müssen die logistischen und organisatorischen Schwierigkeiten der Unterbringung einer grossen Anzahl Menschen bewältigen. In der politischen Auseinandersetzung werden in neuerer Zeit zunehmend Forderungen nach Einrichtung geschlossener Asylunterkünfte erhoben. Nachdem sie auf Bundesebene ohne Erfolg geblieben sind, werden entsprechende Vorstösse verschiedentlich in den Kantonen eingebracht. Dabei stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit geschlossener Asylunterkünfte.

[Rz 2] Im Jahr 2014 wurden in Europa 600'000 Asylgesuche registriert. Auf die Schweiz entfielen davon 23'765 Asylgesuche (4%). Im Jahr 2014 hat das damalige Bundesamt für Migration 26'715 Asylgesuche erstinstanzlich erledigt. 6'199 Personen erhielten Asyl. Das entspricht einer Anerkennungsquote (Asylgewährung) von rund 26%. Im selben Jahr wurden 9'367 vorläufige Aufnahmen verfügt und 3'217 vorläufige Aufnahmen beendet. Die Schutzquote (Anteil Asylgewährungen und vorläufige Aufnahmen zusammen) betrug dabei gut 58%. Gesamtschweizerisch wurden im Asylwesen 19'870 Abgänge aus der Schweiz verzeichnet, davon werden 2'711 als selbstständige Abreisen, 2'904 als Rückführungen und 5'925 als unkontrollierte Abreisen erfasst. Insgesamt befanden sich Ende 2014 in der Schweiz 48'080 Personen im Asylverfahren, wovon 28'641 Personen vorläufig aufgenommen sind. 34'724 Personen leben als anerkannte Flüchtlinge in der Schweiz.¹

[Rz 3] Im Jahr 2014 hielten sich durchschnittlich pro Tag rund 1'100 Personen in den Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes auf. Die Kantone mussten gesamthaft 40'000 Personen pro Tag (im Durchschnitt) unterbringen. Davon befanden sich 15'200 Personen im laufenden Verfahren, 10'600 waren anerkannte Flüchtlinge oder vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, 10'000 vorläufig aufgenommene Personen sowie 3'300 abgewiesene und nothilfebeziehende Asylsuchende, welche die Schweiz noch nicht verlassen haben. In den Kantonen sind Personen im laufenden Asylverfahren und nothilfebeziehende Personen vorwiegend in grösseren Unterkünften unterge-

¹ Alle Zahlen zum Asylwesen der Schweiz stammen aus SEM, Asylstatistik 2014 vom 12. Januar 2015.

bracht; anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen in Wohnungen.²

[Rz 4] Diese Hinweise auf Zahlen und Statistiken machen zunächst deutlich, wie gross die Herausforderungen für die Behörden bei der Unterbringung von Asylbewerbern sind. Es darf aber nicht vergessen werden, dass hinter jedem eingereichten Asylgesuch ein Mensch mit einem schwierigen Schicksal steht, der bis zur Einreichung des Gesuchs oft einen äusserst beschwerlichen und gefährlichen Weg zurückgelegt hat.³ Viele Personen sind auf Grund der oftmals traumatischen Erlebnisse vor oder während ihrer Reise in die Schweiz besonders verletztlich. Sie bedürfen einer angemessenen Unterkunft und Betreuung. Die Behörden sind dabei verpflichtet, jeder einzelnen Person fair und unvoreingenommen zu begegnen.⁴

B. Asylunterkünfte

1. Übersicht über die Organisationsstruktur

[Rz 5] Jede Person, die in der Schweiz ein Asylgesuch einreicht, muss in einer angemessenen Unterkunft untergebracht werden. Die geltende Organisationsstruktur der Asylunterkünfte ist kaskadenartig aufgebaut: Grundsätzlich sind Asylsuchende in einer Unterkunft untergebracht, in welcher ihre Bewegungsfreiheit nur soweit eingeschränkt wird, als ihre persönliche Verfügbarkeit für den Verlauf des Verfahrens notwendig ist und es die beschränkten Platzverhältnisse und der geordnete Betrieb der Unterkünfte notwendig machen. Personen, welche die betrieblichen Regeln einhalten (was entsprechend den Berichten mit Abstand die Mehrheit aller Asylsuchenden macht), werden in solchen *normalen* Unterkünften untergebracht. Mit **normalen Unterkünften** werden im vorliegenden Artikel diejenigen Unterkünfte des Bundes und der Kantone bezeichnet, in denen Asylsuchende bei regelkonformem Verhalten untergebracht werden und deren Betriebsreglement die Bewegungsfreiheit der Unterbrachten grundsätzlich nur minim tangiert (im Einzelnen unten III.A.1).

[Rz 6] Den Behörden steht unter restriktiven Bedingungen mit der **kurzfristigen Festhaltung** die Möglichkeit offen, Asylsuchende während maximal drei Tagen zur Feststellung der Identität festzuhalten. Personen, die den geordneten Betrieb stören, können in *besonderen* Unterkünften mit leicht eingeschränkten Ausgangsmöglichkeiten untergebracht werden. Mit **besonderen Unterkünften** werden im vorliegenden Artikel entsprechend der bundesrechtlichen Terminologie diejenigen Unterkünfte des Bundes und der Kantone bezeichnet, in denen Asylsuchende, die den geordneten Betrieb der normalen Unterkünfte erheblich stören, untergebracht werden. Ihre Betriebsreglemente greifen stärker in die Bewegungsfreiheit der Betroffenen ein. Zusätzlich können die Kantone den Bewegungsspielraum durch die individuelle Anordnung von **Ein- oder Ausgrenzungen** einschränken, sofern dies für den geordneten Betrieb der Unterkünfte oder die öf-

² Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014, S. 29; zur Unterbringung abgewiesener Asylsuchender in kollektiven Unterkünften (auch Zivilschutzanlagen) siehe auch BGE 140 I 141; BGE 139 I 272.

³ Sandalen im Schnee, Eine Reise durch das Schweizer Asylsystem (<http://www.srfcdn.ch/srf-data/data/2014/asyl/>); Fluchtwege, Eine Porträtserie (<http://www.nzz.ch/spezial/fluchtwege>); Der Zaun (<http://www.der-zaun.net>) (alle zuletzt besucht am 16. April 2015).

⁴ Für grundsätzliche Ausführungen zum Asylwesen der Schweiz siehe u.a. THÜRER, in Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. AUTOR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, *Ausländerrecht*), Rz. 1.1 ff.; UEBERSAX PETER, *Von Kreisen und Menschen — zum Migrationsrecht*, ZBJV 149/2013, S. 557 ff.

fentliche Sicherheit und Ordnung als notwendig erscheint. Die Behörden können unter gewissen Voraussetzungen Personen zudem in **Administrativhaft** setzen. Diese Möglichkeit besteht dann, wenn eine Person ihre Mitwirkungspflichten im Verfahren qualifiziert verletzt oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet. Erscheint ihre Rückführung tatsächlich möglich, kann die Administrativhaft auch dann angeordnet werden, wenn konkrete Anzeichen vorliegen, dass sich die Person der Wegweisung durch Untertauchen zu entziehen versucht.

[Rz 7] Diese kaskadenartige Organisationsstruktur der Unterkünfte und deren komplementäre Zwangsmassnahmen wurden vom Gesetzgeber so ausgestaltet, dass damit der Rahmen zulässiger Eingriffe in Grund- und Menschenrechte ausgeschöpft werden. Sie war aber auch vom Willen des Gesetzgebers getragen, diese Grenzen zu respektieren.

2. Rechtliche Grundlagen

[Rz 8] Die zentralen Bestimmungen des Asylwesens finden sich im Asylgesetz (AsylG) und im Ausländergesetz (AuG). Grundsätzlich regelt das Ausländergesetz die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug aller Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz (Art. 1 AuG). Das AuG enthält auch die auf Ausländer anwendbaren Zwangsmassnahmen (Art. 73 ff. AuG).

[Rz 9] Als Spezialerlass zum Ausländergesetz⁵ regelt das Asylgesetz spezifisch die Asylgewährung und die Rechtsstellung der Flüchtlinge, den vorübergehenden Schutz von Schutzbedürftigen und deren allfällige Rückkehr.⁶ Die Grundzüge der Unterbringung von Asylsuchenden sind im Asylgesetz selbst geregelt; die Organisation der Unterbringung befindet sich in einer umfassenden Neustrukturierungsphase (siehe nächster Abschnitt). Nach geltendem Recht werden Asylsuchende, welche die Schweiz erreichen, entweder direkt am Flughafen empfangen und während den Abklärungen über ihr Asylgesuch in der Flughafenunterkunft untergebracht (Art. 22 AsylG). Oder sie werden bei Ankunft über den Landweg für die ersten Abklärungen in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum des Bundes untergebracht (Art. 26 AsylG). Nach dieser ersten Verfahrensphase werden die Asylsuchenden den Kantonen zugewiesen und dort von den Kantonen in einer kantonalen Unterkunft untergebracht (Art. 27 f. AsylG). Seit 2012 steht es Bund und Kantonen zudem offen, *besondere* Unterkünfte für Personen zu betreiben, die mit ihrem Verhalten den Betrieb der Asylunterkünfte stören (Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG). Geschlossene Unterkünfte, wie sie auf Bundesebene und in unterschiedlichen Kantonen politisch gefordert werden, sind im Bundesrecht nicht vorgesehen.

⁵ Das AuG kommt nur zur Anwendung, sofern keine andere Bestimmung des Bundesrechts zur Anwendung gelangt (Art. 2 Abs. 1 AuG). Dieser Vorrang betrifft hauptsächlich: a) die Anwendung des Asylgesetzes auf Personen, die in der Schweiz Asyl beantragen (Art. 2 Abs. 1 AsylG); b) die Anwendung der Freizügigkeitsabkommen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG) und der Europäischen Freihandelsassoziationen (EFTA) und ihren Familienangehörigen (Art. 2 Abs. 2 und 3 AuG); und c) die Anwendung des Schengen-Assoziierungsabkommens für die Bewilligung von Aufenthalten von maximal 90 Tagen.

⁶ Das Asylrecht der Schweiz ist massgebend vom Dublin-System als Grundpfeiler eines harmonisierten europäischen Asylsystems beeinflusst. Das Dublin-System ist aber ausschliesslich eine Zuständigkeitsordnung und macht den Mitgliedstaaten keine Vorgaben in Bezug auf die Unterbringungsmodalitäten, weshalb die Verträge an dieser Stelle nicht weiter berücksichtigt sind, siehe zur Bedeutung des Dublin-Systems für das schweizerische Asylrecht aber KÜHLER ANNE, Das Dublin-System und das schweizerische Asylrecht, recht 2013, S. 224 ff.; CARONI MARTINA/GRASDORF-MEYER TOBIAS/OTT LISA/SCHIEBER NICOLE, Migrationsrecht, 3. Aufl., Bern 2014, S. 369 ff.; PROGIN-THEUERKAUF SA-RAH/GORDZIELIK TERESIA, Zur Bedeutung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Europäischen Asylrecht, in: Jusletter 16. März 2015.

[Rz 10] Asylsuchende, deren Gesuch um Asyl gewährt wird, erhalten den Status des Flüchtlings und haben Anspruch auf die Gewährung einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 59 AsylG). Die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Schweiz richtet sich grundsätzlich nach dem Ausländergesetz (Art. 58 AsylG). Vorläufig aufgenommene Personen können ihren Wohnort im Gebiet des Kantons grundsätzlich frei wählen. Sind die vorläufig aufgenommenen Personen Sozialhilfebezüger, so kann sie der Kanton einem Wohnort oder einer Unterkunft zuweisen (Art. 85 Abs. 5 AuG).⁷

3. Neustrukturierung

[Rz 11] Das Asylwesen der Schweiz befindet sich gegenwärtig in einer Phase der Umstrukturierung. Auf Bundesebene sind mit der dringlichen (Vorlage 3)⁸ und der nicht dringlichen (Vorlage 1)⁹ Asylgesetzrevision von 2012 bedeutende Änderungen bereits in Kraft getreten. Sie betreffen etwa die bewilligungslose Nutzung von Anlagen und Bauten des Bundes zur Unterbringung von Asylsuchenden, das beschleunigte Verfahren wie auch Einschränkungen im Bereich der Sozial- und Nothilfe. Mit den sogenannten *besonderen* Unterkünften (Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG) hat die Vorlage 3 zudem eine neue Unterkunftsart in das Asylwesen eingeführt (dazu ausführlich unten II.B.1.d).

[Rz 12] In Vorbereitung ist weiter die Neustrukturierung des gesamten Asylbereichs (Vorlage 2). Ziel der geplanten Massnahmen ist es, die Verfahren erheblich schneller, aber dennoch rechtsstaatlich korrekt und fair durchzuführen und dabei umfassenden und unentgeltlichen Rechtsschutz zu gewährleisten.¹⁰ Das Verfahren soll nach Möglichkeit vollständig in den Verfahrenszentren des Bundes abgewickelt werden. Die gesuchstellenden Personen sollen im Idealfall erst nach erfolgtem Entscheid durch das Staatssekretariat für Migration (SEM) einem Kanton zugewiesen werden.

[Rz 13] Es ist absehbar, dass die Vorlage 2 zu Veränderungen in der Organisation der Unterbringung führen wird. Insbesondere werden die Asylsuchenden das Verfahren abschliessend in zentral organisierten Bundesunterkünften durchlaufen, sofern das Verfahren innerhalb von 140 Tagen abgeschlossen werden kann. Dauert das Verfahren länger oder ist zu Beginn des Verfahrens erkennbar, dass das Verfahren länger als 140 Tage dauern wird, werden die Asylsuchenden auf die Kantone verteilt und dort in einer kantonalen Unterkunft untergebracht. Weiter ist eine äusserst beschränkte Anzahl *besonderer* Zentren für renitente Asylsuchende geplant. Hingegen soll ein starker Ausbau der Administrativhauplätze erfolgen. In den vorgesehenen Verfahrenszentren des Bundes sollen sämtliche für den Verfahrensablauf notwendigen Fachkräfte an einem Ort

⁷ Von dieser Einschränkung nicht betroffen sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, BBl 2010 4455, 4513 f.

⁸ BBl 2010 4455; BBl 2011 7325; AS 2012 5359; mit Beschluss vom 26. September 2014 verlängert bis 28. September 2019, BBl 2013 2087; AS 2014 7309.

⁹ BBl 2010 4455; BBl 2011 7325; AS 2013 5357, in Kraft seit dem 1. Februar 2014.

¹⁰ Das Verfahren dauerte gemäss Angaben von 2010 vom Eingang des Asylgesuchs bis zum rechtskräftigen Asylentscheid durchschnittlich 413 Tage und im Beschwerdefall sogar durchschnittlich 756 Tage, BBl 2011 7325, 7328; siehe die differenzierte Auswertung in EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011, S. 13 ff., 30 f., welche für die Dauer von der Einreichung des Asylgesuchs bis zur Erlangung der Rechtskraft mit oder ohne Beschwerde folgende durchschnittliche Dauer nennt (Daten von 2008—2010): negativer Asylentscheid mit Wegweisung 995 Tage, negativer Asylentscheid mit vorläufiger Aufnahme 499 Tage, Nichteintretensentscheid ohne Dublin 161 Tage, Dublin-Nichteintretensentscheid 155 Tage; die Gesamtdauer unter Berücksichtigung aller unterschiedlicher Verfahrenskomponenten bis zur effektiven Ausreise aus der Schweiz oder einer Aufenthaltsregelung für abgewiesene Asylsuchende beträgt geschätzt durchschnittlich 1'400 Tage.

untergebracht sein.

[Rz 14] Es ist davon auszugehen, dass die Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden in den geplanten Bundeszentren nicht stärker eingeschränkt wird als in den bisherigen Empfangs- und Verfahrenszentren; es handelt sich somit nach der hier verwendeten Terminologie um *normale* Unterkünfte (zur Terminologie oben I.B.1). Die Organisationsstruktur der kantonalen Unterkünfte wird in den Berichten zur Vorbereitung der Neustrukturierung¹¹ nicht weiter präzisiert. Auch bei den kantonalen Unterkünften wird es sich in Abgrenzung zu den spezifisch erwähnten *besonderen* Zentren für renitente Asylsuchende um *normale* Unterkünfte handeln. Die Einführung *geschlossener* Unterkünfte als neue Unterkunftsart des Asylwesens ist in der Vorlage 2 nicht vorgesehen. Auch finden sich in den äusserst detaillierten Berichten keinerlei Ausführungen, welche einen entsprechenden Bedarf im Asylwesen auch nur andeutungsweise aufzeigen würden.

[Rz 15] Die Neustrukturierung führt voraussichtlich dazu, dass der Bund die Anzahl seiner Unterbringungsplätze von 1'600 auf 5'000 erhöhen muss. Der Unterbringungsbedarf der Kantone soll sich dadurch von 24'500 auf 9'900 Plätze verringern. Für die Unterbringung anerkannter Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommener werden voraussichtlich 43'000 kantonale Unterkunftsplätze benötigt. Der Bund plant lediglich zwei *besondere* Bundeszentren für je rund 60 Personen in Bundeszuständigkeit. Den Kantonen steht es offen, weitere *besondere* Zentren für Personen in kantonaler Zuständigkeit vorzusehen.¹² Schweizweit bestehen 381 Administrativhaftplätze für die Vorbereitung begleiteter Rückführungen.¹³ Nach Angaben des Bundesrates führen Zwangsmassnahmen in 85% der Fälle zum Vollzug der angeordneten Wegweisungen.¹⁴ Die bestehenden Administrativhaftplätze sollen mit 500 bis 700 zusätzlichen Haftplätzen massiv aufgestockt werden, was mit dem bisherigen Mangel an Haftplätzen, einer konsequenteren Umsetzung der Wegweisungen und der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative erklärt wird.¹⁵ Die Verfahrensdauer soll nach der Neustrukturierung zwischen 50 bis höchstens 241 Tage dauern (inklusive Beschwerdeverfahren).¹⁶

¹¹ BBl 2010 4455; EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011; BBl 2011 7325, 7326 ff.; Arbeitsgruppe Bund/Kantone, Neustrukturierung des Asylbereichs, Umsetzung Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, Schlussbericht vom 21. November 2012; Arbeitsgruppe Bund/Kantone, Eckwerte der Neustrukturierung im Asylbereich (Umsetzung Beschleunigungsmassnahmen) vom 21. November 2012; Gemeinsame Erklärung der Asylkonferenz vom 21. Januar 2013; Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014; Gemeinsame Erklärung der Asylkonferenz vom 28. März 2014; Medienmitteilung SEM vom 13. Februar 2015 betreffend neues Bundeszentrum für Asylsuchende in Giffers ab 2017.

¹² Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014, S. 8, 23, 33; Gemeinsame Erklärung der Asylkonferenz vom 28. März 2014.

¹³ Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014, S. 95 (Stand September 2011); EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011, S. 24, werden 476 Haftplätzen genannt.

¹⁴ BBl 2010 4447, 4462 (Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes); siehe auch die vorhergehend durchgeführten Evaluationen der Zwangsmassnahmen in BBl 2006 2545, 2603 ff. und die Stellungnahme des Bundesrats in BBl 2006 2667 ff.

¹⁵ Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014, S. 95; EJPD, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011, S. 23 f., 27, 29 f.

¹⁶ Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014, S. 20 ff.

4. Kanton Aargau

[Rz 16] Im Kanton Aargau sind gegenwärtig politische Vorstösse pendent, in welchen die Einführung geschlossener Asylunterkünfte im kantonalen Recht gefordert wird. Damit stellt sich die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit dieser Unterkunftsart im Recht der Kantone. Der vorliegende Beitrag setzt sich deshalb mit dem aktuellen und illustrativen Beispiel des Kantons Aargau vertieft auseinander.

[Rz 17] Der Sozialdienst des Kantons Aargau betreibt derzeit 59 Unterkünfte für Asylsuchende und abgewiesene Asylsuchende. Diese bieten Platz für die Aufnahme von 1'452 Personen, sind jedoch dauerhaft überbelegt.¹⁷ Um diesem Problem zu begegnen, hat der Regierungsrat eine Revision der gesetzlichen Grundlagen in die Wege geleitet.

[Rz 18] Die kantonalen Rahmenbedingungen für die Organisation der Asylunterkünfte sind im Kanton Aargau im Gesetz über die öffentliche Sicherheit und die soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG) vom 6. März 2001 (SR-AG 851.200) geregelt. Mit der Einleitung der Revision des SPG hat der Regierungsrat verschiedene Vorbereitungen für die Ausarbeitung eines Gesamtkonzepts zur Verbesserung der Unterbringungssituation im Kanton Aargau getroffen. Das Konzept des Regierungsrates sieht im Wesentlichen vor, dass die Unterbringung und Betreuung der Personen aus dem Asylbereich weiterhin eine Verbundaufgabe von Kanton und Gemeinden darstellen soll. Die Gemeinden sollen dabei für die Planung und Bereitstellung der Unterkünfte verantwortlich sein. Zudem sieht der Regierungsrat die Schaffung regional ausgewogen verteilter Grossunterkünfte für Asylsuchende im laufenden Asylverfahren und für Ausreisepflichtige vor. Im Konzept des Regierungsrates ist zudem vorgesehen, dass Personen, die die öffentliche Sicherheit gefährden, in speziellen Unterkünften mit strengeren Hausordnungen und eingeschränkter Bewegungsfreiheit untergebracht werden sollen.¹⁸ Der Regierungsrat vertritt in seiner Botschaft den Standpunkt, dass geschlossene Unterkünfte für straffällige oder renitente Asylsuchende aus rechtlichen Gründen nicht zulässig sind, weil sie gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verstossen. Es gelte vielmehr, die Problematik «mit einem strengen Betriebsregime» anzugehen und weitere Massnahmen wie das Rayonverbot konsequent einzusetzen.¹⁹

[Rz 19] Die erste parlamentarische Beratung des Entwurfs des Regierungsrates vom 12. Februar 2014 fand am 20. Mai und 3. Juni 2014 statt. Dabei stimmte der Grosse Rat den vom Regierungsrat vorgeschlagenen §§19a und 19b revSPG weitgehend zu. Das revidierte Gesetz würde demnach folgende Gestaltungsmöglichkeiten in der Organisation der Unterkünfte vorsehen:

§19a Betrieb der kantonalen Unterkünfte¹ Der Betrieb der kantonalen Unterkünfte ist Sache des Kantons. Er kann diese Aufgabe ganz oder teilweise Dritten übertragen.

² Der Betreuung und der Sicherheit ist beim Betrieb angemessene Rechnung zu tragen.

³ Zur Wahrung eines geordneten Betriebs kann die zuständige kantonale Behörde folgende Anordnungen treffen:

a) zeitliche [und örtliche] [Änderungsvorschlag 1. Beratung] Beschränkung des

¹⁷ Stand Botschaft des Regierungsrates betreffend Massnahmen zur Sicherstellung genügender Asylunterkünfte; Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG) vom 12. Februar 2014 (Bericht und Entwurf zur 1. Beratung) (14.27) (nachfolgend Botschaft Asylunterkünfte Aargau).

¹⁸ Botschaft Asylunterkünfte Aargau (Fn. 17).

¹⁹ Botschaft Asylunterkünfte Aargau (Fn. 17), S. 34.

Ausgangs, b) Einschränkung des Besuchsrechts, c) Zutrittskontrollen, d) Personen- und Effektenkontrollen, e) Einsatz von elektronischen Mitteln zur Überwachung, f) Erteilung von Verhaltensanweisungen.

⁴ Die Durchführung von Personen- und Effektenkontrollen kann Dritten, die Gewähr für eine rechtlich und qualitativ einwandfreie Durchführung bieten, übertragen werden. ⁵ Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten und Sanktionen durch Verordnung. ⁶ Die zuständige kantonale Behörde erlässt die Hausordnungen für die kantonalen Unterkünfte.

§19b Ergänzende Vorschriften zur Asylsuchendenunterbringung. ¹ Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten und Sanktionen durch Verordnung.

C. Geschlossene Asylunterkünfte

1. Politische Vorstösse

a) Auf Bundesebene

[Rz 20] Auf Bundesebene wird die Frage der Einführung einer gesetzlichen Grundlage für geschlossene Unterkünfte im Asylwesen seit den 1990er Jahren im politischen Prozess immer wieder aufgeworfen. Bis heute sind jedoch keine entsprechenden Rechtsgrundlagen erlassen worden. Die grösste Beachtung erlangte die vom Kanton Aargau am 17. Juni 1999 eingereichte Standesinitiative (SI 99.301). Sie forderte die Einrichtung geschlossener und zentral geführter Sammelunterkünfte für straffällige oder renitente Personen, welche nur über eine provisorische Aufenthaltsbewilligung verfügen oder sich ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhalten. Die staatspolitischen Kommissionen beider Räte wiesen die Vorlage ab. Sie begründeten dies damit, dass die für die Internierung vorgesehenen Tatbestände nicht mit der EMRK zu vereinbaren seien.²⁰

[Rz 21] In der Folge verlangten mehrere parlamentarische Vorstösse die Einführung einer gesetzlichen Grundlage für geschlossene Unterkünfte, jüngst im Zusammenhang mit Schwierigkeiten im Betrieb des Empfangs- und Verfahrenszentrums in Chiasso.²¹ Es wurden aber auch Vorstösse

²⁰ In der Kommission des Ständerates wurden die Vorstösse zunächst gutgeheissen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 22. Februar 2000. Anschliessend jedoch von beiden Ratskommissionen abgewiesen, Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 15. September 2000 und Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 23. Januar 2001 (Differenzbereinigung). Mit seinem negativen Entscheid überwies die Staatspolitische Kommission des Ständerates aber zugleich ein Postulat, in welchem der Bundesrat beauftragt wird, entsprechende Massnahmen im Rahmen der Revision des ANAGs und unter Beachtung der EMRK zu prüfen, Postulat der Staatspolitischen Kommission SR betreffend Vorkehrungen gegen die illegale Einreise und Verbesserungen des Vollzugs der Wegweisungen (P 01.3002). In eine ähnliche Stossrichtung zielte auch die gemeinsam mit der Standesinitiative des Kantons Aargau abgehandelte Motion Loretan Willy über die Internierung weggewiesener Ausländer (M 99.3289), mit welcher die Wiedereinführung der Internierung für weggewiesene Ausländer mit der Präzisierung gefordert wird, Ausschaffungshaft und Internierung hätten gemeinsam die Dauer von zwei Jahren nicht zu überschreiten.

²¹ Siehe Motion (98.3455) Keller Rudolf betreffend Schaffung der Rechtsgrundlage zur Internierung krimineller und renitenter Asylbewerber vom 7. Oktober 1998; Einfache Anfrage (99.1076) Fehr Hans betreffend Internierung von kriminellen und renitenten Asylantern vom 10. Juni 1999; Dringliche Interpellation (99.3211) Fraktion SVP betreffend Notrecht im Asylwesen vom 31. Mai 1999; Motion (99.3338) Freund Jakob betreffend gesetzliche Grundlagen zur Internierung krimineller Asylsuchender vom 18. Juni 1999; Motion (03.3559) Fraktion SVP betreffend Unterbringung von Asylsuchenden in Sammelunterkünften vom 3. Oktober 2003; Motion (11.3493) Quadri Lorenzo betreffend Empfangsstelle für Asylsuchende in Chiasso vom 7. Juni 2011; Interpellation (11.3630) Pelli Fulvio betreffend Benehmen der Asylsuchenden in Chiasso vom 16. Juni 2011; Interpellation (11.3848) Quadri Lorenzo, Chiasso. Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden einschränken vom 27. September 2011; Frage (12.5188) Amstutz Adrian betreffend Auswüchse in und um die Asylzentren vom 30. Mai 2012; Frage (12.5199) Brunner Toni betreffend Pro-

eingereicht, welche sich besorgt über die humanitäre Situation der Asylsuchenden zeigten oder sich für eine Öffnung der Asylunterkünfte aussprachen.²²

b) Im Kanton Aargau

[Rz 22] Dem Regierungsrat des Kantons Aargau wurden in der nahen Vergangenheit zahlreiche parlamentarische Vorstösse zum Asylwesen überwiesen. Sie fordern unterschiedliche Massnahmen, wie verstärkte Sicherheitsvorkehrungen gegen die als störend empfundene Anwesenheit von Asylsuchenden im öffentlichen Raum, schärfere Massnahmen für «kriminelle und renitente Asylanten» oder die Errichtung geschlossener Asylunterkünfte.²³ Einzelne parlamentarische Vorstösse enthalten aber auch Forderungen nach offeneren Asylunterkünften oder nach stärkerer Beachtung der Bedürfnisse besonders verletzlicher Asylsuchender bei der Zuweisung der Unter-

bleme mit Asylbewerbern vom 30. Mai 2012; Frage (12.5206) Fehr Hans betreffend Internierung für kriminelle und renitente Asylanten vom 30. Mai 2012.

²² Siehe Interpellation (11.4205) Glättli Balthasar betreffend Wegweisung von Asylsuchenden an den Empfangszentren vom 23. Dezember 2011; Interpellation (11.4166) Schenker Silvia betreffend Flüchtlinge draussen vor der Tür vom 23. Dezember 2011; Interpellation (13.3767) Schelbert Louis betreffend für einen entspannten Umgang zwischen Asylsuchenden und Bevölkerung vom 24. September 2013; Interpellation (14.3874) Schenker Silvia betreffend Situation der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in der Schweiz vom 25. September 2014.

²³ Postulat René Kunz, SD, Reinach, vom 16. März 2010 betreffend Polizeikontrollen in Asylunterkünften und Wohnsituation von abgewiesenen, renitenten und kriminellen Asylbewerbern im Kanton Aargau (10.77); Postulat der SVP-Fraktion vom 17. August 2010 betreffend zentrale Unterbringung der Asylsuchenden (10.226); Auftrag Daniel Wehrli, SVP, Küttigen, Clemens Hochreuter, SVP, Aarau (Sprecher), und Samuel Schmid, parteilos, Biberstein, vom 22. März 2011 betreffend zentrale Unterbringung von Asylsuchenden mit Wegweisungsentscheid und von kriminell gewordenen Asylsuchenden (11.114); Postulat Dr. Dragan Najman, SD, Baden, vom 29. März 2011 betreffend zentrale Unterbringung von kriminellen Ausländern, die trotz Landesverweis nicht ausgeschafft werden können (11.132); Interpellation René Kunz, SD, Reinach, vom 3. Mai 2011 betreffend Missstände im Asylwesen, weil tausende Asylbewerber «verschwunden» resp. Untergetaucht sind (11.168); Interpellation Clemens Hochreuter, SVP, Aarau, vom 13. September 2011 betreffend Unterbringung von Asylsuchenden im Kantonsspital Aarau (GOPS) und der zentralen Unterbringung von kriminell gewordenen Asylsuchenden sowie Asylsuchenden mit Wegweisungsentscheid (11.301); Interpellation René Kunz, SD, Reinach, und Dr. Dragan Najman, SD, Baden, vom 13. Dezember 2011 betreffend Asylunterkunft in Bettwil (11.380); Motion der CVP-BDP-Fraktion vom 6. März 2012 betreffend Errichtung von «Asyl-Dörfern» im Kanton Aargau (12.37); Postulat René Kunz, SD, Reinach, vom 6. März 2012 betreffend Errichtung eines geschlossenen und zentral geführten Spezialzentrums für kriminelle, renitente und abgewiesene Asylbewerber im Kanton Aargau (12.38); Postulat René Kunz, SD, vom 13. März 2012 betreffend Zurverfügungstellung von Villen und anderen Luxusbauten für Asylanten im Kanton Aargau (12.48); Postulat René Kunz, SD, Reinach, vom 15. März 2011 betreffend öffentliche Zusammenrottung im Kanton Aargau weilender Ausländer (Illegale, Asylbewerber usw.) (11.75); Postulat René Kunz, SD, Reinach, vom 8. Mai 2012 betreffend Durchsetzung eines Handyverbots für kriminelle und renitente Asylanten im Kanton Aargau (12.97); Interpellation Franz Nebel, FDP, Bad Zurzach, vom 5. Juni 2012 betreffend Fahrzeugaufbrüche und Fahrraddiebstähle mehrheitlich durch Asylbewerber aus Nordafrika während den letzten 4 Monaten (12.137); Postulat der SVP-Fraktion vom 22. Mai 2012 betreffend Internierung von Asylbewerbern (12.113); Postulat der FDP-Fraktion vom 12. Juni 2012 betreffend Ergreifung von Massnahmen zur Verbesserung der inneren Sicherheit (12.147); Postulat Daniel Wehrli, SVP, Küttigen, vom 3. Juli 2012 betreffend Überprüfung und Anpassung des Tätigkeitsbereichs von Securitas/Eingangskontrollpersonal vor Asylunterkünften (12.178); Interpellation Martin Behnd, FDP, Oftringen, vom 3. Juli 2012, betreffend Zustände in Aargauer Asylanten- und Flüchtlingsunterkünften (12.185); Interpellation der SVP-Fraktion vom 3. Juli 2012 betreffend Einquartierung von Asylbewerbern im «Jägerstübli» Brugg-Lauffohr (12.184); Interpellation Kurt Wyss, CVP, Leuggern-Gippingen, vom 28. August 2012 betreffend Entnahme der systematischen DNA-Proben und Rayonverbote bei Asylbewerbern (12.225); Postulat Franz Nebel, FDP, Bad Zurzach, u.a., vom 27. November 2012 betreffend Verzicht auf die Asylunterkunft in Koblenz (12.300); Interpellation René Kunz, SD, Reinach, und Dr. Dragan Najman, SD, Baden, vom 4. Dezember 2012 betreffend Drogenhandel und andere Verbrechen, begangen von «Asylanten» in Asylunterkünften (12.315); Interpellation Hansjörg Erne, SVP, Leuggern, u.a., vom 12. März 2013 betreffend Asylunterkunft Liebegg, Gränichen (13.43); Postulat Thomas Burgherr, SVP, Wiliberg, vom 16. September 2014 betreffend langfristige Auswirkungen der Asylyzentren auf Gemeindeebene (14.181); Interpellation Sabina Freiermuth-Salz, FDP, Zofingen, und Herbert H. Scholl, FDP, Zofingen, vom 25. November 2014 betreffend geplantes Asylyzentrum im alten Pflegezentrum des Spitals Zofingen (14.226); Interpellation Clemens Hochreuter, SVP, Aarau, vom 13. Januar 2015 betreffend Kriminalität von Asylbewerbern im Kanton Aargau (15.10).

kunft.²⁴

[Rz 23] Die Antworten des Regierungsrats auf die Forderungen nach strengeren Massnahmen im Bereich der Asylunterkünfte sind zusammengefasst wie folgt: Der Regierungsrat verweist erstens für die Bekämpfung der Kriminalität auf die im Rahmen des Strafrechts zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, womit «dem Interesse der Bevölkerung um Schutz vor straffälligen Asylsuchenden Rechnung getragen» werde.²⁵ Strafrechtlich relevantes Verhalten der Asylbewerber werde «mit der strafrechtlichen Sanktion abschliessend abgeurteilt».²⁶ Ausgehend von diesen Überlegungen vertritt der Regierungsrat den Standpunkt, dass den sicherheitspolizeilichen Anliegen, die in den Forderungen nach geschlossenen Unterkünften zum Ausdruck gelangen, mit einer Kombination unterschiedlicher Massnahmen Rechnung getragen werden kann. Die Sicherheit der Bevölkerung soll durch restriktivere Hausordnungen,²⁷ die Anwesenheit von Sicherheitspersonal und regelmässigen Polizeikontrollen in den Unterkünften, den Einsatz der spezifischen und gross angelegten Taskforce «Crime Stop»²⁸ und die individuelle Anordnung von Rayonbeschränkungen und —ausgrenzungen «von den so genannten Hotspots in grösseren Zentren wie Bahnhöfe oder Einkaufszentren» gewährleistet werden.²⁹

[Rz 24] Zweitens betont der Regierungsrat, dass weiterreichende Eingriffe in die Freiheit der Asylsuchenden einer spezifischen rechtlichen Grundlage bedürfen, deren Schaffung auf Grund der ausschliesslichen Gesetzgebungskompetenz im Asyl-, Ausländer-, und Strafrecht alleine dem Bund zukommt.³⁰ Diesbezüglich verweist der Regierungsrat aber auch darauf, dass die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für geschlossene Asylunterkünfte auf Bundesebene explizit und mit Verweis auf die Vorschriften der EMRK abgewiesen wurde.³¹ Demgegenüber unterstützt der Regierungsrat die im Rahmen der Asylgesetzrevision von 2012 mit Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG geschaffene Möglichkeit, *besondere* Unterkünfte für renitente Asylsuchende und Ausreisepflichtige zu schaffen, in denen ein strengeres Regime herrscht.³²

c) Im Kanton Luzern

[Rz 25] Das Bundesgericht hat sich im März 2015 mit einer Volksinitiative im Kanton Luzern befasst, mit welcher die Gemeinden unter anderem ermächtigt würden, «provisorische Asyl-Zentren ausserhalb der Bauzonen und geschlossene Lager für deliktische und renitente Asylbewerber zu errichten» und «Aufenthalte von mehr als einem Jahr» in den Gemeinden «nur für an-

²⁴ Postulat der SP-Fraktion und der Fraktion der Grünen vom 4. Mai 2010 betreffend Unterbringung von Asylsuchenden im Kanton Aargau in Zivilschutzanlagen (10.147); Motion Flurin Burkard, SP, Waltenschwil, vom 29. November 2011 betreffend Änderung des Sozialhilfe- und Präventionsgesetzes (Abgeltung für Asylsuchende) (12.38); Motion der Fraktion der Grünen, der SP und der GLP vom 18. November 2014 betreffend Ergänzung des Sozialhilfe- und Präventionsgesetzes (SPG) um die Regelung der Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (14.212).

²⁵ Antwort zu P 12.113, ebenso Antworten zu P 10.226, A 11.114, I 12.148, I 12.185, P 12.300, I 12.315.

²⁶ Antwort zu P 12.113.

²⁷ Antwort zu P 12.113, P 12.38, P 12.178.

²⁸ Antwort zu P 10.77, P 12.113, I 11.301, P 12.38, P 11.75, M 12.37, I 12.148, P 12.178, I 12.185, I 12.225, I 12.315, I 13.43, I 14.226.

²⁹ Antwort zum P 12.113, ebenso Antworten zu P 10.77, P 12.147, A 11.114, P 11.132, P 12.38, M 12.37, I 12.148, I 12.185, I 12.225, I 12.315.

³⁰ Antwort zu P 12.113.

³¹ Antworten zu P 10.77, P 12.113, P 10.226, A 11.114, P 11.132, I 11.168, P 12.48.

³² Antwort P 12.38, M 12.37, A 11.114, P 11.132, I 11.168, P 11.75, I 12.185, I 12.315.

erkannte Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene» möglich wären. Der Kantonsrat des Kantons Luzern erklärte die Volksinitiative auf Antrag des Regierungsrates im Januar 2014 für teilungstauglich, weil der Kanton nicht über die notwendigen Kompetenzen für die Errichtung geschlossener Asyllager verfüge und diese zudem bundesrechtswidrig seien.³³

[Rz 26] Das Bundesgericht erklärte die kantonale Volksinitiative für teilweise bundesrechtswidrig. Die Bundesrechtswidrigkeit abgelegener und geschlossener Asylunterkünfte begründete das Bundesgericht mit dem Raumplanungsrecht: Für Asylunterkünfte, die üblicherweise in eine Wohnzone gehören, sei eine Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzone kaum je gegeben; die Schaffung besonderer Nutzungszonen für Asylunterkünfte ausserhalb des Baugebiets sei mit den strengen Anforderungen des Raumplanungsrechts des Bundes nicht zu vereinbaren. Mit den Kompetenzen der Kantone im Bereich des Asylrechts sei keine Berechtigung verbunden, Asylyzentren in Abweichung vom Raumplanungsrecht zu erstellen.³⁴

[Rz 27] Das Bundesgericht hat seine Prüfung mehrheitlich auf das Raumplanungsrecht beschränkt und damit die Tragweite der Volksinitiative betreffend geschlossene Lager nur teilweise explizit auf ihre Rechtmässigkeit überprüft. Denn die Volksinitiative forderte einerseits «provisorische Asyl-Zentren ausserhalb der Bauzonen» und andererseits «geschlossene Lager für deliktische und renitente Asylbewerber». Damit könnte der Wortlaut der Initiative auch so interpretiert werden, dass geschlossene Lager in Übereinstimmung mit dem Raumplanungsrecht zonenkonform im Baugebiet errichtet werden. Das Bundesgericht hat die Frage aber indirekt mit den Ausführungen beantwortet (E. 5), dass «mit der in Art. 28 Abs. 2 AsylG enthaltenen Verpflichtung der Kantone, einen geordneten Betrieb der ihnen übertragenen Asylunterkünfte sicherzustellen und dazu Bestimmungen zu erlassen bzw. Massnahmen zu ergreifen» nicht die Kompetenz verbunden ist, vom Bundesrecht abzuweichen und zudem Art. 26 Abs. 1bis AsylG den Umgang mit renitenten Asylsuchenden abschliessend regelt. «Im Übrigen wäre es denkbar» so das Bundesgericht weiter in einem obiter dictum (E. 6.9), «die Tragweite der strittigen Ziff. 3 des Initiativtextes auf die im Bundesrecht über das Asylwesen angelegten Anwendungsfälle der kantonalen Zuständigkeit (namentlich Art. 26 Abs. 1bis sowie Art. 28 AsylG) zu beschränken.» (siehe zu diesen beiden Bestimmungen ausführlich unten II.B.2 und 3).

[Rz 28] Hingegen erachtete das Bundesgericht die Forderung, wonach der Aufenthalt von Asylsuchenden in Asylunterkünften der Gemeinden auf maximal ein Jahr beschränkt werden soll, als einer bundesrechtskonformen Auslegung zugänglich.³⁵ Kritisch an dieser Position des Bundesgerichts ist, dass die Grundrechtskonformität einer solchen Aufenthaltsbeschränkung ungeprüft blieb. Unserer Meinung nach dürfte die vorgeschlagene Norm kaum mit Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 11 BV zu vereinbaren sein, weil das rein administrativ-rationale öffentliche Interesse, die Gemeinden zu entlasten, kaum schwerer wiegen dürfte als der Grundrechtsschutz der Asylsuchenden. Die Integration der Asylsuchenden durch solche Massnahmen aktiv zu verhindern, wie von der Beschwerdeführerin (SVP Kanton Luzern) als hauptsächlicher Zweck angeführt, ist kein legitimes öffentliches Interesse (und nicht lediglich «eine politische Frage, über die im Abstimmungskampf zu diskutieren und die vom Volk zu entscheiden sein wird» wie das Bundesgericht

³³ Kantonsratsbeschluss vom 27. Januar 2014 zu B88; Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat des Kantons Luzern vom 27. September 2013 zum Entwurf eines Kantonsratsbeschlusses über die Volksinitiative «Für eine bürgernahe Asylpolitik» (B 88).

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 1C_109/2014 vom 4. März 2015 E. 6.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 1C_109/2014 vom 4. März 2015 E. 7.3.

ausführt).

2. Begriff

[Rz 29] Die Analyse der politischen Vorstösse auf Bundes- und Kantonsebene zeigt, dass der Begriff «geschlossene Unterkunft» uneinheitlich verwendet wird, respektive unterschiedliche Begriffe wie «Internierung», «Internierungslager», «Sammellager» oder «Asyl-Dörfer» jeweils ähnliche Forderungen bezeichnen. **Im vorliegenden Artikel wird der Begriff *geschlossene Asylunterkunft* zur Bezeichnung sämtlicher Unterkünfte verwendet, die den untergebrachten Personen die Bewegungsfreiheit weitgehend entziehen.** Nicht unter den Begriff gefasst werden die bestehenden Formen der Administrativhaft nach Art. 73 ff. AuG und auch nicht die Flughafenunterkünfte, obwohl auch sie einen weitgehenden Entzug der Bewegungsfreiheit bewirken. Im vorliegenden Artikel bezeichnet der Begriff *geschlossene* Asylunterkünfte eine Unterkunftsart, die im heute geltenden Recht nicht vorgesehen ist.

[Rz 30] Dieser durch die Eingriffsintensität definierte Begriff der *geschlossenen* Unterkünfte umfasst unabhängig von den in den Vorstössen selbst verwendeten Begrifflichkeiten alle politisch aktuell geforderten Unterkunftsformen, welche intensive Eingriffe in die Bewegungsfreiheit der Betroffenen zur Folge haben. Damit fallen nicht nur haftähnliche Unterkünfte wie «Internierungslager» oder «geschlossene Sammellager» in die Gruppe der geschlossenen Unterkünfte, sondern auch die offenen, aber sehr abgelegenen Unterkünfte oder «Asyl-Dörfer» mit stark erschwertem Zugang zur öffentlichen Infrastruktur von Dörfern oder Städten und ihrer Gesellschaft.

[Rz 31] Die Erfassung haftähnlicher Unterkünfte als geschlossene Unterkünfte dürfte keine Mühe bereiten. Hingegen ist die Abgrenzung zwischen Unterkünften, die die Freiheit nur leicht einschränken und solchen, welche schwerwiegend in die Bewegungsfreiheit eingreifen, je nach Fallkonstellation nicht immer eindeutig. Ob eine Unterkunft tatsächlich als geschlossene Unterkunft gelten muss, ist im Einzelfall und unter Einbezug sämtlicher Faktoren zu beurteilen. Massgebendes Abgrenzungskriterium ist dabei die Schwere des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit der Untergebrachten (dazu unten III.A.1.).

3. Zielgruppe

[Rz 32] Die erwähnten parlamentarischen Vorstösse zur Einrichtung geschlossener Unterkünfte sind auch mit Bezug auf die anvisierten Zielgruppen sehr vielfältig. Einzelne Vorstösse fordern geschlossene Unterkünfte unterschiedslos für alle Asylsuchenden (inklusive abgewiesene Asylsuchende), unabhängig von ihrem Verhalten.³⁶ Andere Vorstösse beschränken ihre Forderung auf alle abgewiesenen Asylsuchenden unabhängig von ihrem tatsächlichen Verhalten. Zusätzlich sollen aber auch Asylsuchende im laufenden Verfahren, die straffällig oder renitent sind, geschlossen untergebracht werden.³⁷ Schliesslich machen einzelne Vorstösse die Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft sowohl für Asylsuchende als auch für abgewiesene Asylsuchende vom tatsächlichen Verhalten der betroffenen Person abhängig. Sie fordern die Massnahme für alle straffälligen oder renitenten (abgewiesenen) Asylsuchenden.³⁸

³⁶ P 10.226, A 11.114 und M 12.37.

³⁷ P 10.77, A 11.114 und I 11.301.

³⁸ P 12.113, ebenso Standesinitiative Kanton Aargau (Fn. 20).

[Rz 33] An dieser Stelle sind die Begriffe Asylsuchende, abgewiesene Asylsuchende, vorläufig aufgenommene Personen, renitent, kriminell und straffällig für die Zwecke des vorliegenden Artikels zu klären: Als **Asylsuchende** werden alle Personen bezeichnet, die ein Asylgesuch gestellt haben und deren Gesuch noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Sie befinden sich im laufenden Asylverfahren. Zu den **abgewiesenen Asylsuchenden** zählen diejenigen Personen, deren Asylgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde. Nicht alle abgewiesenen Asylsuchenden unterstehen aber der Verpflichtung, die Schweiz unmittelbar zu verlassen. Sind die Bedingungen im Herkunftsland dermassen, dass eine Rückkehr nicht möglich ist, werden auch die abgewiesenen Asylsuchenden **vorläufig aufgenommen**, erhalten aber nicht den Status anerkannter Flüchtlinge. Ist die Rückkehr hingegen möglich, ist der abgewiesene Asylsuchende **ausreisepflichtig** und es dürfen gegen ihn, sofern konkrete Anzeichen bestehen, dass sich die Person der Ausreise widersetzt, Zwangsmassnahmen zum Vollzug der Ausreise zur Anwendung gelangen. Als **renitent** werden im Zusammenhang mit dem Asylwesen gemeinhin Personen bezeichnet, welche den Anforderungen der Behörde nicht Folge leisten, oder gegen die Hausordnung ihrer Unterkunft verstossen.³⁹ Als **straffällig** werden Personen bezeichnet, die in der Vergangenheit für einen Verstoss gegen das Strafrecht rechtskräftig verurteilt wurden. Nicht als straffällig bezeichnet werden können Personen, gegen die zwar ein strafprozessuales Verfahren läuft, die aber noch nicht rechtskräftig verurteilt sind (Unschuldsvermutung). Der Begriff der **kriminellen** Personen, der in den politischen Vorstössen immer wieder Verwendung findet, wird in diesem Artikel als Synonym für straffällig verstanden.

[Rz 34] Für die nachfolgende Beurteilung der Rechtmässigkeit geschlossener Asylunterkünfte ist es bedeutsam, ob die Massnahme Personen alleine auf Grund ihres Status als Asylsuchende oder abgewiesene Asylsuchende erfassen soll und es sich damit um eine generell-abstrakte, kategorisch ausgesprochene Präventivmassnahme handelt; oder ob zusätzlich zum Status auch das persönliche Verhalten der Betroffenen berücksichtigt und damit eine individuell-konkrete Massnahme gegenüber einer tatsächlich vorliegenden Gefahr oder Störung eingeführt wird.

4. Zweck

[Rz 35] Die politischen Vorstösse zur Einführung geschlossener Unterkünfte werden mit drei unterschiedlichen Zwecken begründet: Am häufigsten wird in den parlamentarischen Vorstössen der **sicherheitspolizeiliche Zweck**, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen, angeführt.⁴⁰ Als zweites wird der **fremdenpolizeiliche Zweck** der geordneten Organisation des Asylverfahrens und des Vollzugs der Rückreise angeführt. Insbesondere soll verhindert werden, dass Asylsuchende untertauchen oder durch ihr Verhalten die geordneten Abläufe im Asylverfahren oder in den Unterkünften stören.⁴¹ Drittens sehen vereinzelte Vorstösse die Massnahme als verschärftes **Spezialstrafrecht** für (abgewiesene) Asylsuchende. Sie soll einerseits dazu dienen, die Schwelle für präventive strafprozessuale Vorkehren gegenüber (abgewiesenen) Asylsuchenden zu

³⁹ Die Definition des Begriffs «renitent» wird teilweise mit dem in Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG enthaltenen Formulierung gleichgesetzt, wo von «asylsuchenden Personen, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden oder den ordentlichen Betrieb der Empfangsstellen erheblich stören» die Rede ist, siehe z. B. Antwort des Regierungsrats zu P 12.38, WIDMER RAPHAEL, Vereinbarkeit besonderer Zentren für renitente Asylbewerber mit der Bewegungsfreiheit und den Garantien beim Freiheitsentzug, Sicherheit & Recht 1/2013, S. 17.

⁴⁰ Sämtliche Vorstösse, siehe z. B. P 10.77, P 12.38, P 12.113 und I 11.301: Es soll insbesondere verhindert werden, dass Asylsuchende «ungehindert Einwohnerinnen und Einwohner belästigen oder bedrohen» können.

⁴¹ I 11.168, ähnlich auch P 12.113 und P 11.132.

senken⁴² und andererseits Asylsuchende härter für kriminelle Handlungen zu bestrafen. Asylsuchenden soll nach dieser Auffassung auch dann für begangene Straftaten die Freiheit entzogen werden, wenn dies unter Anwendung des Strafrechts nicht möglich ist, beispielsweise weil das Strafmass der Haft als nicht ausreichend erscheint oder der strafrechtliche Freiheitsentzug bereits verbüsst wurde.⁴³

II. Kompetenzverteilung: Sind geschlossene kantonale Asylunterkünfte mit dem Bundesrecht vereinbar?

[Rz 36] Zunächst wird geprüft, ob das Bundesrecht — konkret das Asyl- und Ausländerrecht — den Kantonen Raum lässt, um selbstständig über die Einrichtung geschlossener Asylunterkünfte zu entscheiden. Es ist zunächst zu prüfen, ob das Bundesrecht die Frage der Zulässigkeit geschlossener Asylunterkünfte abschliessend regelt. Aus der vorhergehenden Zusammenstellung der rechtlichen Grundlagen ergibt sich, dass geschlossene Unterkünfte im Bundesrecht nicht vorgesehen sind. Es fragt sich, ob es sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers handelt, oder ob die Wahl geschlossener Unterkünfte als Teil der kantonalen Vollzugskompetenz den Kantonen überlassen bleibt.

A. Grundzüge der Kompetenzverteilung im Ausländer- und Asylrecht

[Rz 37] Nach Art. 3 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Die Kantone üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind. Dieser Grundsatz wird in Art. 42 BV und Art. 43 BV konkretisiert: Der Bund erfüllt jene Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 BV); die Kantone bestimmen selbst, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen (Art. 43 BV).⁴⁴ Übt der Bund seine Kompetenz in einem bestimmten Bereich durch den Erlass von Bundesrecht aus, geht dieses Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (derogatorische Kraft des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 BV).⁴⁵

[Rz 38] Dem Bund kommt im Bereich des Ausländer- und Asylrechts eine umfassende, nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz zu. Dies ergibt sich aus Art. 121 Abs. 1 BV, wonach die «Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl» Sache des Bundes ist.⁴⁶ Die

⁴² P 10.77, P 10.226, P 12.38 und P 12.113.

⁴³ Siehe z. B. die entsprechenden Forderungen in P 10.77, P 11.132, P 10.226; siehe auch die Antwort des Regierungsrats zu P 12.38, M 12.37 und P 10.226.

⁴⁴ SCHWEIZER, in Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2 Bde., 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. AUTOR, St. Galler Kommentar, Art.), Rz. 10 ff. zu Art. 3 BV, Rz. 9 f. zu Art. 42 BV und Rz. 5 ff. zu Art. 43 BV; BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007, Rz. 3 ff. zu Art. 3 BV, Rz. 1 ff. zu Art. 42 und 43 BV; RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 630 und 681 ff.; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, Rz. 1 ff. zu §19; MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure (Band 1), Droits fondamentaux (Band 2), 3. Aufl., Basel 2015, Band I, Rz. 97.

⁴⁵ RUCH, St. Galler Kommentar, Rz. 3 ff. zu Art. 49 BV; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 2 ff. zu Art. 49 BV; RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 743 ff.; TSCHANNEN (Fn. 44), Rz. 2 ff. zu §22; MAHON (Fn. 44), Band I, Rz. 112.

⁴⁶ BBl 1996 I 336: «Der Artikel übernimmt die bisherige Kompetenzordnung im Ausländerrecht und räumt dem Bund

von Volk und Ständen angenommenen Verfassungsbestimmungen Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV, Art. 121a BV und Art. 197 Ziff. 8 und 11 BV (Volksinitiativen «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer [Ausschaffungsinitiative]» und «Gegen Masseneinwanderung») ändern die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Ausländer- und Asylrecht nicht, sondern konkretisieren die Art und Weise der Wahrnehmung der bestehenden Kompetenzen.⁴⁷

[Rz 39] Der Bund hat gestützt auf seine umfassende Rechtsetzungskompetenz das AuG und das AsylG erlassen. Zudem hat er verschiedene internationale Verträge abgeschlossen. Damit hat der Bund seine umfassende Kompetenz abschliessend wahrgenommen. Für die Kantone bedeutet dies, dass ihnen grundsätzlich keine Rechtsetzungskompetenz zur Regelung des Ausländer- und Asylwesens zukommt.⁴⁸

[Rz 40] Entsprechend dem in Art. 46 Abs. 1 BV festgehaltenen Grundsatz des Vollzugsföderalismus steht den Kantonen grundsätzlich die Kompetenz für den Vollzug⁴⁹ des Ausländer- und Asylrechts zu. Die Kantone setzen das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um.⁵⁰ Von dieser Vollzugskompetenz sind diejenigen Aufgaben ausgenommen, die das Bundesgesetz dem Bund selbst zuweist.

[Rz 41] Die Vollzugs- oder Umsetzungskompetenz der Kantone umfasst auch die Konkretisierung des Bundesrechts. Die Konkretisierung kann sowohl durch kantonale Rechtsetzung als auch durch anwendende Einzelakte der kantonalen Verwaltung und Gerichte erfolgen. Weiter erstreckt sich die Umsetzungskompetenz der Kantone auch auf die Auswahl der passenden Organisationsstrukturen und Verfahrensabläufe. Der Bund kann den Kantonen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe Vorgaben zur Umsetzung machen, belässt ihnen aber einen möglichst grossen Gestaltungsspielraum. Sekundäre Vollzugspflichten auf Verordnungsstufe sind zulässig, bedürfen aber einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Mit Vollzugsvorgaben darf der Bund die richtige, rechtzeitige und adäquate Aufgabenerfüllung durch die Kantone sicherstellen, muss da-

in Absatz 1 eine umfassende, nachträglich derogierende Gesetzgebungskompetenz ein (Ein- und Ausreise, Aufenthalt, Niederlassung).»; BBl 2002 3709, 3768; THURNHERR, St. Galler Kommentar, Rz. 3 zu Art. 121 BV; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 6, 9 und 11 zu Art. 121 BV; GÄCHTER, in Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (zit. AUTOR, in AuG-Handkommentar, Art.), Rz. 3 f. zu Art. 1 AuG; TSCHANNEN (Fn. 44), Rz. 33 zu §20; MAHON (Fn. 44), Band I, Rz. 106 S. 135.

⁴⁷ THURNHERR, St. Galler Kommentar, Rz. 5 zu Art. 121 BV; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Rz. 20 f. zu Art. 121a BV; EPINEY ASTRID, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art 197 Ziff. 9 BV, in: Jusletter 2. Juni 2014; UEBERSAX PETER, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf zur Umsetzung von Art. 121a BV, in: Jusletter 16. März 2015.

⁴⁸ BBl 2002 3709, 3768; THURNHERR, St. Galler Kommentar, Rz. 24 (AuG) und 29 (AsylG) zu Art. 121 BV; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 6 und 11 zu Art. 121 BV; GÄCHTER, in AuG-Handkommentar, Rz. 3 zu Art. 1 AuG; TSCHANNEN (Fn. 44), Rz. 33 und 47 zu §20; BGE 127 II 49, E. 3.a; BGE 129 I 392 E. 3.3: «Gemäss Art. 121 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl Sache des Bundes. Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes ist insoweit umfassend. Der Bund hat davon einen weiten Gebrauch gemacht, so dass kein Raum mehr bleibt für kantonale Regelungen. Die Kantone haben im Wesentlichen lediglich Vollzugsaufgaben.» Ebenso Urteil des Bundesgerichts 1C_209/2014 vom 4. März 2015 E. 5.

⁴⁹ Die Begriffe *Vollzug* und *Umsetzung* sind weitgehend synonym zu verstehen. In der neuen Verfassung sollte mit der Verwendung des Wortes *Umsetzung* aber betont werden, dass sich die Kantone nicht mechanisch betätigen sondern vielmehr eigenständige Entscheide fällen für ihre Aufgabe, EGLI, St. Galler Kommentar, Rz. 9 zu Art. 46 BV; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 2 zu Art. 46 BV.

⁵⁰ EGLI, St. Galler Kommentar, Rz. 14 ff. zu Art. 46 BV; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 2 ff. zu Art. 46 BV; RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. BGE 129 I 392 E. 3.3; TSCHANNEN (Fn. 44), Rz. 10 zu §16; MAHON (Fn. 44), Band I, Rz. 88. Auf die in Art. 69ter aBV enthaltene Aufzählung der kantonalen Vollzugsaufgaben wurde in der neuen BV verzichtet, «da sie die umfassende Kompetenz des Bundes nicht beschränken und bereits ihren Niederschlag in der Gesetzgebung gefunden haben», BBl 1996 I 336; EGLI, St. Galler Kommentar, Rz. 1 ff. zu Art. 46 BV.

bei aber die Gestaltungsfreiheit der Kantone wahren (Art. 46 Abs. 3 BV und Art. 47 BV).⁵¹

[Rz 42] Das Ausländergesetz überlässt seinen Vollzug weitgehend den Kantonen. Sie dürfen die für den Vollzug des Ausländerrechts notwendigen Bestimmungen erlassen (Art. 124 Abs. 2 AuG). Die Kantone bezeichnen selbst, welche ihrer Behörden für die ihnen übertragenen Vollzugskompetenzen zuständig sind. Der Bund überwacht seinerseits lediglich die Umsetzung des Ausländerrechts durch die Kantone (Art. 124 Abs. 1 AuG).⁵²

[Rz 43] Im Asylrecht behält sich der Bund demgegenüber weitreichende Vollzugskompetenzen vor. Diese umfassen sowohl den Entscheid über die Gewährung oder die Verweigerung des Asyls als auch den Entscheid über die Wegweisung aus der Schweiz (Art. 6a AsylG). Für abgewiesene Asylsuchende ordnet das SEM die Wegweisung aus der Schweiz und deren Vollzug an (Art. 44 AsylG), sofern nicht Wegweisungsvollzugshindernisse nach Art. 83 AuG vorliegen. Der Vollzug der Wegweisung selbst kommt den Kantonen zu (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} AsylG). Die Weg- oder Ausweisung von Flüchtlingen durch die Kantone muss den Anforderungen des Ausländergesetzes genügen (Art. 65 AsylG). Der Vollzug der Wegweisung ist eine kantonale Kompetenz (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} AsylG). **Die Kantone sind nach Art. 28 Abs. 2 AsylG ausdrücklich für den Betrieb der kantonalen Unterkünfte zuständig und dürfen zu diesem Zweck Bestimmungen erlassen und Massnahmen ergreifen.** Das Bundesrecht räumt den Kantonen für den Vollzug des Asylrechts in Art. 73 ff. AuG zudem spezifische Möglichkeiten ein, Zwangsmassnahmen anzuordnen.⁵³ Diese Grundzüge der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen sollen auch nach der Neustrukturierung des Asylwesens nach aktuellem Revisionsvorhaben grundsätzlich unverändert bleiben.⁵⁴

[Rz 44] Zusätzlich zur Festlegung der zulässigen Unterkunftsarten nach AsylG und der zulässigen Zwangsmassnahmen nach AuG auferlegt das Bundesrecht den Kantonen die Pflicht, beim Vollzug des Bundesrechts den Bedürfnissen besonders verletzlicher Personengruppen Rechnung zu tragen. Alle Behörden müssen im Vollzug des Asyl- und Ausländerrechts die Einheit der Familie und das Kindeswohl achten (Art. 16c der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen [AsylV 1] — siehe aber Art. 34 AsylV 1 zum gestaffelten Vollzug der Wegweisung; Art. 4 Abs. 1 der Testphasenverordnung [TestV]). Explizit ist im AsylG zudem ein besonderer Umgang mit minderjährigen Asylsuchenden verankert (Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG; Art. 5 SchutzV; Art. 7 AsylV 1). Diese Verpflichtungen gegenüber besonders verletzlichen Personen sind im Bundesrecht und in zahlreichen für die Schweiz verbindlichen internationalen Verträgen weiter konkretisiert.⁵⁵

⁵¹ EGLI, St. Galler Kommentar, Art. 46 BV und 47 BV; RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 608 ff.; TSCHANNEN (Fn. 44), Rz. 11 f. zu §16; BGE 127 II 49 E. 3.a; BGE 138 IV 40 E. 2.2.4; BGE 128 I 254 E. 3.8.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_360/2009 vom 23. Juni 2009 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 1C_346/2009 vom 6. November 2009 E. 3.2.

⁵² BBl 2002 3709, 3768. Dem Bund kommt aber gemäss Art. 98 Abs. 1 AuG eine subsidiäre Vollzugskompetenz zu für alle Aufgaben, die nicht ausdrücklich den kantonalen Behörden vorbehalten sind.

⁵³ Für Zwangsmassnahmen nach Testphasenverfahren siehe Art. 39 TestV.

⁵⁴ Arbeitsgruppe Neustrukturierung, Gesamtplanung Neustrukturierung des Asylbereichs, Schlussbericht vom 18. Februar 2014, S. 23 f.; Gemeinsame Erklärung der Asylkonferenz vom 28. März 2014.

⁵⁵ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 308 ff.; BBl 2010 4455, 4488; BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 23, zur Einheit der Familie bei Einweisungen in *besondere* Unterkünfte; HUGI YAR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.109 ff. (spezifisch in Bezug auf die Zwangsmassnahmen); BRYNER, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 24.1 ff. (spezifisch zu Frauen im Asylverfahren); POSSE-OUSMANE SAMAH/PROGIN-THEUERKAUF SARAH, Le regroupement familial des ressortissants d'Etats tiers en Europe, in: Jusletter 16. März 2015 (spezifisch zu Kindeswohl, Einheit der Familie und Familiennachzug). Siehe aus der neueren Praxis des EGMR, *Tarakhel g. Schweiz*, Nr. 29217/12, vom 4. November 2014 Ziff. 116—122; und des Bundesgerichts BGE 137 I 113 E. 6.2.

B. Kompetenzen für Asylunterkünfte nach AsylG

[Rz 45] Im Folgenden wird untersucht, ob die Kompetenz der Kantone, die Asylunterkünfte nach Art. 28 Abs. 2 AsylG selbstständig zu organisieren, auch die Kompetenz umfasst, eine gegenüber den bundesrechtlichen Bestimmungen restriktivere Unterkunftsart vorzusehen, oder ob die Kompetenz darauf beschränkt ist, den Betrieb der Unterkünfte im Rahmen der bundesrechtlich vorgegebenen Unterkunftsarten auszugestalten.

[Rz 46] Das Migrationsrecht lässt — wie zu Beginn dargestellt (I.B.1) — einen kaskadenartigen Aufbau in Bezug auf die Intensität der unterschiedlichen Unterbringungsarten für Asylsuchende erkennen. Aus diesem im Bundesrecht vorgesehenen Stufenbau in der Unterbringung wird deutlich, dass die Kantone in der Frage der Unterbringung keineswegs vollständig frei sind. Die Kantone müssen sich im Vollzug des Asylrechts an diesen stufenförmigen Aufbau halten und die Asylsuchenden entsprechend der bundesrechtlichen Systematik adäquat unterbringen. Die Kantone sind verpflichtet, die Asylsuchenden in derjenigen Unterkunft unterzubringen, die entsprechend ihrer persönlichen Voraussetzungen nicht mehr als notwendig in die Bewegungsfreiheit eingreift (das ergibt sich entsprechend aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dazu ausführlich unten III.A.3.d.).

[Rz 47] Das Bundesrecht kennt drei *normale* Unterkunftsarten, welche die Bewegungsfreiheit am wenigsten stark einschränken: Empfangs- und Verfahrenszentren, Testphasenzentrum und kantonale Unterkünfte. Weiter vorgesehen sind die stärker in die Bewegungsfreiheit eingreifenden *besonderen* Zentren und die als Freiheitsentzug ausgestalteten Flughafenunterkünfte. Die Bedeutung der kaskadenförmigen Organisationsstruktur aus dem Bundesrecht wird im Folgenden durch die detaillierte Darstellung der einzelnen Unterkunftsarten verdeutlicht:

1. Unterkunftsarten des Asylwesens im Detail

a) Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes (Art. 26 Abs. 1 AsylG)

[Rz 48] Der Bund errichtet und betreibt Empfangs- und Verfahrenszentren, in welchen die Asylsuchenden nach Ankunft in der Schweiz ihr Asylgesuch einreichen und die erste Phase des Verfahrens verbringen. Das EJPD erlässt Bestimmungen, um ein rasches Verfahren und den geordneten Betrieb sicherzustellen (Art. 26 Abs. 3 AsylG). Damit hat die Bundesversammlung der Exekutive die Kompetenzen übertragen, organisatorische Aspekte zu regeln wie beispielsweise die Öffnungszeiten, die Zugangsrechte für Dritte, die Ausgangsmöglichkeiten für die Untergebrachten und der Umgang mit persönlichen Effekten.⁵⁶ Der Betrieb sämtlicher Unterkünfte, die vom Bund geführt werden, richtet sich im Einzelnen nach der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich (nachfolgend *AsylV EJPD*). Nach dieser Verordnung gelten für alle vom Bund betriebenen Unterkünfte folgende Organisationsstrukturen: Die Unterbringung erfolgt getrennt nach Geschlecht, wobei die Bedürfnisse von Familien und Kindern nach Möglichkeit besonders zu beachten sind (Art. 4). Die Grundversorgung aller muss gewährleistet sein (Art. 5). Alle Untergebrachten sind auf Anordnung zur Hilfe bei Hausarbeiten verpflichtet (Art. 6). Sie können zudem unter Umständen an Beschäftigungsprogrammen teilnehmen (Art. 6a). Die Unterkünfte sind für Dritte, abgesehen von einzelnen Ausnahmen, nicht frei zugänglich (Art. 2, Ausnahmen Art. 9 f.). Das Sicherheitspersonal darf Personen- und Sachenkontrollen

⁵⁶ BGE 128 II 156 E. 2.b.

durchführen (Art. 3). Die Kommunikation per Post und Telefon ist frei (Art. 7). Besuch kann von 14h00 bis 16h30 in dafür bezeichneten Räumen empfangen werden (Art. 10). Die Nachtruhe dauert von 22h00 bis 06h00 (Art. 8 Abs. 3). Jeder Ausgang ist nur mit einer schriftlichen Bewilligung und nur von 09h00 bis 17h00, respektive von Freitag 09h00 bis Sonntag 19h00 zulässig (Art. 11 Abs. 1 und 2). Die Verweigerung des Ausgangs erfolgt formlos, muss aber bei Dauer über einen Tag oder bei mehrmals hintereinander erfolgter Verweigerung auf Verlangen per Verfügung erfolgen (Art. 12). Weiter besteht die Möglichkeit, Personen, die die Ruhe stören oder Anordnungen des Personals nicht befolgen, für maximal 24 Stunden mittels Verfügung aus der Empfangsstelle auszuschliessen (Art. 13).⁵⁷

b) Testphasenzentren (Art. 112b AsylG)

[Rz 49] Die Einrichtung sogenannter Testphasenzentren — bisher besteht ein einziges in Zürich — soll dazu dienen, beschleunigte Asylverfahrensabläufe auf ihre Tauglichkeit zu testen. Dem Testverfahren zugewiesen werden Personen, die in einem gewöhnlichen Empfangs- und Verfahrenszentrum des Bundes bereits ihr Asylgesuch eingereicht haben. Die Auswahl erfolgt per Zufallsprinzip (Art. 4 Abs. 1 TestV). Die Testphasenzentren sind Bundeszentren und werden vom SEM geführt (Art. 9 TestV). Sofern im Bundeszentrum nicht ausreichend Plätze zur Verfügung stehen, können Asylsuchende, deren Gesuch der Testphase zugewiesen wurde, in einem kantonal oder kommunal geführten Zentrum untergebracht werden (Art. 11 Abs. 1 TestV). Diese müssen «eine angemessene Unterbringung, Betreuung und Beschäftigung» gewährleisten, «Sozialhilfe und Nothilfe ausrichten», «die medizinische Betreuung sowie den Grundschulunterricht für Kinder» sicherstellen und die «notwendigen Sicherheitsvorkehrungen» treffen, um «einen geordneten Betrieb» sicherzustellen (Art. 11 Abs. 2 TestV, zu den Leistungen siehe auch Art. 31 f. TestV). Die Höchstdauer für den Aufenthalt in einem Testphasenzentrum beträgt 140 Tage, kann jedoch «angemessen verlängert werden, wenn dies den raschen Abschluss des Asylverfahrens befördert» (Art. 9 Abs. 6 TestV).⁵⁸

c) Unterkünfte für Asylsuchende der Kantone (Art. 28 AsylG)

[Rz 50] Nach der ersten Phase des Asylverfahrens, während derer die Asylsuchenden in Bundeszentren untergebracht sind, werden sie einem Kanton zugewiesen. Die Kantone sind für den Betrieb der kantonalen Unterkünfte für Asylsuchende zuständig. **Im Rahmen dieser Kompetenz sind die Kantone explizit dazu befugt, Bestimmungen und Massnahmen zu erlassen, um den geordneten Betrieb der Unterkünfte sicherzustellen (Art. 28 Abs. 2 AsylG). Art. 28 Abs. 2 AsylG ist die zentrale einfach-rechtliche Bestimmung für die Frage der Zulässigkeit von geschlossenen Unterkünften.** Ihr Gehalt ist durch Auslegung zu ermitteln. Diese erfolgt unten (II.B.2.). Den Kantonen wird explizit das Recht eingeräumt, Asylsuchende in kollektiven Unterkünften unterzubringen (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 AsylG). Flüchtlingsgruppen werden wie Einzel-

⁵⁷ Zu den ausführenden Bestimmungen über die Empfangs- und Verfahrenszentren hat sich das Bundesgericht in BGE 128 II 156 geäussert, siehe z. B. E. 2.a: «Les centres d'enregistrement ne sont pas simplement des bureaux où les requérants d'asile doivent s'annoncer et participer à des auditions. Il s'agit plutôt de bâtiments disposant notamment de réfectoires et de dortoirs; les centres d'enregistrement doivent être de véritables locaux collectifs»; zu den Verfahrensrechten bei Ausgangsverweigerung dort E. 2.b und E. 3 bis 4. Zu den Empfangs- und Verfahrenszentren siehe auch CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 296 ff.

⁵⁸ Zum Testverfahren siehe BBl 2014 2087, 2092, 2096 f.; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 306—308.

personen auf die Kantone verteilt. Der Bund hat aber die Möglichkeit, Angehörige einer Gruppe derselben Unterkunft zuzuordnen (Art. 57 AsylG).⁵⁹

d) Besondere Unterkünfte für Asylsuchende von Bund und Kantonen (Art. 26 Abs. 1bis AsylG)

[Rz 51] Neben den *normalen* Unterkünften nach Art. 28 AsylG steht dem Bund und den Kantonen mit dem neu geschaffenen Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG die Möglichkeit zu, Asylsuchende, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden oder die durch ihr Verhalten den geordneten Betrieb der Empfangs- und Verfahrenszentren (Art. 26 Abs. 1bis Satz 1 AsylG) oder der *normalen* kantonalen Unterkünfte (Art. 26 Abs. 1^{bis} Satz 2 AsylG) erheblich stören, in einem *besonderen* Zentrum unterzubringen. Solche *besonderen* Zentren werden durch das SEM oder die kantonalen Behörden errichtet und geführt (Art. 26 Abs. 1^{bis} Satz 1 AsylG). Zweck der Unterbringung in einem *besonderen* Zentrum ist es, «einen möglichst störungsfreien, sicheren und wirksamen Betrieb in den Asylunterkünften zu gewähren, was zu einer Beschleunigung des Asylverfahrens beiträgt.» (siehe zum Umfang der kantonalen Organisationskompetenz nach Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG unten II.B.3).⁶⁰

[Rz 52] Für die *besonderen* Zentren hat der Bundesrat in Art. 16b und 16c Asylverordnung 1 (AsylV 1) die Voraussetzungen der Zuweisung konkretisiert und das Verfahren näher festgelegt. Eine *Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* liegt demnach vor, «wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Verhalten der asylsuchenden Person mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt» (Art. 16b Abs. 2 AsylV 1). Die dabei vorzunehmende Einschätzung muss unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls erfolgen.⁶¹

[Rz 53] Eine *erhebliche Störung des Betriebs einer Empfangsstelle* liegt dann vor, wenn die asylsuchende Person «die Hausordnung der Empfangsstelle grob verletzt, insbesondere weil sie Waffen oder Betäubungsmittel besitzt oder aufbewahrt, oder ein Ausgangsverbot wiederholt missachtet» (Art. 16b Abs. 3 lit. a AsylV 1), «sich den Verhaltensanweisungen des Leiters oder der Leiterin der Empfangsstelle [] widersetzt und dadurch insbesondere das Personal oder andere Asylsuchende wiederholt belästigt, bedroht oder gefährdet» (lit. b), oder «wiederholt den ordentlichen Betrieb der Empfangsstelle behindert, insbesondere durch die Verweigerung von Hausarbeiten oder die Missachtung der Nachtruhe» (lit. c). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Die Schwere des Verstosses gegen die Hausordnung muss zudem nach der Art der verletzten Regel differenziert beurteilt werden. Nach den Ausführungen des damaligen BFM rechtfertigen leichte Verstösse gegen die Hausordnung wie beispielsweise verspätete Rückkehr in die Empfangsstelle nur bei wiederholter Begehung eine Einweisung in eine *besondere* Unterkunft. Als schwer zu bewerten sei hingegen das unentschuldigte Wegbleiben von der Asylunterkunft, wenn die Anwesenheit für

⁵⁹ Zur Zuweisung an die Kantone siehe CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 300 f.

⁶⁰ BBl 2014 2087, 2095; zu den *besonderen* Unterkünften im Detail WIDMER (Fn. 39).

⁶¹ Der Gefährdungsbegriff entspricht damit gemäss dem BFM «sinngemäss» der Definition von Artikel 80 Abs. 2 der Verordnung über die Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE) (Präzisierung von Art. 62 lit c. AuG und Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG), BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Ordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 23 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 2.1.; analog auch der Begriff in Art. 74 ff. AuG, dazu unten (II.C.1.a).

das Verfahren notwendig gewesen wäre.⁶² Das SEM und die Kantone müssen beim Entscheid über die Einweisung in eine *besondere* Unterkunft den Grundsatz der Einheit der Familie wahren (Art. 16b Abs. 1 AsylV 1). Zudem ist die Endverfügung über die Zuweisung beschwerdefähig (Art. 16b Abs. 6 AsylV 1). Der Aufenthalt in der *besonderen* Unterkunft ist zeitlich auf die maximale Dauer von 140 Tagen beschränkt (Art. 16c Abs. 2 AsylV 1).⁶³ Die Einweisung muss verhältnismässig sein und darf nur erfolgen, wenn «der Verbleib einer Person in einer Empfangsstelle als nicht mehr angebracht» erscheint.⁶⁴

e) Unterkünfte an Flughäfen (Art. 22 AsylG)

[Rz 54] Personen, die über den Luftweg in die Schweiz zu gelangen versuchen, gelten erst dann als eingereist, wenn sie die Passkontrolle am Flughafen passiert haben. Um der Einreise der Asylsuchenden zuvorzukommen, werden am Flughafen gestellte Asylgesuche nach dem sogenannten Flughafenverfahren bearbeitet (Art. 22 und 23 AsylG). Dabei steht dem SEM die Möglichkeit offen, die Einreise vorläufig zu verweigern (Art. 22 Abs. 2 AsylG). Zeitgleich muss das SEM die Asylsuchenden aber einem Aufenthaltsort zuweisen und für eine angemessene Unterkunft sorgen sowie deren Kosten übernehmen (Art. 22 Abs. 3 AsylG und Art. 12 Abs. 2 AsylV 1). Die Flughafenbetreiber sind ihrerseits dafür verantwortlich, dass am Flughafen kostengünstige Unterkünfte zur Verfügung stehen (Art. 22 Abs. 3 AsylG).

[Rz 55] Wer am Flughafen festgehalten wird, erhält innert zwei Tagen nach Anhörung eine Verfügung über die Verweigerung der Einreise und die Zuweisung eines Aufenthaltsortes (Art. 22 Abs. 4 AsylG). Die Festhaltung am Flughafen darf maximal 60 Tage dauern und kann nach einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid in Ausschaffungshaft umgewandelt werden (Art. 22 Abs. 5 AsylG). Festgehaltene Personen dürfen sich frei im nichtöffentlichen Teil des Flughafens bewegen und haben Anspruch auf einen täglichen Spaziergang im Freien (Art. 15 AsylV EJPD). Zudem ist der Zutritt von Seelsorgerinnen und Rechtsvertreterinnen gewährleistet (Art. 16 AsylV EJPD).⁶⁵

2. Umfang der kantonalen Organisationskompetenzen nach Art. 28 Abs. 2 AsylG

[Rz 56] Zu beurteilen bleibt, ob die Aufzählung der Unterkunftsarten im Bundesrecht abschliessend ist oder ob den Kantonen im Rahmen ihrer Vollzugskompetenzen nach Art. 28 Abs. 2 AsylG Raum zukommt, weitere, insbesondere restriktivere Unterkunftsarten vorzusehen.

[Rz 57] Nach Art. 28 Abs. 2 AsylG stellen die Kantone den geordneten Betrieb der Asylunterkünfte sicher und können zur Ausführung dieser Aufgabe Bestimmungen erlassen und Massnahmen ergreifen. Die Bestimmung von Art. 28 Abs. 2 AsylG ist eine Gesetzesdelegation vom Bund an

⁶² BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 24.

⁶³ BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 22 ff.

⁶⁴ BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 23 f.

⁶⁵ BBl 2010 4455, 4491; BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 6 ff.; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 301 f.

den Kanton.⁶⁶ Nach Art. 164 Abs. 1 BV müssen alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden. Namentlich erwähnt sind unter anderem die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (lit. b) und die Verpflichtungen der Kantone beim Vollzug des Bundesrechts (lit. f). Die Einführung einer neuen Unterkunftsart betrifft die Verpflichtungen der Kantone beim Vollzug des Bundesrechts. Die Unterbringung in geschlossene Unterkünfte greift in schwerwiegender Weise in die Grundrechte der Betroffenen ein, insbesondere etwa in deren Bewegungsfreiheit (siehe dazu ausführlich unten III.A.1). Der dafür erforderliche Rechtssatz muss nach Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV in einem formellen Gesetz enthalten sein (dazu ausführlich unten III.A.3.a). Eine derart grundsätzliche rechtsetzende Bestimmung kann nur in Gesetzesform von jenem Staatsorgan gefällt werden, dass auch die Rechtsetzungskompetenz im betroffenen Rechtsbereich inne hält.⁶⁷ Dies ist im Asylwesen der Bundesgesetzgeber (siehe dazu oben II.A). Nach Art. 164 Abs. 1 lit. b BV ist entsprechend eine Grundlage in einem Bundesgesetz erforderlich.

[Rz 58] Nach Art. 164 Abs. 2 BV können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Verfassung ausgeschlossen wird. In ständiger und unbestrittener Rechtsprechung müssen zudem folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit die Delegation der Rechtssetzungskompetenzen rechtmässig ist: Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein, sie muss sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränken und die Grundzüge der delegierten Materie, d. h. die wichtigen Regelungen, müssen im Gesetz selbst enthalten sein.⁶⁸

[Rz 59] Diese Voraussetzungen sind für die in Art. 28 Abs. 2 AsylG vorgesehene Delegation vom Bund an die Kantone nur dann erfüllt, wenn die kantonalen Normen *normale* oder *besondere* Unterkünfte betreffen. Im Asylgesetz sind die Grundzüge der einzelnen Unterkunftsarten mit ausreichender Bestimmtheit festgelegt (Art. 26 AsylG (Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes), Art. 112b AsylG (Testphasenzentren des Bundes); Art. 28 Abs. 2 AsylG (*normale* kantonale Unterkünfte); Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG (*besondere* Unterkünfte des Bundes oder der Kantone); Art. 22 f. AsylG (Flughafenunterkünfte)). Die Delegation der Rechtsetzungskompetenz über die Organisation der *normalen* und der *besonderen* Unterkünfte vom Bund an die Kantone erfüllt die Anforderungen an die Gesetzesdelegation. Die Kantone können gestützt auf Art. 28 Abs. 2 AsylG die für den Vollzug notwendigen Rechtssätze erlassen. Die Gesetzesdelegation ist entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung jedoch auf die für den geordneten Betrieb notwendigen Bestimmungen und Massnahmen wie beispielsweise die Öffnungszeiten, den Umgang mit persönlichen Effekten, oder von Sicherheitskontrollen beschränkt.⁶⁹ Es ist mit dem Text von Art. 28 Abs. 2 AsylG, wonach die Kantone Bestimmungen über die Unterkunftsmodalitäten für den geordneten Betrieb der Unterkünfte erlassen können, nicht vereinbar, diese Bestimmung als Delegation

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 1C_109/2014 vom 4. März 2015 E. 5: «Art. 28 Abs. 2 des Asylgesetzes [] überträgt den Kantonen die Kompetenz, Asylsuchenden eine Unterkunft zuzuweisen und sie insbesondere kollektiv unterzubringen.» Siehe BGE 128 II 156 E. 2.b. (in Analogie) zur Gesetzesdelegation von Art. 26 Abs. 3 AsylG von der Bundesversammlung an das EJPD für die Bestimmungen, «um ein rasches Verfahren und einen geordneten Betrieb sicherzustellen». Zur Delegation von Bundesaufgaben an die Kantone zur Rechtsetzung oder zum Vollzug in der Sache siehe detailliert TSCHANNEN (Fn. 44), Rz. 13 ff. zu §22.

⁶⁷ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar, Rz. 4 ff. und 27 ff. zu Art. 164 BV; RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 1198 ff.

⁶⁸ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar, Rz. 33 ff. zu Art. 164 BV; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 407.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 1C_109/2014 vom 4. März 2015 E. 5; BGE 128 II 156 E. 2.b. in Analogie für die Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes.

der Rechtsetzungskompetenz über die Unterkunftsarten an das Vollzugsorgan zu verstehen.⁷⁰ Es wäre verfehlt und mit dem Legalitätsprinzip nicht zu vereinbaren, in Art. 28 Abs. 2 AsylG die Delegation für alle weitergehenden Massnahmen, die unweigerlich auch bedeutend stärker in die Bewegungsfreiheit eingreifen, zu erkennen. Ein solcher Eingriff findet in den bundesrechtlichen Bestimmungen über die Unterkünfte keine gesetzliche Grundlage. Art. 28 Abs. 2 AsylG enthält keinen Hinweis darauf, dass die Gesetzesdelegation auch die Rechtsetzungskompetenz umfasst, eigenständig neue Unterkunftsarten vorzusehen, die stärker in die Grundrechte der Unterbrachten eingreifen. Um den Anforderungen an die Rechtmässigkeit einer Delegation zu genügen, hätte der Bundesgesetzgeber zumindest den Rahmen abstecken müssen, innerhalb dessen die Kantone weitere Unterkunftsarten selbstständig festlegen könnten. Von einer solchen Delegationsintention lassen sich jedoch weder im Bundesgesetz selbst, noch in den Materialien zu Art. 28 Abs. 2 Asylgesetz entsprechende Hinweise finden, geschweige denn die notwendige Regelung der Grundzüge der delegierten Materie erkennen.

[Rz 60] Geschlossene Unterkünfte fallen auch nicht in den mit Art. 28 Abs. 2 AsylG eingeräumten kantonalen Ermessensspielraum. Ermessen bezeichnet im vorliegenden Fall die Entscheidungsbefugnis der Kantone, die ihnen der Gesetzgeber durch offene Formulierungen überträgt. Die Offenheit des Gesetzes ist beabsichtigt, denn sie soll den Kantonen einen gewissen Freiraum in der Umsetzung ihrer Vollzugskompetenz gewähren und ermöglichen, dass die Kantone ihre Aufgaben entsprechend ihren kantonsspezifischen und örtlichen Gegebenheiten ausgestalten können.⁷¹ Ob eine bestimmte Norm den vollziehenden oder rechtsanwendenden Behörden Ermessen einräumt, ist eine Rechtsfrage. Sie ist auf dem Weg der Auslegung der betreffenden Norm unter Anwendung des Methodenpluralismus zu beantworten. Zur Ermittlung des rechtsverbindlichen Sinns eines Rechtssatzes gelangen die grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegungsmethode zur Anwendung.

[Rz 61] Der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 AsylG räumt den Kantonen einen Ermessensspielraum ein, indem ihnen offen gelassen wird, ob und welche Bestimmungen und Massnahmen sie für die Sicherstellung des geordneten Unterkuftsbetriebs erlassen. Bereits aus dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 AsylG lässt sich aber erkennen, dass lediglich die Vollzugskompetenzen über die regulären Betriebsmodalitäten und Organisationsstrukturen angesprochen sind. Gerade die Einfachheit des Wortlauts von Art. 28 Abs. 2 AsylG weist darauf hin, dass der Gesetzgeber hier nur

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 1C_109/2014 vom 4. März 2015 E. 5: «Die in derselben Gesetzesbestimmung [Art. 28 Abs. 2 AsylG] enthaltene Verpflichtung der Kantone, einen geordneten Betrieb sicherzustellen und dazu Bestimmungen zu erlassen bzw. Massnahmen zu ergreifen, entbindet die Kantone nicht von der Einhaltung des übrigen Bundesrechts. Weiter bestimmt Art. 26 Abs. 1 bis AsylG abschliessend, dass das Bundesamt für Migration Asylsuchende, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder die durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb der Empfangs- und Verfahrenszentren erheblich stören, in besonderen Zentren unterbringen kann; diese werden durch das Bundesamt oder durch kantonale Behörden errichtet und geführt. In diesen Zentren können unter den gleichen Voraussetzungen Asylsuchende untergebracht werden, die einem Kanton zugewiesen wurden. Den Kantonen verbleibt aber auch insofern keine ergänzende Kompetenz (vgl. Art. 3 und 49 BV). Der Handlungsspielraum der Kantone im Asylwesen ist demnach sehr gering». Allein in diesem Sinne lässt sich auch die Einschätzung des BFM vertreten, wonach Art. 28 AsylG die Nutzung von *besonderen* Zentren durch die Kantone bereits vor der dringlichen Änderung des AsylG vom 28. September 2012 ermöglicht habe, weil auch das bisherige Recht die Befugnis enthalte, asylsuchende einem Aufenthaltsort zuzuweisen und sie in einer kollektiven Unterkunft unterzubringen, so auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 128 II 156 E. 2.a, sinngemäss: «Normalement, l'Office fédéral n'a pas besoin de prendre de décision expresse pour assigner formellement au requérant d'asile un centre d'enregistrement comme lieu d'hébergement. Une telle compétence d'assignation existe cependant légalement. Elle ne résulte pas clairement du texte de l'article 26 LAsi [= AsylG], mais bien de l'article 28 LAsi qui habilite l'Office fédéral à assigner au requérant d'asile un lieu de séjour, soit un logement, et à l'héberger le cas échéant dans un logement collectif ».

⁷¹ Siehe dazu oben I.A. und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 68), Rz. 428b.

wiederholt, was den Kantonen aus den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien als Teil ihrer Vollzugskompetenzen ohnehin zukommt; nämlich die Einzelheiten der Organisationsstrukturen und Betriebsmodalitäten der Asylunterkünfte selbstständig festzulegen. *E contrario* ergibt sich aus dem Wortlaut, dass der Bundesgesetzgeber nicht beabsichtigte, den Kantonen darüber hinaus gesetzgebende Kompetenzen bezüglich restriktiveren, geschweige denn vollständig geschlossenen Unterkunftsarten einzuräumen.

[Rz 62] Auch das historische Auslegungselement verdeutlicht, dass im Asylrecht in Sachen geschlossene Unterkünfte ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vorliegt: Im früheren Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) bestand bis zum in Kraft treten des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht die Möglichkeit, Ausländer zu internieren (Art. 14a bzw. 14 d aANAG). Die Internierung war als Ersatzmassnahme konzipiert für den Fall, dass sich der Vollzug der Weg- oder Ausweisung als undurchführbar erwies und von der weiteren Anwesenheit des Ausländers oder der Ausländerin eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit ausging. Die Internierung wurde mit dem Zwangsmassnahmengesetz abgeschafft, weil die damalige Regelung nicht mit den Anforderungen der EMRK an die Haftzwecke zu vereinbaren war, denn die Internierung gelangte ja gerade dann zur Anwendung, wenn die Ausschaffung nicht möglich war (dazu im Detail unten III.A.3.c). Als Ersatz für die Internierung wurden neue Massnahmen geschaffen, wie die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft (Art. 13a und 13b ANAG) sowie die Ein- und Ausgrenzung (Art. 13e ANAG). Die Internierung wurde also durch die in den Grundzügen noch heute geltenden Zwangsmassnahmen bewusst ersetzt.⁷² Bei der Abwesenheit einer bundesrechtlichen Norm über geschlossene Unterkünfte im Asylgesetz handelt es sich folglich nicht um eine im Ermessen der Kantone stehende Handlungsoption, sondern um ein qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers.⁷³

⁷² BBl 1994 I 305; ausführlich zur altrechtlichen Internierung TRECHSEL STEFAN, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, AJP 1/1994, S. 44 ff., welcher darauf hinweist, dass die Internierung lange Zeit praktisch inexistent war und vor ihrer Abschaffung lediglich in wenigen Fällen im Zusammenhang mit den Problemen im Umgang mit der offenen Drogenszene Anfangs der 1990er Jahre zur Anwendung gelangte. TRECHSEL legt zudem dar, dass aus der einzigen relevanten Entscheidung der Kommission, die bis 1994 vorlag (B 858/60, X. gegen Belgien, Entscheidung vom 13. April 1961, Annuaire 4, S. 225, 237 ff.), keine Schlüsse für die Beurteilung der Internierung zu ziehen waren. Die Europäische Kommission der Menschenrechte hat die Internierung in *Ali gegen Schweiz* als EMRK-widrig eingestuft, Recueil CourEDH 1998-V S. 2150 ff., siehe auch EGMR, *Ali gegen Schweiz*, Nr. 69/1997/853/1060, vom 5. August 1998 Ziff. 25 (der EGMR hat den Fall materiell nicht beurteilt, weil der Beschwerdeführer nicht mehr erreichbar war (Ziff. 32)), dazu auch VILLIGER MARK, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 342 zu Art. 5 EMRK; a. M. war vorhergehend das Bundesgericht, welches die Internierung dann als EMRK-konform betrachtete, wenn sich die Behörden mit dem nötigen Nachdruck um den Vollzug bemühten und er zumindest nicht als undurchführbar erscheine (BGE 119 Ib 202 E. 3). Das Bundesgericht passte seine Rechtsprechung in der Folge aber dem neuen Zwangsmassnahmen-Recht an (dazu unten II.C.1); zur Internierung nach altem Recht und deren Ablösung durch die Zwangsmassnahmen ausführlich auch HUGI YAR THOMAS, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Landesbericht der Schweiz für das XV. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 7./8. September 2006, 3 f. oder auch DERS., in UEBERSAX/MÜNCH/GEISER/ARNOLD, Ausländerrecht, Rz. 7.1 ff.; UEBERSAX PETER, Menschenrechtlicher Schutz bei fremdenpolizeilicher Einsperrung, recht 2/1995, S. 53 ff.; RASELLI NICCOLÒ, Die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht im Lichte von Verfassung und Menschenrechten, Asyl 4/1994, S. 79 ff.; AUER ANDREAS, La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP 6/1994, S. 749 ff.; KÄLIN WALTER, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Materielles Recht, AJP 7/1995, S. 835 ff.; ZÜND ANDREAS, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Verfahrensfragen und Rechtsschutz, AJP 7/1995; WISARD NICOLAS, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile (Diss.), Basel 1997, S. 179 ff.; ALBRECHT PETER, Die ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen im Konflikt mit dem Strafrecht, BJM 2009, S. 229 f.

⁷³ Als qualifiziertes Schweigen wird in der Rechtsdogmatik die Situation bezeichnet, wenn das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung in einem Gesetz eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet. In diesem Fall hat das Gesetz eine Rechtsfrage nicht übersehen oder dem rechtsanwendenden oder vollziehenden Organ offen gelassen, sondern stillschweigend — im negativen Sinne — mitentschieden. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 68), Rz. 234.

[Rz 63] Ein weiterer Hinweis für die Auslegung der Rechtsnorm kann aus den aktuellen politischen Entwicklungen gewonnen werden: Politisch wurde auf Bundesebene die Schaffung einer entsprechenden Grundlage für geschlossene Unterkünfte gefordert und zurückgewiesen (dazu ausführlich oben I.C.1.a). Die Tatsache, dass die Einführung von geschlossenen Unterkünften in der Politik auf Bundesebene stark umstritten ist weist darauf hin, dass *e contrario* die entsprechende gesetzliche Grundlage nicht bereits in der äusserst knappen Vollzugsdelegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 AsylG erkannt werden kann.

[Rz 64] Auch in der Systematik des Asylgesetzes zeigt sich, dass das Asylrecht den Kantonen die Unterkunftsarten verbindlich vorschreibt: Das Gesetz spricht in der Hauptsache von Unterkünften und bezeichnet damit *normale* Unterkünfte, in denen die Untergebrachten zwar zur Einhaltung einer bestimmten Hausordnung verpflichtet sind, sich aber ansonsten frei bewegen dürfen. Für die Einführung *besonderer* Unterkünfte, welche sich hauptsächlich durch eine strengere Hausordnung von den *normalen* Unterkünften abgrenzen, bedurfte es einer spezifischen bundesgesetzlichen Grundlage. Die Kantone konnten also auch die Form der *besonderen* Unterkünfte, welche im Gegensatz zu den geschlossenen Unterkünften, die einen schwerwiegenden Eingriff in die Bewegungsfreiheit bewirken, weniger stark in diese Freiheit eingreifen, nicht in eigener Rechtsetzungskompetenz einführen, sondern bedürften vorerst einer gesetzlichen Grundlage auf Bundesebene.

[Rz 65] Würde ein Kanton unter Berufung auf das den Kantonen in Art. 28 Abs. 2 AsylG eingeräumte Ermessen geschlossene Unterkünfte einführen, würde er damit seinen Ermessensspielraum im Vollzug des Asylrechts überschreiten und somit bundesrechtswidrig handeln.

3. Umfang der kantonalen Organisationskompetenz nach Art. 26 Abs. 1bis AsylG

[Rz 66] Weiter stellt sich die Frage, ob die mit Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG eingeführten *besonderen* Unterkünfte den Kantonen die Vollzugskompetenz einräumen, *besondere* Unterkünfte als geschlossene Unterkünfte auszugestalten. Denn das Asylgesetz präzisiert lediglich, unter welchen Voraussetzungen eine Person in eine *besondere* Unterkunft eingewiesen darf, gibt jedoch nicht vor, wie die Betriebsmodalitäten der *besonderen* Unterkünfte auszugestalten sind.

[Rz 67] Die *besonderen* Bundeszentren zeichnen sich gegenüber den *normalen* Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes hauptsächlich dadurch aus, dass in ihnen Hausordnungen mit restriktiveren Rahmenbedingungen zur Anwendung gelangen. Obwohl die Kantone in der Organisation der *normalen* und der *besonderen* Unterkünfte im Rahmen der Vorgaben aus dem AsylG und der AsylV 1 frei sind, kann als Orientierungshilfe dafür, in welchem Rahmen die bundesrechtliche vorgesehene Verschärfung von *normalen* zu *besonderen* Unterkünften zu handhaben ist, die AsylV EJPD beigezogen werden. Dort finden sich lediglich zwei Unterschiede: Zunächst werden Personen in *besonderen* Zentren Motivationsentschädigungen für die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen ausschliesslich in der Form von Sachleistungen ausgezahlt (Art. 6a Abs. 4). Sodann ist der bewilligungspflichtige Ausgang nur zwischen 09h00 und 17h00 möglich (Art. 11 Abs. 2^{bis}).

[Rz 68] Auch hier spricht bei der Auslegung des Artikels bereits der Wortlaut gegen die Möglichkeit, geschlossene Unterkünfte als eine spezifische Form der *besonderen* Unterkünfte zu verstehen. *Besonders* deutet auf eine räumliche Trennung oder auf eine spezielle Hausordnung hin, nicht aber auch eine Einschliessung oder Internierung.

[Rz 69] Die Materialien zum neuen Artikel stützen diese Auslegung: Es soll den Behörden die Möglichkeit gegeben werden, jene Personen, die den geordneten Betrieb stören, gesondert unter-

zubringen. An keiner Stelle der Materialien lässt sich erkennen, dass mit den *besonderen* Unterkünften den Kantonen die Möglichkeit hätte eingeräumt werden sollen, Asylsuchende zu internieren oder räumlich vollständig von der Zivilisation abzutrennen.

[Rz 70] Diese Auffassung vertritt auch das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung. Es hält fest, Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG bestimme «abschliessend», wie mit Asylsuchenden, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder die durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb der Empfangs- und Verfahrenszentren erheblich stören, umzugehen ist. Der Handlungsspielraum für die Kantone sei demnach sehr gering.⁷⁴

[Rz 71] Systematisch lassen sich *besondere* Unterkünfte in der kaskadenförmigen Organisationsstruktur als Massnahme verstehen, die gegenüber den *normalen* Unterkünften für die Betroffenen eingriffsintensiver wirkt, die damit aber zwischen den *normalen* Unterkünften und der Haft stehen soll. Sinn und Zweck der Massnahme ist einzig, den geordneten Betrieb der Asylunterkünfte zu ermöglichen und andere Asylsuchende vor Gefährdungen zu schützen. Es handelt sich weder um eine generalpräventive Massnahme zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit im Allgemeinen noch um eine strafende Massnahme.

[Rz 72] Letztlich muss die Massnahme unterhalb der Schwelle zum Freiheitsentzug liegen, weil sie vom Gesetzgeber nicht mit den für einen rechtmässigen Freiheitsentzug notwendigen Verfahrensgarantien nach Art. 31 BV und Art. 5 EMRK ausgestattet worden ist. Auch ist der Tatbestand, der die Zuteilung in eine *besondere* Unterkunft ermöglicht, zu wenig präzise formuliert, als dass er die Grundlage für einen Freiheitsentzug schaffen könnte (dazu im Detail unten III.A).

[Rz 73] Würde ein Kanton unter Berufung auf das ihm in Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG eingeräumte Ermessen geschlossene Unterkünfte einführen, würde er damit seinen Ermessensspielraum im Vollzug des Asylrechts überschreiten und somit bundesrechtswidrig handeln.⁷⁵

4. Ergebnis

[Rz 74] Die Auslegung von Art. 28 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG ergibt, dass geschlossene Unterkünfte nicht im Ermessensspielraum der Kantone liegen. Art. 28 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 1^{bis} AsylG umschreiben die Unterkunftsarten auch für die Kantone verbindlich und abschliessend. Die Einführung geschlossener Unterkünfte steht den Kantonen im Rahmen ihrer asylrechtlichen Vollzugskompetenzen nicht zur Disposition.

C. Kompetenzen für Zwangsmassnahmen nach AuG

[Rz 75] Nachfolgend wird geklärt, ob die Zwangsmassnahmen nach AuG den Kantonen die Kompetenz einräumen, *geschlossene* Asylunterkünfte als spezifische Form von Zwangsmassnahmen

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_109/2014 vom 4. März 2015 E. 5. Auch die Frage der Rechtmässigkeit abgelegener Asylunterkünfte hat das Bundesgericht mit einer ausführlichen Begründung (E. 6) grundsätzlich verneint: «Asylunterkünfte gehören jedoch typischerweise in die Bauzone, üblicherweise in eine Wohnzone []. Davon ausgenommen sind unter bestimmten Voraussetzungen Anlagen und Bauten des Bundes zur Unterbringung von Asylsuchenden []. Normalerweise dürfte eine Standortgebundenheit solcher Unterkünfte ausserhalb der Bauzonen gemäss Art. 24 lit. a RPG kaum vorliegen. Selbst wenn unter ausserordentlichen Umständen eine Asylunterkunft im nichtbaugelände zulässig sein sollte, würde dies einen Sonderfall darstellen [].» Siehe auch die Urteile des Bundesgerichts 1C_704/2013 und vom 17. September 2014 und 2C_246/2014 vom 7. August 2014.

⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 68), Rz. 467.

einzuführen.

1. Zwangsmassnahmen nach AuG

[Rz 76] Die Asylunterkünfte nach AsylG und die Zwangsmassnahmen nach AuG sind komplementär ausgestaltet. Die Systematik im Verhältnis von Asylunterkünften und Zwangsmassnahmen ist so aufgebaut, dass in kaskadenförmigen Abstufungen die Freiheit der während und nach dem Asylverfahren unterzubringenden Personen nicht weiter als notwendig eingeschränkt wird (siehe dazu oben I.B.1). Das Ausländergesetz regelt die Tatbestandsmerkmale, die erfüllt sein müssen, damit Zwangsmassnahmen angeordnet werden dürfen (Art. 73–80 AuG) und schreibt den Kantonen die Haftbedingungen vor (Art. 81 AuG).⁷⁶ Um zu klären, ob die Zwangsmassnahmen des AuG den Kantonen die Kompetenz einräumen, geschlossene Asylunterkünfte einzuführen, ist vorerst der Normgehalt der einzelnen Zwangsmassnahmen näher zu umschreiben.

a) Ein- und Ausgrenzung (Art. 74 AuG)

[Rz 77] Die Kantone können einer Person die Auflage machen, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen (Eingrenzung) oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten (Ausgrenzung) (sog. Rayonverbot). Das Rayonverbot kann unter drei Umständen angeordnet werden (Art. 74 Abs. 1): a) im Asylverfahren gegen Personen, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören oder gefährden; b) ab Vorliegen eines rechtskräftigen Weg- oder Ausweisungsentscheids gegen Personen, bei denen konkrete Anzeichen vorliegen, die darauf hindeuten, dass sie nicht ausreisen werden oder ihre Frist zur Ausreise bereits abgelaufen ist; c) die Ausschaffung verschoben wurde. Die Ein- und Ausgrenzung kann somit entweder mit dem Zweck, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen angeordnet werden, oder mit dem Zweck, die Ausreise einer Person sicherzustellen. In letzterem Fall erscheint sie als milderes Mittel gegenüber der Vorbereitungs-, Ausschaffungs-, oder Durchsetzungshaft. Sie muss deshalb auch im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips der Haft vorgezogen werden.⁷⁷

[Rz 78] Der Bundesrat hat bei ihrer Einführung die Ein- und Ausgrenzung als «schwächste der vorgesehenen neuen Massnahmen im Ausländerrecht» bezeichnet, welche am Anfang der Sanktionsstufe steht. Die Kantone sollen damit die Möglichkeit haben, gerade dann, wenn das Strafrecht nicht greift, zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Ein- und Ausgrenzung «die betreffenden Personen zu disziplinieren und allfällige Straftaten zu verhindern». Dabei wird von einem weiten Begriff des Polizeigüterschutzes ausgegangen, worunter «nicht nur deliktisches Verhalten wie etwa Drohungen gegen Heimleiter oder andere Asylbewerber» fallen, sondern auch «wenn konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht der Begehung strafbarer Handlungen» vorliegen oder «wenn der Ausländer ganz allgemein in grober Weise gegen ungeschriebene

⁷⁶ HUGI YAR (Fn. 72), mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung, oder auch DERS., in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.1 ff.; TRECHSEL (Fn. 72), Zwangsmassnahmen; KÄLIN (Fn. 72).

⁷⁷ BBl 2014 2087, 2095; BBl 1994 I 305, 327 f.; Göksu, in AuG-Handkommentar, Art. 74 AuG; ZÜND, in Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzi Peter (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, Schweizerisches Ausländergesetz (AuG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2012 (zit. AUTOR, in Migrationsrecht Kommentar, Art.), Rz. 5 zu Art. 74 AuG; HUGI YAR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.123 ff.; siehe beispielsweise Urteil des Bundesgerichts 2A.501/2005 vom 30. August 2005 E. 2.1.; zur Verhältnismässigkeit von Ein- und Ausgrenzungen im Allgemeinen MOECKLI DANIEL/KELLER RAPHAEL, Wegweisungen und Rayonverbote — ein Überblick, Sicherheit & Recht 3/2012, S. 242 ff.

Regeln des sozialen Zusammenlebens verstösst».⁷⁸ Die Anordnung der Massnahme muss verhältnismässig sein. Sie muss insbesondere sowohl geeignet als auch erforderlich sein, die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen. Das bedeutet konkret, dass die Grösse des Rayons und die Dauer der Massnahme nicht über das Erforderliche hinausgehen dürfen. Die Massnahme muss aufgehoben werden, wenn auf Grund des konkreten Verhaltens der betroffenen Person anzunehmen ist, dass sie sich in Zukunft korrekt verhalten wird.⁷⁹ Ein- und Ausgrenzungen werden nur auf Beschwerde hin und ohne aufschiebende Wirkung von einem Gericht überprüft (Art. 74 Abs. 3 AuG).⁸⁰

[Rz 79] Der Begriff der *Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* in Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG als Voraussetzung für die Anordnung der Ein- oder Ausgrenzung wird in einem weiten Sinn verstanden. Nach der Rechtsprechung und den Materialien liegt beispielsweise eine entsprechende Störung oder Gefährdung vor, wenn eine Person in der Nähe der Drogenszene angehalten wird und im Besitz von Drogen ist,⁸¹ wiederholt und schwerwiegend gegen ausländerechtliche Vorschriften verstossen hat,⁸² oder in grober Weise gegen ungeschriebene Regeln des sozialen Zusammenlebens verstösst.⁸³ Ein Generalverdacht reicht nicht aus. Es müssen in jedem Einzelfall konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass tatsächlich eine Gefährdung oder Störung vorliegt.⁸⁴ Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG sind an den Zweck gebunden, die Verfügbarkeit für die Vorbereitung und Durchführung der Wegweisung sicherzustellen und sind damit ein milderer Mittel gegenüber der Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft.⁸⁵

b) Administrativhaft

1) Kurzfristige Festhaltung (Art. 73 AuG)

[Rz 80] Bund und Kantone können Personen ohne Aufenthaltsbewilligung für höchstens drei Tage festhalten. Zweck der Festhaltung ist die Eröffnung einer Verfügung über den Aufenthaltsstatus oder die Feststellung der Identität der festgehaltenen Person.⁸⁶

⁷⁸ BBl 1994 I 305, 327; Urteil des Bundesgerichts 2A.148/2003 vom 30. Mai 2003, E. 2.

⁷⁹ ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 3 zu Art. 74 AuG; Göksu, in AuG-Handkommentar, Rz. 5 ff. zu Art. 74 AuG; Urteil des Bundesgerichts 2A.148/2003 vom 30. Mai 2003, E. 2.4. Nach Göksu, in AuG-Handkommentar (Rz. 8), ist die Eingrenzung nur dann zulässig, wenn die Ausgrenzung als tendenziell weniger einschneidende Massnahme nicht ausreicht, um den Zweck der Massnahme zu erreichen.

⁸⁰ Göksu, in AuG-Handkommentar, Rz. 19 zu Art. 74 AuG; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 8 zu Art. 74 AuG.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 2A.347/2003 vom 24. November 2003 E. 4.1.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 2A.514/2006 vom 23. Januar 2007 E. 3.2.

⁸³ BBl 1994 I 305, 327.

⁸⁴ Zum Begriff des Polizeigüterschutzes nach Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG siehe Göksu, in AuG-Handkommentar, Rz. 14 f. zu Art. 74 AuG; zum Polizeigüterschutz bei unterschiedlichen Formen der Ein- oder Ausgrenzungen im kantonalen Recht siehe der Überblick bei MOECKLI/KELLER (Fn. 77).

⁸⁵ Göksu, in AuG-Handkommentar, Rz. 16 f. zu Art. 74 AuG; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 5 zu Art. 74 AuG; Urteil des Bundesgerichts 2C_231/2007 vom 13. November 2007 E. 3.3.

⁸⁶ Göksu, in AuG-Handkommentar, Art. 73 AuG; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Art. 73 AuG; kritisch zu Art. 73 AuG DEPEURSINGE DELPHINE, Les nouveaux motifs de détention administrative prévus par la Loi fédérale sur les étrangers, analyse critique, Asyl 2/2009, S. 3.

2) Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG)

[Rz 81] Die Kantone können zur Sicherstellung der Durchführung des Wegweisungsverfahrens eine Person ohne Aufenthaltsbewilligung für höchstens sechs Monate in Haft setzen. Die Tatbestandsmerkmale für die Haft sind sehr weit umschrieben und umfassen unter anderem die Missachtung von Anordnungen der Behörden im Asylverfahren oder die Nicht-Offenlegung der eigenen Identität (Abs. 1 lit. a), die Missachtung eines Rayonverbots (Abs. 1 lit. b), die Missachtung eines Einreiseverbots (Abs. 1 lit. c), die Einreichung eines Asylgesuchs nach Widerruf der Aufenthaltsbewilligung wegen Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Abs. 1 lit. d), nach Ausweisung (Abs. 1 lit. e) oder um den Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu verhindern (Abs. 1 lit. f), die strafrechtliche Verfolgung oder Verurteilung wegen Delikten gegen Leib und Leben (Abs. 1 lit. g.), die Verurteilung für ein Verbrechen (Abs. 1 lit. h), oder im Dublin-Verfahren (Abs. 1^{bis}).

[Rz 82] Die Hafttatbestände sind abschliessend und sind eng auszulegen. Nicht bereits jedes missliebige Verhalten rechtfertigt die Vorbereitungshaft; vielmehr muss eine grobe Pflichtverletzung vorliegen. Das Verhalten der Person muss anzeigen, dass sie nicht gewillt ist, mit den Behörden zu kooperieren und deshalb auch anzunehmen ist, dass sie sich der Wegweisung oder Ausschaffung widersetzen wird. Lediglich die falsche Angabe der Identität in einem früheren Stadium des Asylverfahrens oder bei einer Polizeikontrolle im öffentlichen Raum ist nicht ausreichend. Vorladungen müssen wiederholt unbegründet ausgeschlagen, oder bedeutende Anordnungen des Asylverfahrens in schwerer Weise verletzt worden sein. Die Vorbereitungshaft ist auch bei Vorliegen eines Strafurteils oder eines hinreichenden Tatverdachts nur dann rechtmässig, wenn die Taten auch tatsächlich einen Hinweis auf das zu erwartende Verhalten der Person im Wegweisungsvollzug geben können. Nicht zulässig ist es beispielsweise, in einem Verstoss gegen die Vorschriften über den Strassenverkehr einen Hinweis auf die Gefahr des Untertauchens zu erkennen. Generell reichen Bagatelldelikte nicht aus. Die Vorbereitungshaft ist aufzuheben, wenn die damit bezweckte Wegweisung nicht in absehbarer Zeit möglich ist oder wenn klare Hinweise für künftiges Wohlverhalten vorliegen. Die Höchstdauer beträgt sechs Monate (Art. 75 Abs. 1 AuG) und endet spätestens mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids. Sie kann dann unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen in Ausschaffungshaft umgewandelt werden.⁸⁷

3) Ausschaffungshaft (Art. 76 und 77 AuG)

[Rz 83] Sobald erstinstanzlich ein Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt, kann die Vorbereitungshaft in Ausschaffungshaft umgewandelt werden (Abs. 1 lit. a), respektive die Ausschaffungshaft angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen von Art 75 Abs. 1 lit. a, b, c, f, g, h oder Abs. 1^{bis} AuG vorliegen (Abs. 1 lit. b Ziff. 1) oder wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die betroffene Person der Ausschaffung entziehen will (Abs. 1 lit. b Ziff. 3), ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Abs. 1 lit. b Ziff. 4) oder sie sich zu dem Zeitpunkt in einer Empfangsstelle oder in einer *besonderen* Unterkunft befindet und der Vollzug der Wegweisung absehbar ist (Abs. 1 lit. b Ziff. 5), oder auf der Grundlage des Dublin-Abkommens oder eines Abkommens mit einem Drittstaat weggewie-

⁸⁷ BB1 2014 2087, 2095; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Art. 75 AuG; Göksu, in AuG-Handkommentar, Art. 75 AuG; DEPEURSINGE (Fn. 86), S. 4 ff.; stellvertretend BGE 127 II 168 E. 2.

sen wird und der Vollzug absehbar ist (Abs. 1 lit. b Ziff. 6). Weiter können Kantone Personen mit vollstreckbarem Weg- oder Ausweisungsentscheid in Ausschaffungshaft setzen, wenn der Kanton selbst die Reisepapiere beschaffen muss (Art. 77 AuG). Zweck der Ausschaffungshaft ist einzig die Sicherstellung des Vollzugs eines erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids. Das Erfordernis des erstinstanzlichen Entscheids grenzt die Ausschaffungs- von der Vorbereitungs- haft ab. Die Haft ist zweckgebunden und darf nicht generell bei Vorliegen eines erstinstanzlichen Entscheids angewendet werden. Ihre Anordnung ist nur dann zulässig, wenn die Ausschaffung von der Behörde angestrebt wird und diese auch tatsächlich absehbar ist. Sobald dies nicht mehr zutrifft, entfallen die notwendigen Voraussetzungen für die Haft und sie ist aufzuheben. Dies gilt auch dann, wenn die Person beispielsweise aus gesundheitlichen Gründen transportunfähig ist oder die Ausschaffung gegen das Gebot des non-refoulement verstossen würde.

[Rz 84] *Untertauchungsgefahr* wird für die Anordnung von Zwangsmassnahmen insbesondere dann angenommen, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die Person der Ausschaffung entziehen will, oder wenn ihr bisheriges Verhalten im Asylverfahren darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt. Die Ausschaffungshaft darf nicht allein präventiv auf Grund der bisherigen generellen Erfahrungen im Asylwesen angeordnet werden. Der Vollzug muss im konkreten Einzelfall erheblich gefährdet sein. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Person bereits einmal untergetaucht ist, eigentliche Täuschungsmanöver vornimmt, um den Vollzug zu erschweren, ihre Mitwirkungspflichten im Verfahren verletzt oder sonst wie klar zu erkennen gibt, dass sie nicht willig ist, auszureisen. Art. 75 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 AuG enthält zudem eine sogenannt «objektivierte» Untertauchungsgefahr, die vorbehaltlich des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes immer dann vorliegt, wenn im Asylverfahren aufgrund missbräuchlichen Verhaltens ein Nichteintretensentscheid gefällt wurde. Nicht ausreichend für die Annahme einer Untertauchungsgefahr sind die illegale Anwesenheit oder fehlende Papiere. Strafrechtliches Verhalten, das Fehlen eines festen Aufenthaltsortes oder die Mittellosigkeit werden vom Bundesgericht aber als Indizien herangezogen. Ein Indiz gegen die Untertauchungsgefahr erblickt das Bundesgericht darin, dass sich die Person durch konstanten Aufenthalt an demselben Ort den Behörden zur Verfügung stellt.

[Rz 85] Die Haft darf nicht länger dauern, als es der Ausschaffungszweck erfordert, höchstens aber 3 Monate, respektive 20 Tage. Die Haft ist verlängerbar um höchstens 15 Monate, respektive neun Monate für Minderjährige (Art. 76 Abs. 3 AuG).⁸⁸

4) Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG)

[Rz 86] Mit der Durchsetzungshaft steht den Kantonen eine eigentliche Beugehaft für diejenigen Personen zur Verfügung, die auf Grund ihres persönlichen Verhaltens die rechtskräftige und vollstreckbare Weg- oder Ausweisung verhindern. Einziger Zweck der Durchsetzungshaft ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung. Voraussetzung ist, dass die Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und mildere Massnahmen (zum Beispiel die Anordnung einer Ein- oder Ausgrenzung) nicht ausreichen, um die Person zur Kooperation mit den Behörden zu zwingen. Der Haftgrund der Durchsetzungshaft entfällt, sobald die Person ihren behördlich vorgegebenen Mitwirkungs-

⁸⁸ BBl 2014 2087, 2095; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Art. 76 f. AuG; GÖKSU, in AuG-Handkommentar, Art. 76 f. AuG, mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung (der sich in Rz. 13 kritisch zum vom Bundesgericht in BGE 122 II 148 E. 2.a/aa verwendeten Indizes strafrechtlichen Verhaltens äussert); DEPEURSINGE (Fn. 86), S. 7 ff.

pflichten nachkommt.⁸⁹

5) Haftanordnung und -bedingungen nach Art. 80 f. AuG

[Rz 87] Die Haftanordnung nach Art. 80 AuG erfolgt mit wenigen Ausnahmen durch die kantonale Verwaltungsbehörde und muss innert 96 Stunden richterlich unter Gewährung des rechtlichen Gehörs geprüft werden. Gestützt auf Art. 31 Abs. 4 BV kann der Betroffene aber auch sofort nach seiner Inhaftierung an den Richter gelangen. Zudem hat er entsprechend Art. 29 Abs. 3 BV unter bestimmten Umständen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.⁹⁰

[Rz 88] Die maximale Haftdauer aus der Summe der unterschiedlichen Haftarten (also die Dauer der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft einer Person zusammengezählt) darf nicht länger als sechs Monate dauern und darf ausschliesslich um höchstens 12 Monate verlängert werden, wenn die betroffene Person weiterhin nicht kooperiert, respektive die für den Vollzug benötigten Unterlagen aus einem Drittstaat ausstehend sind (Art. 79 AuG).⁹¹

[Rz 89] Die Kantone sind in der Gestaltung der Haft durch die Verankerung konkreter Anforderungen an die Haftbedingungen in Art. 81 AuG eingeschränkt: Demnach muss die Haft in geeigneten Räumlichkeiten vollzogen werden. Weil es sich bei der Haft nach AuG um eine Administrativhaft handelt, die nicht der Bestrafung dient, sondern alleine dem Zweck des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung, ist die gemeinsame Haft von Personen nach AuG mit Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug «nach Möglichkeit zu vermeiden». Gemeinsame Haft ist «höchstens vorübergehend und zur Überbrückung von Engpässen im Bereich der Administrativhaft» zulässig (Art. 81 Abs. 2 AuG).⁹² Auch die Bedingungen in der Administrativhaft müssen sich von der strafprozessualen Haft unterscheiden. Grundsätzlich darf der Kontakt zur Aussenwelt, insbesondere der Post- und Telefonverkehr nicht beschränkt werden (zu den grund- und menschenrechtlichen Anforderungen an die Haftbedingungen siehe unten III.B).⁹³

2. Geschlossene Unterkünfte als eine besondere Form der Zwangsmassnahmen?

[Rz 90] Das Ausländergesetz regelt die Zwangsmassnahmen für Ausländerinnen und Ausländer abschliessend. Das AuG sieht weder eine Gesetzesdelegation für Zwangsmassnahmen an die Kantone vor, noch verfügen die Kantone im Rahmen ihrer Vollzugskompetenzen über eine Rechtsetzungskompetenz, die es ihnen erlauben würde, weitere Zwangsmassnahmen einzuführen (zu den Vollzugskompetenzen im Allgemeinen oben II.A).⁹⁴

⁸⁹ ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Art. 78 AuG, m.w.H.

⁹⁰ Zu Haftanordnung und -überprüfung siehe ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Art. 80 AuG, m.w.H.

⁹¹ Göksu, in AuG-Handkommentar, Rz. 23 ff. zu Art. 75 AuG und Rz. 14 ff. zu Art. 76 AuG; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Art. 79 AuG.

⁹² Der Vollzug der Weg- und Ausweisung und die Haftbedingungen sind in folgenden Erlassen weiter konkretisiert: Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA, SR 142.281); Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98 ff. (Rückführungsrichtlinie); Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG, SR 364).

⁹³ BBl 2010 4455, 4476; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 3 zu Art. 81 AuG, mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung.

⁹⁴ BBl 2002 3709, 3764 f., der Bundesrat betont an dieser Stelle zugleich, dass für die Schaffung von Sammelunterkünften kein Bedarf besteht, weil die bestehenden ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen ausreichend sind für den

[Rz 91] Den Kantonen steht es nicht offen, zusätzlich zu den bundesrechtlichen Zwangsmassnahmen geschlossene Unterkünfte einzuführen, auch wenn mit ihnen ausschliesslich der fremdenpolizeiliche Zweck des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung verfolgt würde.

[Rz 92] Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die bestehenden Zwangsmassnahmen einen Teil der Forderungen nach geschlossenen Asylunterkünften bereits abdecken. So ist es nach geltenden Recht möglich, Asylsuchende zur Identitätsprüfung kurzfristig festzuhalten oder Asylsuchende im laufenden Asylverfahren in Vorbereitungshaft zu setzen, sofern sie in grober Weise Anordnungen der Behörden im Asylverfahren missachtet haben oder wichtige Rechtsgüter gefährden oder verletzt haben und ihre Rückführung grundsätzlich als möglich erscheint. Weiter können bereits erstinstanzlich abgewiesene Personen in Ausschaffungshaft gesetzt werden, wenn eine Untertauchungsgefahr konkret vorliegt und die Ausschaffung tatsächlich vollzogen werden kann.

[Rz 93] Die Kantone würden hingegen bundesrechtswidrig handeln, wenn sie gestützt auf Art. 75 AuG alle Asylsuchenden im laufenden Verfahren unabhängig von ihrem individuellen Verhalten in geschlossenen Unterkünften unterbringen würden. Nicht mit den geltenden Zwangsmassnahmen zu vereinbaren wäre es auch, alle abgewiesenen Asylsuchenden unabhängig von einer individuell-konkret vorliegenden Untertauchungsgefahr in Ausschaffungshaft nach Art. 76 AuG zu nehmen. Wie bereits mehrfach angetönt und nachfolgend (III.A.) im Einzelnen dargelegt, richtet sich diese Ausgestaltung der bundesrechtlichen Zwangsmassnahmen nach den grund- und menschenrechtlich vorgegebenen Grenzen staatlichen Freiheitsentzugs. Weiterreichende Freiheitsbeschränkungen als die bestehenden sind mit den Grund- und Menschenrechten nur äusserst begrenzt zu vereinbaren.

[Rz 94] Weiter ist es unter Anwendung der bundesrechtlichen Zwangsmassnahmen nicht zulässig, eine ganze Personengruppe pauschal oder individuell auf ein einziges Grundstück einzugrenzen oder pauschal von bestimmten Gebieten auszugrenzen. So könnte etwa der Gedanke aufkommen, Asylsuchende zwar in einer *normalen* oder *besonderen* Unterkunft unterzubringen, ihren Bewegungsspielraum aber mittels Rayonverbot nach Art. 74 AuG von vornherein auf das Grundstück der Unterkunft zu beschränken, respektive sämtliche für den Alltag bedeutenden Orte generell-abstrakt für alle Asylsuchenden auszugrenzen. Solche Anordnungen des Rayonverbots würden zu einer schwerwiegenden Einschränkung der Bewegungsfreiheit führen (dazu ausführlich unten III.A.1), womit die Unterkunft entsprechend der vorliegenden Begriffsverwendung als geschlossene Unterkunft zu erfassen wäre. Diese Anwendung des Rayonverbots wäre bundesrechtswidrig und damit unzulässig. Denn erstens ist die Ein- oder Ausgrenzung nur zulässig, wenn für die betroffene Person die Tatbestandsmerkmale auch tatsächlich erfüllt sind. Dies muss von der Behörde in jedem Einzelfall individuell-konkret festgestellt werden. Ein- oder Ausgrenzungen dürfen nicht pauschal auf eine ganze Personengruppe oder allein wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe angeordnet werden. Aus diesem Grund ist es auf der Grundlage von Art. 74 AuG nicht zulässig, sämtliche Bewohner einer Unterkunft pauschal und im Vornhinein auf einen bestimmten Bewegungsradius zu beschränken, respektive von bestimmten Orten auszuschliessen.⁹⁵ Zweitens ist die Ein- und Ausgrenzung nur dann bundesrechtskonform, wenn sie als leichter Eingriff und damit als Freiheitsbeschränkung einzustufen ist. Führt die Anwendung der Ein- oder Ausgrenzung durch die Kantone zu einem «versteckten

Vollzug der Weg- und Ausweisungen, sofern sie konsequent zur Anwendung gelangen.

⁹⁵ Antwort des Bundesrats auf die Interpellation 11.3848 Quadri: «Die Ausgrenzung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit kann [] nicht voraussetzungslos bei allen Asylsuchenden angeordnet werden.»

Freiheitsentzug» was bei der Eingrenzung auf ein einzelnes Grundstück zweifellos zutreffen würde ist sie bundesrechtswidrig (Ermessensüberschreitung).⁹⁶ Sobald die Ein- oder Ausgrenzung dermassen restriktiv ist, dass sie als schwerwiegender Eingriff in die Bewegungsfreiheit einzustufen ist, erfüllt sie zudem auch die grund- und menschenrechtlichen Anforderungen nicht mehr und würde gegen die Bundesverfassung und das internationale Recht verstossen (dazu unten III.A.).⁹⁷

D. Schlussfolgerungen

[Rz 95] Die geltende Organisationsstruktur der Asylunterkünfte ist kaskadenartig aufgebaut: Grundsätzlich sind Asylsuchende in einer *normalen* Unterkunft untergebracht, in welcher ihre Bewegungsfreiheit nur soweit eingeschränkt wird, als ihre persönliche Verfügbarkeit für den Verlauf des Verfahrens notwendig ist und es die beschränkten Platzverhältnisse und der geordnete Betrieb der Unterkünfte notwendig machen. Personen, die den geordneten Betrieb stören, können in *besonderen* Unterkünften mit eingeschränkten Ausgangsmöglichkeiten untergebracht werden. Zusätzlich können die Kantone den Bewegungsspielraum von Menschen, die in Asylunterkünften untergebracht sind, durch die individuelle Anordnung von Ein- oder Ausgrenzungen einschränken, sofern dies für den geordneten Betrieb der Unterkünfte oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung notwendig erscheint. Die Behörden können zudem unterschiedliche Formen der Administrativhaft anordnen. *Geschlossene* Asylunterkünfte sind im Bundesrecht nicht vorgesehen.

[Rz 96] Geschlossene Asylunterkünfte lassen sich nicht mit dem Bundesrecht vereinbaren. Das Bundesrecht enthält keine ausreichende gesetzliche Grundlage für geschlossene Asylunterkünfte. Der politische Entscheid, ob in der Schweiz geschlossene Asylunterkünfte eingeführt werden sollen, kann nur auf jener Ebene des Bundesstaates gefällt werden, die zuständig für die Rechtsetzung im Bereich des Asylwesens ist. Dies ist der Bund. Das Vollzugsorgan — im vorliegenden Zusammenhang die Kantone — darf Regeln über den Vollzug erlassen und verfügt dabei über eine erhebliche Autonomie. Die Kantone dürfen aber nicht die dem Vollzug zugrunde liegenden Grundsatzentscheide im Bereich des Asylrechts fällen oder abändern.

[Rz 97] Die Unterkunftsarten sind im Bundesrecht verbindlich festgelegt; die Kantone können lediglich deren ausführende Unterkunftsmodalitäten regeln. Das Asylgesetz enthält keine Delegation der Rechtsetzungskompetenzen im Bereich der Unterkunftsarten vom Bund an die Kantone. Vielmehr verbietet das Bundesrecht die Einführung geschlossener Unterkünfte durch die Kantone; der Bundesgesetzgeber verankerte bewusst keine Regeln über geschlossene Unterkünfte, weil er solche nicht zulassen wollte (qualifiziertes Schweigen). Weil den Kantonen im Asylwesen lediglich die Vollzugskompetenz zukommt, steht es den Kantonen nicht zu, sich über dieses qualifizierte Schweigen des Bundesgesetzgebers hinwegzusetzen.

[Rz 98] Auch die im Ausländergesetz den Kantonen zur Verfügung stehenden Zwangsmassnahmen stellen keine Grundlage dar, auf die geschlossene Unterkünfte durch die Kantone abgestützt werden könnten. Das Ausländergesetz regelt die Zwangsmassnahmen abschliessend. Es liegt auch in diesem Bereich keine Gesetzesdelegation vor, die es den Kantonen erlauben würde,

⁹⁶ BBl 1994 I 305, 327 f.; Göksu, in AuG-Handkommentar, Rz. 3 zu Art. 74 AuG.

⁹⁷ Dazu auch ausführlich WIDMER (Fn. 39).

weitere Zwangsmassnahmen einzuführen. Ebenso wenig wäre es zulässig, die Zwangsmassnahmen so zur Anwendung zu bringen, dass sie im Ergebnis wie geschlossene Unterkünfte wirken würden. So wäre es nicht rechtmässig, den Bewegungssperimeter mit der Anordnung einer Eingrenzung auf ein Grundstück zu beschränken mit der Folge, dass sich der Betroffene nur noch innerhalb der Unterkunft bewegen könnte.

[Rz 99] Es bleibt darauf hinzuweisen, dass bedeutende Forderungen der politischen Vorstösse für geschlossene Asylunterkünfte mit den bestehenden Zwangsmassnahmen bereits im geltenden Recht abgedeckt sind. Asylsuchende können zur Identitätsprüfung kurzfristig festgehalten werden. Sie können nach geltendem Recht im noch laufenden Asylverfahren für mehrere Monate in Haft gesetzt werden, sofern sie in grober Weise Anordnungen der Behörden im Asylverfahren missachtet haben oder wichtige Rechtsschutzgüter gefährden oder verletzt haben und ihre Rückführung grundsätzlich möglich erscheint. Weiter können erstinstanzlich abgewiesene Personen in Haft genommen werden, wenn sie bei wichtigen Verfahrensschritten nicht mit den Behörden kollaborieren oder die Gefahr besteht, dass sie untertauchen und ihre Ausschaffung tatsächlich vollzogen werden kann. Die Unterbringung in geschlossenen Unterkünften, die über diese Massnahmen hinausgeht, ist den Kantonen verwehrt.

III. Grund- und Menschenrechtliche Anforderungen an geschlossene Asylunterkünfte

[Rz 100] Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob sich geschlossene Unterkünfte mit den Grund- und Menschenrechten vereinbaren lassen. Die Untersuchung ist auf die Garantien der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention beschränkt. Die Vereinbarkeit mit anderen völkerrechtlichen Verträgen, wie etwa den beiden UNO-Pakten oder der Kinderrechtskonvention, wird trotz deren Anwendbarkeit und Relevanz an dieser Stelle nicht geprüft.

A. Bewegungsfreiheit

[Rz 101] Zunächst stellt sich die Frage, ob geschlossene Unterkünfte den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 31 BV i. V. m. Art. 36 BV sowie von Art. 5 EMRK Stand halten.

1. Schutzbereich und Eingriff

a) Verhältnis zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 31 BV/Art. 5 EMRK

[Rz 102] Die Bewegungsfreiheit ist sowohl in Art. 10 Abs. 2 BV als auch in Art. 5 EMRK verankert. **Art. 10 Abs. 2 BV** schützt das Recht auf Persönliche Freiheit jedes Menschen, insbesondere das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Die Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV schützt zunächst im negativen Sinn davor, gegen den eigenen Willen am Fortgehen gehindert zu werden. Im positiven Sinn gewährleistet das Grundrecht die räumliche Fortbewegung nach eigener Wahl, soweit diese Voraussetzung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte darstellt oder Ausdruck elementarer Erscheinungen der Persönlich-

keit ist.⁹⁸

[Rz 103] **Art. 31 BV und Art. 5 EMRK** garantieren das Recht jeder Person auf Freiheit und Sicherheit. Sie schützen die Freiheit im Sinne der körperlichen Bewegungsfreiheit. Als Eingriff in die von diesen Bestimmungen gewährleistete Bewegungsfreiheit erfassen sie ausschliesslich jenen Freiheitsentzug, welcher als «Begrenzung eines Individuums gegen seinen Willen und unter Anwendung staatlichen Zwangs auf einen eng begrenzten Raum für eine gewisse Dauer» definiert werden kann.⁹⁹ Art. 31 BV und Art. 5 EMRK schützen nur vor solchen Einschränkungen, die auf Grund ihrer Eingriffsintensität nicht nur als *Freiheitsbeschränkungen*, sondern als *eigentlicher Freiheitsentzug* zu beurteilen sind. Freiheitsbeschränkungen sind hingegen nach Art. 10 Abs. 2 BV und nach Ziff. 3 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK geschützt. Die Schweiz hat dieses Zusatzprotokoll jedoch nicht ratifiziert.

[Rz 104] Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV ist weiter als der Schutzbereich von Art. 5 EMRK. Die **Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug** entfällt für die Beurteilung eines Eingriffs in die Persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Jede Einschränkung der in Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Bewegungsfreiheit muss den Bedingungen von Art. 36 BV Stand halten. Demgegenüber sind in Art. 10 Abs. 2 BV die Eingriffszwecke nicht wie in Art. 5 Ziff. 1 EMRK abschliessend aufgezählt. Nach Art. 10 BV lassen sich gewisse Einschränkungen der Bewegungsfreiheit rechtfertigen, die den Anforderungen der EMRK nicht Stand halten, weil sie nicht eines der in Ziff. 1 genannten Ziele verfolgen.

[Rz 105] Eingriffe in die Bewegungsfreiheit, die dermassen schwer wiegen, dass es sich um einen Freiheitsentzug handelt, dürfen zudem nur unter Einhaltung gewisser unbedingter Verfahrensgarantien erfolgen. Diese Verfahrensgarantien sind in Art. 31 BV und Art. 5 Ziff. 1–4 EMRK verankert (dazu im Einzelnen unten III.A.4).¹⁰⁰ Weil Art. 31 BV und Art. 5 EMRK nur bei Freiheitsentzug zur Anwendung gelangen, stellen sie eine Konkretisierung der Garantie der Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV dar.

⁹⁸ RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 1297 ff.; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 82–84; SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, Rz. 23 ff. zu Art. 10 BV; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 16 und 19 zu Art. 10 BV; MAHON (Fn. 44), Band II, Rz. 49 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C.81/2008 vom 21. November 2008 E. 4.1; BGE 130 I 369 E. 2; zur Abgrenzung zwischen Einschränkungen durch die Betriebsreglemente der Asylunterkünfte, die eingriffslos hinzunehmen sind und solchen, die in die Bewegungsfreiheit der Untergebrachten eingreifen, siehe BGE 128 II 156; BGE 133 I 49 E. 3.3. Die neuere bundesgerichtliche Praxis nimmt demgegenüber an, die Freiheit, sich nach Belieben auf öffentlichem Grund fortzubewegen, stehe generell unter dem Schutz der Bewegungsfreiheit; siehe [http://entscheide.weblaw.ch/cache/f.php?url=links.weblaw.ch%2FBGE-137-I-31BGE 137 I 31 E. 6.2; BGE 140 I 2 E. 11.1.](http://entscheide.weblaw.ch/cache/f.php?url=links.weblaw.ch%2FBGE-137-I-31BGE%20137%20I%20E.%206.2%20BGE%20140%20I%20E.%2011.1)

⁹⁹ ELBERLING, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, München 2012 (zit. AUTOR, in: Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Art.), Rz. 4 f. zu Art. 5 EMRK; HARRIS DAVID ET AL., Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl., Oxford 2014, S. 288 ff.; PETERS ANNE/ALTWICKER TILMANN, Europäische Menschenrechtskonvention, Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, 2. Aufl., München 2012, Rz. 2 ff. zu §18; FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 1 und 4 ff. zu Art 5 EMRK; VEST, in: St. Galler Kommentar, Rz. 2 zu Art. 31 BV; MAHON (Fn. 44), Band II, Rz. 185.

¹⁰⁰ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 85; zur für die Anwendbarkeit von Art. 31 BV konstitutiven Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug auch VEST, in: St. Galler Kommentar, Rz. 6 ff. zu Art. 31 BV.

b) Freiheitsbegrenzung und -entzug

1) Grundsatz

[Rz 106] Der Übergang von Freiheitsbegrenzung zu Freiheitsentzug ist fließend und wird vom Fallrecht des EGMR und des Bundesgerichts näher verdeutlicht. In seiner Rechtsprechung hat der EGMR verschiedene Kriterien entwickelt, nach denen die Abgrenzung im Einzelfall vorzunehmen ist. Ausschlaggebend sind die konkrete Situation der Betroffenen, der Typus der Eingrenzung, die Dauer, die Auswirkungen auf den Betroffenen und die Art des Vollzugs der Massnahme. Auch freiheitsbegrenzende Massnahmen können unter gewissen Umständen freiheitsentziehende Wirkungen haben.¹⁰¹ Diese Kriterien können auch beigezogen werden, um unter Art. 10 Abs. 2 BV leichte von schwerwiegenden Eingriffen in das Grundrecht zu unterscheiden.

[Rz 107] Nicht jede Unterbringung in einer **Asylunterkunft** bedeutet bereits einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden. Je abgelegener die Unterkunft ist und je eingeschränkter die Unterkunftsmodalitäten (z. B. die Hausordnung oder die Voraussetzungen für Ausgangsbewilligungen) ausfallen, umso stärker sind die faktischen Auswirkungen auf die Bewegungsmöglichkeiten der Unterbrachten und umso eher sind die Ausübung anderer Grundrechte und elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung und damit auch der Schutzbereich der Bewegungsfreiheit betroffen. Die Zuweisung in eine Unterkunft, ihre Lage und ihre Organisationsstrukturen haben weitreichende Konsequenzen für die tägliche Lebensgestaltung der Betroffenen, insbesondere auch mit Bezug auf ihre räumlichen Fortbewegungsmöglichkeiten und die Möglichkeit, am sozialen Leben teilzunehmen. Jeder organisatorische Entscheid, welcher diese Bewegungsräume empfindlich einschränkt, berührt den Schutzbereich der Bewegungsfreiheit. Ob es sich dabei um leichte oder um schwerwiegende Eingriffe in die Bewegungsfreiheit handelt, ist graduell und im Einzelfall zu bestimmen.

2) Unterbringung in einer geschlossenen Asylunterkunft

[Rz 108] Unbestritten ist, dass die Unterbringung in einer **geschlossenen Asylunterkunft** in der Form eines Internierungslagers oder eines verschlossenen Gebäudes ein schwerwiegender Eingriff in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen darstellt, weil ihr damit jegliche Möglichkeiten der selbstbestimmten räumlichen Fortbewegung und der Teilnahme am sozialen Leben entzogen werden. So hat beispielsweise der EGMR im Urteil *Saadi* die Unterbringung in einem Aufnahmezentrum während sieben Tagen ohne nähere Diskussion als Freiheitsentzug beurteilt.¹⁰² Im Urteil *Amuur* beurteilte der Gerichtshof die Festhaltung einer Familie im Transitbereich des Flughafens während 20 Tagen als Freiheitsentzug.¹⁰³

¹⁰¹ ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 6 zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 10 ff. zu Art. 5 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 289 ff.; VILLIGER (Fn. 72), Rz. 316 f. zu Art. 5 EMRK; detailliert auch TRECHSEL STEFAN, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, S. 412 ff. m.w.H.; für die Rechtsprechung des EGMR siehe stellvertretend *Amuur g. Frankreich* Ziff. 42; *Guzzardi g. Italien* Ziff. 92.

¹⁰² EGMR, *Saadi g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13229/03, vom 29. Januar 2008 Ziff. 42; dazu TRECHSEL STEFAN, Die Unterbringung von Asylsuchenden zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug, Asyl 3/2014, S. 5.

¹⁰³ EGMR, *Amuur g. Frankreich*, Nr. 19776/92, vom 25. Juni 1996 Ziff. 38 ff., 49; ähnlich EGMR, *Shamsa g. Polen*, Nr. 45355/99, vom 27. November 2003, wo die Festhaltung von zwei Lybiern im Transitbereich des Flughafens Warschau während 14 Tagen als Freiheitsentzug beurteilt wurde. Dagegen wurde der freiwillige weitere Aufenthalt auf dem Flughafen nach negativem Asylentscheid nicht als Freiheitsentzug beurteilt, EGMR, *Mahdid u. Haddar g. Österreich*, Nr. 74762/01, vom 8. Dezember 2005. Zur Rechtsprechung siehe ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 7 zu Art. 5 EMRK; TRECHSEL (Fn. 102), Unterbringung von Asylsuchenden, S. 6. Das Bundesgericht hat in BGE 123 II 193 E. 3, die Rechtsprechung des EGMR im Urteil *Amuur* übernommen, dazu auch TRECHSEL

3) Unterbringung in einer normalen und einer besonderen Asylunterkunft

[Rz 109] Im Bereich des Asylwesens ist umstritten, ob auch die Unterbringung in einer *normalen* oder in einer *besonderen* Unterkunft als Freiheitsentzug zu klassifizieren ist.¹⁰⁴ Immerhin sind die Asylsuchenden beispielsweise in den Bundeszentren grundsätzlich dazu verpflichtet, Tag und Nacht in den Empfangsstellen zu verbringen. Zudem dürfen sie sich nur mit einer Bewilligung ausserhalb der Unterkunft bewegen, die ihnen aber grundsätzlich erteilt wird, wenn nicht Bedürfnisse des Verfahrens, des Betriebes oder eine Ausgangssperre wegen Missachtung der Ordnung vorliegen. Der bewilligungspflichtige Ausgang ist in den *normalen* Unterkünften des Bundes unter der Woche auf den Zeitraum zwischen 09.00 und 17.00 beschränkt; am Wochenende aber von Freitagmorgen bis Sonntagabend möglich. Die Verweigerung des Ausgangs erfolgt formlos, eine rekursfähige Verfügung kann aber verlangt werden, wenn die Sperre länger als einen Tag dauert oder mehrmals hintereinander auferlegt wird.¹⁰⁵ Für *besondere* Unterkünfte des Bundes ist der Ausgang noch restriktiver ausgestaltet; die Bewohner dürfen die Unterkunft nur mit Bewilligung und täglich nur von 09.00 bis 17.00 verlassen.¹⁰⁶

[Rz 110] Das Bundesgericht hat sich mit Bezug auf die Organisationsstruktur der Empfangs- und Verfahrenszentren eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Unterbringung in einer *normalen* Unterkunft in die Persönliche Freiheit eingreift. Nach dieser Rechtsprechung sind Betriebsvorschriften wie beispielsweise solche über den Ablauf von Mahlzeiten oder Hausarbeiten hinzunehmen und berühren den grundrechtlichen Schutzbereich der Bewegungsfreiheit nicht («on ne peut parler en principe d'atteintes particulières aux droits fondamentaux à propos des circonstances et des tâches, respectivement des injonctions, quotidiennes les plus diverses»)¹⁰⁷. Ausgangssperren lassen sich hingegen nur dann rechtfertigen, wenn tatsächlich administrative Verfahrensschritte anstehen. Zudem ist das generelle Ausgangsverbot in den Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes nach den Ausführungen des Bundesgerichts nur damit zu erklären, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass sich die Asylsuchenden nur wenige Tage in diesen Zentren aufhalten. Für einige wenige Tage unmittelbar nach der Ankunft lasse sich eine stärkere Begrenzung des Ausgangs mit den notwendigen Registrierungsschritten erklären. Verblieben die Asylsuchenden aber über Wochen und Monate in diesen Zentren, stellten solche Restriktionen einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit der Asylsuchenden dar («une atteinte non négligeable à la personnalité et à la liberté du requérant d'asile»)¹⁰⁸. In einem späteren Urteil hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt und präzisiert, dass nicht nur Asylsuchende gleich zu Beginn gewisse Einschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit hinnehmen müssen, ohne dass dadurch der Schutzbereich ihres Grundrechts berührt wird. Auch abgewiesene Asylsuchende

(Fn. 102), Unterbringung von Asylsuchenden, S. 5 ff., der die Festhaltung am Flughafen als eindeutigen Freiheitsentzug beurteilt, gl. M. sind u.a. Vest, in: St. Galler Kommentar, Rz. 9 zu Art. 31 BV; Häfelin Ulrich/Haller Walther/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 352.

¹⁰⁴Trechsel (Fn. 102), Unterbringung von Asylsuchenden, S. 7 f., der auf Grund eines Vergleichs mit dem Vollzug von Freiheitsstrafen zumindest nicht ausschliesst, dass auch *normale* Asylunterkünfte als freiheitsentziehend und nicht bloss freiheitsbeschränkend einzustufen sind.

¹⁰⁵BGE 128 II 156; Art. 12 Abs. 3 und 4 der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich (SR 142.311.23).

¹⁰⁶Art. 11 Abs. 2bis der Verordnung des EJPD zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich (SR 142.311.23).

¹⁰⁷BGE 128 II 156 E. 3.b; bestätigt in BGE 133 I 49. E. 3.2 in Bezug auf die Eingriffsintensität des Reglement eines privaten Asylunterkunftsbetreibers (in der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe nach Art. 35 Abs. 2 BV).

¹⁰⁸BGE 128 II 156 E. 2.c. und 3.

de, die auf Nothilfe und Unterkunft angewiesen sind, befänden sich in einer besonderen Abhängigkeit vom Staat, welcher die eingriffslose Beschränkung ihrer Bewegungsmöglichkeiten für den geregelten Betrieb der zur Verfügung gestellten Unterkünfte bedinge.¹⁰⁹

[Rz 111] Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung greift auch die Unterbringung in *normalen* Unterkünften in die Bewegungsfreiheit der Betroffenen ein, weil die Unterbringung von längerer Dauer ist und das Ausgangsverbot weit ausgestaltet ist, respektive die bewilligungspflichtigen Ausgangsmöglichkeiten zeitlich eng begrenzt sind. *Besondere* Unterkünfte sind unter allen Umständen als freiheitsbegrenzende Unterkunftsart einzustufen, weil die Bewegungsfreiheit gegenüber normalen Unterkünften zusätzlich, zum Teil empfindlich tangiert wird.

[Rz 112] Das damalige BFM ging hingegen davon aus, dass die betroffenen Asylsuchenden durch die Unterbringung in *besonderen* Asylunterkünften «in ihrer Bewegungsfreiheit nur eingeschränkt [werden], wenn ihnen die kantonale Behörde einen Wohnort zuweist oder ihnen gestützt auf Artikel 74 AuG ein Rayonverbot erteilt». ¹¹⁰ Diese Ansicht ist vor dem Hintergrund der dargestellten bundesgerichtlichen Praxis nicht haltbar. Asylsuchende sind sowohl in *normalen* als auch in *besonderen* Unterkünften durch Anwesenheitspflichten tagsüber und in der Nacht in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt. ¹¹¹

[Rz 113] Grundsätzlich ist in der gezielten und gesonderten Behandlung einzelner Asylsuchender durch ihre Unterbringung in *besondere* Unterkünfte nicht zuletzt auch deshalb bereits eine verschärfte Massnahme zu erkennen, weil mit der örtlichen Absonderung und der Beschränkung der Ausgangszeiten — im Vergleich zum Alltag in den *normalen* Unterkünften — auch eine Verminderung der sozialen Kontaktmöglichkeiten einhergeht. Die Erteilung einer Ein- oder Ausgrenzung intensiviert die Einschränkung der Bewegungsmöglichkeiten, so dass die Anforderungen an die Rechtfertigung ebenfalls steigen. Falls die Unterbringungsmodalitäten in den *besonderen* Unterkünften für sich genommen oder in Kombination mit weiteren Einschränkungen durch Ein- oder Ausgrenzungen dermassen einschneidend sind, dass sie als Freiheitsentzug erscheinen, würden auch die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage steigen und der Verfahrensschutz wäre entsprechend stärker auszugestalten. Ob das geltende Bundesrecht die Anforderungen von Art. 31 BV und Art. 5 EMRK erfüllt, erscheint jedenfalls offen. ¹¹²

[Rz 114] Der EGMR erkennt in nächtlichen Ausgangsverboten, auch in Verbindung mit spezifischen Meldepflichten, grundsätzlich keinen Freiheitsentzug. ¹¹³ Durchgehenden Hausarrest hat der EGMR aber auch dann als Freiheitsentzug beurteilt, wenn Ausnahmen für Arztbesuche, Be-

¹⁰⁹BGE 133 I 39 E. 3.2, bestätigt in BGE 139 I 272 E. 3.4.

¹¹⁰BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 23.

¹¹¹Das Bundesgericht hat beispielsweise eine nur 6 Stunden dauernde Einschliessung als schweren Eingriff in die Bewegungsfreiheit beurteilt, Urteil vom 15. Dezember 1987, in ZBl 1988, S. 357 E. 2; siehe auch die entsprechende Rechtsprechung des EGMR in Fn. 114.

¹¹²Ebenso bereits MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 86 f; WIDMER (Fn. 39), S. 22: «Ob die Unterbringung einer asylsuchenden Person in einem *besonderen* Zentrum eine freiheitsentziehende Massnahme darstellt, hängt entscheidend davon ab, ob die Massnahme mit einer Eingrenzung verbunden wird und von welcher Qualität und wie gross der Rayon ist, den die asylsuchende Person nicht verlassen darf.»

¹¹³ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 11 zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 12 f. zu Art. 5 EMRK; TRECHSEL (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 413 f. Siehe die entsprechenden Ausführungen in EGMR, *Guzzardi g. Italien*, Nr. 7367/76, vom 6. November 1980; EGMR, *Ciancimino g. Italien*, Nr. 12541/86, vom 27. Mai 1991; EGMR, *Raimondo g. Italien*, Nr. 12954/87, vom 22. Februar 1994 Ziff. 13, 39; EGMR, *Haidn gegen Deutschland*, Nr. 6587/04, vom 13. Januar 2011 Ziff. 82 (welches nur die bisherige Rechtsprechung mit einem Verweis bestätigt, aber die Frage in der Sache selbst unbeantwortet lässt).

sorgungen oder den Besuch des Gottesdienstes zugelassen waren.¹¹⁴ Allerdings verdeutlicht die Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die Abgrenzung immer im konkreten Einzelfall vorgenommen werden muss. Ein wichtiges Kriterium ist neben der Dauer und Intensität des Eingriffs vor allem auch die Art der Unterbringung und die Möglichkeit sozialer Kontakte. Auch in zeitlicher Sicht können keine generalisierenden Aussagen getroffen werden. Bereits ein kurzes Festhalten von wenigen Minuten kann unter Umständen ein Freiheitsentzug sein.¹¹⁵ Der Freiheitsentzug muss mit Zwang geschehen, was sich aber nicht in der Anwendung physischen Zwangs wie beispielsweise verschlossene Türen oder ein vergittertes Areal erschöpft, sondern auch Entfernungs- oder Betretungsverbote umfasst, die mit Überwachung oder mit Sanktionen verbunden sind.¹¹⁶

[Rz 115] Für die vorliegende Fragestellung der Grund- und Menschenrechtskonformität geschlossener Unterkünfte bedeutet dies, dass es auch hier auf die konkrete Ausgestaltung der Unterkunft und die Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls ankommt. Der Begriff der geschlossenen Unterkunft ist wie anfänglich aufgezeigt (I.C.2) weit zu definieren, so dass nicht nur jene geschlossenen Unterkünfte, die wie Internierungslager ausgestaltet sind, erfasst werden, sondern auch «Sammellager» oder «Asyl-Dörfer», die weitab der Zivilisation liegen und äusserst eingeschränkte Möglichkeiten für soziale Kontakte bieten. Während die erste Gruppe der Internierungslager unter allen Umständen einen Freiheitsentzug nach Art. 31 BV und Art. 5 EMRK bewirken, kann die Einordnung der zweiten Gruppe erst anhand der konkreten Ausgestaltung erfolgen. Die in den politischen Vorstössen enthaltenen Formulierungen «weg von der Zivilisation», «mit bewachten Ein- und Ausgängen», und «möglichst ohne Möglichkeiten für Ausflüge in die Zivilisation» deuten jedoch darauf hin, dass die Unterbringung in «Sammellagern» oder «Asyl-Dörfern» unter Umständen ein Freiheitsentzug darstellt.

4) Ein- und Ausgrenzungen

[Rz 116] **Ein- oder Ausgrenzungen** sind grundsätzlich nicht als Freiheitsentzug sondern als Freiheitsbeschränkung einzustufen.¹¹⁷ Das Bundesgericht hat Ausgrenzungen in der Form von Rayonverboten, mit welchen gewalttätigen Fans von Sportmannschaften («Hooligans») der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet und zu einer genau angegebenen Uhrzeit anlässlich von Sportveranstaltungen verboten wird, als Eingriff in die Bewegungsfreiheit, aber nicht als Freiheitsentzug beurteilt.¹¹⁸ Entsprechend dieser Rechtsprechung werden auch Ein- oder Aus-

¹¹⁴EGMR, *Dacosta Silva g. Spanien*, Nr. 69966/01, vom 2. November 2006 Ziff. 42 (Hausarrest von 6 Tagen); ähnlich auch EGMR, *Devants g. Litauen*, Nr. 58442/00 Ziff. 63 (Hausarrest von 11 Monaten); FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 12 zu Art. 5 EMRK m.w.H.

¹¹⁵In EGMR, *Austin und andere g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 39692/09, 40713/09, 41008/09, vom 15. März 2012, beispielsweise hat der EGMR die Festhaltung von mehreren Stunden lediglich als Freiheitsbeschränkung behandelt. In EGMR, *Gillan und Quinton g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 4158/05, vom 12. Januar 2010 hingegen hat der EGMR Festhaltungen von bis zu maximal 30 Minuten als Freiheitsentzug eingestuft, siehe dazu TRECHSEL (Fn. 102), Unterbringung von Asylsuchenden, S. 4 f., mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung; ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 8 zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 10 f. und 14 ff. zu Art. 5 EMRK; VILLIGER (Fn. 72), Rz. 320 zu Art. 5 EMRK.

¹¹⁶ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 9 zu Art. 5 EMRK.

¹¹⁷RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 1304, respektive MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 85 f., zugleich Kritik an der Auffassung des Bundesgerichts (z. B. BGE 134 I 140 E. 5.2 und 6.3; BGE 132 I 49 E. 5.2) und der Lehre, wonach jede Ein- und Ausgrenzung, unabhängig davon ob sie elementare Aspekte der Persönlichkeit berührt, in die Bewegungsfreiheit eingreift; SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 35 zu Art. 10 EMRK; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 19 zu Art. 10 BV; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 9 zu Art. 31 BV.

¹¹⁸BGE 137 I 31 E. 6.2 und 6.6, bestätigt in BGE 140 I 2 E. 9.1; und implizit auch im Urteil des Bundesgerichts 1C_154/2014 vom 21. November 2014; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 103), Rz. 353.

grenzungen nach Art. 74 AuG als Zwangsmassnahme im Asyl- und Ausländerrecht gemeinhin als nicht besonders schwerwiegender Eingriff in die Bewegungsfreiheit qualifiziert und damit als Freiheitsbeschränkungen und nicht als Freiheitsentzug eingestuft.¹¹⁹ Allerdings ist bezüglich der Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 AuG von einer kategorischen Erfassung als eher leichte Eingriffe in die Bewegungsfreiheit Vorsicht geboten. Vielmehr muss jeder vorgelegte Sachverhalt vor dem Hintergrund der spezifischen Umstände einer sorgfältigen Prüfung unterzogen werden. Um die Eingriffsschwere einer Ein- oder Ausgrenzung zu beurteilen, sind sowohl das Ausmass der geographischen Beschränkung als auch deren Dauer und das Verhältnis zwischen Ausmass und Dauer einer Prüfung auf ihre Eingriffsintensität zu unterziehen. Wie oben (II.C.2.) bereits ausgeführt, ist es etwa vorstellbar, dass Ein- oder Ausgrenzungen dermassen eng zur Anwendung gebracht werden, dass sie als Freiheitsentzug zu beurteilen wären.¹²⁰

[Rz 117] Direkt aus dem Vergleich mit den Hooligan-Rayonverboten zu schliessen, dass auch die Ein- oder Ausgrenzungen nach Art. 74 AuG lediglich Freiheitsbeschränkungen sind, wäre verkürzt. Hooligan-Rayonverbote sind im Normalfall auf die Zeit der Spieldaustragungen und auf ein relativ kleines Gebiet, das nicht betreten werden darf, beschränkt. Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 AuG dauern jedoch über mehrere Wochen oder Monate und grenzen die Betroffenen unter Umständen von sehr weitreichenden Gebieten aus, respektive beschränken die Bewegungsfreiheit auf ein stark eingeschränktes Gebiet. Die Eingriffsintensität bei Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 AuG kann damit erheblich höher sein. Deshalb lässt sich etwa die vom Bundesrat formulierte Ansicht, wonach die Eingrenzung auf das Gebiet eines Dorfes lediglich als Freiheitsbeschränkung einzustufen ist, nur in besonderen Fällen vertreten.¹²¹ Auch das Bundesgericht hält fest ein, Rayonverbote müssten so beschaffen sein, dass soziale Kontakte möglich bleiben.¹²²

[Rz 118] Nach der Rechtsprechung des EGMR ist die blossе Beschränkung auf das Gebiet einer Gemeinde noch kein Freiheitsentzug. Ausschlaggebend sind die weiteren Umstände der Begrenzung. Der Gerichtshof hat in diesem Sinne im grundlegenden Urteil *Guzzardi* die Beschränkung der Bewegungsfreiheit eines Mannes auf eine 2,5 km² grosse Insel, gemeinsam mit seiner Familie und mit anderen Personen, die aus denselben Gründen auf der Insel untergebracht waren, als Freiheitsentzug beurteilt. Ausschlaggebend waren nicht zuletzt die eng beschränkten sozialen Kontaktmöglichkeiten. Zudem darf die Einschränkung nicht länger aufrechterhalten werden als

¹¹⁹BBl 1994 I 305, 317: «Grundsätzlich handelt es sich bei einer solchen Massnahme um eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit und nicht um eine freiheitsentziehende Massnahme.» Ebenso z. B. HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 103), Rz. 353; ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 1 zu Art. 74 AuG.

¹²⁰Auf diese Gefahr des «verdeckten Freiheitsentzugs» durch eingeschränkte Anwendung der Ein- und Ausgrenzung wurde bereits bei dessen Einführung hingewiesen, BBl 1994 I 305, 328. Eingrenzungen auf eine Kollektivunterkunft sind als Freiheitsentzug unzulässig, weil Art. 74 AuG die Anforderungen von Art. 5 EMRK nicht erfüllt (dazu bereits oben II.C.2) und weiter ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 1 zu Art. 74 AuG; GöKSU, in AuG-Handkommentar, Rz. 3 zu Art. 74 AuG; kritisch zur Eingriffsintensität der Ein- und Ausgrenzungen auch ALBRECHT (Fn. 72), S. 243 f; MOECKLI/KELLER (Fn. 77), S. 240 ff. (in Bezug auf Ein- und Ausgrenzungen generell).

¹²¹Ebenso MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 86; siehe aber die Aussagen des Bundesrates (BBl 1994 I 305, 317), wonach das Rayonverbot bewusst weit umschrieben ist: «So können die kantonalen Behörden dem Ausländer nicht nur das Betreten eines ganz bestimmten Stadtkreises, sondern ebenso ganzer Städte oder Regionen verbieten. Schliesslich kann ihm auch das Verlassen eines Kantons oder gar eines Dorfes untersagt werden.» Für die genaue Umschreibung von Ein- und Ausgrenzung siehe auch BBl 1994 I 305, 327 f. Äusserst kritisch zur Vereinbarkeit von engen Eingrenzungen unter Art. 74 AuG, insbesondere in Kombination mit der Unterbringung in einer *besonderen* Unterkunft, auch WIDMER (Fn. 39), S. 21 ff. In einer Beschränkung auf das Gebiet der Unterkunft erkennt auch er einen Freiheitsentzug.

¹²²Urteil des Bundesgerichts 2A.193/1995 vom 13. Juli 1995 E. 2.c; ZÜND, Migrationsrecht Kommentar, Rz. 3 zu Art. 74 AuG; KÄLIN (Fn. 72), S. 853.

nötig.¹²³ Mehrere Jahre dauernde Eingrenzungen lassen sich nicht rechtfertigen.¹²⁴ Im Urteil *Ciancimino* hat der EGMR die Eingrenzung auf das Gebiet einer Gemeinde mit 1500 Einwohnern und ausreichender Infrastruktur, einem Verbot, das Haus zwischen 20h00 und 7h00 zu verlassen, eine formlose Bewilligungspflicht für Bewegungen ausserhalb des Hauses tagsüber und die Pflicht, sich täglich um 11h bei der Polizei zu melden, als Freiheitsbeschränkung beurteilt.¹²⁵ Auch im jüngeren Urteil *Nada* hat der Gerichtshof die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Enklave von Campione nicht verlassen konnte, dort aber sozial nicht isoliert war, lediglich als Freiheitsbeschränkung eingestuft.¹²⁶

[Rz 119] Ob die **Eingrenzung auf eine Gemeinde, respektive eine stark abgelegene Unterkunft** einen Freiheitsentzug darstellt, kann vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung nicht von vornherein abschliessend beurteilt werden, sondern ist nur angesichts der jeweiligen Umstände erkennbar. Handelt es sich beim Dorf zusätzlich um eines der vorgeschlagenen «**Sammellager**» oder «**Asyl-Dörfer**», so ist die offensichtlich beabsichtigte Segregation der Asylsuchenden von den Einwohnerinnen des Ortes als zusätzlich erschwerendes Moment für die Beurteilung der Eingriffsintensität zu werten und allenfalls im Rahmen der Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 oder 3 EMRK zu prüfen.

2. Kerngehalt

[Rz 120] Zum unantastbaren Kerngehalt der Bewegungsfreiheit gehört die unbedingte Einhaltung minimaler Verfahrensgarantien bei der Einschränkung der Bewegungsfreiheit.¹²⁷ Dazu gehören die Kontaktaufnahme mit einer Rechtsverteidigerin und mit der Familie, das Vorliegen triftiger Gründe für den Eingriff und die Überprüfung des Freiheitsentzugs innerhalb kurzer Frist durch eine unabhängige Instanz.¹²⁸ Bei einem Freiheitsentzug konkretisieren die in Art. 31 BV festgeschriebenen und grundsätzlich nicht einschränkbaren Verfahrensgarantien diese dem Kerngehalt des Grundrechts zugehörigen Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs.¹²⁹

3. Rechtfertigung

[Rz 121] Die Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft stellt einen intensiven Eingriff in die Persönliche Freiheit der Betroffenen dar. Geschlossene Unterkünfte müssen deshalb den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV, Art. 31 BV und von Art. 5 EMRK Stand halten. Einschränkungen der Persönlichen Freiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen

¹²³EGMR, *Guzzardi g. Italien*, Nr. 7367/76, vom 6. November 1980, dazu TRECHSEL (Fn. 102), Unterbringung von Asylsuchenden, S. 4; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 86.

¹²⁴KÄLIN (Fn. 72), S. 853; ZÜND, in *Migrationsrecht Kommentar*, Rz. 3 zu Art. 74 AuG.

¹²⁵EGMR, *Ciancimino g. Italien*, Nr. 12541/86, vom 27. Mai 1991, ELBERLING, in *Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK*, Rz. 7 zu Art. 5 EMRK.

¹²⁶EGMR, *Nada g. Schweiz*, Nr. 10593/08, vom 12. September 2012, dazu TRECHSEL (Fn. 102), Unterbringung von Asylsuchenden, S. 4. Von entscheidender Bedeutung war in diesem Fall, dass es der Schweiz grundsätzlich offen steht, darüber zu entscheiden, wem sie Zugang auf ihr Territorium erlaubt. Ob der Gerichtshof zur selben Einschätzung gelangt wäre, wenn die Enklave Campione zum Staatsgebiet der Schweiz gehört hätte, erscheint fraglich.

¹²⁷SCHEFER MARKUS, *Der Kerngehalt der Grundrechte*, Bern 2001, S. 89 f.

¹²⁸RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 1305.

¹²⁹RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 3083; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 89 ff.; VEST, in *St. Galler Kommentar*, Rz. 2 zu Art. 31 BV.

durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein und den Kerngehalt der Grundrechte unberührt lassen. Die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen nach Art. 31 BV entsprechen grundsätzlich denjenigen von Art. 5 EMRK, wobei letztere Bestimmung den Anforderungen an die Rechtfertigung ein weiteres Kriterium beifügt: Der Freiheitsentzug ist gemäss Art. 5 Ziff. 1 EMRK nur dann zulässig, wenn er einem der abschliessend genannten Haftgründe entspricht.¹³⁰

a) Gesetzliche Grundlage für Tatbestand und Verfahren

[Rz 122] Wie vorhergehend (II.B.) dargelegt und an dieser Stelle nicht weiter auszuführen, fehlt für geschlossene Unterkünfte im geltenden Recht die erforderliche gesetzliche Grundlage. Weil es sich bei der Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt um eine schwerwiegende Einschränkung der Persönlichen Freiheit handelt, müsste die gesetzliche Grundlage im Gesetz selbst, d.h. in einem Gesetz im formellen Sinn, vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV i. V. m. Art. 164 Abs. 1 i. V. m. Art. 31 Abs. 1 BV). Im Asylwesen könnte alleine die Bundesversammlung als gesetzgebendes Organ (oder die Verfassungsgeberin), einen Rechtssatz über geschlossene Unterkünfte erlassen, der diesen Anforderungen genügt.

[Rz 123] Um die Anforderungen an die Normdichte zu erfüllen, müsste der Rechtssatz, der geschlossenen Unterkünften als Rechtsgrundlage unterlegt wird, genügend klar und bestimmt sein, damit seine Anwendbarkeit voraussehbar ist und rechtsgleich auf alle Sachverhalte, auf die er zutrifft, angewendet werden kann.¹³¹ Nicht nur der Tatbestand, sondern auch die Art und Weise des Freiheitsentzugs müssen im formellen Gesetz selbst enthalten sein (Art. 31 Abs. 1 BV und Art. 5 Ziff. 1 EMRK).¹³² Die Grundlage im formellen Gesetz darf sich also nicht auf die Formulierung der Tatbestände beschränken, die Anlass für einen Freiheitsentzug geben. Zusätzlich ist auch das Verfahren, das für die Anordnung eines Freiheitsentzugs durchlaufen werden muss, gesetzlich zu verankern.

b) Rechtfertigende öffentliche und private Interessen

[Rz 124] Was das öffentliche Interesse am Eingriff betrifft, so lassen die parlamentarischen Vorstösse erkennen, dass geschlossene Unterkünfte primär den polizeilichen Interessen der Sicherheit und Ordnung im öffentlichen Raum und dem fremdenpolizeilichen Interesse am geordneten Vollzug des Asylwesens, inklusive Sicherstellung der Weg- und Ausweisung, dienen sollen. Alleine die Tatsache, dass die Präsenz von Asylsuchenden und allfällige Interaktionen im öffentlichen Raum als «störend» empfunden werden, vermag nicht ein öffentliches Interesse an der Wahrung der öffentlichen Ruhe und Ordnung oder der Sicherheit zu begründen. Vielmehr müsste eine

¹³⁰SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 56 ff. zu Art. 10 EMRK; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 24 zu Art. 10 BV.

¹³¹HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 103), Rz. 307 ff.; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, Rz. 1 ff. zu §19; SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 33 und 56 zu Art. 10 EMRK; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 4 zu Art. 31 BV; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 5 zu Art. 31 BV; BGE 128 I 148; BGE 138 IV 148 E. 3.2.

¹³²Zu Art. 31 BV: RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 3085; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 17 f. zu Art. 31 BV; zu Art. 5 EMRK: ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 18 ff.; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 24 ff. zu Art. 5 EMRK; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 21 f. zu §18; zu beiden VILLIGER (Fn. 72), Rz. 324 ff. zu Art. 5 EMRK; TRECHSEL (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 420; stellvertretend für die Rechtsprechung des EGMR zum Freiheitsentzug *Amuur g. Frankreich* Ziff. 50, und zur Sicherheitshaft EGMR, *Borer gegen Schweiz*, Nr. 22493/06, vom 10. Juni 2010 Ziff. 38 ff.

konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder den geordneten Betrieb der Asylunterkünfte tatsächlich vorliegen.¹³³ Auch wer gegen die Hausordnung verstösst — weil er oder sie sich beispielsweise weigert, bei den Hausarbeiten mitzuhelfen oder die Nachtruhe in der Unterkunft mit lauter Musik oder Unterhaltung stört — stellt allein deshalb noch keine Gefahr für die öffentliche Ordnung dar. Wer sich weigert, im Asylverfahren zu kooperieren, gefährdet deswegen nicht bereits die öffentliche Sicherheit. Hingegen besteht in diesen Fällen ein öffentliches Interesse am geordneten Vollzug des Asylwesens, insbesondere etwa am geordneten Betrieb der Asylunterkünfte.

[Rz 125] Auch der Schutz der Interessen Dritter lässt sich im vorliegenden Fall zur Rechtfertigung des Eingriffs anführen: Die Unterbringung in eine geschlossene Unterkunft kann sowohl dem Schutz anderer Asylsuchender als auch von weiteren Dritten vor Eingriffen in ihre körperliche und psychische Integrität dienen.

[Rz 126] Eingriffe in Grundrechte lassen sich im Allgemeinen nicht allein mit fiskalischen Interessen rechtfertigen.¹³⁴ Die in einzelnen Vorstössen vorgebrachten Interessen an einer kostengünstigeren Unterbringungsart im Asylwesen vermögen den intensiven Eingriff in die Persönliche Freiheit durch Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft nicht zu rechtfertigen. Unabhängig davon wäre zudem zu fragen, ob eine geschlossene Unterbringung tatsächlich zu Kosteneinsparungen führt. Ähnlich verhält es sich mit Interessen der administrativen Rationalität: Ein Freiheitsentzug darf nicht allein deshalb angeordnet werden, weil die verwaltungstechnische Handhabung damit für die Behörden einfacher wird. Ebenfalls kein geeignetes öffentliches Interesse stellt die Verschärfung der strafrechtlichen Bestrafung dar. So hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass es verfassungsrechtlich unzulässig ist, einen Ausländer mit der Begründung strenger zu bestrafen, dass er sein Gastrecht in der Schweiz missbraucht habe.¹³⁵ Forderungen nach einem strengeren Sonderstrafrecht konstituieren diesbezüglich kein legitimes öffentliches Interesse.

c) Haftgründe nach Art. 5 Ziff. 1 EMRK

[Rz 127] Ein Freiheitsentzug für (abgewiesene) Asylsuchende kann unter drei Umständen den in Art. 5 Ziff. 1 EMRK abschliessend aufgeführten zulässigen Gründen entsprechen:

1) Art. 5 Ziff. 1 lit. a und c EMRK: Haft nach gerichtlicher Verurteilung oder Untersuchungshaft

[Rz 128] Wer eine Straftat begangen hat, oder wer Vorbereitungen für die Begehung einer Straftat trifft, dem kann nach Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK eine Haft oder Gefängnisstrafe und nach Artikel 5 Abs. 1 lit. c EMRK eine Untersuchungshaft auferlegt werden. Die Verurteilung zu einer Strafe oder die Anordnung der Untersuchungshaft erfolgt wegen einer nachgewiesenen oder vermutungsweise begangenen Tat unter Anwendung des Strafrechts und ist auf alle Personen, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, auf gleiche Weise anwendbar.¹³⁶

¹³³BGE 132 I 49 E. 7.1 und 7.2; BGE 132 I 256 E. 4.2 und 4.3.

¹³⁴HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 68), Rz. 552; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 131), Rz. 9 zu §20; BGE 134 I 293 E. 5.2.1 und 5.2.2.

¹³⁵BGE 125 IV 1 E. 5.b.

¹³⁶ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 28 ff. zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 37 ff. und 58 ff. zu Art. 5 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 306 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 13 und

[Rz 129] Die Unterbringung in einer geschlossenen Asylunterkunft darf nicht als Ersatz oder als Ergänzung zum strafrechtlichen Freiheitsentzug zur Anwendung kommen. Haftstrafen sind in den dafür vorgesehenen Haftanstalten zu verbüssen. Eine Segregation straffälliger Asylsuchender im Strafvollzug würde gegen das Legalitätsprinzip im Strafrecht verstossen. Die zweifache Inhaftierung straffälliger (abgewiesener) Asylsuchender wegen ihrer schuldhaft begangenen Tat — einmal unter Anwendung des Strafrechts, einmal nach dem Ausländerrecht — würde das Verbot der doppelten Bestrafung (*ne bis in idem*) verletzen. Die verschärfte strafrechtliche Sanktionierung von Asylsuchenden durch Strafen im Migrationsrecht ist nicht mit den strafrechtlichen Grundsätzen zu vereinbaren. In diesem Sinn hat der Bundesrat bei der Einführung der neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht betont, dass das Strafrecht oder das mangelnde Greifen strafrechtlicher Sanktionen nicht durch die Schaffung spezieller Straftatbestände im Ausländerrecht ersetzt werden dürfte.¹³⁷ Das Bundesgericht und der Bundesrat halten zudem fest, dass eine ausländerrechtliche Spezialhaft, die einen strafenden Haftzweck verfolgt, das Diskriminierungsverbot gemäss Artikel 14 EMRK und Artikel 8 BV verletzt.¹³⁸

[Rz 130] Damit verbleiben als Zwecke der Unterbringung in einer geschlossenen Asylunterkunft der geordnete Vollzug des Asylverfahrens und der Rückführung (fremdenpolizeiliches Interesse) oder der (präventive) Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Beide Zwecke entsprechen nicht den Haftgründen von Art. 5 Ziff. 1 lit. a und c EMRK. Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK sieht zwar eine Präventivhaft vor, diese ist aber eng zu interpretieren. Die Präventivhaft nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK ist darauf beschränkt, eine konkrete und bestimmte strafbare Handlung zu verhindern oder ihre strafrechtliche Untersuchung zu ermöglichen. Zudem darf die Präventivhaft einzig zum Zweck der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde erfolgen.¹³⁹ Das wäre bei geschlossenen Asylunterkünften aber gerade nicht der Fall, denn bei der Internierung in einer geschlossenen Asylunterkunft ist der Freiheitsentzug selbst der Haftgrund.¹⁴⁰ Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK lässt lediglich generalpräventiv begründete Inhaftierungen von Person nicht zu. Ein generalpräventiver Freiheitsentzug im sicherheitspolizeilichen Interesse, wie er in einzelnen politischen Vorstössen für geschlossene Asylunterkünfte gefordert wird, lässt sich mit Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK nicht vereinbaren.

[Rz 131] Die **Abgrenzung zwischen strafenden und administrativen Haftzwecken** ist nicht immer eindeutig. Der EGMR richtet sich in seiner Rechtsprechung nach der *Engel*-Doktrin, wonach drei Kriterien ausschlaggebend sind: Erstens die formale innerstaatliche Systematik, zweitens die Art der Rechtswidrigkeit und drittens die Art und Schwere sowie der Zweck der angedrohten Sanktion.¹⁴¹ Sanktionen, die pönal sind, müssen den erweiterten Anforderungen von Art. 32 BV

15 ff. zu §18; VILLIGER (Fn. 72), Rz. 330 ff. zu Art. 5 EMRK; siehe zu Einzelheiten und Nuancierungen der Dogmatik auch ausführlich TRECHSEL (Fn. 101), *Human Rights in Criminal Proceedings*, S. 436 ff.

¹³⁷ BBl 1994 I 305, 315. Zugleich betont der Bundesrat, dass der Vollzug einer strafprozessualen Strafe einer Administrativhaft in jedem Fall vorgeht. Ähnlich auch die Antwort des Aargauer Regierungsrats zu A 11.114: «Wer kriminell beziehungsweise straffällig wurde, trägt die gleichen Rechtsfolgen und Verfahrensrechte wie andere Personen in der Schweiz auch.» Zur Praxis des Bundesgerichts oben Fn. 134.

¹³⁸ BBl 2002 3709, 3768; ebenso bereits BBl 1994 I 305, 310. Eine Ungleichbehandlung von Ausländern im Strafrecht ist nur insofern gerechtfertigt, als ihre besondere Situation dies sachlich rechtfertigt, etwa wo es sich um Delikte handelt, die von Schweizern gar nicht in gleicher Weise verübt werden können (z. B. illegaler Grenzübertritt), BBl 1994 I 305, 311.

¹³⁹ ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, *Kommentar EMRK*, Rz. 49 ff. zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 70 zu Art. 5 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 314 ff.

¹⁴⁰ TRECHSEL (Fn. 72), *Zwangsmassnahmen*, S. 49, m.w.H.

¹⁴¹ EGMR, *Engel u.a. g. Holland*, Nr. 5100/71, Nr. 5101/71, Nr. 5102/71, Nr. 5354/72, Nr. 5370/72, vom 8. Juni 1976

und Art. 6 EMRK entsprechen; zusätzlich zur spezifischen Verfahrensausgestaltung gelten dann etwa das strenge Legalitätsprinzip, das Selbstbelastungsverbot und die Unschuldsvermutung.¹⁴² [Rz 132] Das Bundesgericht hat sich in seiner neueren Rechtsprechung zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), zum Zürcher Polizeigesetz und zum Hooligan-Konkordat der Kantone ausführlich mit der Abgrenzung zwischen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Massnahmen befasst. Dabei führt es kategorisch aus, dass das Polizeirecht grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur sei, auch wenn es einzelne Bezüge zum Straf- und Strafprozessrecht aufweise. Zusätzlich stellt das Gericht aber auch auf den Zweck und den Charakter der Massnahme ab. Es gelangt zum Schluss, dass die untersuchten Rechtssätze in Frage standen namentlich Rayonverbote, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam weder einen strafrechtlichen Charakter noch eine repressive Komponente aufweisen. Die Massnahmen seien einzig auf die Prävention von Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit durch Gewalttätigkeiten unterschiedlichster Art ausgerichtet und würden weder wegen Erfüllung von Straftatbeständen noch zur Besserung der Betroffenen ausgesprochen. Dass für den Nachweis der Gefahr von gewalttätigem Verhalten auf Gerichtsurteile und Anzeigen abgestellt werde ändere daran nichts.¹⁴³

[Rz 133] Für die Beurteilung des pönalen Charakters geschlossener Asylunterkünfte ergibt sich aus dieser Rechtsprechung folgendes: Erstens sind geschlossene Asylunterkünfte formalrechtlich und systematisch dem Verwaltungsrecht zuzuordnen. Zweitens bestehen die erfassten Rechtswidrigkeiten aus qualifiziert störenden Verhaltensformen, wie beispielsweise erhebliche Verstössen gegen die Hausordnung, die bedeutende Missachtung von Anweisungen der Behörden oder der Unterkunftsbetreiber sowie die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Massnahmen sind zudem nur auf einen beschränkten Personenkreis (Asylsuchende oder abge-

Ziff. 82; ausführlich auch EGMR, *Ezeh u. Connors g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 39665/98, vom 9. Oktober 2003 Ziff. 82 ff.; zur Engel-Doktrin siehe CONINX ANNA, Zwangsmassnahmen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht, *Sicherheit & Recht* 3/2014, S. 184 m.w.H.; JAAG TOBIAS, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK, in Trechsel Stefan et al (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift Trechsel, Zürich 2002, S. 158; ausführlich und m.w.H. auch HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 373 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 16 ff. zu §19, mit folgenden Beispielen aus der Rechtsprechung, in denen einer Massnahme den strafenden Charakter zugesprochen wurde: Scharfer Arrest als Disziplinar-massnahme eines Armeeangehörigen, Ordnungsbussenverfahren, Disziplinarverfahren gegenüber Strafgefangenen, vor allem wenn es um schwere Vorwürfe geht wie Körperverletzungen und die Art und Schwere der Sanktion einer strafrechtlichen Sanktion ähneln (*Ezeh u. Connors g. Vereinigtes Königreich*).

¹⁴² CONINX (Fn. 141), Zwangsmassnahmen, S. 185 f., welche darauf hinweist, dass administrative Massnahmen ohne pönalen Charakter genauso stark in die Rechtsposition der Betroffenen eingreifen können wie strafende Massnahmen. Sie plädiert deshalb dafür, dass für alle gefahrenabwehrenden Massnahmen — unabhängig von ihrem Zweck — alleine die Schwere ihres Eingriffs über die Ausstattung des rechtlichen Schutzes bestimmen sollte; zu den verstärkten Verfahrensrechten nach Art. 32 BV und Art. 6 EMRK bei strafenden Massnahmen MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 980 ff.; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht Grundprobleme, in Eicker Andreas (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, S. 30 f., 37 ff. und 50 ff.; JAAG (Fn. 141), S. 155 und 158 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 15 ff. zu §19; zur Diskussion über die Autonomie von Art. 5 Ziff. 1 lit. a gegenüber Art. 6 EMRK siehe TRECHSEL (Fn. 101), *Human Rights in Criminal Proceedings*, S. 439 f. zur Problematik der verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Allgemeinen siehe die Beiträge in HÄNER ISABELLE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zürich 2010.

¹⁴³ BGE 134 I 125 E. 4.1; BGE 136 I 87 E. 3.4; zum Hooligan-Konkordat: BGE 137 I 31 E. 4, bestätigt in BGE 140 I 2 E. 6; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 1C_278/2009 vom 16. November 2010 E. 3.3 und 4.2; kritisch zur Einschätzung des Bundesgerichts aber HENSLER BEAT, Strafe ohne Strafrecht. Die poenale Wirkung von verwaltungsrechtlichen Massnahmen, insbesondere am Beispiel der Präventivmassnahmen des Hooligan-gesetzes (BWIS) bzw. Hooligankonkordates, *Sicherheit & Recht* 1/2011; WERDER GREGORI, Rechtsnatur und Charakter der Massnahmen des Hooligan-Konkordats, *Sicherheit & Recht* 3/2012; MÜLLER JOEL, Das revidierte Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt an Sportveranstaltungen vom 2. Februar 2012 («Hooligan-Konkordat»), *recht* 3/2013; MEIER BENJAMIN, Hooligankonkordat: präventive Verpackung, repressive Wirkung, Strafrechtlicher Charakter von Verwaltungsmassnahmen, *AJP* 2014.

wiesen Asylsuchende) anwendbar. Beides spricht für die Qualifizierung der Einschliessung in einer Asylunterkunft als verwaltungsrechtliche Massnahme. Die angedrohten Sanktionen wecken an dieser Zuordnung jedoch ernsthafte Zweifel: Sie sind als länger andauernder Freiheitsentzug dermassen eingriffsintensiv ausgestaltet, dass dieses letzte Element die Zuordnung der Massnahme zum Verwaltungsrecht ernsthaft in Frage stellt:

[Rz 134] Wie Eingangs dargelegt, werden die Forderungen nach geschlossenen Asylunterkünften mit drei unterschiedlichen Zwecken begründet: 1) einem strafenden (straffällige Asylsuchende sollen sich als Sanktion für ihr rechtswidriges Verhalten auch nach Verbüssung ihrer strafrechtlichen Strafe nicht mehr frei bewegen dürfen; renitente Asylsuchende sollen für ihr Verhalten bestraft werden); 2) einem sicherheitspolizeilichen (öffentliche Sicherheit und Ordnung); und 3) einem fremdenpolizeilichen (ungestörter Ablauf des Asylverfahrens und geordneter Betrieb der Unterkünfte).

[Rz 135] ad 1) Die Kombination von äusserst schwerer Sanktion (langer Freiheitsentzug) und *strafendem Zweck* führt offensichtlich dazu, dass die dafür angeordneten Inhaftierungen in geschlossenen Unterkünften als pönal eingestuft und damit nicht mit dem Haftgrund von Art. 5 Ziff. 1 EMRK zu vereinbaren sind.

[Rz 136] ad 2) und 3) Eine lange andauernde Unterbringung in einer geschlossenen Asylunterkunft lässt sich kaum mehr mit *sicherheitspolizeilichen oder fremdenpolizeilichen Zwecken* allein begründen. Eine Unterbringung aus sicherheitspolizeilichen Gründen würde voraussetzen, dass im Einzelfall konkrete Hinweise einer ernsthaften, akuten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch den Inhaftierten vorliegen. Es dürfte allerdings kaum je möglich sein, mit genügender Sicherheit von vergangenen Sicherheits- und Disziplinarverstössen darauf zu schliessen, dass der Betroffene während der nächsten Wochen oder Monate weiterhin eine akute Gefahr für diese Rechtsgüter darstellen wird. Es mag zutreffen, dass solche Abschätzungen in wenigen, besonders gelagerten Ausnahmefällen allenfalls möglich sein könnten; als Grundlage für eine neue Unterbringungsart genügt dies jedoch nicht. Die erhebliche Eingriffsintensität der Massnahme und ihre — wenn überhaupt — äusserst selten sicherheitspolizeiliche Begründbarkeit machen ihren pönalen Charakter deutlich.¹⁴⁴

[Rz 137] Aus diesem Grund vermag an dieser Stelle der Vergleich mit den vom Bundesgericht als verwaltungsrechtlich beurteilten Zwangsmassnahmen gegen Hooligans nicht zu überzeugen. Die Eingriffsintensität der Massnahmen gegen Hooligans liegt im Vergleich erheblich tiefer: Die Rayons gegen Hooligans sind sowohl zeitlich als auch örtlich stark beschränkt; die Meldepflichten können nur im Zusammenhang mit relevanten Spieltagen und entsprechend nicht täglich verhängt werden. Auch der Polizeigewahrsam ist zeitlich kurz zu halten und gesetzlich auf maximal 24 Stunden beschränkt. Die polizeirechtlichen Massnahmen im Hooligan-Konkordat sind kaskadenartig gestuft aufgebaut, so dass jede verschärfte Massnahme erst dann zur Anwendung gelangen darf, wenn mildere Massnahmen nicht greifen.¹⁴⁵ Die erheblich stärkere Intensität und die möglicherweise äusserst lange Dauer der Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft, die fehlenden Möglichkeiten für einen nuancierten und gestuften Massnauenaufbau und der ausserordentlich weit umrissene Gefährdungstatbestand führen bei geschlossenen Unterkünften

¹⁴⁴Auf Grund ihrer ausserordentlich langen Maximaldauer schreibt ALBRECHT auch den Zwangsmassnahmen einen strafähnlichen Charakter zu, ebenso bereits RASELLI (Fn. 72), S. 84, und AUER (Fn. 72), S. 754 f.

¹⁴⁵Auf alle diese im Hooligan-Konkordat enthaltenen Nuancierungen und Präzisierungen hat das Bundesgericht in der Beurteilung der Grundrechtskonformität des Erlasses grossen Wert gelegt, BGE 137 I 31 E. 7.5; BGE 140 I 2 E. 7—12.

dazu, dass sie nicht in Analogie zu den Zwangsmassnahmen im Hooligan-Konkordat gerechtfertigt werden können.

[Rz 138] Den geschlossenen Unterkünften kann der pönale Charakter nicht abgesprochen werden, auch wenn für ihre Rechtfertigung im politischen Prozess sicherheitspolizeilichen Gründe geltend gemacht werden. Sie stellen in ihren Auswirkungen ein Surrogat zum Strafrecht dar und sind entsprechend als Spezialstrafrecht nicht rechtmässig.

2) Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK: Beugehaft

[Rz 139] Nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK ist erstens die Inhaftierung wegen der Nichtbefolgung einer bereits ergangenen, rechtmässigen gerichtlichen Anordnung als legitimer Haftgrund anerkannt. Zweitens ist die Inhaftierung dann zulässig, wenn sie zur Durchsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung oder zur präventiven Verhinderung einer drohenden Gesetzesverletzung dient.

[Rz 140] Der Begriff der *gesetzlichen Verpflichtung* ist eng auszulegen. Es muss eine konkrete und spezifische Pflicht vorliegen, die nicht eingehalten wurde. Die Verpflichtungen, deren Unterlassung zu einer Inhaftierung führen, müssen im formellen Gesetz klar und bestimmt festgehalten sein. Es muss für alle Betroffenen verständlich sein, welches Verhalten im Einzelnen als Unterlassung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Inhaftierung führt. Die gesetzliche Verpflichtung, welche zur Inhaftierung führt, darf nicht in der allgemeinen Pflicht bestehen, Vergehen gegen den öffentlichen Frieden, die öffentliche Ordnung oder die Sicherheit des Staates zu unterlassen. Mit dem Freiheitsentzug nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK dürfen keine strafenden Zwecke verfolgt werden. Die Haft muss der Durchsetzung der Verpflichtung entsprechen und darf nicht der Bestrafung der Nichtbefolgung dienen. Der Freiheitsentzug darf im Hinblick auf jeden davon betroffenen Einzelnen nicht willkürlich angeordnet werden; insbesondere müssen bei präventiven Massnahmen konkrete Hinweise vorliegen, dass die betroffene Person ihrer Verpflichtung nicht nachkommen wird. Dafür ist es zulässig, auf frühere Verurteilungen abzustellen. Das aktuelle Verhalten darf aber nicht ausser Betracht bleiben. Die Haft muss zudem verhältnismässig sein. Das bedeutet, dass sie erstens geeignet sein muss, um die Durchsetzung der Verpflichtung zu erreichen; zweitens dürfen keine geeigneten milderer Mittel als Alternative zum Freiheitsentzug zur Verfügung stehen; drittens muss die Dauer des Freiheitsentzugs in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der verletzten Pflicht stehen und sofort aufgehoben werden, wenn die Gefahr der Pflichtverletzung nicht mehr fortbesteht (zur Verhältnismässigkeitsprüfung für geschlossene Asylunterkünfte unten III.A.3.d).¹⁴⁶

[Rz 141] Im geltenden Schweizer Migrationsrecht wird die Freiheitsstrafe, welche wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung ausgesprochen wird (Art. 119 AuG), im Allgemeinen als mit dem Haftgrund von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK vereinbar erachtet. Es handle sich dabei um

¹⁴⁶Zum Ganzen ELBERLING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 39 ff. zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 51 ff. zu Art. 5 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 310 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 14 zu §18 (alle mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR); TRECHSEL (Fn. 72), Zwangsmassnahmen, S. 49; DERS. (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 443 ff.; vom Bundesgericht ausdrücklich berücksichtigt z. B. in BGE 137 I 31 E. 7.5.2. Der EGMR hat unter Anwendung eines strengen Prüfmasstabs in einem jüngeren Urteil die Festhaltung eines Hooligans für die Dauer eines Fussballspiels als rechtmässige Haft nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK beurteilt, EGMR, *Ostendorf g. Deutschland*, Nr. 15598/08, vom 7. Juni 2013 Ziff. 92 ff., m.w.H.; zu grundsätzlichen Überlegungen zur Thematik präventiver Sicherheitsmassnahmen siehe CONINX ANNA, Unsere Sicherheit — die Freiheit der anderen? Das Problem der selektiven Freiheitsbeschränkungen in der Sicherheitspolitik, ZSR 133 (2014) I; DIGGELMANN OLIVER, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, ZSR 124 (2005) I.

einen Freiheitsentzug, welcher zur Durchsetzung einer konkreten und ausreichend bestimmten gesetzlichen Verpflichtung diene und keinen strafenden Zweck verfolge, sondern organisatorischen und sicherheitspolizeilichen Interessen diene. Zudem sei überzeugend darzulegen, dass die Verhältnismässigkeit im Einzelfall zu gewährleisten ist. Umstritten ist in der Wissenschaft jedoch, ob die Durchsetzungshaft (Art. 76 AuG) als Beugehaft auf Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK abgestützt werden kann, dann aber auf Grund der beträchtlichen Dauer eher als unverhältnismässig erscheint, oder ob sie nicht vielmehr dem Haftgrund der Ausschaffung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK untergeordnet werden muss.¹⁴⁷

[Rz 142] Die sicherheitspolizeilich motivierte Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft wäre für Asylsuchende und abgewiesene Asylsuchende ausschliesslich dann mit Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK zu vereinbaren, wenn sie auf Grund der bereits erfolgten oder nachweislich unmittelbar drohenden Missachtung einer klar umrissenen, im AsylG oder AuG enthaltenen gesetzlichen Verpflichtung angeordnet wird, welche keinem strafenden Zweck dient. Sie dürfte zudem niemals kategorisch, sondern ausschliesslich persönlich auf Grund des tatsächlichen Verhaltens des Betroffenen angeordnet werden.¹⁴⁸ Damit verbleibt die Möglichkeit, geschlossene Unterkünfte im Interesse eines geordneten Verfahrens und Betriebs im fremdenpolizeilichen Interesse punktuell und äusserst beschränkt und gezielt als ultima ratio einzusetzen, welche nur dann zur Anwendung gelangen darf, wenn der geordnete Betrieb der Unterkunft oder der Ablauf des Verfahrens nicht mehr mit milderer Mitteln gesichert werden können. Diese Möglichkeit ist mit der Vorbereitungs- und der Durchsetzungshaft aber weitestgehend bereits im geltenden Recht abgedeckt. Darüber hinausgehende Haftformen stellen hingegen nach der *Engel*-Doktrin auf Grund ihrer Eingriffsintensität regelmässig rechtswidriges Sonderstrafrecht dar (dazu oben III.A.3.c.1).

3) Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK: Verhinderung der illegalen Einreise oder Abschiebe- und Ausreisehaft

[Rz 143] Nach Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK ist der Freiheitsentzug dann zulässig, wenn er entweder der Verhinderung der unerlaubten Einreise oder der rechtmässigen Abschiebung oder Ausweisung einer Ausländerin oder eines Ausländers dient.

[Rz 144] Der **Haftgrund der illegalen Einreise** wurde vom EGMR insbesondere im Urteil *Saadi* näher diskutiert. In diesem Urteil hat die Grosse Kammer den Haftgrund weit ausgelegt und es als zulässig erachtet, Asylsuchende, die nach ihrer Ankunft auf dem Gebiet des Staates ein Asylgesuch stellen, bis zur Entscheidung über das Asylgesuch in einem Durchgangslager zur Verhinderung ihrer illegalen Einreise zu inhaftieren. Das Gericht hat dies insbesondere mit administrativen Überlegungen begründet, weil die Inhaftierung die Prozesse der Verwaltung beschleunige und damit die Bearbeitung einer hohen Anzahl von Asylgesuchen innert kürzester Zeit ermögliche. In diesem Urteil erachtete der EGMR eine Inhaftierung von Asylsuchenden, welche das

¹⁴⁷Nach ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 1 zu Art. 75 AuG, handelt es sich um eine Haft nach lit. b; kritisch zur EMRK-Konformität UEBERSAX PETER, Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz, in Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 212, m.w.H. und CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 57.

¹⁴⁸Ebenso Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Dezember 2003 zur Motion (03.3559) Fraktion SVP betreffend Unterbringung von Asylsuchenden in Sammelunterkünften vom 3. Oktober 2003: «Nach Art. 5 EMRK ist die Einschränkung der Bewegungsfreiheit nur zulässig, soweit es der ordentliche Betrieb einer Kollektivunterkunft erfordert und diese verhältnismässig ist. Damit können aber keine Straftaten ausserhalb der Unterkunft verhindert werden.»

Staatsgebiet noch nicht rechtmässig betreten haben, für die Dauer von 7 Tagen bis zum endgültigen Entscheid über das Asylgesuch als vertretbar. Die Haft darf aber nicht einfach grundsätzlich erfolgen, um die Einreise zu verhindern sondern ist nur solange zulässig, als Abklärungen über die Zulässigkeit der Einreise tatsächlich in Gang sind.¹⁴⁹ In der darauf folgenden Rechtsprechung hat der EGMR an dieser Auslegung festgehalten, die zu beurteilende Dauer der Festhaltung (bis zu drei Monate) und die unangemessenen Haftbedingungen aber in den konkreten Fällen als Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK zurückgewiesen.¹⁵⁰

[Rz 145] Im schweizerischen Recht gilt eine Person, die innert angemessener Frist nach Betreten des Schweizer Territoriums ein Asylgesuch einreicht, als rechtmässig in der Schweiz anwesend (Art. 42 AsylG) und zwar während der gesamten Dauer des Asylverfahrens. Jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht, gilt als Asylgesuch (Art. 18 AsylG). Das gilt auch für Personen, die an der Grenze oder bei der illegalen Einreise im grenznahen Raum oder im Inland angehalten werden und zu dem Zeitpunkt um Asyl ersuchen (Art. 21 AsylG).¹⁵¹ Damit befinden sich die Asylsuchenden, die in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt haben, in einer grundsätzlich anderen Situation als jener, welche dem Urteil *Saadi* zugrunde lag: Sie sind rechtmässig in der Schweiz anwesend.¹⁵² Aus dieser Rechtsprechung lässt sich deshalb keine Begründung der Zulässigkeit einer Inhaftierung wegen illegaler Einreise in die Schweiz ableiten.

[Rz 146] Die im internationalen Recht gemeinhin eingeräumte, aber äusserst eingeschränkte Möglichkeit der Staaten, Asylsuchende bei oder nach ihrer Übertretung der Grenze festzuhalten, um beispielsweise erste Abklärungen über die Identität einzuleiten, sind in der Schweiz für Einrei-

¹⁴⁹EGMR, *Saadi g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13229/03, vom 29. Januar 2008 Ziff. 44 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 20 zu §18; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 56, und FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 86 zu Art. 5 EMRK (welche betonen, dass es sich um eine kurzfristige Haft handelt); sinngemäss bereits TRECHSEL (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 451 f.

¹⁵⁰Siehe dazu EGMR, *Kanagaratnam g. Belgien*, Nr. 15297/09, vom 13. Dezember 2011, Ziff. 79 ff. (Bestätigung der Rechtsprechung), 94 f. (in casu 3 Monate Internierung unter unangemessenen Bedingungen zu lange); EGMR, *Suso Musa g. Malta*, Nr. 42337/12, vom 23. Juli 2013, Ziff. 102 (in casu 6 Monate Internierung unter unangemessenen Bedingungen zu lange); HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 329 f.

¹⁵¹TRECHSEL (Fn. 72), Zwangsmassnahmen, S. 47; DEPEURSINGE (Fn. 86), S. 6; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 295; BGE 119 Ib 202 E. 3.a; BGE 135 IV 1 E. 4.2; BGE 140 II 409 E. 2.3.2.

¹⁵²Obwohl diesem Aspekt des Urteils *Saadi* folglich im geltenden Schweizer Recht auf Grund von Art. 18, 21 und 42 AsylG keine praktische Bedeutung zukommt ist anzumerken, dass die Auslegung des EGMR nicht überzeugt: Erstens sollten Personen, die ein Asylgesuch einreichen, das nicht offensichtlich unbegründet ist, nicht als illegal eingereist gelten, weil eine solche Rechtsauffassung einen wichtigen Grundsatz der Rechtsinstitution Asyl unterläuft; und zweitens Gründe der administrativen Rationalität kaum je dermassen schwer wiegen, den Freiheitsentzug aller Asylsuchenden zu rechtfertigen, siehe in diesem Sinne auch die Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiye, Spielmann and Hirvelä zum Urteil *Saadi*; ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 81 zu Art. 5 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 328 ff.; MORENO-LAX VIOLETA, Beyond *Saadi v UK*: Why the «Unnecessary» Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law, Human Rights and International Legal Discourse 2 (2011), S. 166 ff. Unkritisch rezipiert ist das Urteil aber beispielsweise in PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 20 zu §18, welche den Vertragsstaaten aus dem Urteil *Saadi* ohne Weiteres einen weiten Gestaltungsspielraum, der auch die Anordnung von Freiheitsentziehung umfasse, einräumen; ebenso CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 56. Das Urteil *Saadi* steht zudem im Widerspruch zu weiteren internationalrechtlichen Vorgaben und Empfehlungen zum Umgang mit Asylsuchenden, in welchen betont wird, dass die Internierung von Asylsuchenden nur im Ausnahmefall und nur auf Grund der konkreten Umstände eines einzelnen Falls gerechtfertigt ist. Zudem muss der Staat in jedem Einzelfall vorweisen, dass keine milderen Mittel zum verfolgten Zweck führen können. Interessanterweise hat der EGMR diese internationalrechtlichen Vorgaben im Urteil *Saadi* (Ziff. 29 ff.) ausführlich dokumentiert, jedoch nicht substantiell in den Entscheid selbst einbezogen. Siehe dazu Art. 3 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung, Art. 9 des Pakts über bürgerliche und politische Rechte und die entsprechenden Urteile des UN-Menschenrechtsrats, die Genfer Flüchtlingskonvention und die Beschlüsse (Conclusions) von 1986, und die UNHCR-Richtlinien über die Inhaftierung von Asylsuchenden (damals noch von 1995, erneuert 2012); oder auch die Empfehlungen (Rec (2003)5) des Ministerkomitees des Europarates.

sen über den Landweg mit der kurzfristigen Festhaltung nach Art. 73 AuG ausgeschöpft. Anders verhält es sich im geltenden Recht einzig beim Freiheitsentzug im Flughafen: Die Festhaltung auf dem internationalen Gebiet des Flughafens dient dazu, die Einreise zu verhindern und entspricht damit dem ersten Haftgrund von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK, weil die Einreise noch nicht erfolgt ist.¹⁵³

[Rz 147] Ein Freiheitsentzug nach Übertreten der Grenze lässt sich bei Personen, die auf dem Gebiet der Schweiz ein Asylgesuch gestellt haben, das nicht offensichtlich unbegründet ist, nur dann unter Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK rechtfertigen, wenn ihr Asylgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde und die **Inhaftierung dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung** dient. Diesen Anforderungen an den Haftgrund entsprechen die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft nach Art. 75–77 AuG. Mit diesen Zwangsmassnahmen wird der Gestaltungsspielraum von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK in der Schweiz bereits nach geltendem Recht ausgeschöpft.¹⁵⁴ Ein Freiheitsentzug ist nach ständiger Rechtsprechung des EGMR und herrschender Lehre unter Anwendung von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK nur dann rechtmässig, wenn die ausländische Person von einem gegen sie schwebenden Aus- oder Wegweisungsverfahren betroffen ist. Es muss während der Festhaltung feststehen, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung innert absehbarer Zeit tatsächlich vollzogen werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die vage Möglichkeit, dass eine Wegweisung nicht völlig ausgeschlossen werden kann, kein hinreichender Grund, um eine ausländische Person in Ausschaffungshaft zu belassen. Auch der Freiheitsentzug nach Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK darf keinen strafenden Zweck verfolgen, sondern einzig der Verhinderung der Einreise oder dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung dienen. Die im schweizerischen Ausländerrecht vorgesehene Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft dienen denn auch einzig dem Vollzug der ausländerrechtlichen Massnahme und nicht der Bekämpfung der Kriminalität oder der Bestrafung für straffälliges oder renitentes Verhalten. Zudem ist die Haft nur dann zulässig, wenn es klare Anhaltspunkte gibt, dass sich ein Ausländer oder eine Ausländerin der Rückführung entziehen wird.¹⁵⁵

[Rz 148] Die altrechtliche Internierung liess sich auch deshalb nicht mit Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK vereinbaren, weil der Zweck der Internierung ein sicherheitspolizeilicher und nicht ein fremdenpolizeilicher war.¹⁵⁶ Das sicherheitsrelevante Verhalten einer Person kann jedoch als Indiz für eine Untertauchungsgefahr in die Anordnung der Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft einbe-

¹⁵³ Der EGMR hat die Bedingungen für einen Freiheitsentzug in der internationalen Zone des Flughafens wiederholt präzisiert, siehe stellvertretend *Amuur g. Frankreich* Ziff. 43; siehe auch BGE 123 II 193 E. 3; ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 7 und 82 zu Art. 5 EMRK; VILLIGER (Fn. 72), Rz. 339 zu Art. 5 EMRK; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 20 zu §18; siehe auch die Empfehlung Nr. R (94) 5 des Ministerkomitees des Europarats über die Leitlinien zur Praxis der Mitgliedstaaten des Europarates bezüglich Asylbewerbern in den europäischen Flughäfen vom 21. Juni 1994.

¹⁵⁴ ZÜND, in Migrationsrecht Kommentar, Rz. 1 zu Art. 75 AuG; HUGI YAR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.6 f. Dieser Spielraum galt bereits bei Einführung der Zwangsmassnahmen (die zwischenzeitlich mehrmals verschärft wurden) als ausgeschöpft, TRECHSEL (Fn. 72), Zwangsmassnahmen; RASELLI (Fn. 72), S. 79 m.w.H.; KÄLIN (Fn. 72), S. 853: «Es ist offenkundig, dass der Gesetzgeber aus politischen Gründen die Spielräume voll ausgenützt hat, die dem Staat im Umgang mit missliebigen Ausländern ausserhalb des Strafrechts bleiben. Daher sind im Bereich der Zwangsmassnahmen die *rechtsanwendenden Behörden* mit einer besonderen Verantwortung für eine menschenrechts- und grundrechtskonforme Handhabung dieser Rechtsnormen behaftet.»

¹⁵⁵ ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 83 ff. zu Art. 5 EMRK; VILLIGER (Fn. 72), Rz. 339 f. zu Art. 5 EMRK (mit dem Hinweis, dass der Haftgrund nicht vorgeschoben werden darf, um die Haft aus anderen Gründen zu rechtfertigen); HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 330 ff.; TRECHSEL (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 452 ff.; TRECHSEL (Fn. 72), Zwangsmassnahmen, S. 48; KÄLIN (Fn. 72), S. 835 ff.; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 16 zu Art. 31 BV, welcher sich zudem äusserst kritisch gegenüber der nach seiner Ansicht kaum zu rechtfertigenden Maximalhaftdauer von 24 Monaten zeigt; zum Erfordernis der Untertauchungsgefahr EGMR, *Jusic g. Schweiz*, Nr. 4691/06 vom 2. Dezember 2010 Ziff. 76 ff.

¹⁵⁶ TRECHSEL (Fn. 72), Zwangsmassnahmen, S. 49.

zogen werden.¹⁵⁷ Hingegen wäre es unzulässig, die Nationalität oder Herkunft von Asylsuchenden als konkretes Anzeichen für die Gefahr des Untertauchens zu werten oder davon auszugehen, dass bei Angehörigen einer bestimmten politischen oder religiösen Anschauung die Haft generell angemessen ist.¹⁵⁸

[Rz 149] Die Inhaftierung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK muss nach der Praxis des EGMR willkürfrei erfolgen. Die Prinzipien, die der EGMR im Urteil Saadi zur Willkürprüfung anführt, entsprechen neben dem Grundsatz, dass der Freiheitsentzug in gutem Glauben vorgenommen werden muss, in den Grundzügen der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Schweizer Landesrecht: Der Freiheitsentzug muss strikt dem vorgegebenen Zweck dienen, Ort und Bedingungen müssen dem nicht strafenden Zweck entsprechen und die Dauer zur Erreichung des Zwecks notwendig sein. Diese Kriterien gelten sowohl für die Haft zur Verhinderung der illegalen Einreise als auch für die Ausschaffungshaft (siehe zur Verhältnismässigkeit geschlossener Asylunterkünfte ausführlich im nächsten Abschnitt).¹⁵⁹

4) Ergebnis

[Rz 150] Asylsuchende können in drei Konstellationen rechtmässig inhaftiert werden: Erstens für die strafrechtliche Untersuchungshaft oder den strafrechtlichen Freiheitsentzug (Art. 5 Ziff. 1 lit. a und c EMRK); zweitens zur Durchsetzung einer bestimmten gesetzlichen Verpflichtung wie beispielsweise bei der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung (Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK); drittens, um den illegalen Grenzübertritt zu verhindern oder den Vollzug der Wegweisung zu gewährleisten (Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK). Die generelle Präventivhaft für alle (abgewiesenen) Asylsuchenden ist unter keinen Umständen zulässig, weil keiner der Haftgründe generell zutreffen kann. Die Haft muss immer im Einzelfall und unter Einbezug des individuellen Verhaltens angeordnet werden. Das renitente Verhalten im Verfahren oder in der Unterkunft darf dabei als Indiz für künftiges Fehlverhalten berücksichtigt werden, nicht aber als zu bestrafendes Element.

[Rz 151] Die Einrichtung geschlossener Unterkünfte für Asylsuchende und Ausreisepflichtige, die wiederholt oder schwerwiegend die öffentliche Ruhe und Ordnung gefährden, weil sie beispielsweise wiederholt strafbare Handlungen begehen oder wiederholt den geordneten Betrieb der Unterkunft stören, ist vor dem Hintergrund von Art. 5 EMRK folgendermassen zu qualifizieren:

[Rz 152] Wer strafbare Handlungen begeht, dem darf einzig unter Anwendung des Strafrechts die Freiheit zu pönalen Zwecken entzogen werden. Hat die Person ihre Strafe verbüsst, darf ihr die Freiheit aus pönalen Gründen nicht weiter entzogen werden. Wiegt das strafbare Verhalten unter Anwendung des Strafrechts nicht ausreichend schwer für einen strafrechtlichen Freiheitsentzug, darf das Ausländerrecht nicht als Surrogat des Strafrechts die Freiheit entziehen. Ein solcher Freiheitsentzug wäre unzulässiges Sonderstrafrecht und nicht mit Art. 5 Ziff. 1 lit. a oder c EMRK zu vereinbaren.

[Rz 153] Den geschlossenen Unterkünften kann der pönale Charakter nicht abgesprochen wer-

¹⁵⁷ BBl 1994 I 305, 311.

¹⁵⁸ KÄLIN (Fn. 72), S. 840.

¹⁵⁹ Siehe zur Willkürprüfung exemplarisch *Saadi g. Vereinigtes Königreich* Ziff. 67 ff.; *Amuur g. Frankreich* Ziff. 43; *ELBERING*, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 82 zu Art. 5 EMRK; *FROWEIN/PEUKERT* (Fn. 99), Rz. 89 zu Art. 5 EMRK; *PETERS/ALTWICKER* (Fn. 99), Rz. 23 zu §18.

den, auch wenn für ihre Rechtfertigung im politischen Prozess sicherheitspolizeiliche Interessen geltend gemacht werden. Sie stellen in ihren Auswirkungen ein Surrogat zum Strafrecht dar und sind entsprechend als Spezialstrafrecht nicht rechtmässig.

[Rz 154] Der generelle Verweis auf die wiederholte oder schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung ist zu wenig konkret, um die Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK zu erfüllen und hält deshalb dem Haftgrund von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK nicht stand. Auch der Verweis auf den Verstoss gegen die Hausordnung ist zu wenig konkret, um als Haftgrund nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK zu gelten. Das Gesetz müsste konkret und abschliessend die gesetzlichen Verpflichtungen aufführen, deren Missachtung zu Haft führt. Ein genereller Verweis auf ein anderes Regelwerk reicht im Allgemeinen nicht aus. Zudem handelt es sich bei den Hausordnungen nicht um formelle Gesetze. Dem Vorschlag kommt zudem nach der *Engel*-Doktrin ein pönales Element zu, womit er ohnehin nicht mit den Haftzwecken von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK zu vereinbaren ist.

[Rz 155] Die sicherheitspolizeilich motivierte Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft wäre für Asylsuchende und abgewiesene Asylsuchende ausschliesslich dann mit Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK zu vereinbaren, wenn sie auf Grund der bereits erfolgten Missachtung einer klar umrissenen, im AsylG oder AuG enthaltenen gesetzlichen Verpflichtung basiert, welche keinem strafenden Zweck dient, sondern einzig dem reibungslosen Ablauf des Asylverfahrens oder dem geordneten Betrieb der Unterkunft dient. Sie dürfte zudem nicht generalisierend, sondern müsste individuell-konkret begründet werden. Entscheidend wäre das tatsächliche Verhalten des Betroffenen. Sie dürfte nur zeitlich stark beschränkt und lediglich punktuell zur Anwendung gelangen und müsste in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des tatsächlichen Verhaltens stehen, welches durch die Massnahme vermieden werden soll.

[Rz 156] Damit verbleibt die Möglichkeit, geschlossene Unterkünfte im Interesse eines geordneten Verfahrens und Betriebs im fremdenpolizeilichen Interesse punktuell, individualisiert und und gezielt als *ultima ratio* einzusetzen. Dies ist nur zulässig, wenn der geordnete Betrieb der Unterkunft oder der Ablauf des Verfahrens nicht mehr mit mildereren Mitteln gesichert werden können. Diese Möglichkeit ist mit der Vorbereitungs- und der Durchsetzungshaft aber weitestgehend bereits im geltenden Recht abgedeckt.

d) Verhältnismässigkeit

[Rz 157] Die Einschränkung der grundrechtlich geschützten Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und insbesondere auch Freiheitsentzüge nach Art. 31 BV und Art. 5 EMRK sind nur zulässig, wenn sie im konkreten Fall verhältnismässig sind.¹⁶⁰ Bei Haftgründen nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK ist die Verhältnismässigkeitsprüfung besonders streng durchzuführen.¹⁶¹

[Rz 158] Die Verhältnismässigkeit der Grundrechtseinschränkung ist dann gewahrt, wenn der Eingriff in die Bewegungsfreiheit nicht weiter geht, als es das öffentliche Interesse erfordert und nicht im Missverhältnis steht zum konkret verfolgten öffentlichen Interesse. Drei Voraussetzun-

¹⁶⁰MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 97; SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 58 zu Art. 10 EMRK; HUGI YAR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.84 ff.; ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 24, 44 ff. und 88 f. zu Art. 5 EMRK.

¹⁶¹EGMR, *Vasileva g. Dänemark*, Nr. 52792/99, vom 25. September 2003 Ziff. 36 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 14 zu §18; dem entspricht auch die Praxis des Bundesgerichts im Polizeirecht, siehe z. B. BGE 137 I 31 E. 7.5.2.

gen müssen kumulativ erfüllt sein:¹⁶²

1) Eignung

[Rz 159] Geschlossene Unterkünfte müssen geeignet sein, um das angestrebte öffentliche Interesse tatsächlich zu erreichen. Die Einsperrung der Asylsuchenden ist geeignet, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu wahren. Wer eingesperrt ist, bewegt sich nicht mehr im öffentlichen Raum und kann deshalb auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung kaum mehr gefährden. Dies gilt nicht lediglich für Asylsuchende, sondern für alle Menschen.

[Rz 160] Die Unterbringung in geschlossenen Unterkünften ist hingegen nur teilweise geeignet, den Vollzug des Asylrechts zu gewährleisten. Die geschlossene Unterbringung stellt sicher, dass Asylsuchende nicht «untertauchen» können und somit für das Verfahren zur Verfügung stehen und auch im Fall eines negativen Entscheids für die Weg- und Ausweisung fassbar bleiben (siehe dazu aber die Ausführungen zu Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK oben III.A.3.c.3). Die geschlossene Unterbringung garantiert hingegen nicht, dass sich die Betroffenen im Verfahren auch tatsächlich kooperativ zeigen. Weiter ist die Massnahme auch nur teilweise geeignet, Dritte vor Eingriffen in ihre Grundrechte zu schützen. Die Massnahme ist, sofern sie in der Form einer Internierung ausgestattet ist, geeignet, Personen im öffentlichen Raum vor Grundrechtseingriffen zu schützen, weil es zu keinen Begegnungen mehr kommen kann. Hingegen verhindert die Massnahme nicht, dass Eingriffe in die Grundrechte Dritter innerhalb der geschlossenen Unterkunft stattfinden.

2) Mildere Mittel

[Rz 161] Geschlossene Unterkünfte müssen erforderlich sein, um das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen. Es dürfen keine vergleichbar geeigneten, mildereren Massnahmen zur Verfügung stehen, um den verfolgten Zweck zu erreichen. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das Notwendige hinausgehen.¹⁶³

[Rz 162] Sowohl der Regierungsrat des Kantons Aargau als auch die Bundesorgane haben in ihren Stellungnahmen zu den politischen Vorstösse immer wieder betont, dass geschlossene Unterkünfte nicht erforderlich sind, weil die öffentlichen Interessen der Sicherheit und Ordnung, respektive des geordneten Vollzugs mit geeigneten, aber mildereren Mitteln erreicht werden können: Das damalige Bundesamt für Migration hat aufgezeigt, dass Beschäftigungsprogramme für die Untergebrachten in Verbindung mit Motivationsentschädigungen «den Abbau von Spannungen aufgrund der Untätigkeit der Asylsuchenden, eine positivere Wahrnehmung der Asylsuchenden in der lokalen Bevölkerung und der Nachbarschaft der Empfangsstellen sowie die Würdigung der Mitwirkung von Asylsuchenden» bewirken können. Ein geordneter Tagesablauf mit Tätigkeiten soll den Asylsuchenden die erzwungene Arbeitsuntätigkeit während dem Asylverfahren erleichtern und die «Konzentration von Asylsuchenden an sensiblen Orten des Gemeindegebiets» verringern. Als Beschäftigungsmöglichkeiten zur Reduktion von Spannungen wurden vom BFM neben der Mitwirkung bei Hausarbeiten «die Ausübung von Sport, der Besuch von Sprachkursen oder Begegnungen mit der einheimischen Bevölkerung», oder gemeinnützige Tätigkeiten im öf-

¹⁶²HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 103), Rz. 320 ff.; RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 1221 ff.

¹⁶³SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 58 zu Art. 10 BV; zur Dauer: BGE 135 II 105 E. 2.2.1; BGE 133 I 168 E. 4.1; zu den mildereren Mitteln BGE 136 IV 20 E. 3.5; BGE 135 II 105 E. 2.2.1.

fentlichen Interesse wie «Natur- und Umweltschutz oder im Bereich Unterhalt öffentlicher Plätze und Anlagen» vorgeschlagen. Als Beispiele angefügt sind die Säuberung von Waldwegen, Abholzen, Strassenreinigung oder die Unterstützung von betagten oder behinderten Personen.¹⁶⁴

[Rz 163] Der Regierungsrat des Kantons Aargau hat zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung das breit angelegte Sicherheitsprogramm «Crime Stop» lanciert und der Öffentlichkeit auch den Nachweis über dessen Erfolg vorgelegt.¹⁶⁵

[Rz 164] Weiter haben Bund und Kantone mit der neu geschaffenen Unterkunftsart der *besonderen* Unterkünfte bereits ein im Vergleich zu den *normalen* Unterkünften verschärftes Mittel zur Hand, um sowohl die öffentliche Sicherheit und Ordnung als auch den geordneten Vollzug und die Interessen Dritter besser zu schützen. Damit steht den Behörden ein im Vergleich mit geschlossenen Unterkünften milderes Mittel zur Verfügung, dessen Eignung sich im Verlaufe der Zeit weisen wird, jedoch zumindest in den Berichten über die Neustrukturierung des Asylwesens als ausreichend dargestellt wird (dazu oben I.B.3). Bevor überhaupt eine Verschärfung der Unterbringungsformen unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtskonformität als erforderliche Massnahme ins Auge gefasst werden kann, muss sich erwiesen haben, dass die *besonderen* Unterkünfte als mildere Mittel nicht geeignet sind, die im öffentlichen Interesse stehenden Ziele zu erreichen.

[Rz 165] Den Behörden steht zusätzlich zur verschärften Unterbringung in *besonderen* Unterkünften auch die Zwangsmassnahme der Ein- und Ausgrenzung zur Verfügung. Der Regierungsrat des Kantons Aargau hat in seinen Antworten auf die politischen Vorstösse darauf hingewiesen, dass in der Kombination dieser beiden Massnahmen — *besondere* Unterkunft und Ein- und Ausgrenzung — den Behörden ein ausreichend griffiges Instrumentarium zur Verfügung steht, um ihre Aufgaben auszuführen. Weiter stehen den Behörden mit den unterschiedlichen Haftformen weitreichende, aber doch zeitlich beschränkte und nur unter strengen Kriterien zur Anwendung gelangende Massnahmen zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht erforderlich, geschlossene Unterkünfte einzurichten, in welchen je nach ihrer Ausgestaltung unter Umständen alle Asylsuchende ohne zeitliche Begrenzungen untergebracht werden können. Geschlossene Unterkünfte sind auch unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung als unverhältnismässig einzustufen und verletzen damit Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 31 BV und Art. 5 EMRK.

3) Zweck-Mittel-Relation

[Rz 166] Eingriffe in Grundrechte müssen die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne wahren. Dies bedeutet, dass der Eingriffszweck und die Eingriffswirkung in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen. Die öffentlichen — und gegebenenfalls privaten — Interessen am Eingriff sind gegen die von der Massnahme tangierten Grundrechtsinteressen abzuwägen. Ein Eingriff ist dann unverhältnismässig, wenn seine negativen Wirkungen für die grundrechtlich Betroffenen im konkreten Fall schwerer wiegen als die Interessen am Eingriff.

[Rz 167] Vorliegend wiegt der Eingriff in die Bewegungsfreiheit besonders schwer. Die Inhaftierung eines Menschen für mehrere Monate, ohne dass dies strafrechtlich begründet wäre, trifft

¹⁶⁴BFM, Erläuternder Bericht betreffend dringliche Änderung des Asylgesetzes vom 28. September 2012, Entwurf der Verordnungsanpassungen vom Februar 2013, S. 27 ff.

¹⁶⁵Bericht des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 10. Dezember 2014 betreffend Schwerpunkte der Strafverfolgung im Kanton Aargau 2015—2018, S. 6.

ihn in aussergewöhnlich intensivem Masse. Es müssen äusserst gewichtige öffentliche Interessen entgegenstehen, damit sich die Massnahme als verhältnismässig erweist.¹⁶⁶ Wie das Rechtsinstitut der Verwahrung als Sicherheitshaft deutlich macht, kommen dafür ausserhalb des strafrechtlichen Kontexts lediglich konkrete, schwerwiegende Gefährdungen von Leib und Leben in Frage.¹⁶⁷ Falls eine solche Gefährdung vorliegen würde, wäre auch bei Asylbewerbern als Sicherheitshaft eine Verwahrung nach den regulären Gesetzesbestimmungen anzuordnen. Im vorliegenden Zusammenhang lassen sich — wie dargestellt — nur sehr beschränkte Konstellationen vorstellen, in denen das Verhalten einer Person dermassen schwer wiegt, dass ihr ihre Bewegungsfreiheit — ohne sie damit strafen zu wollen — alleine aus sicherheits- oder fremdenpolizeilichen Interessen über längere Zeit entzogen werden dürfte.

4. Verfahrensgarantien

[Rz 168] Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat nach Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 5 Ziff. 2 EMRK das Recht, unverzüglich über die Gründe ihrer Festnahme informiert zu werden¹⁶⁸ und auf Antrag Zugang zu einem Gericht zu erhalten, das innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet (Art. 31 Abs. 4 BV und Art. 5 Ziff. 4 EMRK).¹⁶⁹ Art. 31 Abs. 2 BV gewährleistet zudem das Recht, die nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen, und eine Rechtsverteidigerin beziehen zu können. Jeder rechtswidrige Freiheitsentzug löst Schadenersatzansprüche aus (Art. 5 Ziff. 5 EMRK).¹⁷⁰

[Rz 169] Für die Unterbringung von Asylsuchenden in geschlossenen Unterkünften bedeuten diese grundrechtlichen Verfahrensgarantien, dass jede Einweisung einer Person in eine geschlossene Unterkunft in jedem einzelnen Fall diesen Anforderungen entsprechen muss. Illustrativ zeigt sich dies im Asylrecht an der Ausgestaltung des Flughafenverfahrens: Weil die Unterbringung in der Flughafenunterkunft einen Freiheitsentzug darstellt, hat jede Person, die am Flughafen ein Asylgesuch stellt, Anspruch auf die Eröffnung einer anfechtbaren Verfügung über den zugewiesenen Aufenthaltsort (Art. 22 Abs. 4 AsylG). Gegen diese Verfügung des SEM kann die asylsuchende Person direkt Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erheben (Art. 108 Abs. 3 und 4

¹⁶⁶Kritisch zur Verhältnismässigkeit der Zwangsmassnahmen beispielsweise bereits RASELLI (Fn. 72), S. 80 ff.; auch KÄLIN (Fn. 72), S. 851 f., hat die besondere Bedeutung der Verhältnismässigkeitsprüfung angesichts der äusserst einschneidenden Mittel betont; siehe auch ALBRECHT (Fn. 72), S. 242 und 250.

¹⁶⁷Siehe Art. 56 ff. des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB).

¹⁶⁸MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 102 f; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 11 zu Art. 31 BV; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 7 zu Art. 31 BV mit weiteren Präzisierungen; ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 93 zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 91 zu Art. 5 EMRK; RENZIOWSKI, in Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten, 14. Lieferung, Köln 2012 (zit. AUTOR, in Pabel/Schmahl, Kommentar EMRK, Art.), Rz. 275 ff. zu Art. 5 EMRK; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 29 zu §18; TRECHSEL (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 459 f.; HUGI YAR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.8 ff.; siehe beispielsweise auch EGMR, *Saadi g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13229/03, vom 29. Januar 2008 Ziff. 81 ff., wonach die Information über die Haftgründe erst 76 Stunden nach der Inhaftierung Art. 5 Ziff. 2 EMRK verletzt.

¹⁶⁹Die automatische Überprüfung durch ein Gericht kommt nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK und Art. 31 Abs. 3 BV nur beim Haftgrund von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK zur Anwendung; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 29 ff. zu Art. 31 BV; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 101 ff. zu Art. 5 EMRK. Dieser steht hier nicht in Frage.

¹⁷⁰RHINOW/SCHEFER (Fn. 44), Rz. 3086 ff.; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 88 ff.; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 1 ff. zu Art. 31 BV; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 19 ff. zu Art. 31 BV; MAHON (Fn. 44), Band II, Rz. 186; HERZOG RUTH, Verfahrensgarantien im Ausländerrecht, in Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/09, Bern 2009; ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 90 ff. zu Art. 5 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 90 ff. zu Art. 5 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 334 ff.; PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 26 ff. zu §18; für die Rechtsprechung z. B. BGE 136 I 87 E. 6.5; TRECHSEL (Fn. 101), Human Rights in Criminal Proceedings, S. 455 ff.

AsylG). Sofern das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gutheisst, ist die Festhaltung am Flughafen aufzuheben und die asylsuchende Person umgehend einer (*normalen*) kantonalen Unterkunft zuzuweisen.¹⁷¹

[Rz 170] Anders verhält es sich für die Zuweisung in ein Testphasenzentrum: Weil Testphasenzentren die Freiheit der Asylsuchenden nicht in weiter reichendem Masse beschränken als gewöhnliche Asylunterkünfte und damit keine Freiheitsentziehung nach Art. 5 EMRK und Art. 31 BV vorliegt, kommen die Verfahrensgarantien dieser Gewährleistungen nicht zum Tragen. Die Testphasenverordnung über die beschleunigten Verfahren in Zentren des Bundes begründet keinen rechtlichen Anspruch auf Behandlung eines Asylgesuchs in einem Testzentrum (Art. 4 Abs. 3 TestV). Mit einem Rechtsmittel gegen die Zuweisung in ein Testzentrum kann lediglich die Verletzung des Grundsatzes der Familieneinheit gerügt werden (Art. 37 Abs. 1 TestV).

[Rz 171] Auch die *besonderen* Unterkünfte sind nicht mit den Verfahrensgarantien nach Art. 31 BV und Art. 5 EMRK ausgestattet, so dass sie nicht dermassen repressiv organisiert sein dürfen, dass sie den Untergebrachten die Freiheit im Sinne dieser beiden Garantien entziehen (dazu auch oben II.B.3). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Freiheitsbeschränkungen in *normalen* Asylunterkünften durch Ausgangsverbote ausdrücklich betont, jeder Eingriff in die Bewegungsfreiheit müsse so ausgestaltet sein, dass der Betroffene eine Verfügung erwirken kann und der grundrechtliche Rechtsschutz garantiert wird. Gewisse Einschränkungen der Bewegungsmöglichkeiten seien für den geordneten Betrieb unabdingbar und stellten keinen Eingriff in das Grundrecht der Bewegungsfreiheit dar; sie seien auch ohne Beschwerdemöglichkeit hinzunehmen.¹⁷²

B. Haftbedingungen und Grundversorgung

[Rz 172] Jeder ausländerrechtliche Freiheitsentzug, sei er als Administrativhaft oder als Aufenthalt in einer geschlossenen Unterkunft ausgestaltet, muss spezifische Anforderungen an die Haftbedingungen erfüllen. Nach Rechtsprechung und Lehre zu Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK und Art. 10 Abs. 2 BV müssen die Bedingungen des ausländerrechtlichen Freiheitsentzugs dem Haftzweck angepasst sein. Das bedeutet erstens, dass die gemeinsame Unterbringung mit Personen im strafrechtlichen Freiheitsentzug wenn immer möglich zu vermeiden ist. Die Haftbedingungen müssen zudem im Vergleich zum strafrechtlichen Freiheitsentzug bedeutend freier ausgestaltet sein, denn die ausländerrechtlichen Haftbedingungen sollen weder strafen noch erziehen. Ihr einziger Zweck besteht in der Sicherstellung des geordneten Vollzugs des Asyl- und Ausländerrechts respektive in der Durchsetzung einer präzise formulierten gesetzlichen Verpflichtung. Den Inhaftierten müssen individuelle Gestaltungsmöglichkeiten im Tagesablauf und ein offeneres Kommunikations- und Besuchsregime garantiert werden. Im ausländerrechtlichen Freiheitsentzug ist auch den Bedürfnissen der einzelnen Person besonders Rechnung zu tragen, insbesondere etwa jenen von Kindern und Jugendlichen, Behinderten, Frauen und Familien.¹⁷³

¹⁷¹ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER (Fn. 5), S. 303 f.

¹⁷² BGE 128 II 156; BGE 133 I 49 E. 3.2; BGE 135 I 19 E. 8.2.

¹⁷³ ELBERING, in Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Rz. 87 zu Art. 5 EMRK; HUGI YAR, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Rz. 7.90 ff. m.w.H.; UEBERSAX (Fn. 147), EMRK und Migrationsrecht, S. 209. SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 58 zu Art. 10 BV; zur Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe beispielsweise BGE 122 II 299 E. 3.b; BGE 135 I 191 E. 2.1; BGE 122 I 222 E. 2.aa; BGE 139 I 180 E. 2.6; Urteil des Bundesgerichts 2C_169/2008 vom 18. März 2008; siehe zu den ausländerrechtlichen Haftbedingungen auch die

[Rz 173] Die Haftbedingungen müssen im Einzelnen dem unverzichtbaren und absoluten Verbot der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK und Art. 10 Abs. 3 BV Stand halten. Der EGMR hat in den vergangenen Jahren immer wieder betont, dass Staaten, die im Asylverfahren keinen sozialen Mindeststandard gewährleisten, gegen Art. 3 EMRK verstossen. Dazu gehört auch, dass Asylsuchende nach erfolgtem (positiven oder negativen) Asylentscheid, auf Grund ihrer besonders verletzlichen Lebenslage weiterhin eine minimale soziale Unterstützung erhalten müssen.¹⁷⁴ Geschlossene Unterkünfte dürfen entsprechend diesen Anforderungen nicht wie Gefängnisse für den Strafvollzug ausgestaltet sein, weil der Haftzweck administrativer und nicht strafender Natur ist. Entsprechend müssen die persönlichen und die gemeinschaftlichen Räume einen gewissen Bewegungsfreiraum und eine individuelle Gestaltung ermöglichen, angemessene Beschäftigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen und die sozialen Kontakte im Innern der Anstalt und nach aussen aufrechterhalten bleiben.

[Rz 174] Geschlossene Asylunterkünfte stellen nach hier vertretener Konzeption einen Freiheitsentzug nach Art. 31 BV und Art. 5 EMRK dar. In diesem Rahmen ist der Staat umfassend für die Haftbedingungen verantwortlich. Ausserhalb dieses Bereichs, bei Unterbringungsarten, die den Betroffenen eine gewisse Bewegungsfreiheit belassen, besteht unter Umständen Raum für die Anwendung der Garantie der Existenzsicherung nach Art. 12 BV. Als unabdingbare Grundlage eines menschenwürdigen Daseins sind die von Art. 12 BV garantierten existenzsichernden staatlichen Leistungen nicht einschränkbar. Asylsuchende befinden sich regelmässig in einer Notlage, aus der sie sich selbst nicht befreien können und deshalb auf die Grundversorgung durch den Staat angewiesen sind. Der den Asylsuchenden grundrechtlich zustehende materielle Gehalt bestimmt sich in Abhängigkeit von den individuellen und faktischen Gegebenheiten, insbesondere in Bezug auf die Dauer der Unterbringung und die persönlichen Bedürfnisse. Auf jeden Fall gehören Obdach, Nahrung und Trinkwasser, Heizung, warmes Wasser und sanitäre Anlagen, Hygieneartikel, Kleider und die medizinische Grundversorgung zum materiellen Gehalt des Grundrechtsanspruchs.¹⁷⁵ Darin liegt zudem eine Verletzung von Art. 3 EMRK. Es steht somit

Empfehlungen des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT), CPT Standards, Januar 2015, S. 64 ff., 65: «28. (...) A prison is by definition not a suitable place in which to detain someone who is neither convicted nor suspected of a criminal offence. Admittedly, in certain exceptional cases, it might be appropriate to hold an immigration detainee in a prison, because of a known potential for violence. (...) 29. In the view of the CPT, in those cases where it is deemed necessary to deprive persons of their liberty for an extended period under aliens legislation, they should be accommodated in centres specifically designed for that purpose, offering material conditions and a regime appropriate to their legal situation and staffed by suitably-qualified personnel.»

¹⁷⁴PETERS/ALTWICKER (Fn. 99), Rz. 15 und 19 zu §7 (zu Haftbedingungen und Grundversorgung); HARIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 99), S. 244 (zu Haftbedingungen) und 254 ff. (zu Grundversorgung); FROWEIN/PEUKERT (Fn. 99), Rz. 12 ff. zu Art. 5 EMRK (zu Haftbedingungen); VILLIGER (Fn. 72), Rz. 285 zu Art. 3 EMRK; UEBERSAX (Fn. 147), EMRK und Migrationsrecht, S. 208 ff.; CLAYTON GINA, Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v Belgium and Greece, Human Rights Law Review 11/4 (2011), S. 765 ff. Für die Rechtsprechung des EGMR zu den staatlichen Verpflichtungen nach Art. 3 EMRK siehe stellvertretend und ausführlich EGMR, M. S. v. Belgien und Griechenland, Nr. 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011 Ziff. 205 ff.; EGMR, Tarakhel g. Schweiz, Nr. 29217/12, vom 4. November 2014 Ziff. 88 ff. SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, Rz. 43 zu Art. 10 EMRK; BIAGGINI (Fn. 44), Rz. 25 ff. zu Art. 10 BV; VEST, in St. Galler Kommentar, Rz. 9 zu Art. 31 BV; MAHON (Fn. 44), Band II, Rz. 190 (zu Haftbedingungen im Allgemeinen); ausführlich zur materiellen Ausstattung der Asylunterkünfte nach Art. 12 BV und Art. 3 EMRK BGE 139 I 272 E. 3 und 4 (in casu Verletzung von Art. 3 EMRK bei Unterbringung eines abgewiesenen jungen und gesunden Asylsuchenden ohne Familie in einem Luftschutzkeller ausgeschlagen); ausführlich zu den Haftbedingungen im Allgemeinen BGE 140 I 125 E. 3. Zudem hat der Staat aus Art. 2 und 3 EMRK eine Schutzpflicht gegenüber Personen in geschlossenen Anstalten zur Verhinderung von Selbst- und Drittgefährdungen wie Suizid oder Angriffe auf andere Insassen, UEBERSAX (Fn. 147), EMRK und Migrationsrecht, S. 210 m.w.H.

¹⁷⁵Anstelle von vielen AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung (Diss.), Bern 2002; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 98), S. 763 ff.; MÜLLER, St. Galler Kommentar, Rz. 4 ff. zu Art. 12 BV; BGE 121 I 367; BGE 131 I 166; BGE 135 I 119 E. 5 f.; BGE 139 I 272 E. 3.2, wonach die Unterbringung eines jungen und gesunden abgewiesenen Asylsu-

ausser Diskussion, dass auch geschlossene Asylunterkünfte unter allen Umständen die minimale Grundversorgung der Untergebrachten zu gewährleisten haben.

C. Schlussfolgerungen

[Rz 175] Geschlossene Asylunterkünfte sind mit Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 31 BV und Art. 5 EMRK nicht vereinbar. Die Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV dar. Dieser Eingriff hält den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV, Art. 31 BV und Art. 5 EMRK nicht stand. Zunächst fehlt es im geltenden Recht an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage dafür. Der Eingriff lässt sich zudem nicht mit den in Art. 5 Ziff. 1 EMRK abschliessend aufgeführten Haftgründen vereinbaren. Insbesondere erfüllt er auch die Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK (Beugehaft) nicht.

[Rz 176] Den geschlossenen Unterkünften kann der pönale Charakter nicht abgesprochen werden, auch wenn für ihre Rechtfertigung im politischen Prozess sicherheitspolizeiliche Interessen geltend gemacht werden. Sie stellen in ihren Auswirkungen ein Surrogat zum Strafrecht dar und sind entsprechend als Spezialstrafrecht nicht rechtmässig.

[Rz 177] Die Analyse der genannten Grundrechte zeigt, dass lediglich die Möglichkeit verbleibt, geschlossene Unterkünfte im Interesse eines geordneten Verfahrens und Betriebs im fremdenpolizeilichen Interesse punktuell, äusserst beschränkt und gezielt als *ultima ratio* einzusetzen. Sie sind lediglich dann grundrechtskonform, wenn der geordnete Betrieb der Unterkunft oder die Durchführung des Verfahrens nicht mit milderer Mitteln gesichert werden können. Diese Möglichkeit ist mit der ausländerrechtlichen Administrativhaft im geltenden Recht jedoch weitgehend abgedeckt.

[Rz 178] Die Unterbringung in geschlossenen Unterkünften greift unverhältnismässig schwer in die Bewegungsfreiheit der Betroffenen ein. Die geschlossene Unterbringung ist zwar geeignet, die Sicherheit und Ordnung in der Gesellschaft zu wahren. Den Vollzug des Asylrechts vermag sie jedoch nur bruchstückhaft zu gewährleisten. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann zudem mit weniger einschneidenden Massnahmen wie etwa Beschäftigungsmöglichkeiten, polizeilichen Sicherheitsprogrammen, Rayonverboten, verstärkten Kontrollen in den Unterkünften u.a. garantiert werden. Die geschlossene Unterbringung dürfte regelmässig auch das Erfordernis der Zweck-Mittel-Relation, d.h. des angemessenen Verhältnisses zwischen der Eingriffsintensität im konkreten Fall und dem damit verfolgten öffentlichen Interesse, nicht erfüllen: Gefährdet ein Asylsuchender die Sicherheit dermassen schwer, dass seine Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft verhältnismässig wäre, dürften regelmässig die Tatbestände des Strafrechts Anwendung finden und die Voraussetzungen der Administrativhaft nach Ausländergesetz erfüllt sein.

[Rz 179] Nicht zur Diskussion steht, dass die verfassungs- und konventionsrechtlichen Minimalanforderungen an die Grundversorgung nach Art. 10 Abs. 2 und 3 BV und Art. 3 EMRK auch

chenden ohne Familie in einem Luftschutzkeller ohne Tageslicht und engen Platzverhältnissen mit Art. 12 BV zu vereinbaren ist; nach BGE 138 V 310 E. 4 unterstehen auch abgewiesene Asylsuchende der obligatorischen Krankenkasse, die Beiträge sind bei Nothilfebezüglern von der kantonalen Sozialhilfebehörde zu entrichten. Zu den materiellen Verpflichtungen der Schweiz im Dublin-Verfahren siehe BGE 140 I 141 E. 6, wonach die Anforderungen aus der Richtlinie 2003/9/EG für die Schweiz nicht verbindlich sind und gemäss dieser Aussage folgenden *obiter dictum* vermutungsweise auch nicht umfangreicher sind als Art. 12 BV.

im Falle der Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft einzuhalten sind. Die Haftbedingungen müssen zudem dem Haftzweck angepasst sein und dürfen nicht den Charakter einer strafrechtlichen Freiheitsstrafe annehmen (Art. 5 EMRK).

IV. Fazit

[Rz 180] Auf Bundesebene wird die Frage der Einführung einer gesetzlichen Grundlage für geschlossene Unterkünfte im Asylwesen seit den 1990er Jahren im politischen Prozess immer wieder aufgeworfen. Bis heute sind jedoch keine entsprechenden Rechtsgrundlagen erlassen worden. Auch in den Kantonen — wie im vorliegenden Beitrag an den aufgezeigten Entwicklungen in den Kantonen Aargau und Luzern aufgezeigt — wurden in der nahen Vergangenheit zahlreiche parlamentarische Vorstösse zum Asylwesen überwiesen. Sie fordern unterschiedliche Massnahmen, wie verstärkte Sicherheitsvorkehrungen gegen die als störend empfundene Anwesenheit von Asylsuchenden im öffentlichen Raum, schärfere Massnahmen für «kriminelle und renitente Asylananten», oder die Errichtung geschlossener Asylunterkünfte.

[Rz 181] Jede Person, die in der Schweiz ein Asylgesuch einreicht, muss in einer angemessenen Unterkunft untergebracht werden. Die geltende Organisationsstruktur der Asylunterkünfte ist kaskadenartig aufgebaut: Grundsätzlich sind Asylsuchende in einer Unterkunft untergebracht, in welcher ihre Bewegungsfreiheit nur soweit eingeschränkt wird, als ihre persönliche Verfügbarkeit für den Verlauf des Verfahrens notwendig ist und es die beschränkten Platzverhältnisse und der geordnete Betrieb der Unterkünfte notwendig machen. Personen, die den geordneten Betrieb stören, können in *besonderen* Unterkünften mit eingeschränkten Ausgangsmöglichkeiten untergebracht werden. Zusätzlich können die Kantone den Bewegungsspielraum von Menschen, die in Asylunterkünften untergebracht sind, durch die individuelle Anordnung von Ein- oder Ausgrenzungen einschränken, sofern dies für den geordneten Betrieb der Unterkünfte oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung notwendig erscheint. Die Behörden können zudem unterschiedliche Formen der Administrativhaft anordnen. *Geschlossene* Asylunterkünfte sind im Bundesrecht nicht vorgesehen. Die zentralen Bestimmungen des Asylwesens finden sich im AsylG und im AuG. Das Asylwesen der Schweiz befindet sich in einer Neustrukturierung. Die bisher geplanten Änderungen in der Organisationsstruktur ändern jedoch nichts am kaskadenförmigen Aufbau der Asylunterkünfte in Bezug auf die Einschränkung der Bewegungsfreiheit.

[Rz 182] Die zentralen Bestimmungen des Asylwesens finden sich im AsylG und im AuG. Dem Bund kommt im Bereich des Ausländer- und Asylrechts eine umfassende, nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz zu. Die Kantone sind nach Art. 28 Abs. 2 AsylG ausdrücklich für den Betrieb der kantonalen Unterkünfte zuständig und dürfen zu diesem Zweck Bestimmungen erlassen und Massnahmen ergreifen. Neben den normalen Unterkünften nach Art. 28 AsylG steht dem Bund und den Kantonen mit dem neu geschaffenen Art. 26 Abs. 1bis AsylG die Möglichkeit zu, Asylsuchende, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden oder die durch ihr Verhalten den geordneten Betrieb der Empfangs- und Verfahrenszentren oder der normalen kantonalen Unterkünfte erheblich stören, in einem besonderen Zentrum unterzubringen. Das Bundesrecht räumt den Kantonen für den Vollzug des Asylrechts in Art. 73 ff. AuG zudem spezifische Möglichkeiten ein, Zwangsmassnahmen anzuordnen. Diese Grundzüge der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen sollen auch nach der Neustrukturierung des Asylwesens nach aktuellem Revisionsvorhaben grundsätzlich unverändert bleiben.

[Rz 183] Geschlossene Asylunterkünfte sind nicht Teil dieser kantonalen Vollzugskompetenz. Das Bundesrecht enthält keine ausreichende gesetzliche Grundlage für geschlossene Asylunterkünfte. Der politische Entscheid, ob in der Schweiz geschlossene Asylunterkünfte eingeführt werden sollen, ist ein Grundsatzentscheid. Er kann nur auf jener Ebene des Bundesstaates gefällt werden, die zuständig für die Rechtsetzung im Bereich des Asylwesens ist. Dies ist unbestritten der Bund. Das Vollzugsorgan — im vorliegenden Zusammenhang die Kantone — darf nur Regeln über den Vollzug erlassen und verfügt dabei über eine erhebliche Autonomie. Die Kantone dürfen aber nicht die dem Vollzug zugrunde liegenden Grundsatzentscheide im Bereich des Asylrechts fällen.

[Rz 184] Die Unterkunftsarten sind im Bundesrecht verbindlich vorgegeben; die Kantone können lediglich deren ausführende Unterkunftsmodalitäten regeln. Das Asylgesetz enthält keine Delegation der Rechtsetzungskompetenzen im Bereich der Unterkunftsarten vom Bund an die Kantone. Vielmehr verbietet das Bundesrecht die Einführung geschlossener Unterkünfte durch die Kantone; der Bundesgesetzgeber verankerte bewusst keine Regeln über geschlossene Unterkünfte, weil er solche nicht zulassen wollte (qualifiziertes Schweigen). Weil den Kantonen im Asylwesen lediglich die Vollzugskompetenz zukommt, steht es den Kantonen nicht zu, sich über dieses qualifizierte Schweigen des Bundesgesetzgebers hinwegzusetzen.

[Rz 185] Auch die im Ausländergesetz den Kantonen zur Verfügung stehenden Zwangsmassnahmen stellen keine Grundlage dar, auf die geschlossene Unterkünfte durch die Kantone abgestützt werden könnten. Das Ausländergesetz regelt die Zwangsmassnahmen abschliessend. Es liegt auch in diesem Bereich keine Gesetzesdelegation vor, die es den Kantonen erlauben würde, weitere Zwangsmassnahmen einzuführen. Ebenso wenig wäre es zulässig, die Zwangsmassnahmen so zur Anwendung zu bringen, dass sie im Ergebnis wie geschlossene Unterkünfte wirken würden. So wäre es nicht rechtmässig, den Bewegungssperimeter mit der Anordnung einer Eingrenzung auf ein Grundstück zu beschränken mit der Folge, dass sich der Betroffene nur noch innerhalb der Unterkunft bewegen könnte.

[Rz 186] Es bleibt darauf hinzuweisen, dass bedeutende Forderungen der politischen Vorstösse für geschlossene Asylunterkünfte mit den bestehenden Zwangsmassnahmen bereits im geltenden Recht abgedeckt sind. Asylsuchende können zur Identitätsprüfung kurzfristig festgehalten werden. Sie können bereits nach heute geltendem Recht im noch laufenden Asylverfahren für mehrere Monate in Haft genommen werden, sofern sie in grober Weise Anordnungen der Behörden im Asylverfahren missachtet haben oder wichtige Rechtsschutzgüter gefährden oder verletzt haben und ihre Rückführung grundsätzlich möglich erscheint. Weiter können erstinstanzlich abgewiesene Personen in Haft genommen werden, wenn sie bei wichtigen Verfahrensschritten nicht mit den Behörden kollaborieren oder die Gefahr besteht, dass sie untertauchen und ihre Ausschaffung tatsächlich vollzogen werden kann. Die Unterbringung in geschlossenen Unterkünften, die über diese Massnahmen hinausgeht, ist den Kantonen verwehrt.

[Rz 187] Geschlossene Asylunterkünfte sind mit den Grund- und Menschenrechten der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht vereinbar. Die Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV dar. Dieser Eingriff hält den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV, Art. 31 BV und Art. 5 EMRK nicht stand. Zunächst fehlt es im geltenden Recht an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage dafür. Der Eingriff lässt sich zudem nicht mit den in Art. 5 Ziff. 1 EMRK abschliessend aufgeführten Haftgründen vereinbaren. Insbesondere erfüllt er auch die Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK (Beugehaft) nicht. Den geschlossenen

Unterkünften kann der strafende Charakter nicht abgesprochen werden, auch wenn ihre primäre Rechtfertigung in sicherheitspolizeilichen Zwecken zu verorten ist. Die Massnahme greift in derart schwerwiegender Weise in die Grundrechte der Betroffenen ein, dass sie als Surrogat zum Strafrecht zu qualifizieren und deshalb als Spezialstrafrecht nicht rechtmässig ist. Die Gefährdung der Sicherheit müsste im Verhältnis zum Grundrechtseingriff dermassen schwer wiegen, dass sie strafrechtlich auszugestalten wäre.

[Rz 188] Eine rechtliche Analyse zeigt, dass lediglich die Möglichkeit verbleibt, geschlossene Unterkünfte im Interesse eines geordneten Verfahrens und Betriebs im fremdenpolizeilichen Interesse punktuell, äusserst beschränkt und gezielt als *ultima ratio* einzusetzen. Sie sind lediglich dann grundrechtskonform, wenn der geordnete Betrieb der Unterkunft oder die Durchführung des Verfahrens nicht mit milderer Mitteln gesichert werden können. Diese Möglichkeit ist mit der ausländerrechtlichen Administrativhaft im geltenden Recht jedoch weitgehend abgedeckt.

[Rz 189] Nicht zur Diskussion steht, dass die verfassungs- und konventionsrechtlichen Minimalanforderungen an die Grundversorgung nach Art. 10 Abs. 2 und 3 BV und Art. 3 EMRK auch im Falle der Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft einzuhalten sind. Die Haftbedingungen müssen zudem dem Haftzweck angepasst sein und dürfen nicht den Charakter einer strafrechtlichen Freiheitsstrafe annehmen (Art. 5 EMRK).

[Rz 190] Die Unterbringung in geschlossenen Unterkünften greift unverhältnismässig schwer in die Bewegungsfreiheit der Betroffenen ein. Die geschlossene Unterbringung ist zwar geeignet, die Sicherheit und Ordnung in der Gesellschaft zu wahren. Den Vollzug des Asylrechts vermag sie jedoch nur bruchstückhaft zu gewährleisten. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann zudem mit weniger einschneidenden Massnahmen wie etwa Beschäftigungsmöglichkeiten, polizeilichen Sicherheitsprogrammen, Rayonverboten, verstärkten Kontrollen in den Unterkünften u.a. garantiert werden. Die geschlossene Unterbringung dürfte regelmässig auch das Erfordernis der Zweck-Mittel-Relation, d.h. des angemessenen Verhältnisses zwischen der Eingriffsintensität im konkreten Fall und dem damit verfolgten öffentlichen Interesse, nicht erfüllen: Gefährdet ein Asylsuchender die Sicherheit dermassen schwer, dass seine Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft verhältnismässig wäre, dürften regelmässig die Tatbestände des Strafrechts Anwendung finden und die Voraussetzungen der Administrativhaft nach Ausländergesetz erfüllt sein.

MARKUS SCHEFER, Prof. Dr. iur., ist Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Basel.

VANESSA RÜEGGER, Assoz. Prof. Dr. iur., ist assoziierte Professorin für öffentliches und internationales Recht an den Universitären Fernstudien Schweiz und Habilitandin an der Universität Basel.

Der vorliegende Beitrag basiert weitgehend auf einem am 20. März 2015 zuhanden des Regierungsrats des Kantons Aargau erstatteten Rechtsgutachten über die Rechtmässigkeit geschlossener Asylunterkünfte in den Kantonen.

Wir danken Prabhjot K. Singh, Studentin im Studiengang BLaw an der Universität Basel und Mitarbeiterin am Lehrstuhl Schefer für ihre Unterstützung.